



Recurso nº 1141/2024 C. A. Castilla-La Mancha 81/2024

Resolución nº 1329/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de octubre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.N.F., en representación del Grupo Municipal Se Puede Villarrobledo, contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los caminos públicos del término municipal de Villarrobledo*”, con expediente 1331732D, convocado por el Ayuntamiento de Villarrobledo, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el 2 de agosto de 2024 y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 31 de julio de 2024, se convocó el procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los caminos públicos del término municipal de Villarrobledo*”, con expediente 1331732D, por el Ayuntamiento de Villarrobledo, por procedimiento abierto, con un valor estimado de 1.713.016,25 euros.

Segundo. El 14 de agosto de 2024, D. R.N.F., en representación del Grupo Municipal Se Puede Villarrobledo, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los caminos públicos del término municipal de Villarrobledo*”, con expediente 1331732D, convocado por el Ayuntamiento de Villarrobledo.

En su escrito de recurso interesa que se declare la nulidad de los pliegos de dicho contrato por entender que ha de calificarse como contrato de concesión de servicios y no como contrato de servicios, lo que también implica que no obre en el expediente el correspondiente estudio de viabilidad o de viabilidad económico-financiera previsto en el artículo 285.2 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).

También invoca vulneración del artículo 85.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), que establece que los servicios públicos de competencia local han gestionarse de la forma más sostenible y eficiente (considerando el recurrente que la gestión directa del servicio, modo en que hasta ahora se ha venido prestando, cumple con tales requisitos), así como, genéricamente, del procedimiento previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Tercero. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP y el artículo 28.4 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En dicho informe se interesa la desestimación del recurso por entender el órgano de contratación, básicamente, que la calificación del contrato como de servicios es correcta.

Cuarto. El 21 de agosto de 2024, la Secretaria General del Tribunal, por delegación del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49.2 y 56.3 de la LCSP, ha acordado denegar la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, interesada por el recurrente.

Quinto. Con fecha 17 de septiembre de 2024, el órgano de contratación ha comunicado a este Tribunal que han concurrido al procedimiento de contratación los siguientes licitadores: (1) FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. y (2) CONSTRUCCIONES GISMERO, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales, de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE núm. 262, de 03/10/2020).



Segundo. El recurso se ha presentado en el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los caminos públicos del término municipal de Villarrobledo*”, con expediente 1331732D, convocado por el Ayuntamiento de Villarrobledo.

El recurso supera el umbral cuantitativo previsto en la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP para los contratos de servicios (100.000 euros) y se refiere a actuaciones objeto de recurso previstas en la letra a) del artículo 44.2 de la LCSP, al recurrirse los pliegos.

Cuarto. El artículo 48 de la LCSP establece que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Respecto de la legitimación de los miembros de entidades locales, el artículo 24.4 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que:

“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”.



El artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local establece un supuesto de legitimación, de carácter excepcional: *“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (...)*

b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.”

En el presente caso, el recurrente afirma actuar en representación del Grupo Municipal Se Puede Villarrobledo y pese a que los grupos municipales carecen de legitimación para interponer esta clase de recurso especial, según las Resoluciones nº 319/2023, de 16 de marzo, Resolución nº 119/2022, de 27 de enero, Resolución nº 67/2014, de 28 de enero, de este Tribunal, entre otras, debe tenerse en cuenta que materialmente cumple con lo previsto en dicho artículo 24.4 del Real Decreto 814/2015.

Así, aunque formalmente articula el recurso en su condición de portavoz del grupo municipal, la documentación que aporta junto con su escrito de recurso especial acredita que ha formado parte del órgano que ha adoptado el acuerdo impugnado oponiéndose a su adopción, reuniendo los requisitos del artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Aporta el Acta de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villarrobledo nº 16/2024, correspondiente a su sesión de 25 de julio de 2024, en la que consta que (1) D. R.N.F. forma parte de la misma y (2) votó en contra del punto 6 del orden del día *“APROBACIÓN EXPEDIENTE SERVICIO MANTENIMIENTO CAMINOS PÚBLICOS (SEGEX 1331732D)”*. También debe tenerse en cuenta que el órgano de contratación para ese expediente es la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villarrobledo, según se indica en la letra A- *“PODER ADJUDICADOR”* Del Cuadro Resumen (CR) del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA) de dicho contrato.

