OFICINA NACIONAL
DE EVALUACION

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
21/2024	Pleno de la ONE	20/09/2024

Con fecha 21 de junio de 2024, y conforme al Convenio de adhesión suscrito al efecto, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia del informe preceptivo previsto en el artículo 333.3 de la LCSP, en relación con el *contrato de concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera de la Región de Murcia RMU5 a RMU10,*

A partir de la información facilitada por la propia Comunidad Autónoma de la Región de Murcia junto con dicha solicitud, así como de la que se remitió con fecha 31 de julio, 9 de agosto y 3 de septiembre de 2024 por parte del mismo solicitante a fin de dar respuesta a requerimientos formulados desde la ONE, 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.

Beatriz Díaz Martín, EN CALIDAD DE SECRETARIA DE ESTE ÓRGANO, CERTIFICO:

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

APROBACIÓN DEL INFORME 24011 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 21/2024 DEL "CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE REGULAR DE VIAJEROS DE USO GENERAL POR CARRETERA DE LA REGIÓN DE MURCIA RMU5 A RMU10.

El acuerdo se adoptó por mayoría de los presentes, con 5 votos favorables y un voto desfavorable formulado por parte de la representante de la Región de Murcia.

Formuló voto particular sobre las razones de su discrepancia la representante de la Región

BEATRIZ DIAZ MARTIN (1 de 2)
Secretaria del Pleno ONE
Fecha Firma: 25/09/2024
HASH: 4275ba98583a4a2e2c501e27336dc3aa

MARIA LUISA ARAUJO CHAMORRO (2 de 2)
Presidenta
Fecha Firma: 25/09/2024
HASH: e0393622c91bc52c660e464e695bac28

CERTIFICADO
Número: 2024-0012 Fecha: 25/09/2024

Cód. Validación: 6CGJ6ECFFG9H6FH95L6XFJ6FQ
Verificación: https://tramitesone.hacienda.gob.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 1 de 2

OFICINA NACIONAL
DE EVALUACION

de Murcia, recibido por medios electrónicos el 24 de septiembre 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.

La Secretaria del Pleno de la ONE,

Beatriz Díaz Martín

La Presidenta de la ONE

María Luisa Araújo Chamorro

CERTIFICADO
Número: 2024-0012 Fecha: 25/09/2024

Cód. Validación: 6CGJ6ECFFG9H6FH95L6XFJ6FQ
Verificación: https://tramitesone.hacienda.gob.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 2 de 2

secretaria.one@hacienda.gob.es

LOPEZ ONA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-1398799-7a73-15f5-d6ed-0050569b34e7

VOTO PARTICULAR DE LA REPRESENTANTE DE LA REGIÓN DE MURCIA EN EL PLENO DE LA ONE, DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2024, SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE LA ONE 24011, REFERIDO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE REGULAR DE VIAJEROS DE USO GENERAL POR CARRETERA DE LA REGIÓN DE MURCIA RMU-5 A RMU-10 (EXPEDIENTE DE LA ONE 21/2024)

De acuerdo con lo establecido 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 propuesta de informe del contrato y debatido este último en el Pleno de la ONE celebrado el 20 de septiembre de 2024, se emite el voto particular para su incorporación al Acuerdo.

Con fecha 20 de septiembre de 2024 tuvo lugar la reunión del Pleno de la Oficina Nacional de Evaluación con motivo de la discusión y valoración del informe preceptivo previsto en el artículo 333 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), en relación al expediente de la ONE 21/2024 referido al *"Contrato de concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera de la Región de Murcia RMU-5 a RMU-10"*.

En dicha reunión, tras la deliberación de los miembros del Pleno, se adoptó el acuerdo de aprobación del informe de valoración con el voto en contra de la representación de la Región de Murcia.

Por parte de la representación de la Región de Murcia se solicita la incorporación al acuerdo del pasado día 20 de septiembre de 2024 del presente informe que contiene, a modo de voto particular, la fundamentación de dicho voto en contra.

