



Recurso nº 1156/2016 C. Valenciana nº 206/2016

Resolución nº 58/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J.F.M.V., en representación de la mercantil MAINCO INFRAESTRUCTURAS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., (en adelante, MAINCO), contra el anuncio y los pliegos de contratación del procedimiento abierto del contrato para la concesión y explotación de la gestión integral del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, convocado por el Ayuntamiento de Monforte del Cid (Alicante), referencia nº ED 2261/2015, con un canon de explotación de 4.597.580,00 € y por veinte años prorrogables; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 16 de mayo de 2015, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Monforte del Cid, se aprobó por mayoría el llamado “Anteproyecto de explotación y obras para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable y gestión de las redes de saneamiento y agua potable” de la referida Corporación Municipal. Tras los trámites de alegaciones, se procedió a su aprobación definitiva, ordenando la contratación del servicio de forma indirecta mediante el régimen de concesión administrativa.

Segundo. La licitación fue anunciada mediante publicación en los medios oficiales, se procedió a su publicación oficial en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante de 17 de noviembre de 2016 y del mismo modo con fecha posterior, el 17 de noviembre, se anunció una rectificación de errores por la que se modificaba el plazo de presentación de ofertas que pasaba de quince días a veintiséis días.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que, para los contratos de gestión servicios públicos bajo la modalidad de concesión administrativa, contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), en el Real

Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Cuarto. El 5 de diciembre de 2016 se anunció el recurso especial en materia de contratación por la empresa MAINCO contra el anuncio y los pliegos de cláusulas particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando la nulidad de sus cláusulas y obligando al órgano de contratación a convocar una nueva licitación. Ese mismo día, 5 de diciembre, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal la formalización del anunciado recurso especial.

Quinto. Reclamado el expediente por este Tribunal y emplazados los interesados para alegaciones, el 30 de diciembre de 2016 han tenido entrada las suscritas por la empresa AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, E.M., por las que se viene a instar expresamente la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En principio, la competencia de este Tribunal para conocer del recurso interpuesto viene dada de conformidad con el artículo 41.3 TRLCSP, por tratarse de un acto de una Corporación de la Comunidad Autónoma de Valencia que, con fecha 22 de marzo de 2013, suscribió un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Hacienda, delegando en este Tribunal las competencias de la Generalitat Valenciana para entender de este tipo de recursos contractuales.

Segundo. El recurso se interpone contra la Resolución del anuncio y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) de un contrato calificado como de gestión de servicios públicos, por lo que el recurrente, al amparo del artículo 40.1, a) y 2, c) del TRLCSP, entiende que nos hallamos ante actuaciones en materia de contratación susceptibles de ser revisadas por este Tribunal, cuestión que pasaremos a analizar de oficio más adelante, pues nos hemos de interrogar sobre la verdadera naturaleza jurídica de la relación contractual y la existencia de competencia para el conocimiento del asunto por esta vía del recurso especial en materia de contratación, pese a que no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

Tercero. La mercantil recurrente goza de legitimación activa para la interposición del recurso, en aplicación del artículo 42 del TRLCSP. En este supuesto, considera este Tribunal que el recurrente ostenta legitimación, a pesar de que no haya sido presentada oferta alguna ante el órgano de contratación, toda vez que los argumentos en los que basa la impugnación de los pliegos ponen de manifiesto que es precisamente la redacción que impugna la que le impide formular oferta en el procedimiento de adjudicación.