Por ello, en virtud del principio *pro actione* este Tribunal considera que se encuentra legitimado para la interposición del recurso.

Quinto. El principal motivo impugnatorio articulado por el recurrente consiste en sostener que el contrato ha de calificarse como de concesión de servicios y no como contrato de servicios, por considerar que implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional.



Según el recurrente, dicha transferencia resultaría de las inversiones que ha de efectuar el adjudicatario/concesionario del contrato, que ascienden a un total de 272.500 euros y que resultan obligatorias para la empresa, conforme a lo previsto en el apartado 7.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT):

“7.3. MAQUINARIA Y MEDIOS.

El Ayuntamiento adscribirá al contrato la motoniveladora marca FIATHITACHI modelo G-140 del año 2002, que actualmente está trabajando en el servicio de caminos, esta máquina será integrada por el adjudicatario en el servicio pasando a formar parte del contrato, el adjudicatario se hará cargo de los gastos de mantenimiento y reparaciones.

Por lo que se refiere al resto de la maquinaria y otros medios, se establece a continuación una relación de los equipos valorados en la cláusula 14 del presente pliego que, como mínimo, se consideran necesarios para que se mantengan permanentemente afectos solo a este contrato, en condiciones de servicio y plenamente operativos, en la zona de trabajo, nave almacén , sin perjuicio de que el adjudicatario deberá poner a disposición del contrato, en todo caso, cuantos otros medios auxiliares y maquinaria sean necesarios para el adecuado desarrollo de los trabajos y el cumplimiento de la programación establecida, durante el periodo en que dichos trabajos así lo exijan”.

Además, alega que en el apartado 15 del PPT se indica que: *“Teniendo en cuenta el objeto del presente contrato, no es posible establecer a priori cuál será exactamente la cantidad del servicio en cuanto al número de actuaciones. Por ello el contrato tendrá carácter abierto en cuanto a la cantidad de servicios a realizar. Sí se establecerá como precio fijo el porcentaje de descuento aplicado por el licitador en su oferta”.*

A la vista de esa indeterminación en el número de actuaciones a realizar que, unida al carácter obligatorio para el contratista de efectuar dichas inversiones, implicaría transferencia al concesionario de un riesgo operacional, entiende el recurrente que el contrato ha de calificarse como de concesión de servicios, según lo previsto en el artículo 15 de la LCSP.

Sexto. Por el contrario, en el informe del órgano de contratación remitido a este Tribunal se interesa la desestimación del recurso, con base en los siguientes argumentos:



“PRIMERO.- Uno de los problemas recurrentes en la legislación sobre contratación pública ha sido lograr diferenciar el riesgo operacional entre los contratos de servicios y los ahora contratos de concesión de servicios.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), ha dado un salto cualitativo respecto a la legislación precedente, asumiendo el contenido de la Directiva 2014/23/UE y de los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto.

Lo determinante para calificar el contrato es la asunción o no de dicho riesgo.

Extremadamente clarificador es en este sentido el Informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuando afirma: “...de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios”.

En resumen, se puede concluir que lo que caracteriza a los contratos de concesión de servicios es que el contratista asume el riesgo y ventura de la explotación de los servicios, percibiendo como contrapartida una retribución por el uso del servicio abonada ya sea por los usuarios, por terceros o incluso por la propia Administración contratante; pero eso sí, una retribución vinculada estrechamente al propio riesgo operacional y ventura en la explotación del servicio por el contratista o lo que es lo mismo “una retribución fijada en función de su utilización”.



A sensu contrario en palabras del TJUE, sentencia Privater Rettungsdienst: "...si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende, además, que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios".

En el mismo sentido, el artículo 15 de la LCSP define los contratos de concesión de servicios como aquellos "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".

La característica fundamental de este tipo de contratos es la transferencia al concesionario del riesgo operacional. 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 los servicios que sean objeto de la concesión.

Así, el TJUE en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, definía las características del riesgo operacional:

"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".

Del examen del expediente de contratación se concluye, sin ninguna duda, que el adjudicatario no asume un riesgo operacional porque, en condiciones normales de



funcionamiento, recupera las inversiones realizadas y cubre todos los costes derivados de la prestación del servicio; no se dan, en ningún caso, las características a que se refiere el TJUE en su sentencia antes referida.