1. EXISTENCIA DE ERRORES EN LA ACTUALIZACIÓN DEL PROYECTO Y EN LA EVALUACIÓN DEL ANÁLISIS DE TRANSFERENCIA DE RIESGO OPERACIONAL

Esta representación ha detectado en el informe una serie de errores que explican las conclusiones a las que llega la ONE. A continuación se realiza una exposición de los principales:

a) Se procede a una actualización parcial del estudio económico financiero de los proyectos al introducir información no disponible a fecha de cierre de los proyectos y sin llevar a cabo una evaluación adecuada sobre su coherencia con respecto al marco de prestación definido:

i. Al inicio de la página 36, correspondiente al apartado **5.2 Análisis crítico del Escenario Base** en el quinto punto del informe se señala que en el análisis *"se ha actualizado financieramente los flujos previstos en el proyecto aplicando la tasa de descuento, calculada en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española al 5,25%"*. No obstante, este ajuste llevado a cabo en el análisis no tiene en cuenta que la actualización de los proyectos se entregó en octubre de 2023. Por lo que, en el análisis desarrollado, se incorpora información que no estaba disponible en el momento de actualización de los proyectos. **Si dentro de la metodología empleada se quiere llevar a cabo un proceso de actualización del proyecto, éste debiera de ser sobre la totalidad de las variables del**

LOPEZ ONA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-f3987f9f-7a73-f5f5-cded-0050569b34e7

estudio económico-financiero entregado y no solo sobre algunas de las variables.

b) Se catalogan como fijos ingresos y costes que no lo son en base a las obligaciones de servicio y régimen económico definidos en pliegos por lo que el análisis de transferencia de riesgo resulta incompleto, estableciendo además umbrales que no se justifican:

i. Al final de la página 24 del informe, correspondiente al apartado **2.2 Análisis de la estimación de ingresos,** en el punto 4 del informe se menciona que "*los ingresos por venta de flota son fijos*". Cualquier baja de activos durante la prestación del servicio recae directamente sobre el concesionario, de tal forma que los ingresos obtenidos por su venta que difieran de los previstos, al alza o la baja, introducirán cambios con respecto al resultado previsto en el proyecto lo que implica la transmisión de un riesgo. **Por lo tanto, no puede considerarse como un ingreso garantizado ni constante a lo largo del tiempo**.

ii. En el **Anexo IV: Escenario Base de cada lote**, correspondiente a las páginas 71 a 76, se ha detectado que, en las filas relativas a los ingresos fijos, para los años 1 y 10 se presentan unas cifras que son superiores a las contempladas en los proyectos, sin que se especifique en el texto la procedencia de estas cuantías.

iii. Al final de la página 17, correspondiente al apartado **1. Aspectos económico-financieros presentados en el proyecto** se manifiesta en la nota a pie 15 del informe 24011 lo siguiente: "*Dada la naturaleza de los costes concesionales y las características del servicio y de las prestaciones objeto de contrato (vehículos, líneas, horarios y kilómetros comprometidos), esta Oficina ha considerado como fijas todas las partidas de costes, ya que aquellos que puedan tener naturaleza variable en función de la demanda tienen un carácter marginal. Esto sucede porque, aunque algunas partidas puedan variar, esencialmente por el efecto de la posible oscilación de los precios (combustible, neumáticos, etc.), estas variaciones no van a depender del número de viajeros/usuarios del servicio, puesto que éste debe de prestarse del mismo modo con independencia del nivel que alcance dicho número de viajeros.*" Esta asunción implica la consideración de nulo riesgo de suministro por parte del prestador del servicio lo cual no refleja la realidad y las incertidumbres a las que deben enfrentarse los operadores a la hora de prestar el servicio. **Las obligaciones contenidas en los pliegos y en los proyectos obligan al futuro prestador a proveer de una oferta de servicios en el tiempo con independencia de las variaciones que en base a las unidades o precios unitarios tenga que hacer frente**.

iv. Al final de la página 49, correspondiente al apartado **7. Análisis de la existencia de transferencia de riesgo operacional** se afirma que: "*En último lugar, respecto a la transferencia del riesgo de incremento de costes, conviene recordar que los pliegos ya contemplan un mecanismo de revisión de precios. El mecanismo de revisión de tarifas amortigua en gran medida el impacto que para el concesionario pueda tener un potencial incremento de*

los costes del servicio, lo que significa que el riesgo sobre el resultado de la explotación del servicio queda parcialmente limitado".

No se ha evaluado el grado de amortiguación de la fórmula de revisión existiendo elementos derivados de la aplicación de la fórmula del Real Decreto Real Decreto 75/2018, de 19 de febrero, que introducen riesgos en el proceso de revisión tales como la aplicación de pesos en los factores diferentes a los de la estructura de costes, la aplicación de limitaciones en los procesos de revisión o la introducción de un factor de eficiencia.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS QUE AVALAN LA INCLUSIÓN DEL RIESGO SUMINISTRO DENTRO DEL ANÁLISIS DE TRANSFERENCIA DE RIESGO OPERACIONAL

Tal y como se señaló en la Memoria explicativa correspondiente a los Proyectos que nos ocupan remitidas a la ONE, el contrato de los servicios de transporte de viajeros cuenta con especialidades relativas tanto al régimen jurídico aplicable (prelación normativa que les afecta) como a su propia naturaleza. Así, este tipo de contratos se rige, en primer lugar, por la legislación sectorial propia que, en este supuesto, está conformada tanto por la legislación autonómica en materia de transporte como, supletoriamente, por la LOTT (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) y el ROTT (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres). En ambos textos legislativos se recoge claramente, como regla general, que ***los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte deben adjudicarse empleando la modalidad de concesión de servicios*** (artículo 66.1 ROTT y 17 de la LOTT). Así, en base a estos mandatos, en el supuesto de que un órgano de contratación opte por la modalidad de contrato de servicios debe justificar adecuadamente en el anteproyecto del servicio dicha decisión y deberán exponerse las razones que la fundamenten.

Por tanto, este régimen diferenciador que afecta a esta tipología de contratos debe ser tenido muy en cuenta a la hora de realizar una valoración de la modalidad contractual elegida para su licitación.

En segundo lugar, de la lectura del informe de la ONE parece extraerse la conclusión de que, ante la ausencia de un claro riesgo de demanda (que, tal y como se ha expuesto, no cuenta con justificación en base a datos disponibles y/o series históricas), no existe una transferencia de riesgo operacional suficiente para poder considerar el contrato una concesión de servicios. En relación a esta cuestión, resulta preciso referirse a 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, en cuyo Considerando 20 se aclara que: *"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."*

Por tanto, la transferencia del riesgo puede referirse a:

- Un riesgo de demanda
- Un riesgo de suministro
- Un riesgo de demanda y suministro

Esto es, **la ausencia de un riesgo de demanda no deriva automáticamente en una ausencia de transferencia de riesgo al operador.** Por tanto, aunque la transferencia

LOPEZ ONA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-1398799-7a73-1515-cded-0050569b34e7

de un riesgo demanda sea limitada, la existencia de un riesgo suministro avalaría la requerida transferencia de riesgo operacional al operador.

En tercer lugar, resulta preciso retomar lo ya apuntado en relación a las especificidades propias de los contratos que nos ocupan y, en relación a la calificación contractual, el *Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Asunto: Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús* realiza un conjunto de apuntes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de enmarcar estos contratos dentro de una tipología u otra.

"El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, 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. Así, 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. Pero tampoco puede olvidarse que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos. Por ello, en un sector donde exista un especial interés público a proteger, puede limitarse ese riesgo. Y sería posible establecer un sistema de retribución con ayudas públicas complementarias, siempre y cuando, con éstas, no se asuman por la Administración contratante prácticamente todas las pérdidas derivadas de la explotación, así como la diferencia entre las tarifas ordinarias y las especiales bonificadas de las que disfruten determinadas categorías de pasajeros (como se explica en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A).

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el «nuevo» concepto de riesgo operacional, y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer, no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto, ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica la nueva regulación de concesiones. Por ello, también las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen opuestas —más bien lo contrario— al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras), que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión, o la debida diligencia en la planificación de la concesión. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico (como ya se explicará en nuestro Informe 24/2013, de 25 de noviembre, relativo al restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública)."