Asimismo, se han cumplimentado las demás formalidades rituarías, entre ellas, la del plazo para la formalización del recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. En el recurso se alega cuanto sigue en contra de los pliegos rectores del procedimiento abierto de contratación:

1. Ausencia de información disponible a la fecha de 5 de diciembre de 2016 lo que implica, a su juicio, una falta absoluta de transparencia. En definitiva, falta de publicidad.
2. Impugnación de la cláusula del PCAP relacionada con el objeto del contrato sobre las ampliaciones de las infraestructuras ya existentes, pues, en su opinión, resulta imposible valorar su efecto en el contrato, ya que no se conoce a ciencia cierta cuáles serán las ampliaciones que se producirán en las infraestructuras, puesto que no existe ningún desglose de las mismas, ni ninguna memoria valorada o anteproyecto y menos aún, un cuadro de precios.
3. Desconocimiento del plazo máximo de duración del contrato y, por ende, impugnación de la cláusula 5ª del PCAP.
4. Innecesaridad de la cláusula que exige la prestación de una garantía provisional de 45.975 €, ya que desde hace varios años los órganos de contratación ya no requieren la prestación de esta garantía provisional.
5. Impugnación de las cláusulas referidas a la exigencia de la solvencia técnica, pues la consideran ilegal e imposible de cumplir en lo relativo a la disponibilidad de caudales suficientes.
6. Impugnación de la exigencia de medios materiales y personales disponibles en caso de emergencia.

7. Impugnación de los criterios objetivos para la selección del contratista estipulados en la cláusula 12ª del PCAP.

En consecuencia, ante los defectos observados, la empresa impugnante solicita la anulación de la convocatoria de licitación, además de la anulación total del procedimiento.

Quinto. Por su lado, el órgano de contratación elevó un informe, de fecha 14 de diciembre, suscrito por la Sra. Alcaldesa de la Corporación Municipal, en el que se suplica la desestimación del recurso por carecer de viabilidad las alegaciones suscitadas por la recurrente y, en especial, funda sus argumentos en la existencia de la Sentencia nº 138 de 17 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Alicante en el que, con ocasión del recurso interpuesto por la mercantil AGUAS DE VALENCIA en un procedimiento de licitación anterior y ante semejantes argumentos, desestimó dicha impugnación.

En consecuencia, suplica la desestimación del recurso formalizado de contrario.

Sexto. Antes de entrar a analizar los motivos de impugnación alegados por la mercantil recurrente, sobre la vulneración de las normas y los principios de la contratación administrativa y sobre la duración máxima del contrato, hemos de partir del examen de la verdadera calificación del contrato que nos ocupa para, a continuación, examinar si, con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del contrato, este Tribunal ostenta competencias para la revisión de los actos impugnados y, en su caso, para analizar si concurre alguna infracción del ordenamiento jurídico que pudiera determinar la nulidad de pleno Derecho del anuncio y de los pliegos objeto de revisión.

Dispone el artículo 40 del TRLCSP que:

*1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los **siguientes tipos de contratos** que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores (...):*

*a) Contratos de obras, **concesión de obras públicas**, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marcos, **sujetos a regulación armonizada**.*

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

Al análisis de la documentación contractual rectora del procedimiento hemos de estar para, con independencia del *nomen iuris* dado al contrato por parte del órgano de contratación, discernir ante qué tipo contractual nos hallamos y, una vez definido éste, precisar si nos hallamos intra muros de las competencias revisoras de este Tribunal.

El objeto de los contratos ha de quedar definido y aquilatado en los pliegos rectores del procedimiento de contratación, por ello hemos de acudir al tenor de sus cláusulas, primero del PCAP y, después, del PPT.

A) En el análisis del PCAP hallamos lo siguiente:

Cláusula 1ª. Objeto del contrato.

El Ayuntamiento de Monforte de Cid convoca, mediante procedimiento abierto, licitación pública para la adjudicación de la Concesión administrativa de la gestión del Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua y Alcantarillado del Municipio de Monforte de Cid, de acuerdo con lo establecido en el artículo 277 a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Las obras e instalaciones propiedad o titularidad municipal que se entregan al Concesionario para la realización de los trabajos objeto del contrato, son las definidas en el documento que se incorpora en el presente expediente de contratación, como Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas. También se incluirán en la concesión las obras e instalaciones que ejecute o reciba el Ayuntamiento para su adscripción al servicio encomendado durante el período concesional.

El objeto del contrato también comprenderá las mejoras en obras e infraestructuras, las renovaciones y las mejoras tecnológicas ejecutadas por el concesionario según el plan de inversiones propuesto por el mismo.

