

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
27/2022	Pleno de la ONE	23/11/2022

Con fecha de 18 de octubre de 2022, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte del Ayuntamiento de Pontevedra del informe preceptivo previsto en el artículo 333.3 de la LCSP, en relación con la licitación prevista por este Ayuntamiento del “Contrato de concesión del servicio público de gestión de residuos de competencia municipal del Ayuntamiento de Pontevedra”.

A partir de la información facilitada por el propio Ayuntamiento junto con dicha solicitud, y tomando como base los datos y documentos aportados, se formuló la propuesta de informe elevado desde la División de evaluación de los contratos de concesión al Pleno de la ONE en la sesión celebrada en la fecha arriba indicada, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3.4 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE.

Raúl Ureña Salgado, EN CALIDAD DE SECRETARIO DE ESTE ÓRGANO, CERTIFICO:

Que, tras su toma en consideración, en dicha sesión se adoptó el siguiente acuerdo:

APROBACIÓN DEL INFORME 22020 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 27/2022 EN RELACIÓN CON LA LICITACIÓN DEL “CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DE RESIDUOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE PONTEVEDRA”, PROMOVIDO POR DICHO AYUNTAMIENTO

El acuerdo se adoptó por mayoría, con 5 votos a favor y 2 en contra, formulados por el representante de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y por el representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado (DGPE), y sin que hubiera ningún miembro con derecho a voto ausente.

Formularon voto particular sobre las razones de su discrepancia el representante de la



IGAE y el de la DGPE, recibidos ambos por medios electrónicos el 25 de noviembre y anexados, firmados, a este certificado.

Para que conste, expido el presente certificado, en el lugar y fecha indicados en la propia firma, de acuerdo a las funciones encomendadas por el artículo 6.8 de la Orden ONE y con el visto bueno de la Presidenta de la misma.

El Secretario del Pleno de la ONE,
Raúl Ureña Salgado

La Presidenta de la ONE
María Luisa Araújo Chamorro

CERTIFICADO
Número: 2022-0021 Fecha: 28/11/2022



Cód. Validación: 7YASP7HNZAJRHAFGAZBHJRD32 | Verificación: <https://tramitesone.hacienda.gob.es/>
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 2 de 2



VOTO PARTICULAR DE LOS REPRESENTANTE DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO DEL ESTADO EN EL PLENO DE LA ONE DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022 SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO DE PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE PONTEVEDRA

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de junio de 2022 se recibió de la ONE por correo electrónico con el expediente relativo al contrato de concesión del servicio público de gestión de residuos de competencia municipal del Ayuntamiento de Pontevedra, junto con la documentación del expediente. Sobre ese expediente el Pleno de la ONE adoptó un informe favorable con el voto particular de los representantes de la Intervención General de la Administración del Estado por las razones esgrimidas en el mismo que se encuentran publicadas en el siguiente link: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/ONE/certificados-acuerdos/cert-pleno-22009.pdf>

Entre los días 7 y 15 de noviembre se recibió de la ONE un nuevo informe junto con la documentación del expediente sobre el citado contrato de concesión, respondiendo a una nueva solicitud de Informe en la que se modificaban algunos aspectos del contrato y de su justificación, así como diversas aclaraciones solicitadas sobre el contenido de los documentos distribuidos. Debido al volumen del expediente, el informe y la documentación inicial del expediente se enviaron en varios correos electrónicos remitidos entre los días 7 y 11, mientras que las aclaraciones y complementos fueron remitidos entre los días 11 y 15 de noviembre.

VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON EL RIESGO OPERACIONAL DEL CONTRATO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.7 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, una vez analizada la documentación puesta a disposición de la Intervención General de la Administración del Estado y de la Dirección General del Patrimonio del Estado junto con la propuesta de Informe, y debatido este último en el Pleno celebrado el 23 de noviembre de 2022, los representantes de ambos centros directivos **emiten su voto particular discrepante** para su incorporación al acuerdo, en los siguientes términos:

La figura del **riesgo operacional** es el elemento habilitante o transformador de un contrato de servicios en contrato de concesión de servicios como recoge en Artículo 15. De la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) al definirse como:



[...] *aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Artículo 14,4 in fine LCSP

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En consecuencia, fundamentamos nuestro voto particular en los principios interpretativos de nuestro Derecho recogidos en el artículo 3 de nuestro Código Civil por el que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Análisis de escenarios.

La estimación efectuada en el borrador de informe del riesgo operacional soportado por el adjudicatario del contrato se sustenta en el análisis de distintos escenarios diseñados a tal fin, escenarios que deberían representar situaciones realistas, basadas en estimaciones de las distintas variables que influyen en los resultados de explotación del servicio sustentadas en datos representativos de casos similares, y que deberían recoger como factores de incertidumbre únicamente aquéllos que resulten compatibles con la premisa de responder a condiciones normales de funcionamiento y a circunstancias ajenas a la voluntad o control del contratista, que puedan impedirle recuperar las inversiones realizadas o cubrir los costes sufragados.

A tal efecto, en el informe se desarrollan dos grupos de escenarios, que se analizarán separadamente.



1. El primer grupo de escenarios, designados como P1 a P5, pretenden estimar el efecto de las incertidumbres sobre la producción. Sin embargo, dichos escenarios no están basados en estimaciones efectuadas a partir de datos objetivos (series históricas, datos de otras instalaciones similares, etc) que resulten **representativos de “condiciones normales de funcionamiento”** y por ello puedan servir para el fin pretendido, que no puede ser otro que una **estimación realista del riesgo de pérdidas** para el contratista en los términos exigidos por la LCSP para justificar el contrato de concesión.

Por el contrario, la documentación aportada por el Ayuntamiento pone de manifiesto que se ha procedido a la inversa, estimando primero cuáles son los valores de R1 y R2 (de fracciones orgánicas gestionadas en compostadores individuales y en colectivos, respectivamente) por debajo de las cuales se producen pérdidas en la explotación ¹, para a continuación usar dichos valores para construir los escenarios usados para estimar los resultados de explotación del servicio, con lo que la conclusión de que en tales escenarios el contratista puede sufrir pérdidas está implícita en la forma en que los escenarios han sido diseñados.

2. El segundo grupo de escenarios analiza el impacto combinado sobre el riesgo financiero soportado por el contratista derivado de las incertidumbres sobre los valores del *índice de calidad y eficiencia global (ICEG)* y de la relación entre los incrementos anuales de tarifas y de costes.

Consideramos que los citados escenarios no representan adecuadamente el riesgo soportado por el contratista **en condiciones normales de funcionamiento**, y que adolecen de inconsistencias en sus hipótesis que impiden su aceptación como fundamento válido de las conclusiones del informe, y en particular de la transferencia de riesgo operacional.

Desde el punto de vista del efecto de los índices ICEG sobre los ingresos, los escenarios consideran las hipótesis de una reducción del 10%, del 20% y del 30% en los ingresos como consecuencia del comportamiento de terceros (los ciudadanos) en relación con la separación de residuos por tipo, presencia de voluminosos, residuos fuera de contenedores y otros comportamientos incívicos, manteniendo dicho porcentaje de reducción constante a lo largo de toda la duración del contrato (20 años según la propuesta, 15 años según la estimación del periodo de recuperación de la inversión).

Una hipótesis de reducción del 30% respecto de la tarifa de referencia, imputable a terceros, mantenida a lo largo de los quince o veinte años del contrato, significaría un comportamiento extremo por parte de los ciudadanos de Pontevedra en relación con los residuos, sostenido durante quince o veinte años, sin que ni el contratista ni las

¹ Página 10 del documento “*INFORME DE ACLARACIÓN DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ESTUDIO DE VIABILIDAD, PARA EL ENVÍO A LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE LICITACIÓN DEL “CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DE LOS RESIDUOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE PONTEVEDRA”*”



autoridades competentes adoptaran medida alguna correctora o mitigadora de sus nocivos efectos sobre la limpieza urbana y la gestión de residuos, hipótesis que difícilmente puede considerarse compatible con la premisa de “condiciones normales de funcionamiento”.

