

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
04/2023	Pleno de la ONE	10/03/2023

Con fecha de 10 de febrero de 2023, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián 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 de servicios del equipamiento de Aieteko Topalekua*”.

A partir de la información facilitada por el propio Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián 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 23003 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 04/2023 EN RELACIÓN CON LA LICITACIÓN DEL “CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DEL EQUIPAMIENTO DE AIETEKO TOPALEKUA”, PROMOVIDO POR EL AYUNTAMIENTO DE DONOSTIA – SAN SEBASTIÁN

El acuerdo se adoptó por mayoría, con 5 votos a favor, 1 en contra, formulado por el Representante de la Intervención General del Estado, estando ausente el Representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Formuló voto particular sobre las razones de su discrepancia el representante de la Intervención General del Estado, recibido por medios electrónicos el 13 de marzo y



anexado, firmado, 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: 2023-0004 Fecha: 15/03/2023



VOTO PARTICULAR DEL REPRESENTANTE DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL PLENO DE LA ONE DE 10 DE MARZO DE 2023 SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE EXPEDIENTE 03/2023, REFERIDO CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DEL EQUIPAMIENTO DE AIETEKO TOPALEKUA

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 junto con la propuesta de Informe, y debatido este último en el Pleno celebrado el 10 de marzo de 2023, se **emite 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 el 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, se fundamenta el presente 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 FÁCTICOS DEL VOTO PARTICULAR

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 varios escenarios:

1. Un escenario base presentado por el Ayuntamiento.
2. Dos escenarios que pivotan sobre el anterior con un +/-15 % de variación de la demanda y sus correlativos ajustes en los costes, incluidos ajustes propuestos por la División de la OIRESCON que propone el informe.
3. Un escenario de cálculo del punto muerto que se sitúa en una reducción de la demanda prevista en el escenario base de un 9,36%.

Con estos escenarios, y sin ninguna valoración probabilística de escenarios, se concluye que, dada la estructura de ingresos, con un porcentaje significativo de ingreso variables, existe esa transferencia de riesgo porque se ha de suponer que en las condiciones normales de funcionamiento se observa como no mínimo o desdeñable que se produzcan pérdidas potenciales. Y ello, se fundamenta de la siguiente forma:

Dada la alta inflación actual y el nivel de incertidumbre económica que conlleva no es improbable que la demanda de este servicio pueda experimentar las fluctuaciones a la baja analizadas. En la misma línea se puede revisar la serie histórica de ingresos de explotación que ha proporcionado el Ayuntamiento, la cual muestra que entre el año 2017 y 2018 los ingresos descendieron un 14,17%, mientras que del 2018 al 2019 se produjo un incremento de sólo un 0,57%, habiéndose mantenido los precios en dicho periodo.

En otras palabras, se considera con los fundamentos subrayados, que el riesgo de que se produzcan pérdidas no es mínimo o desdeñable en el marco de esas condiciones normales de funcionamiento, pero:

- I. **No existe un análisis de qué parámetros se usan para determinar condiciones normales de funcionamiento.**
- II. Se considera que por **dos elementos no concretados o definidos** (alta inflación e incertidumbre económica – no de mercado-) se puede considerar que estas reducciones que conducirían a pérdidas potenciales serían normales para el funcionamiento y no mínimas o desdeñables.



Sobre estos elementos, debe señalar lo siguiente:

Comentarios sobre la valoración de la “alta inflación”: debe matizarse que respecto a la **alta inflación** se han incluido en las previsiones sendos incrementos (4 o 3 % dependiendo del ejercicio y de la naturaleza del coste), por lo que el efecto de la inflación en los costes **sería adicional al ya previsto** en la vertiente de los costes¹ **y si se refiere al impacto de la inflación en los ingresos**, podría presuponerse que se basa en la forma que **reduce la renta disponible** para ocio, si bien ello no se explica cómo impacta ni se aportan datos objetivos que lo sustente (FUNCAS prevé un incremento de renta disponible de los hogares del 1,6 para 2024 y una contracción de 0,1 para 2023). Todo ello sin entrar en análisis relativos a que existen precios especiales para jubilados cuya renta disponible debido al incremento de las pensiones ha tenido un mejor comportamiento que para el resto de la sociedad.

Comentarios sobre la valoración de la “incertidumbre económica”: no se considera que esté justificada ni en su impacto ni en su sustento objetivo ya que se desconoce qué se pretende indicar con ese concepto. Así, la incertidumbre económica es inherente a la propia evolución de las magnitudes económicas futuras y va a estar presente **siempre** por lo que no parece un argumento válido si no se acompaña de las magnitudes sobre las que opera, su impacto en el caso concreto del objeto de contrato y el rango de resultados esperados de esas magnitudes. Otra opción es que se esté refiriendo a incertidumbre económico por factores externos como guerras o pandemias pero en ese caso, igualmente debería clarificarse los tres elementos citados y podríamos concluir que, a pesar de todo, no son condiciones normales de funcionamiento en un escenario de 5 años.

Comentarios sobre los datos que se aportan: debe destacarse que se obvia que en la serie histórica presentada, realmente corta porque recoge datos de 2017 a 2022 (con el último trimestre estimado) y quitando los años 2020 y 2021 por el efecto COVID, el volumen mínimo de ingresos está por encima de ese mínimo del punto muerto. Concretamente, el punto muerto se sitúa en 181.280 euros y el mínimo de 2017 fue de 189.980 € y se argumenta que en 2018 la caída fue del 15 % aproximadamente según el informe (salvo error, es un 12,5 % aproximadamente) pero desde cotas muy superiores a las previsiones del contrato (casi 217.000 €/año), por lo que no se puede acoger ese precedente para justificar esa potencial reducción del 9,86 dado que siendo así estaríamos valorando como posible una caída de los ingresos respecto a 2017 del **16.5 % para incurrir en pérdidas el primer año.**

Por último, en el peor de los escenarios no podemos entender que una reducción del 9,36% sobre el escenario base durante 5 años y sin que el empresario adopte medidas sea razonable partiendo de una gestión diligente del negocio y sin valorar la medida mitigadora del incremento de los precios máximos autorizados que consta, según el Ayuntamiento, en el PPT.

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 en los que se desconoce su razonabilidad, se procede a determinar cuál es el punto muerto y con los elementos subjetivos como la**

¹ Debe indicarse que en los cálculos de gastos de personal se recogen partidas para cubrir absentismo o las licencias, permisos o incapacidad temporales por un importe de un 10 % de los sueldos y salarios, es decir, con un prudencia significativa (notas 7 y 9 del informe)



incertidumbre económica y la alta inflación se justifica que la posibilidad de no cobertura de costes no es mínima o desdéniable.

Con esos fundamentos, no se puede compartir la conclusión del informe sin que ello pueda interpretarse que se considere que no hay transferencia de riesgo operacional, el presente voto particular no niega su existencia, tampoco se considera que sí exista con los datos existentes, pero sí afirma que el informe no justifica la conclusión y, por tanto, no puede votarse a favor del mismo por la falta de fundamento como se ha expuesto más arriba.

Firmado electrónicamente por:

El representante de la Intervención General de la Administración del Estado