



Recurso nº 439/2013 C.A. Extremadura 033/2013

Resolución nº 354/2013

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

En Madrid, a 4 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.F.M.G. en nombre y representación de AQUAGEST EXTREMADURA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el expediente de concesión de *servicio público de captación, tratamiento, potabilización y suministro de agua en alta*, aprobado por la Mancomunidad Integral de Aguas y Servicios de la Comarca de Llerena, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Mancomunidad Integral de Aguas y Servicios de la Comarca de Llerena, previa aprobación del expediente de contratación por el Pleno de 12 de julio de 2013 y de los correspondientes pliegos, convocó la licitación para adjudicar por el procedimiento abierto una concesión de servicio público, o contrato de gestión del *servicio público de captación, tratamiento potabilización suministro en alta de agua potable* a las entidades locales mancomunadas usuarias el mismo.

Dicho contrato por tratarse de una concesión de servicio público no se encuentra sujeto a regulación armonizada.

Segundo. La convocatoria fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz nº 143, el 29 de julio de 2013.

Tercero. Frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares se alza el recurso especial en materia contratación instando la nulidad mediante escrito presentado en una Oficina de Correos el 12 de agosto de 2013, con entrada en el registro de este Tribunal de 13 de agosto.



El recurso fue oportunamente anunciado a la Administración contratante mediante escrito presentado el 8 de agosto de 2013.

Expone la recurrente en suma los siguientes motivos de su recurso:

- En primer término el carácter discriminatorio del sistema de valoración de los licitadores según la radicación de sus establecimientos, en el entorno de 100 Kms del lugar donde deben prestarse los servicios, que establece la cláusula nº 37, apartado 6, del Pliego de Cláusulas Administrativas.
- La improcedencia de fijar simultáneamente la exigencia en la misma cláusula de experiencia previa en el mismo ámbito y los criterios establecidos para la valoración de las ofertas de cara a la adjudicación.
- Por último considera ilegal la obligación que impone al concesionario la cláusula nº 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas en relación al Anexo IV, de subrogarse en la condición de empleador de un personal que no está dedicado exclusivamente a las actividades objeto de la concesión sino que prestaría otros servicios en otra entidad vinculada o dependiente de la Entidad Local contratante.

Cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), el órgano de contratación procedió a la remisión del expediente, acompañado del correspondiente informe, suscrito por el Presidente de la entidad local.

El mencionado informe recuerda que con arreglo al artículo 40.2.c) del TRLCSP, a la vista de que no están previstos gastos de establecimiento por encima de 500.000€, el recurso especial deviene inadmisibile.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se comunicó el 30 de agosto la interposición del recurso en orden a la formulación por eventuales interesados de aquellas alegaciones que a su derecho convinieran, no habiendo ejercido su derecho.

Quinto. Se instó por el recurrente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento a los efectos del artículo 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos



del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, habiéndose acordado por este Tribunal mediante resolución de 28 de agosto de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Junta de Extremadura y que fue publicado en el BOE del día 9 de agosto de 2012.

En su virtud se atribuye al Tribunal la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 40.1, 43 y 37, del TRLCSP aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, y 101, 103 y 109 de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La atribución de competencia comprende tanto los actos adoptados por los órganos de la Comunidad Autónoma como los que adopten las Corporaciones Locales de su ámbito territorial y los entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, incluso aunque no tengan la condición de Administración Pública.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

La entidad reclamante ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que con interés en concurrir en el procedimiento para la adjudicación de la concesión objeto de licitación, habiendo resultado perjudicado por las condiciones impuestas por los pliegos recurridos.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.



Ha sido oportunamente anunciada la interposición del recurso especial al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El objeto de la licitación frente a cuyos pliegos se alza el presente recurso es una concesión de servicio público a los efectos del artículo 40.1 del TRLCSP.

Dado que se trata de una concesión otorgada por una entidad local, que comparte la condición de Administración Pública a los efectos del art. 3.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de Régimen Local, no estaría sometida al texto de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, ex D.A.2ª.1 y art.2.2.b) de dicho texto legal, no por razón de la materia del contrato sino del sujeto, lo que lleva a entender aplicable la Ley de Contratos del Sector Público en la versión dada a su Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 3/2011.

Por ello, no obstante el hecho de que la Ley 31/2007, al regular el régimen de impugnaciones de los actos y contratos de su ámbito no se refiere a una causa de inadmisibilidad análoga a la invocada por el órgano de contratación, es cierto que en el ámbito de los recursos especiales regulados por el TRLCSP opera lo dispuesto en el art. 40.1c) que, como indicábamos en nuestra resolución al recurso 230/2013, exige de forma similar al artículo 310 de la periclitada Ley 30/2007, con carácter acumulativo, el requisito de unos gastos de primer establecimiento superiores a 500.000€ IVA excluido y una extensión temporal del contrato más allá de los cinco años.

La posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo, que en su artículo 1 establece que *“La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”*. Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 40 TRLCSP, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11.



Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 12/2010, de 23 de julio, al tratar la diferenciación entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos: *“Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.”*

En resoluciones anteriores este Tribunal ha tomado como referencia el citado informe de la JCCA, por todas la número 80/2013, para señalar que *Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio” (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre*



que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura...”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio este asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. 2. 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”.