El sistema de determinación del precio del contrato es el de precio cierto (apartado D del pliego de cláusulas administrativas particulares) no en función de los servicios que se prestan, que se detalla en el Anexo II “Presupuesto Base de Licitación”, y se indica a continuación:

“El presupuesto base de licitación del presente contrato, determinado mediante el sistema de precio cierto y elaborado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP es el que se indica a continuación.

A) COSTES DE MANO DE OBRA

UD	CONCEPTO	EUR/UD	TOTAL EUR
2	Oficial Conductor	43.774,17 €	87.548,34 €
	Sustituciones por vacaciones y absentismo		12.256,77 €
	Costes mano de obra		99.805,11 €

B) COSTES DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES

UD	CONCEPTO	EUR/UD	TOTAL EUR
75	Jorn. Motoniveladora municipal	150,00 €	11.250,00 €
36	Jorn. Máquina retro-mixta excavadora ALQUILER	150,00 €	5.400,00 €
50	Jorn. Rodillo autopropulsado según anexo I	75,00 €	3.750,00 €
150	Jorn. Camión caja abierta con grúa SEGUNDA MANO	35,00 €	5.250,00 €
150	Camión caja abierta hasta 3.500 kg	9,00 €	1.350,00 €
2	Uniformidad-EPIs	180,00 €	360,00 €
2	Reconocimiento médico	120,00 €	240,00 €
3	P.A. Seguros e impuestos	2.300,00 €	6.900,00 €
1	P.A. Alquiler instalaciones	6.000,00 €	6.000,00 €
1	P.A. Suministro de asfalto, alquitrán y otras emulsiones	40.000,00 €	40.000,00 €
1	P. A. Suministro de zahorras y otros áridos	38.000,00 €	38.000,00 €
1	P.A. Pequeño material y material auxiliar	9.000,00 €	9.000,00 €
	Costes combustible y lubricantes		127.500,00 €



C) COSTES DE MANTENIMIENTO Y REPARACION

UD	CONCEPTO	EUR/UD	TOTAL EUR
75	Jorn. Motoniveladora municipal	150,00 €	11.250,00 €
36	Jorn. Máquina retro-mixta excavadora ALQUILER	150,00 €	5.400,00 €
50	Jorn. Rodillo autopropulsado según anexo I	75,00 €	3.750,00 €
150	Jorn. Camión caja abierta con grúa SEGUNDA MANO	35,00 €	5.250,00 €
150	Camión caja abierta hasta 3.500 kg	9,00 €	1.350,00 €
Costes de mantenimiento y reparación			27.000,00 €

D) COSTES DE AMORTIZACION/FINANCIACION

UD	CONCEPTO	EUR/UD	TOTAL EUR
1	Rodillo autopropulsado según anexo I	170.000,00 €	170.000,00 €
1	Camión caja abierta con grúa SEGUNDA MANO	50.000,00 €	50.000,00 €
1	Camión caja abierta hasta 3.500 kg	22 000,00 €	22 000,00 €
1	Cafetera para emulsiones 2.000 lts sobre camión	18.000,00 €	18.000,00 €
1	Rodillo pequeño de lanza Husquarna LP6505	8.500,00 €	8.500,00 €
1	Pequeña maquinaria (radiales, hormigoneras, etc)	4.000,00€	4.000,00€
Suma			272.500,00 €
Cuota anual amort-fin (4% int y 10 años)			33.596,78 €

PRESUPUESTO

A) Costes de mano de obra	99.805,11 €	0,35
B) Costes de combustibles y lubricantes	127.500,00 €	0,44
C) Costes de mantenimiento y reparacion	27.000,00 €	0,09
D) Costes de amortizacion/financiacion	33.596,78 €	0,12
Suma	287.901,89 €	1,00
19% Gastos generales y Beneficio Industrial	54.701,36 €	
Base Imponible	342.603,25 €	
21% Impuesto sobre el Valor Añadido	71.946,68 €	
TOTAL AÑO	414.549,93 €	

Costes directos 287.901,89 €

Costes Indirectos 54.701,36 €

Presupuesto Base de Licitación (IVA Excluido) = 342.603,25 €/año

IVA (21%) =71.94668 €

Presupuesto Base de Licitación (IVA Incluido) = 414.549,93 €/año.

Este presupuesto tiene carácter máximo



Efectivamente, en la cláusula 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas se dice que no es posible establecer a priori la cantidad exacta de los servicios a prestar, pero el precio es cierto y fijo en función de la oferta del adjudicatario, y prueba de ello es la forma de abono, que se regula en la cláusula 10 de dicho pliego, que literalmente dice así:

“10. ABONO.