La prestación de los servicios objeto de concesión comprenderá las prestaciones que se indican en el Anteproyecto de Explotación, en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares, en el pliego de prescripciones técnicas y en las disposiciones y ordenanzas municipales de aplicación.

*Asimismo, corresponderá al concesionario **la ejecución y financiación de las obras de construcción de las nuevas infraestructuras** que, en su caso, vayan a adscribirse al Servicio, resarciéndose de las inversiones efectuadas en la forma que en cada momento se decida, salvo aquellas obras promovidas por el propio Ayuntamiento que se regularán en las formas legalmente previstas.*

Cuando se produzca cualquier ampliación que afecte al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al concesionario de manera que se mantenga el equilibrio económico financiera de la concesión. A tal efecto, el concesionario presentará solicitud acompañando necesariamente el correspondiente estudio económico que ampare la compensación”.

El tenor literal de la cláusula transcrita hace pensar que nos hallamos ante una figura contractual propia de la gestión de un servicio público de manera indirecta mediante la fórmula jurídica de la concesión, a la que la propia cláusula se refiere mediante la mención del artículo 277 letra a) del TRLCSP. No obstante, en puridad, el objeto de la relación concesional también suma a la propia de la prestación del servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado del municipio, la ejecución de nuevas obras, tales como las mejoras en obras en nuevas infraestructuras, por lo que, con lógica, nuestra primera deducción es que las prestaciones contractuales implican la adición de la gestión del servicio público con la de ejecución de obras también bajo la modalidad de la concesión administrativa, esto es, nos hallamos ante un contrato mixto a los que hace referencia el artículo 12 del TRLCSP, con preponderancia por su valor económico de las prestaciones concesionales de prestación del servicio público, con un canon concesional mínimo calculado en 4.597.580 € (cláusula 10ª del PCAP) frente al plan de inversiones de las obras a ejecutar capitalizado en un importe máximo de 100.000 €/año (cláusula 11ª del PCAP).

B) Análisis del pliego de prescripciones técnicas:

Artículo 1 del PPT.

Ahora hemos de acudir a la definición de las prestaciones contractuales fijadas en el PPT y así hallamos, en su artículo 1, que a la prestación del servicio público une la ejecución de infraestructuras hidráulicas de abastecimiento y alcantarillado de aguas residuales o pluviales, concretando su artículo 2 las instalaciones que recaen en la responsabilidad de ejecución del concesionario y posteriormente perfiladas en los artículos 12 y 13 del referido PPT.

En liza, y en una interpretación sistemática de los pliegos, se observa que existen prestaciones específicas de un posible contrato de concesión de un servicio público unidas a otras propias de la concesión de obras públicas, las que ha de ejecutar el concesionario a su cargo y que ha de amortizar con anterioridad al vencimiento de la relación contractual según el plan de inversiones. Ello nos hace pensar en el artículo 278 del TRLCSP cuando, al afinar los plazos de duración de las concesiones de servicios públicos, permite una duración de cincuenta años en *“los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público (...)”*.

Por ello, dentro de la documentación contractual, hallamos otro documento esencial y previo a la aprobación de los pliegos, cual es el anteproyecto de explotación y obras para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable y gestión de las redes de saneamiento y agua potable del municipio de Monforte del Cid.

Desde el punto de vista jurídico, este documento es propio de una actuación preparatoria del contrato. Por esta razón, existe en el expediente un informe de la Secretaría del Ayuntamiento, con fecha 8 de abril de 2016, expresivo de que, con anterioridad a la aprobación de los pliegos, se ha de contar con el preceptivo estudio de la viabilidad económica y con el anteproyecto de explotación del servicio y además añade que: *“No obstante, teniendo en cuenta la envergadura limitada de la red de agua y que el servicio ya se encuentra implantado, puede ser sustituido el Estudio de Viabilidad por el anteproyecto de explotación, de acuerdo con el punto 6 del artículo 128 del TRLCSP”*.

Pese a que la redacción del anteproyecto de explotación se hace al amparo del artículo 129 del TRLCSP, lo cierto es que este Tribunal halla su encaje en lo dispuesto en el artículo 133 del TRLCSP, esto es, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios públicos, cuyo apartado 2º dispone que: *“En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la*

elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a la realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas”.

C) Análisis del anteproyecto de explotación y obras para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable y gestión de las redes de saneamiento y agua potable.

Del examen de este documento se podría inferir la existencia de un contrato mixto, con prestaciones propias de la concesión de servicios públicos y de las propias de la concesión de obras públicas. Es más, en el contenido de este **anteproyecto de explotación y obras para la prestación del servicio** resultan significativos los siguientes apartados:

3. Infraestructuras de abastecimiento de agua potable.

3.3. Ampliación de la infraestructura de abastecimiento de agua potable: Se define como ampliación de las redes todas aquellas obras, que como su nombre indica, impliquen la ampliación de las redes existentes en la actualidad (...)

3.4. Conservación y mantenimiento de las infraestructuras de abastecimiento de agua potable:

3.4.1. Redes de agua potable.

3.4.1.1. De la renovación de redes: se definen como obras de renovación de las redes todas aquellas que signifiquen la restauración total o parcial de las redes existentes en la actualidad.

4. Infraestructura de saneamiento.

4.3. De la ampliación de la infraestructura de saneamiento: se define como ampliación de las redes todas aquellas obras, que como su nombre indica, impliquen la ampliación de las redes existentes en la actualidad.

4.4.1. Redes de saneamiento.

4.4.1.1. De la renovación de redes: se definen como obras de renovación de las redes todas aquellas que signifiquen la restauración total o parcial de las redes existentes en la actualidad.

Planteados todos los términos de los documentos contractuales que gozan del carácter *lex contractus*, hemos de desentrañar la verdadera naturaleza jurídica del contrato, calificado por el órgano de contratación como de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión administrativa.

Como ha señalado el Tribunal, entre otras en la Resolución nº 149/2015 citada en la nº 562/2016, *“desde tal perspectiva, lo cierto es que, al margen de lo que se disponga en los pliegos, será la auténtica naturaleza del contrato la que determine tanto la procedencia de este recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean. (...)”*

En la Resolución número 550/2015, de fecha 12 de junio de 2015, señaló el TACRC: *“Hay que analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas para determinar cuál es la naturaleza jurídica real del contrato licitado. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que el objeto del contrato es la gestión del servicio público de Recogida de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque, bajo la modalidad de concesión. Ahora bien, tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio.*

Con base en dicha premisa, hemos abordado la diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, señalábamos que en los términos en que se define la “concesión de servicios” en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos



transferidos al concesionario supondrá 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”.

Insistiendo en esta consideración, en la Resolución nº 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos 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. Como, asimismo, se refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *“El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”.*

Parece patente, como ha reiterado este Tribunal, que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: **la existencia de transmisión de riesgos al contratista.** En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de



retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

En el mismo sentido se pronunció 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)”.

Si acudimos al PCAP, su **cláusula 18ª** se refiere a la retribución del concesionario: “El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios objeto de la concesión:

- Los ingresos por aplicación a los abonados, de las tarifas vigentes en cada momento de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Toda expresión referida a tarifa, tendrá la naturaleza de precio privado.



- *Las tarifas por mantenimiento de contadores y acometidas vigentes en cada momento.*
- *La remuneración complementaria que reciba el concesionario por la instalación de acometidas, realizada directamente a los abonados y aprobada por el Ayuntamiento, así como las tasas a que hubiera lugar por la expedición de la licencia o autorización de enganche (derechos de acometida).*
- *El importe que reciba de los usuarios por otros trabajos que realice a cargo de aquellos, de conformidad con la normativa reguladora del Servicio, del presente Pliego y del Pliego de Prescripciones Técnicas.*
- **Las subvenciones que, en su caso, fuera necesario conceder al concesionario para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión,** *que se tramitarán conforme a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.*
- *Las contribuciones especiales que el Ayuntamiento estime oportuno imponer en los casos de ampliación o renovación de las infraestructuras de abastecimiento de agua, cuando legalmente correspondan”.*

Además, la cláusula 22ª del PCAP establece el régimen del equilibrio económico financiero de la concesión y el principio de riesgo y ventura, de tal forma que el Ayuntamiento se obliga a mantener el primero y traslada al concesionario la responsabilidad total de la explotación, esto es, el principio de riesgo y ventura.