En el mismo sentido, y 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.*

La sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-206/08) aborda la posibilidad de que el riesgo que asuma el adjudicatario sea pequeño, por serlo también el que tendría la entidad adjudicadora en caso de que prestara directamente el servicio. Y lo explica con el siguiente razonamiento:

Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia. Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado. Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo. En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha



configuración. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

A tal fin no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato. En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda 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 2004/14, 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.

Aplicando la línea argumental del Tribunal europeo al caso que nos ocupa, entiende el Tribunal que puede considerarse limitado el riesgo que asumirá la empresa al hacerse cargo de la adjudicación del presente contrato, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio; por lo que es correcta la tipificación del contrato como de gestión o de concesión de servicio público.

Sentado lo anterior, procede analizar si se cumplen las condiciones para que el contrato en licitación, que hemos aceptado calificarlo como de gestión de servicio público, sea recurrible por vía de recurso especial en materia de contratación. El artículo 40.1.c) TRLCSP establece los requisitos para que los contratos de gestión de servicios públicos puedan ser impugnados mediante recurso especial en materia de contratación; su dicción es la que sigue:

- 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)...

b)...

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.

En nuestra Resolución 43/2013 aprobada el 23 de enero del presente año, ya se exponía que *...la exigencia de ambos requisitos es, como evidencia el uso de la conjunción copulativa “y”, necesariamente cumulativa. Es decir, para que sea admisible el recurso especial en materia de contratación en relación con un contrato de gestión de servicios públicos es necesario, inexcusablemente, que su “plazo de duración” sea “superior a cinco años” y, a la par, que “el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”.*

En este caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas, aportado como documento nº 1 de los remitidos y también como nº 4 del expediente, prevé bajo el epígrafe dedicado a su ámbito temporal, una duración de 20 años susceptible de una prórroga máxima por otros cinco años, por lo que puede entenderse cumplido el primer requisito.

Para apreciar la concurrencia del segundo, unos gastos de establecimiento por importe igual o superior a 500.000€, habrá que indagar en los datos que aporta el expediente bien de forma expresa o bien deduciéndolo de las obligaciones que se imponen al concesionario.

Así, de los pliegos se deduce la existencia de gastos de establecimiento al regular el régimen económico de la concesión en su Capítulo IV, concretamente en el apartado 16, al referirse a la repercusión en tarifa de los gastos e inversiones del concesionario o a las obligaciones en la ejecución del contrato por parte del adjudicatario que, según su apartado 7º, *deberá hacerse cargo del servicio desde el día siguiente al de la firma del documento de formalización del contrato, para lo cual deberá tener dispuestos todos los medios necesarios para comenzar correctamente la gestión del servicio en dicha fecha.*



No recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas aportado como doc. nº 2, y nº 4 del expediente de contratación, apartado alguno dedicado expresamente a los gastos de establecimiento, limitándose a referir en la cláusula 1ª al Anexo I, la relación de infraestructuras de captación y tratamiento de aguas, así como los sistemas de redes de abastecimiento y distribución de agua potable a explotar por el concesionario, y previendo únicamente que los proyectos de nuevas infraestructuras o establecimientos han de ser autorizados expresamente por el órgano de contratación.

No obstante la omisión advertida, se presume en este caso la existencia de dichos gastos, que son en definitiva todos los necesarios para continuar con el servicio desde el día mismo en que se haga cargo de la concesión, aquellos en que ha de incurrir el concesionario para disponer de todos los medios necesarios para comenzar correctamente la gestión del servicio, por lo que habrá que indagar la cuantía de los mismos, bien por lo que se expresa en otros documentos del expediente o bien por lo que se deduce de ellos particularmente, a la vista del régimen económico-financiero de la concesión.

Con los datos disponibles, no puede el Tribunal conocer con exactitud la estimación del presupuesto de gastos de primer establecimiento que sin duda deberá acometer el licitador que resulte adjudicatario. Ello no obstante, no se hace una previsión especial de que se tenga que incurrir en unos gastos de establecimiento concretos y se trata de una actividad ya en funcionamiento con una dotación para ello efectuada por la propia Mancomunidad por lo que cabe suponer que el importe de los gastos de primer establecimiento serían en todo caso inferiores a los 500.000 euros, IVA excluido.

Por ello procede, dado que los pliegos que rigen la licitación en cuestión no serían impugnables a través de recurso especial en materia de contratación con arreglo a lo previsto por el artículo 40.1.c) del TRLCSP, inadmitir el recurso interpuesto, lo que conlleva que no pueda este Tribunal entrar a considerar los sólidos y razonables motivos de fondo objeto del recurso.

Quinto. No concurre temeridad en la actuación de la recurrente a los efectos del art. 47.5 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por AQUAGEST EXTREMADURA, S.A., contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aprobados por la Mancomunidad Integral de Aguas y Servicios de la Comarca de Llerena por los que se regula el procedimiento para la licitación de un contrato de gestión del servicio público de captación, tratamiento potabilización suministro en alta de agua potable.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 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 Extremadura, 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.