El abono, se llevará a cabo trimestralmente, de acuerdo con lo ofertado, tanto en lo que respecta a medición como a cumplimiento de las condiciones prescritas para los distintos trabajos y operaciones y siempre con el Visto Bueno del Responsable Contrato.

El pago de la certificación trimestral, previa firma por el responsable del contrato, se efectuará de acuerdo con lo establecido en el artículo 198.4 de LCSP...”.

Dentro del primer trimestre de cada ejercicio el adjudicatario acreditará los importes consumidos en concepto de los materiales suministrados, asfalto, alquitrán, otras emulsiones, zahorras y otros áridos en la prestación del servicio de mantenimiento.

Dado que en el contrato se incluye un gasto de 78.000 € anuales en concepto de materiales a suministrar (asfalto, alquitrán y otras emulsiones así como de zahorras y otros áridos), el adjudicatario acreditará mediante la presentación de las facturas de suministro de los mismos el gasto realizado, si este ha sido inferior se descontará la cantidad faltante en el precio del primer trimestre, si por el contrario el gasto realizado fuera mayor, la cantidad excedida será incrementada en el precio del primer trimestre, esta regularización se llevará a cabo en el primer trimestre de cada ejercicio del contrato”.

Los costes del Presupuesto de licitación son fijos en base a un número de unidades estimadas, con la salvedad de los materiales a suministrar, cuyo gasto, en principio, asciende a 78.000 euros anuales, si bien el adjudicatario, según la cláusula 10 antes transcrita “...el adjudicatario acreditará mediante la presentación de las facturas de suministro de los mismos el gasto realizado, si este ha sido inferior se descontará la cantidad faltante en el precio del primer trimestre, si por el contrario el gasto realizado fuera mayor, la cantidad excedida será incrementada en el precio del primer trimestre, esta regularización se llevará a cabo en el primer trimestre de cada ejercicio del contrato”.



A mayor abundamiento, en la cláusula 14 del Pliego de Prescripciones Técnicas se dice textualmente: “A la finalización del contrato toda la maquinaria sujeta a amortización revertirá al Ayuntamiento previo pago del valor residual ofertado por el adjudicatario en su oferta”.

Queda acreditado, pues, en el expediente que el adjudicatario, al contrario de lo que dice el recurrente, recupera las inversiones efectuadas y los gastos efectivamente ocasionados, como sucede, por ejemplo, con el material, si es inferior al previsto se le abonará el gasto realmente realizado y si es superior también, no hay riesgo alguno.

En definitiva, no existe una exposición a las incertidumbres del mercado en términos del TJUE, el contratista tiene garantizado un precio que le abona el Ayuntamiento y que cubre todos los costes derivados de la prestación del servicio, lo que nos lleva a calificar el contrato como de servicios del artículo 17 de la LCSP.

SEGUNDO.- El recurrente entiende que se está utilizando una forma de gestión indirecta del servicio que no es la más sostenible y eficiente, proponiendo que el mismo sea gestionado directamente por el Ayuntamiento, dado que así se generaría un ahorro considerable para las arcas municipales, al no tener que asumir el coste de personal de dos operarios de mantenimiento de la empresa adjudicataria, dado que los del Ayuntamiento permanecen en su plantilla, ni los gastos generales, ni el beneficio industrial, ni el IVA.

Evidentemente, y con fundamento en las consideraciones esgrimidas en el precedente apartado, esta Alcaldía no comparte tal postura.

El artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reserva la gestión indirecta a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios (actualmente al contrato de concesión de servicios), y en el caso que nos ocupa estamos ante un contrato de servicios porque no se transfiere el riesgo operacional, por lo que es una forma de gestión directa.

El Ayuntamiento de Villarrobledo quiere mantener en condiciones óptimas la red viaria de caminos del municipio, garantizando un estado de conservación y mantenimiento adecuado, pero carece de los medios necesarios para ello, y es por este motivo por el que, aunque el servicio se preste directamente, precisa de la colaboración de una empresa especializada,

como así se acredita en la Propuesta de Inicio del expediente suscrita por el Técnico Municipal de Medio Ambiente, cuando dice:

"4.- JUSTIFICACIÓN DE SU NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO (Art. 28 LCSP).-

El término municipal de Villarrobledo abarca una superficie de 88.171 Ha 93 a y 10 ca, lo que supone 862 Km2, ocupando la posición undécima de los municipios españoles (exceptuando capitales de provincia) con mayor término municipal. Ello tiene como consecuencia que el Ayuntamiento de Villarrobledo gestiona una amplísima red de caminos públicos municipales, cuya longitud supera los 1.700 Km.