Al objeto de ilustrar hasta qué punto estos escenarios, que representan un escenario degradado del servicio, persistente durante toda la duración del contrato, no representan situaciones realistas de funcionamiento de un servicio de recogida y gestión de residuos, las circunstancias que darían lugar a una reducción del 30% en los ingresos por aplicación del ICEG (simultáneas y mantenidas todos y cada uno de los años del contrato) serían las siguientes ²:

- Más del 50% de los contenedores con presencia de voluminosos/RAEEs a menos de 20 metros de distancia del contenedor
- Más del 50% de las papeleras y contenedores con residuos fuera
- Más de 50 quejas al trimestre con no conformidades
- Más del 10% de “impropios” en la recogida selectiva FORS

Resulta evidente que una situación como la descrita, en un servicio de la naturaleza del que constituye el objeto del contrato, debería dar lugar a la adopción de medidas correctoras incluso antes de que finalizara el primer año. Por ello, los escenarios que representan el mantenimiento del servicio en tales condiciones de degradación a lo largo de toda la duración del contrato (sean quince o veinte los años de duración) no pueden ser tenidos como representativos de unas “condiciones normales de funcionamiento”.

Por otra parte, si el Ayuntamiento considera que determinados factores incluidos en el ICEG (en particular, los considerados en el informe como causantes de un posible riesgo operacional) escapan por completo al control del contratista, dichos factores deberían ser excluidos del índice ICEG que minorra los pagos al contratista, pues carecería de sentido minorar los ingresos del contratista por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad y a su capacidad de actuación, desapareciendo de este modo el factor de riesgo operacional (en este supuesto, inapropiadamente introducido en el sistema de retribución del contratista).

Por todo lo hasta aquí expuesto debe concluirse que el riesgo de pérdidas para el contratista ha sido estimado a partir de un conjunto **de escenarios que no representan condiciones reales y normales de funcionamiento**, pues en unos casos representan condiciones manifiestamente disfuncionales cuya persistencia en el tiempo no debería ser tolerada, y en otros recogen cifras discrecionalmente elegidas, que no han sido obtenidas a partir de datos y fuentes de información que representen o aproximen las condiciones esperadas o esperables, o que han sido fijadas de manera que produzcan necesariamente el resultado que se pretende demostrar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

² PPT, Anexo 5



PRIMERO: Es la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión la que en primera instancia hace propia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), entre otras en las sentencias de 10 de septiembre de 2009 (asunto Eurwasser), de 25 de marzo de 2010, (Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben), de 10 de marzo de 2011 (asunto Privater) y de 10 de noviembre de 2011 (asunto Norma-A, Dekan), que van definiendo unos límites a la interpretación del riesgo de operacional de los contratos de concesión que entiende el riesgo como la asunción por el operador de la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión del servicio, más allá del riesgo inherente a un contrato público, sin que existan mecanismos de compensación por los que el poder público garantice un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas.

Jurisprudencia que confirma, además, que el riesgo puede ser limitado sin que ello desmerezca la calificación jurídica del contrato como concesión.

Estos principios jurisprudenciales **se incorporan al articulado** de la Directiva 2014/23/UE, y quedan explicitados en sus considerandos 18, 19 y 20:

(18)

*Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.** La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre **la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento**, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, **hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.***

(19)

*Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. **El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión.** Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas*



reglamentadas, o **cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial**, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.

(20)

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. **Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.** Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. **A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.**

SEGUNDO: Hasta tiempos relativamente recientes, la diferenciación entre los tipos contractuales de contrato de servicios y de contrato de concesión de servicios dependía de que la prestación pudiera calificarse como **servicio público** (con referencia a diversos servicios de titularidad municipal, pueden consultarse los informes de la Junta Consultiva de Contratación 27/2002, de 23 de octubre, 28/2007, de 5 de julio, o 10/2007, de 26 de marzo, entre otros muchos).

La superación de este criterio ha venido de la mano de la **jurisprudencia comunitaria**, que sitúa el criterio fundamental de distinción entre el contrato de servicios y la concesión en la **transferencia del riesgo**, conjuntamente con que el pago provenga de los usuarios del servicio o beneficiarios de la prestación. Este criterio de origen jurisprudencial ha sido incorporado por la ya citada Directiva 2014/23/UE y por la vigente LCSP.

El TJUE ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que **los pagos al prestador provinieran directamente de los usuarios o beneficiarios** de la prestación del servicio, **generando con ello un riesgo para el contratista.** En la *STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03*, sobre la adjudicación de un aparcamiento público en el que la retribución del contratista consiste en las cantidades abonadas por los usuarios del aparcamiento, se afirmaba:

«40. En [...] la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio



principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos».

En paralelo, el TJUE **prescinde de la calificación jurídica del servicio** que constituya el objeto del contrato. En este sentido, en la *STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-126/03*, se considera irrelevante a efectos de la sujeción a las directivas de contratación (las concesiones estaban excluidas) que **el contrato cumpla una función de interés general, calificó como contrato de servicios** un contrato cuyo objeto era el transporte de residuos, afirmando lo siguiente:

(fundamento 18) «... según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32]».

En el mismo sentido la *STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión c. Italia, asunto C-382/05*, sobre la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas en Sicilia como **contratos públicos de servicios** sujetos a la Directiva 92/50/CEE y **no como concesiones**, afirmando la irrelevancia de que «*el tratamiento de residuos sea de interés general*» (fundamento 43), concepto de Derecho comunitario que es equivalente al de servicio público en el Derecho interno.

En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, **sin retribución por el usuario y traslación de riesgo al contratista no hay concesión, sino contrato de servicios.**

En este sentido la Sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse SA y otros c.INGESA, asunto C-234/03, respecto a varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (anteriormente INSALUD) para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, que son calificados como **contratos de servicios** (fundamento 22):

«Con carácter previo, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el asunto principal parece referirse a un contrato público de servicios y no a un contrato de gestión de servicios calificado de concesión. En efecto, como afirmó el Insalud en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión».

Como ha declarado el TJUE en la *Sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07*, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario,



con una cierta libertad económica y **quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación.**

En el mismo sentido la *STJUE de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08*, fundamento 72:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

En cuanto al **concepto de riesgo** que se está manejando, es relevante la *STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, asunto C-274/09*, apartados 37 y 38:

*«37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el **riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado** (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, apartados 66 y 67), que puede **traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores**, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*

[véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74].

*38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico **no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios**, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»*

En el mismo punto se insiste en la *STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10*, apartados 48 y 49, cuando señala, con cita expresa de la anterior, que *«el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado».*

TERCERO: En relación a las resoluciones de los Tribunales Administrativos contractuales destaca por la claridad de sus contenidos las Resoluciones nº 47/2019 y nº 382/2019 del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, en su punto Segundo:

[...] El pago por parte del órgano contratante, como contrapartida del servicio, no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación. El



elemento determinante es, pues, la presencia de un riesgo operacional de carácter económico. Por todo lo expuesto, el riesgo operacional supone en este caso que el concesionario no tiene asegurado un beneficio por la gestión del servicio que se traduce en la posibilidad real de que el contratista incurra en pérdidas económicas”.