A la vista de las citadas Cláusulas 18ª y 22ª del PCAP, resulta que no existe traslación del riesgo, pues la retribución del adjudicatario está constituida no sólo por las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento sino también por las subvenciones que, en su caso, fuesen necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, lo que significa que, aunque se diga literalmente que el contrato se regirá por el principio de riesgo y ventura, lo cierto es que se garantiza al adjudicatario el mantenimiento del equilibrio económico. Ello significa que no hay realmente transferencia de riesgo, por lo que el contrato debe ser calificado como de servicios.

Por tanto, procede a continuación analizar si el contrato de servicios se encuentra incluido entre las categorías de contratos en el ámbito del recurso especial en materia de contratación. Hay que tener en cuenta que el valor estimado del contrato es superior a 209.000 euros. Así resulta de la cláusula 10ª del PCAP, al señalar que el valor estimado anual del canon de concesión asciende a 4.597.580,00 €.

Señala al respecto el artículo 40.1 del TRLCSP: *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros y

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

Por tanto, de lo expuesto resulta que el presente contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada y es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. Lo anteriormente expuesto determina que pueda entrarse a conocer del fondo del asunto.

La primera cuestión planteada por la parte recurrente se refiere a la falta de publicación del anuncio de licitación y la falta de transparencia en el conocimiento de toda la información, incluido el contenido del anteproyecto de explotación y obras.

El motivo debe prosperar, y para ello basta con recordar que, tratándose de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, es preceptiva la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea con arreglo al artículo 142.1 TRLCSP.

La ausencia de esta publicidad constituye un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo al vigente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pues a la omisión total y absoluta del procedimiento se le equipara igualmente el supuesto de falta de un trámite esencial (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 1 de febrero de 2010 –Roj STS 263/2010-).

Difícilmente puede negarse este calificativo cuando la infracción de estas reglas de publicidad previstas en la normativa comunitaria puede generar la responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la Unión (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 22 de abril de 2010 –asunto C-423/07- y Sentencia TJUE, Sala Sexta, 27 de octubre de 2011 –asunto C-601/10-).

Precisamente por tratarse de un requisito esencial, el artículo 37.1 a) TRLCSP considera nulos los contratos sujetos a regulación armonizada que se hayan adjudicado “sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.”

Se impone, en suma, declarar la nulidad del procedimiento de licitación y, con él, la del anuncio de licitación y de los Pliegos impugnados, tal y como ha hecho este Tribunal en casos similares (cfr.: Resoluciones 431/2015, 548/2015, 550/2015, entre otras). Dada la concurrencia de la citada causa de nulidad, resulta ocioso entrar a conocer del resto de alegaciones realizadas sobre el fondo del asunto.

Para el caso de que se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos, ha de tenerse en consideración que el contrato en cuestión, como ya se ha señalado, es un contrato de servicios, por lo que los pliegos han de adaptarse, en su caso, con el fin de cumplir las previsiones que el ordenamiento jurídico prevé para esta clase de contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.F.M.V., en representación de la mercantil MAINCO INFRAESTRUCTURAS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el anuncio

y los pliegos de contratación del procedimiento abierto del contrato para la concesión y explotación de la gestión integral del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado convocado por el Ayuntamiento de Monforte del Cid (Alicante), por concurrir una causa de nulidad del procedimiento de licitación. Ello lleva a declarar la nulidad del procedimiento de licitación y, por ende, la del anuncio de licitación y de los pliegos impugnados.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.