En el Anexo de la Ordenanza Municipal de la Ordenanza de Caminos del Villarrobledo figuran un total de 433 caminos públicos, divididos en caminos principales 22 y caminos de segunda categoría 411. A esto hay que sumar una serie de caminos que por unas causas u otras no aparecen en el Catálogo de Caminos Rurales del Término Municipal de Villarrobledo, el cual está en revisión, y que habría que sumar a los anteriores.

Según su estado de conservación y mantenimiento, atendiendo a las características de su calzada, estos caminos se dividen entre caminos asfaltados, camino con zahorras y caminos en su estado natural. Destacar los 120 Km de caminos asfaltados de dos tipos, caminos tratados con doble tratamiento y caminos tratados con asfalto en caliente.

El mantenimiento y reparación de los caminos municipales es vital para garantizar la seguridad y la movilidad de los ciudadanos, así como para promover el desarrollo económico y social de nuestra localidad.

Estas vías requieren la ejecución continuada de operaciones de seguimiento, conservación y mantenimiento a fin mantener unas condiciones adecuadas de seguridad y comodidad para la circulación de vehículos. Especialmente en los caminos rurales que comunican todos los parajes naturales y agrícolas del término municipal. Villarrobledo es una ciudad donde la agricultura tiene un peso primordial y es fundamental que los caminos de acceso a los terrenos agrícolas se encuentren en buenas condiciones para que los agricultores de la zona puedan acceder hasta sus parcelas de cultivo en condiciones de seguridad y comodidad.

5.- JUSTIFICACIÓN DE LA INSUFICIENCIA DE MEDIOS:



El Ayuntamiento de Villarrobledo ha acometido siempre los trabajos de conservación de la red con medios propios, sin obtenerse en muchas ocasiones resultados plenamente satisfactorios, debido fundamentalmente a las limitaciones de medios. Esto viene provocando periódicamente que, ante una falta de mantenimiento adecuado, tras arreglos de gran calado como el asfaltado y reasfaltado de caminos completos, estos han sufrido un deterioro que hubiera sido anecdótico si se hubiesen realizado pequeños arreglos que hubieran podido permitir mantener en mejores condiciones estos caminos, evitando reparaciones integrales caras y muy repetidas.

Se requiere la ejecución continuada de operaciones de seguimiento, conservación y mantenimiento a fin mantener unas condiciones adecuadas de seguridad y comodidad para la circulación de vehículos, especialmente en los caminos rurales que comunican todos los parajes naturales y agrícolas del término municipal.

Es por esto que resulta imposible atender las necesidades de conservación con los equipos propios y con la maquinaria de que dispone el Ayuntamiento, que ha quedado en muchos casos obsoleta, incluso inservible”.

No es posible, por tanto, materializar el ahorro a que se refiere el recurrente, los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA, son conceptos que obligatoriamente deben adicionarse al presupuesto de ejecución material del contrato, así lo dispone el artículo 131 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por lo que se refiere al personal municipal, la obligación de subrogarlos en la empresa contratista no deriva de las normas de contratación, tiene su origen en los convenios de aplicación (STS 906/2023, de 3 de julio, rec. 5826/2020), y en del sector en cuestión no la contempla, habiendo optado los trabajadores por permanecer en la plantilla del Ayuntamiento”.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, procede examinar la normativa aplicable al presente caso.

El artículo 15 de la LCSP establece lo siguiente:

“Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.



1. El contrato de concesión de servicios es 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”.

Concretamente, respecto de la transferencia de riesgo operacional, el artículo 14.4 de la LCSP señala lo siguiente:

“4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.

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”.

Por otro lado, el artículo 17 de la LCSP define el contrato de servicios, del siguiente modo:

“Artículo 17. Contrato de servicios.

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o



suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

La legislación en materia de contratos, tanto europea (Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión) como nacional, a través de la LCSP, tienen establecido que un contrato debe calificarse como concesión de servicio o como servicio en función de que se transfiera o no el riesgo operacional al contratista.

