



Recurso nº 278/2019 C.A. Castilla-La Mancha 27/2019

Resolución nº 430/2019

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

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. C. F., en representación de la entidad CESPA GESTIÓN RESIDUOS, S.A.U., contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato de *“Concesión de servicios para la gestión y explotación del Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos del Consorcio Provincial de Medio Ambiente de Albacete”*, con expediente SEGEX 54761H, convocado por el Consorcio Provincial de Medio Ambiente de Albacete.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Entidad que convoca el presente procedimiento de contratación es el Consorcio Provincial de Medio Ambiente de Albacete, siendo su órgano de contratación la Junta General y su Presidenta, por delegación expresa de aquélla otorgada por Acuerdo de 4 de junio de 2018.

La Entidad que tramita el expediente es la Diputación Provincial de Albacete en virtud de convenio sobre encomienda de gestión a la Diputación, formalizado por dichas Entidades y publicado en el BOP nº 122 de 20 de octubre de 2017.

Segundo. El expediente se inicia mediante Acuerdo de la Junta General del Consorcio de 4 de junio de 2018 incluyendo el objeto del contrato, además de la explotación del servicio, la obligación de redactar, dirigir y ejecutar los proyectos de obras que se determinan en el Pliego de Prescripciones Técnicas con base a los anteproyectos aprobados definitivamente por el Consorcio, así como de los suministros de maquinaria necesaria para el correcto funcionamiento del CTRU determinadas en el PPT y, asimismo, el estudio de viabilidad económico-financiera también incluye la valorización energética del biogás producido en la



Planta, todo ello en las condiciones y con las obligaciones concretadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por el Servicio de Planificación, Cooperación y Contratación de la Diputación, con fecha 30 de enero de 2019, tras la incorporación de las actuaciones preparatorias del expediente, se redacta el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, determinándose que se tramita un expediente ordinario de un contrato de concesión de servicios cuya adjudicación se propone por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación de valoración dependiente de juicio de valor y de valoración automática y/o mediante la mera aplicación de fórmulas, conforme a lo dispuesto en el art. 146 Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

El plazo de duración del contrato se propone por un período de 7 años, sin posibilidad de prórroga, y sin posibilidad de modificación prevista en el contrato, constando en el expediente el estudio de viabilidad económico-financiera formulado por el Consorcio a precio de mercado tomando como base el convenio colectivo del sector aplicable al personal encargado de la ejecución del contrato, y siendo el valor estimado del contrato determinado conforme al artículo 101 de la LCSP de 56.379.936,35 €. Se trata, por tanto, de un contrato sujeto a regulación armonizada, a tenor de lo dispuesto en el art. 20 LCSP.

Además, como actuaciones preparatorias del expediente figuran:

- Reglamento regulador del Servicio, aprobado por el Consorcio y publicado en el BOP de agosto de 2018, en el que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 284 de la LCSP, en el que se regula su régimen jurídico, se determina el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y se regulan los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.
- Ordenanza fiscal reguladora de las tarifas, aprobada por el Consorcio y publicada en el BOP de agosto de 2018.
- Informe justificativo de la sustitución del estudio de viabilidad por el estudio de viabilidad económico-financiera emitido por el responsable del contrato.



- Aprobación inicial de 4 Anteproyectos de obra y su exposición al trámite de información pública.
- Aprobación inicial del estudio de viabilidad económico-financiera y su exposición al trámite de información pública.
- Presentación de dos escritos de alegaciones al estudio de viabilidad económico-financiera, durante el plazo de información pública.
- Presentación de un escrito de alegación al contenido de los Anteproyectos durante el plazo de información pública.
- Trámite de concertación interadministrativa a todas las Administraciones implicadas, sin que se hayan pronunciado al respecto.
- Solicitud de informe sobre Estudio de Impacto Ambiental al órgano competente de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Informe técnico sobre las alegaciones presentadas por los interesados.
- El estudio de viabilidad económico-financiera se actualiza el 30 de enero de 2019, a la vista de las alegaciones formuladas durante el periodo de información pública del mismo.
- En el expediente de contratación se incorpora el Estudio de Impacto Ambiental de los Anteproyectos de obras 01 Ampliación del vertedero del CTRU de Albacete, Anteproyecto 03 nueva báscula de entrada al vertedero en el CTRU de Albacete y Anteproyecto 04 Ampliación de la playa de descarga de CTRU, a la vista de las alegaciones en tal sentido de la empresa CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U.
- Respecto al Anteproyecto 02 de sellado de celdas, la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural con fecha 26 de octubre de 2018, nos comunica que se encuentra amparado por la autorización ambiental integrada en vigor de las instalaciones del centro y su declaración de impacto ambiental, publicadas en el DOCM nº 181, de 15 de septiembre de 2016.



- Acuerdo de aprobación definitiva de los Anteproyectos de obras de fecha 5 de febrero de 2019 y de consideración de alegaciones presentadas.
- Acuerdo de aprobación definitiva del estudio de viabilidad económico-financiera de fecha 5 de febrero de 2019 y de consideración de alegaciones presentadas.
- Fiscalización favorable de la Secretaria-Interventora del Consorcio en los términos de la Disposición Adicional Tercera de la LCSP de fecha 30 de enero 2019.
- Informe jurídico del Secretario General de la Diputación sobre el Pliego de Cláusulas Administrativas de fecha 5/02/2019.

Tercero. El expediente de contratación del referido contrato se aprobó por Decreto de la Presidencia del Consorcio nº 7 de 11/02/2019, rectificado por error material por Decreto nº 8 de 14/02/2019, con un presupuesto base de licitación de 50.514.706,11 €, IVA incluido.

Cuarto. El anuncio convocando la licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) con fecha 18 de febrero de 2019 y, asimismo, en el Perfil del contratante del Órgano de Contratación alojado en la Plataforma de contratación del Sector Público finalizando el plazo de presentación de proposiciones el día 5 de abril de 2019 a las 15 horas (siendo éste un plazo amplio de presentación de ofertas, dada la complejidad del expediente) sin que, hasta el día de hoy, se haya presentado ninguna.

Quinto. En fecha 11 de marzo de 2019, la hoy recurrente CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. (empresa que actualmente gestiona la planta) presentó ante este Tribunal recurso especial en materia contractual contra los pliegos rectores de la licitación.

Sexto. El órgano de contratación emitió, en fecha 15 de marzo de 2019, el informe al que se refiere el artículo 56 de la LCSP.

Séptimo. Con fecha 22 de marzo de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, ha acordado la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso tiene por objeto la impugnación del Decreto de la Presidencia del Consorcio nº 7 de 11/02/2019, rectificado por error material por Decreto nº 8 de 14/02/2019, de aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y del expediente de contratación del servicio “Concesión de servicios para la gestión y explotación del Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos del Consorcio Provincial de Medio Ambiente de Albacete”, tramitado por la Diputación Provincial de Albacete, en el seno del expediente de contratación nº 54761H, con un presupuesto base de licitación de cincuenta millones quinientos catorce mil setecientos seis euros con once céntimos (50.514.706,11 €), IVA incluido.

Dicho acto es susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo previsto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) LCSP.

Segundo. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 45 de la LCSP, así como de acuerdo con el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencias de recursos contractuales aprobado por Resolución de 22 de octubre de 2012.

Tercero. En cuanto a la legitimación, concurre en la empresa recurrente en la medida que se trata de la actual contratista que gestiona el servicio estando interesada en concurrir al procedimiento convocado.

En este sentido, 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”*.

Cuarto. En lo que respecta al plazo, el recurso se ha interpuesto en el Registro electrónico del Ministerio de Hacienda el día 11 de marzo de 2019, dentro del plazo de los 15 días hábiles a partir del día siguiente a la publicación en el Perfil del Contratante del Órganos



de Contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1.a) y b) LCSP (recordemos que dicha publicación se efectuó el día 18 de febrero).

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, son dos los motivos que invoca la entidad recurrente en orden a reclamar que se declare la nulidad del procedimiento de licitación: de un lado, la nulidad del procedimiento por haberse omitido un trámite esencial y preceptivo del procedimiento de licitación como es el sometimiento a información pública del Estudio de Impacto Ambiental de 3 de los 4 Anteproyectos que se incluyen en el objeto del contrato (ya que el Anteproyecto 2 queda amparado por la Autorización Ambiental Integrada en vigor de 2016); y, de otro, la incorrecta elaboración del estudio de viabilidad económico-financiera al no contemplar los gastos generales y el beneficio industrial aplicable para toda ejecución de obras (en términos similares a la alegación que ya efectuó en el trámite de información pública del referido estudio de viabilidad económico-financiera y que fue acertadamente rechazada en el acuerdo de aprobación definitiva del mismo de fecha 5 de febrero de 2019).

Con relación al primero de los motivos de impugnación (nulidad del procedimiento por omisión de un trámite esencial y preceptivo del procedimiento de licitación como es el sometimiento a información pública del Estudio de Impacto Ambiental de 3 de los 4 Anteproyectos que se incluyen en el objeto del contrato), tal como precisa el órgano de contratación, la ley se refiere a Proyectos de obra y no a Anteproyectos siendo así que, además, el sometimiento a información pública del EIA no le corresponde al Consorcio sino al órgano sustantivo.

En este sentido, debe partirse de lo dispuesto por el artículo 9.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental, que establece que: *“Los planes, los programas y los proyectos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán someterse a una evaluación ambiental antes de su adopción, aprobación, autorización... Carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder”*.



Entiende dicha ley:

- por Planes y programas (artículo 5.2): *“el conjunto de estrategias, directrices y propuestas destinadas a satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de uno o varios proyectos”*; y,
- por Proyecto (artículo 5.3): *“cualquier actuación que consista en la ejecución o explotación de una obra, una construcción, o instalación, así como el desmantelamiento o demolición o cualquier intervención en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación o al aprovechamiento de los recursos naturales o del suelo y del subsuelo, así como de las aguas marinas”*.

Por su parte, el informe técnico del director del contrato (D. Rafael Martínez Baidez) de 7 de septiembre de 2018 afirma que la autorización ambiental debe otorgarse sobre Proyectos, no sobre anteproyectos de obras, por ser éstos un documento no definitivo, sujeto a propuesta de mejora por los licitadores.

En este mismo sentido, el artículo 36 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental dispone literalmente que:

“1. El promotor presentará el proyecto y el estudio de impacto ambiental ante el órgano sustantivo, que los someterá a información pública durante un plazo no superior a 30 días, previo anuncio en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda y , en su caso, en su sede electrónica.

Esta información pública se llevará a cabo en una fase del procedimiento sustantivo de autorización del proyecto en la que estén abiertas todas las opciones relativas a la determinación del contenido, la extensión y la definición del proyecto”.

Añade el artículo 12 de la Ley 4/2007, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, titulado información pública, que:



“Dentro del procedimiento que siga el órgano sustantivo, si estuviese previsto un trámite de información pública para el proyecto se someterá conjuntamente con el mismo el estudio del impacto ambiental...”.

Según las definiciones de la propia ley 4/2007, se entiende por:

- por órgano sustantivo del proyecto (artículo 3.f): *el órgano que ostenta la competencia para resolver el otorgamiento de la autorización, licencia o concesión que habilite al promotor o titular para su realización de acuerdo con la legislación que le sea aplicable.*
- por promotor del proyecto (artículo 3.e): *la persona física o jurídica, de carácter público o privado, que solicita la autorización de un proyecto, o bien la administración pública que promueve el proyecto.*

De ello, el órgano de contratación extrae dos conclusiones:

- Por una parte, que el estudio de impacto ambiental se está refiriendo a los proyectos de obra y deberá tramitarse en todo caso antes de la aprobación definitiva de los proyectos por el Consorcio y que, sin embargo, en el contrato que se plantea, sólo existen Anteproyectos de obra siendo el contratista adjudicatario el que tiene como obligación (incluida expresamente en el objeto del contrato) la de redactar y aportar para su aprobación el correspondiente Proyecto de obras.
- Por otra, que la obligación de sometimiento al trámite de información pública no le corresponde al Consorcio (como pretende el reclamante) sino al órgano sustantivo competente, en este caso de la Consejería de Medio Ambiente de Castilla-La Mancha.

Finalmente, debe destacarse que la propia Viceconsejería de Medio Ambiente, en fecha 27 de noviembre de 2018 y respondiendo a la consulta formulada por el Consorcio a la vista de las alegaciones formuladas por la hoy recurrente en el trámite de información pública de los Anteproyectos, concluye que desde el punto de vista medioambiental sería coherente la opción de licitar el expediente de contratación de la concesión de servicios que incluya los anteproyectos de obra siempre que antes del inicio de la ejecución de las obras, se hubiera obtenido la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental.



En cualquier caso, destaca el propio informe del órgano de contratación que, para no dilatar en el tiempo la licitación del nuevo expediente de contratación, se inicia por el Consorcio el 23 de enero de 2019 la solicitud de Evaluación de Impacto Ambiental sobre los Anteproyectos (excepción hecho del Anteproyecto 02 que ya se encontraba amparado por la Autorización Ambiental Integrada en vigor publicada en el DOCM nº 181 de 15 de septiembre de 2016).

Precisa, por lo demás, que el EIA incluye entre las posibles medidas correctoras, varios planes de restauración, recuperación y vigilancia por importe total de ejecución material de 338.574,26 €, siendo este poco significativo respecto del presupuesto base de licitación sin IVA del contrato que asciende a 45.211.674,20 €.

Por todo ello, concluye acertadamente que la aprobación de los proyectos de obras que redacte el adjudicatario deberá incorporar las prescripciones de la correspondiente declaración de Impacto Ambiental, quedando condicionado el inicio de la redacción de los 3 proyectos de obras así como su ejecución a la obtención de dicha declaración, lo que ya se ha recogido en el Plan de Inversiones (se inicia el cómputo del plazo para la redacción de los proyectos a partir de la aprobación de la autorización ambiental).

En lo que se refiere a la segunda de las alegaciones del recurso planteado por la recurrente cuál es la relativa a la supuesta elaboración incorrecta del estudio de viabilidad económico-financiera por no contemplar los gastos generales y el beneficio industrial aplicable para toda ejecución de obras, se trata ésta de una alegación que ya realizó también la entidad recurrente en el trámite de información pública del estudio de viabilidad económico-financiera y que fue rechazada en el acuerdo de aprobación definitiva del estudio de viabilidad económico-financiera de fecha 5 de febrero de 2019 (con notificación a la recurrente) en los siguientes términos (los cuales deben darse aquí por reproducidos):

“Rechazar la alegación relativa al cumplimiento del RD 1098/2001, ya que el estudio de viabilidad económico-financiera se refiere a un contrato de concesión de servicios recogido en el artículo 248 LCSP con aplicación supletoria de las disposiciones aplicables al contrato de concesión de obra de los artículos 247 y siguientes, asumiendo el concesionario el riesgo operacional al no estar garantizado que, en condiciones normales de



funcionamiento, el contratista vaya a recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.

Por tanto, no estamos ante un contrato de obras simple, y los gastos generales y el beneficio industrial, así como las cuotas de financiación y amortización se han determinado sobre del presupuesto base de licitación de la totalidad del objeto del contrato de concesión que es lo que se licita y no exclusivamente sobre las obras, siendo éstas sólo una parte de las prestaciones a realizar como obligaciones del adjudicatario, tal y como queda reflejado en el estudio de viabilidad-económico financiera.

El objeto del contrato incluye, además de la explotación del servicio, la obligación de redactar, dirigir y ejecutar los proyectos de obras que se determinan en el Pliego de Prescripciones Técnicas con base a los anteproyectos aprobados definitivamente por el Consorcio, así como de los suministros de maquinaria necesaria para el correcto funcionamiento del CTRU determinadas en el PPT y en el estudio de viabilidad económico-financiera, también incluye la valorización energética del biogás producido en la Planta, todo ello en las condiciones y con las obligaciones concretadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

En este sentido, debe traerse a colación el artículo 131 del RGLCAP que se recoge bajo la cláusula “*presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación*” y que prevé que el mismo se utilice exclusivamente para determinar el presupuesto base de licitación de contratos de obras y no de contratos de concesión de obras (como es el caso que nos ocupa) siendo la diferencia sustancial entre ambas figuras la forma de retribución al contratista (artículo 14.1 LCSP) que, en el contrato de obras, consiste en el pago de un precio y, en el de concesión de obras, bien únicamente en el derecho a explotar la obra asumiendo el contratista el riesgo operacional, bien en dicho derecho acompañado del percibir un precio. Esto último es lo que ocurre en el contrato de concesión de servicios con concesión de obras que nos ocupa debiendo el concesionario financiar desde el inicio del contrato todas las inversiones previstas en el PPT, tanto obras como suministros, necesarias para el funcionamiento de la Planta.



No se han omitido los gastos generales y el beneficio industrial respecto de las obras a ejecutar quedando los mismos expresamente determinados en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera definitivamente aprobado (Apartado 7 del flujo de caja: $GG+BI=13\%$, por los correspondientes importes para cada uno de los 7 años que dura el contrato).

De hecho, el propio informe del órgano de contratación aporta como Anexo I la parte del Estudio de Viabilidad Económico-Financiera donde aparece la cuantificación de los gastos generales y beneficio industrial correspondientes a la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, incluidas las inversiones en obras.

Lo que no puede pretender el recurrente es que se paguen doblemente los gastos generales y el beneficio industrial porque ello es contrario al interés público.

Por todo lo anterior,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. S. C. F., en representación de la entidad CESPAS GESTIÓN RESIDUOS, S.A.U., contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato de *“Concesión de servicios para la gestión y explotación del Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos del Consorcio Provincial de Medio Ambiente de Albacete”*, con expediente SEGEX 54761H.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 58 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 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.