Así, en base al anterior Informe, la Junta Consultiva **admite la posibilidad de que la transferencia de riesgos en este tipo de contratos sea limitada por el propio hecho**

LOPEZ OÑA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-13987f9f-7a73-1515-d6ed-005056903e7

LOPEZ ONA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Este es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-3987191-7a73-1515-ded-0050569b34e7

de que, en determinados sectores, como sucede en el del transporte, existe un especial interés público a proteger, que en este caso es garantizar la movilidad de la ciudadanía, un servicio esencial.

En la misma línea, la Jurisprudencia europea y, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, en el asunto C 206/08 más conocido como Eurawasser, sostiene que sí cabe acudir por la Administración a un contrato de concesión de servicios en circunstancias donde el mercado no sea tan perfecto como el mercado libre.

En definitiva, y como conclusiones a todo lo expuesto se señala lo siguiente:

- ➔ La peculiar naturaleza de estos contratos es especialmente importante a la hora de realizar el análisis de la transferencia de riesgos que se lleva a cabo. La jurisprudencia y doctrina ya han manifestado que, en las concesiones de servicios de transporte público de viajeros por carretera, esta transferencia de riesgos debe existir, pero **los riesgos pueden ser limitados** y esta limitación no impide que estos contratos puedan licitarse bajo esta modalidad contractual puesto que, en último término, debe garantizarse la movilidad de la ciudadanía siendo este el elemento importante y no la capacidad de generar ingresos.

- ➔ Debe incluirse la **clara existencia del riesgo de disponibilidad**. Todos los riesgos de mantenimiento de la oferta exigida por la administración contratante son propios del contratista, y resulta evidente que éste no tiene control sobre determinadas variaciones que pueden afectar a cantidades y precios pudiendo existir situaciones en las que fórmula de revisión prevista sea insuficiente. El operador está asumiendo realmente un riesgo que no va a ser siempre y en todo caso cubierto por la Administración contratante y que, en circunstancias normales, y como empresa privada, no asumiría por no ser nominal ni desdeñable.

3. CONCLUSIONES

La ONE en las conclusiones de su informe establece que "*Respecto de **los lotes 1, 3 y 4 no existe transferencia de riesgo operacional suficiente** para poder considerar que la naturaleza jurídica de esta licitación es la correspondiente a un contrato de concesión, debido a que, conforme a los análisis realizados en este informe, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario podrá cubrir los costes en que haya incurrido como consecuencia de la explotación del servicio, apreciando que la posibilidad de incurrir en pérdidas resulta meramente nominal o desdeñable*".

El resultado alcanzado obedece a que:

- Desde un punto de vista metodológico no resulta verosímil en un estudio económico financiero que se actualicen solo unas variables y el resto se mantengan.

- Una evaluación de la transferencia del riesgo operacional que:

    - Ha clasificado como fijos ciertos elementos que son, en realidad, de naturaleza variable, como es el caso de la venta de flota, lo cual distorsiona la evaluación de riesgos.

- No ha contemplado el riesgo de suministro obviando que las obligaciones de servicio contenidas en pliegos obligan al operador a mantener una oferta de servicio público con independencia de cambios que pueden producirse a nivel normativo, de precios, etc. con un impacto directo en la viabilidad económica de los proyectos que pueden no ser suficientemente compensados por la fórmula de revisión.

- No se ha tenido en cuenta la especial naturaleza de los servicios objeto de licitación. No se ha incorporado al análisis la consideración de una limitación de la transferencia del riesgo que vienen defendiendo doctrina y jurisprudencia contractual respecto de este contrato.

Dado lo anterior**, se emite este voto particular contrario al acuerdo favorable al informe emitido por la ONE en relación al expediente de la ONE 21/2024.**

LOPEZ OÑA, ANA MARIA 24/09/2024 14:53:00
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros.
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: https://sede.carm.es/verificardocumentos e introduciendo del código seguro de verificación (CSV) CARM-1398719f-7a73-f5f5-6ded-0050569b34e7