

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 562/2016

Recurso nº 458/2016 C.A. Galicia 55/2016

Resolución nº 562/2016

En Madrid, a 15 de julio de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.B. en nombre y representación de la mercantil VIAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA, S.A.U. frente al anuncio de licitación y pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas, para la contratación mediante procedimiento abierto de la concesión administrativa del servicio público de abastecimiento de agua, expte. UCP/2015/115, convocado por el Ayuntamiento de Culleredo, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 28 de abril de 2016 el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Culleredo acordó aprobar el expediente para la contratación de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua de acuerdo con el artículo 110 del TRLCSP y de los pliegos que han de regir la contratación.

Segundo. Con fecha 13 de mayo de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña el anuncio de la licitación para la concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable (modalidad concesión), del Ayuntamiento de Culleredo. El objeto del contrato es la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable. El canon mínimo de concesión se sitúa en 50.000 euros. El valor estimado del contrato asciende a 6.700.260,82 euros. Con la misma fecha, 13 de mayo de 2016, se publicó el anuncio en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Culleredo. Con fecha 3 de junio de 2016 se publicó el anuncio de licitación en el Diario Oficial de Galicia, en la plataforma de contratación del sector público y el día 4 de junio de 2016 se publicó en el Diario La Voz de Galicia.

Tercero. Con fecha 1 de junio de 2016 tiene entrada en el Registro Municipal del Ayuntamiento de Culleredo el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VIAQUA.

Cuarto. Con fecha 7 de junio de 2016 (si bien consta como fecha el 7 de julio de 2016, se considera un mero error material) se ha emitido informe al recurso especial en materia de contratación por parte del órgano de contratación.

Quinto. Con fecha 9 de junio de 2016 el TACRC resuelve conceder la suspensión del procedimiento de licitación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), así como en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP. Si bien no consta el anuncio del recurso ante el órgano de contratación es doctrina constante y unánime de este Tribunal que la falta de anuncio previo al órgano de contratación no es causa, por sí sola, de inadmisión del recurso. Entre otras, así lo ha manifestado la Resolución del TACRC número 961/2015, de fecha 19 de octubre.

Tercero. A continuación, se procede al examen de la legitimación de la mercantil para interponer el presente recurso especial en materia de contratación que ahora nos ocupa.

Sobre este particular, el artículo 42 del TRLCSP en relación a la legitimación para recurrir dispone que: “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el 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.

Cuarto. Es objeto del recurso especial en materia de contratación el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la contratación por lo que ello se ajusta a lo dispuesto en el artículo 40.2 a) del TRLCSP: “Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

Quinto. Procede a continuación analizar si el contrato objeto de licitación se encuentra incluido en el ámbito previsto en el artículo 40.1 del TRLCSP y resulta por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación. La entidad recurrente considera que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada por aplicación del efecto directo de las Directivas en materia de contratación. En concreto, por aplicación del artículo 8.1 de la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión al superar el valor estimado de la licitación los 5.225.000 euros y por aplicación del artículo 5.1 letra b), Directiva de Concesiones, segundo párrafo, al preverse en el Pliego Administrativo la asunción por el concesionario del riesgo operacional, por no garantizarse que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperarse la inversión realizada ni a cubrir los costes en que incurra el concesionario para explotar el servicio concedido, además de preverse que la explotación será a riesgo y ventura del concesionario. Finalmente, por aplicación del artículo 5.1 b) de la Directiva de Concesiones al no estar expresamente excluidos su objeto por esta Directiva de su ámbito de aplicación.

Acudiendo al tenor literal de los pliegos que han de regir la contratación resulta que el objeto del contrato es la contratación de la gestión del servicio público (modalidad concesión) del servicio de abastecimiento de agua en el Municipio de Culleredo. La concesión comprende la explotación de la red de distribución del agua potable, depósitos (Monte Alfeirán, A Corveira, Rosalía de Castro, A Choeira, Fontemaior, Monte Xalo, Boedo-Bregua), grupo hidropesores (Monte Alfeirán, Fontemaior, A Garrocha-Oro y Río da Corva), y estaciones de bombeo (Liñares e Cabana) según se recoge en el Anexo 1 del PCT.

Como ha señalado el Tribunal, entre otras en la Resolución número 149/2015, “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 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 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 así 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 número 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 apartado 26 se refiere al Régimen económico de la concesión y en concreto a la retribución del concesionario: “La retribución del concesionario estará constituida por:

- Las tarifas del servicio que deba percibir con cargo a los usuarios, con arreglo a lo autorizado por el Ayuntamiento en cada momento.
- Las subvenciones que, en su caso, fuesen necesarias conceder para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.
- Las contribuciones especiales, cuando corresponda legalmente.

- Las tarifas de instalación de acometidas, con arreglo a las tarifas vigentes en cada momento.”

Asimismo, la Cláusula 3 del PPT señala expresamente que “la contratación del servicio se regirá por el principio de riesgo y ventura, mediante el cual el contratista asume todos los costes derivados del correcto mantenimiento (tanto preventivo como correctivo), explotación y limpieza de las instalaciones, incluyendo en todo caso: mano de obra necesaria y con la cualificación y especialización requerida en cada caso (...)”

A la vista de la citada Cláusula 26 del PCA 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 del apartado 2 del PCAP al señalar que el valor estimado del presente contrato asciende a 6.700.260,82 euros, calculado como las rentas procedentes de los pagos de las tarifas por los usuarios del servicio previstas para los 5 años de prestación del servicio.

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.

Sexto. 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 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

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 dicho periódico oficial con arreglo al artículo 142.1 TRLCSP. La ausencia de ella constituye un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), 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 especial en materia de contratación interpuesto por D. J.M.B., en nombre y representación de la mercantil VIAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA, S.A.U. frente al anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas para la contratación mediante procedimiento abierto de la concesión administrativa del servicio público de abastecimiento de agua, expte. UCP/2015/115, 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. El levantamiento de la medida cautelar de la suspensión del procedimiento.

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 la Comunidad Autónoma de Galicia, 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.