[...] la aparente existencia de un riesgo operacional que asume el adjudicatario fundamentado en los ámbitos de coste salarial, precios de combustible y amortización de flota y por las razones expuestas en dicho texto. Afirmando que dichos conceptos no pueden quedar conceptuados como riesgo operacional, sino que dichos conceptos erróneamente considerados por el Órgano de Contratación como "riesgos" sólo pueden tener una catalogación cierta y única de contingencias directamente conexas e inherentes a cualquier actividad empresarial y comercial así como al riesgo y ventura necesariamente derivado de dicha actividad comercial, entendida de forma genérica; riesgo y ventura que cualquier operador asume siempre, en todo caso y por el mero hecho de la actividad comercial y empresarial que lleva a cabo.

Así como la Resolución del Tribunal de fecha 12 de enero de 2016 dictada en el recurso nº 1319/2015, C.A. Galicia 183/2015, al señalar:

“En este orden de cosas, y como bien aduce la recurrente, el criterio fundamental - aunque no el único- para distinguir entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios es que en el primero el concesionario asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (artículos 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y 277 a) y 281.1 TRLCSP, así como Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 – asunto C-382/2005-, 10 de septiembre de 2009 – asunto C-206/08- y Resoluciones de este Tribunal 80/2013, 91/2013, 222/2013, 41/2014, 82/2014 y 215/2014, entre otras). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09)».

CUARTO: En relación al tratamiento efectuado por las Juntas Consultivas, destaca el informe anterior a la vigencia de la actual normativa contractual 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya que concluye:

2. El riesgo operacional que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución, que puede comprender el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos, de manera que la remuneración de las empresas concesionarias debe depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o el servicio. Por lo tanto, no parece que se pueda considerar que se traslada el riesgo operacional sólo con el traslado del riesgo de disponibilidad, es



decir, determinando la retribución de la empresa contratista únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente. Sin embargo, dado que el riesgo operacional se define como aquel que proviene de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido.

3. La calificación de un contrato como contrato de servicios o contrato administrativo especial se tiene que determinar según su objeto y su vinculación a la Administración o a la satisfacción de finalidades públicas.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe al expediente 87/18 deja muy claro que:

*[...] el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la **asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio.***

Del mismo modo puntualiza en su informe al Expediente 106/18

*[...] 3. En la regulación del contrato de concesión de servicios observamos (Artículo 285 de la LCSP) que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas **deberán hacer referencia, al menos, a la distribución de riesgos** entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien, señala la ley, en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista [...]*

4. Todo lo anterior no nos puede hacer olvidar que el elemento básico que la LCSP tiene en cuenta para calificar un contrato como concesión de servicios es que se produzca la transferencia del riesgo operacional. Por esta razón, en los casos en que una Administración subvencionara todas las posibles pérdidas en que pudiese incurrir el concesionario o una parte tan significativa de ellas que se produjese el efecto de que tales pérdidas sean meramente nominales o desdeñables, no se estaría asumiendo por el contratista el riesgo operacional y el contrato no sería una concesión

*CONCLUSIÓN: La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera posible que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero **ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.***

:



CONCLUSIÓN

A la vista de las deficiencias y limitaciones descritas, que afectan tanto al cálculo de periodo de recuperación de la inversión como a la estimación del riesgo soportado por el contratista en condiciones normales de funcionamiento, consideramos que las conclusiones recogidas en el informe no están correctamente soportadas en las hipótesis, argumentos y cálculos recogidos en el cuerpo del informe.

De lo anterior, cabe concluir que en el informe no queda acreditado que **el contrato de concesión de servicios cumple los requisitos de la Directiva 2014/23/UE y del artículo 14.4 de la LCSP en cuanto a la transferencia del riesgo operacional, en tanto que las posibles pérdidas derivadas de la exposición a las incertidumbres del mercado no son nominales y son desdeñables y por el error en los cálculos efectuados y se considera que la falta de acreditación de riesgo operacional supone en este caso que no pueda descartarse que el concesionario tenga asegurado un beneficio por la gestión del servicio que se traduce en la posibilidad real de que el contratista obtenga beneficios económicos ciertos.**

Firmado electrónicamente por:

El representante de la Intervención General de la Administración del Estado

El representante de la Dirección General de Patrimonio del Estado