La transferencia al empresario del riesgo operacional es el elemento imprescindible y configurador de la naturaleza jurídica del contrato de concesión del servicio, pues ha de ser el concesionario el que ha de asumir el «riesgo de demanda» o el «riesgo de suministro», en términos del artículo 14.4 de la LCSP; es decir, no ha de estar garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas, ni vaya a cubrir los costes en que incurra como consecuencia de la prestación de los servicios que sean objeto de la concesión. Además, la parte de los riesgos transferidos al concesionario ha de ser relevante, pues debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el empresario no sea meramente nominal o desdeñable.

En definitiva, la transferencia del riesgo operacional implica que no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento del servicio, el empresario vaya a recuperar las inversiones que realice, ni a cubrir los costes en que vaya a incurrir para explotar dicho servicio.

En el presente caso, de entrada, resulta discutible que la prestación del servicio por el contratista tenga como contrapartida que se le reconozca el derecho a su explotación, acompañado del de percibir un precio. Ello, atendida la naturaleza del servicio, cuyo objeto es el mantenimiento de la red viaria de caminos del municipio de Villarrobledo y la descripción de los trabajos que constituyen el objeto del contrato, contenida en el apartado 6 del PPT. Así, pese a que haya venido gestionándose directamente por el Ayuntamiento, resulta cuestionable que se pretenda conceder un servicio susceptible de explotación, en los términos



previstos en el artículo 15 de la LCSP y que, además, la prestación del mismo, tal y como está configurada, pueda considerarse sujeta a las incertidumbres del mercado.

En cualquier caso y respecto de la cuestión relativa a la supuesta transferencia al adjudicatario del riesgo operacional, si bien la retribución del contrato se encuentra -lógicamente- vinculada a la utilización del servicio, lo cierto es que el mismo apartado 15 del PPT invocado por el recurrente contempla un precio fijo (el porcentaje de descuento aplicado por el licitador a su oferta) e incorpora el presupuesto reproducido por el órgano de contratación en su informe incluido en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución. Además, se contemplan mecanismos que permitirán al adjudicatario recuperar las inversiones realizadas y cubrir los costes en que incurra para explotar dicho servicio. Ciertamente, en los pliegos se exige al adjudicatario contar con una determinada organización y medios para la ejecución del contrato, la cual requiere determinadas inversiones (apartados 7 y 14 del PPT), pero también se contempla su amortización e, incluso, la reversión al Ayuntamiento de la maquinaria sujeta a amortización, previo pago de su valor residual. Ello, unido a una forma de abono del precio (con carácter trimestral, según el apartado 10 del PPT) que contempla un mecanismo compensatorio respecto de los materiales a suministrar, previstos en el apartado 7.4 del PPT, determina que no concurra el requisito consistente en la transferencia al empresario del riesgo operacional del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la LCSP.

En este sentido, tampoco se aprecia que la parte de los riesgos transferidos al adjudicatario vaya a suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el empresario no vaya a ser meramente nominal o desdeñable, conforme a lo previsto en el artículo 14.4 de la LCSP, al que se remite el artículo 15.2 de la LCSP.

En consecuencia, a la vista del expediente y de lo previsto en los artículos 15 y 17 de la LCSP, anteriormente reproducidos, el contrato analizado ha de calificarse como contrato de servicios y no como contrato de concesión de servicios. Lógicamente, ello implica que no resulte preceptiva la elaboración del estudio de viabilidad o de viabilidad económico-financiera previsto en el artículo 285.2 de la LCSP.

En cuanto a las restantes alegaciones relativas a supuestas vulneraciones del artículo 85.2 de la LRBRL y del procedimiento previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de



Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera -relativas sobre todo a los dos operarios que, al parecer, vendrían desempeñando funciones propias del contrato y que quedarían en plantilla del Ayuntamiento destinados en otro servicio aún por determinar-, también decaen como consecuencia del rechazo del principal motivo de recurso; amén de resultar cuestiones ajenas a la competencia del presente Tribunal, debidamente rebatidas por el órgano de contratación en el ordinal segundo de su informe, reproducido en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

En definitiva, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.N.F., en representación del Grupo Municipal Se Puede Villarrobledo, contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los caminos públicos del término municipal de Villarrobledo*”, con expediente 1331732D, convocado por el Ayuntamiento de Villarrobledo.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES