

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 4/2011

INFORME 4/2011, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2011. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. CONTRATOS CON PLURALIDAD DE OBJETO. CONTRATOS MIXTOS. DESISTIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de abril de 2011 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Almoradí, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“En ejecución del acuerdo adoptado en sesión plenaria de 3 de marzo de 2011, en el Punto Cuarto, referido a la PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN INDIRECTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE RECOGIDA, TRANSPORTE, TRATAMIENTO Y ELIMINACIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y LIMPEZA VIARIA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE ALMORADÍ Y SOLICITUD DE INFORME A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, en el que se adoptó solicitar Informe a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Valencia para que se pronuncie sobre la legalidad en la tramitación del procedimiento y, en su caso, posibles consecuencias que puedan derivarse del mismo; adjunto le remito copia del expediente administrativo numerado, diligenciado y encuadernado en dos tomos.”

A la solicitud de informe se acompaña copia cotejada del expediente de contratación completo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El motivo de la consulta es que esta Junta determine la legalidad de la contratación de la recogida de residuos selectiva y no selectiva, almacenamiento y transporte de los residuos definidos en el pliego de prescripciones técnicas, así como la limpieza viaria del término municipal. Debemos recordar al órgano consultante que la Junta Superior de Contratación Administrativa es un órgano consultivo en materias de interés general que suscita la contratación pública, no sobre cuestiones de expedientes concretos, y sin que sus dictámenes o informes puedan en ningún modo equipararse a una vía de recurso y por tanto pueda quedar afectada la continuación del expediente de contratación por la solicitud de informe.

Dicho esto y a la vista de amplia documentación remitida, esta Junta observa determinadas cuestiones que por revestir este interés general deben ser puestas de manifiesto.

1.- Objeto del contrato y su tipificación

El objeto del contrato es la recogida de residuos selectiva y no selectiva, almacenamiento y transporte a planta de tratamiento y eliminación de los residuos definidos en el pliego de prescripciones técnicas, así como la limpieza viaria. Todo ello, de acuerdo las condiciones exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares y a cambio de un precio fijado por la administración contratante de 560.185,19€ euros anuales por el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos y 319.444,44 € anuales por el servicio de limpieza viaria, más el IVA correspondiente en ambos casos.

El contrato se tipifica de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión. No obstante, el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, en la descripción del objeto del contrato, define el mismo con códigos descriptores de contratos de servicios del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), correspondientes a los de recogida de residuos y limpieza y barrido de calles. Vocabulario que no es de aplicación a los contratos no regulados por las directivas de contratación pública, como son los de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión de servicios públicos, y que además, de conformidad con el art. 10 de la LCSP, define prestaciones de contratos de servicios.

El precio no se determina en función de lo dispuesto en el art 257 de la LCSP, que dispone para las concesiones de servicios públicos que: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una *retribución fijada en función de su utilización* que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”

No se acompaña por la Administración contratante el preceptivo anteproyecto de explotación, ni en su caso anteproyecto de las obras, sino que éste se solicita al licitador. En efecto, como en cualquier otro contrato concesional (concesión de obras públicas), la retribución al contratista y en consecuencia el precio del contrato debe fijarlo la administración en base al anteproyecto de explotación que obligatoriamente debe acompañar a la licitación si el contrato comprende la ejecución de obras (como la construcción e instalación de contenedores soterrados), o en base al estudio económico para la determinación de las tarifas que habrán de abonar los usuarios cuando el contrato no comprenda la ejecución de obras y ésta sea la única forma de retribución al contratista. Así el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con el artículo 117 de la LCSP, establece que *“Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.”*

El pliego de prescripciones técnicas determina la organización y funcionamiento del servicio en todos sus extremos y el de cláusulas administrativas particulares la forma de facturación y pago, sin que se vincule el volumen de ingresos del contratista en función de la demanda o utilización del servicio por los usuarios y con unos estándares de calidad, es decir, sin que exista el riesgo, aunque fuera mínimo, derivado de la explotación del servicio.



Esta Junta ya ha tenido ocasión de manifestarse en informe 1/2010, de 26 de octubre de 2010, en una consulta de naturaleza similar y en el que se indicaba,

“Bien es sabido que los contratos de servicios se caracterizan por ser contratos onerosos, es decir, la retribución directa al contratista la realiza la entidad contratante como contraprestación por los servicios realizados por aquél, mientras que en las concesiones de servicios, la remuneración consiste en el derecho a la explotación del servicio asumiendo el contratista o concesionario el riesgo inherente a la explotación, sea ésta de una actividad de la que es titular, o sea, como es el caso, de un servicio municipal de obligado cumplimiento y percibiendo su retribución precisamente de la utilidad del negocio o industria en provecho propio, de terceros, o, como se verá a continuación, incluso de la propia entidad contratante, siempre y cuando en este último caso, el contratista asuma el riesgo inherente a la explotación.

En el caso que nos ocupa, la retribución directa al contratista la realiza la entidad contratante aunque el precio se revisará en función del aumento de los usuarios. Pero no sólo la remuneración es criterio para diferenciar las concesiones de servicios (contratos de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión), como hemos señalado anteriormente, sino que a ello hay que añadir el riesgo de la explotación. De manera que, aunque el contratista 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», que la 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 jurídica de los servicios. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 en el Asunto C-206/08, Eurowasser).

En el caso de la contratación objeto de la consulta, es de hacer notar lo siguiente:

1º.- La retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento, y aunque fuera de terceros no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, a cambio de un precio igualmente prefijado en la adjudicación, precio éste que incorpora todos los riesgos previstos y previsibles y que se revisará en función del parque de viviendas existente y del IPC. Por ello, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y la propia LCSP se denomina “prestador de servicios”.

2º.- La inexistencia, por tanto, de riesgo inherente a la explotación, aunque fuera al principio limitado. En el caso de la limpieza viaria del municipio ni siquiera puede decirse que sea un servicio susceptible de explotación económica por un particular, como exige el artículo 251.1 de la LCSP, ya que no puede establecerse al menos una parte significativa del precio en función de la utilización del servicio por los usuarios, y para que lo fueran los de recogida y tratamiento de residuos, donde sí cabe establecer tarifas o precios unitarios por su utilización, sería necesario que los usuarios tuvieran alguna alternativa a los servicios prestados por el concesionario para que realmente exista riesgo.

Por ello, ante la segunda de las cuestiones planteadas debemos afirmar sin vacilaciones que se trata de un contrato de servicios dado que la retribución al contratista la satisface directamente el ayuntamiento consultante, independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios, y, si bien debido a las posibles reglamentaciones técnicas puede no trasladarse el riesgo de la explotación al contratista, lo bien cierto es que éste no asume siquiera una parte significativa de ese riesgo.

Por lo demás, las prestaciones citadas se encuentran incluidas en la categoría 16 de servicios comprendidos en el Anexo II de la LCSP, por lo que su adjudicación estará sujeta a regulación armonizada cuando su valor estimado sea igual o superior a la cuantía establecida en el artículo 16 de la Ley (actualmente 193.000 €, IVA excluido). Por valor estimado ha de entenderse el importe total, sin IVA, correspondiente a su duración inicial, las posibles prórrogas y cualquier otra opción eventual prevista en el contrato (Art. 76 de la Ley de Contratos del Sector Público).

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 22/2009, de 25 de septiembre de 2009, señala que "...para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público no es preciso que los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, sino que asuma el riesgo derivado de la gestión. Esto supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario.

Así se desprende de la Sentencia mencionada por el Cabildo de Fuerteventura [entidad que formulaba la consulta] cuando dice que '*...existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata*', es decir, no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación. Eso sí, es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios del mismo o de la Administración concedente."

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en numerosas sentencias, fija los criterios para la distinción de contratos de servicios y de las concesiones de servicios. Recientemente, la STJUE de 10 de marzo de 2011, en el asunto C-274/09, indica que:

1.- Es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

2.- El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.



3.- En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

2.- Construcción y explotación de un ecoparque por el contratista prestador del servicio.

Es de hacer notar que en el objeto del contrato no se define este extremo, ni tampoco en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En el primero únicamente se dice que el Ayuntamiento cederá el uso de una pacerla de 2.200m² para la ejecución de las obras y que revertirá al ayuntamiento tanto el bien como la obra. El pliego de prescripciones técnicas, en su cláusula quinta y bajo el título **INSTALACIÓN Y GESTIÓN DE ECOPARQUES**, indica que el contratista construirá, instalará y gestionará a su costa sin que suponga coste añadido para el Ayuntamiento un Ecoparque con las características establecidas en dicha cláusula.

En ningún momento se acompaña anteproyecto de construcción que permita en cualquier caso saber el importe de esas obras, ni anteproyecto de explotación que permita a la Administración y al licitador conocer los costes e ingresos previsibles por su explotación, así como determinar el precio o, en su caso, sistema de tarifas por la utilización del servicio derivado de la explotación.

El objeto del contrato, como se ha indicado, debe tipificarse y calificarse como un contrato de servicios. De conformidad con el artículo 10 de la LCSP, acorde a la Directiva 2004/18/CE, los contratos de servicios son aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II y, entre ellas, se encuentran las que son objeto de la consulta.

En nuestro caso, el objeto queda claramente especificado en el PCAP: recogida, almacenamiento, transporte a planta de tratamiento y eliminación de residuos urbanos y limpieza viaria. Es impensable que la construcción, explotación y gestión del ecoparque pueda vincularse al objeto de este contrato. Así, hemos de indicar que la construcción y explotación del ecoparque en este contrato de servicios no cumple con el artículo 25 de la LCSP, dado que éste establece que sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

Evidentemente, la importancia de esta construcción y del servicio que se puede prestar desde ella no se discute por esta Junta, pero sí la forma de su contratación, pues debe ser objeto de un contrato independiente, que podría ser de concesión de obra pública si se dan las condiciones para ello, pero que, en cualquier caso, deberá establecer las condiciones precisas para su construcción y, en su caso, explotación.

3.- Algunas consideraciones de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

En general, hay que indicar que el pliego de prescripciones técnicas debe referirse a cuestiones y especificaciones técnicas de la ejecución del servicio, y no contemplar aspectos que deben ser regulados o al menos tener su reflejo fiel en el pliego de cláusulas administrativas.

Existen diferencias relevantes en las definiciones del objeto del contrato hechas en el pliego de prescripciones técnicas, en el de cláusulas administrativas particulares, en la providencia de la alcaldía de 07/05/2010 y en los informes que obran en el expediente. El Pliego de prescripciones técnicas (PPT) ajusta con precisión los servicios de residuos a las operaciones de “recogida...,clasificación, preparación, almacenamiento y transporte de los residuos... a planta de tratamiento, transferencia o valorización autorizada...”, mientras que el pliego de cláusulas administrativas añade en su cláusula primera la de “eliminación”, que no está comprendida en el contrato, y suprime las de preparación y clasificación que, no obstante, podrían considerarse implícitas. Por último la cláusula cuarta del mismo PCAP y el resto de los documentos hacen referencia a la contratación de los servicios de “Recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos...”, cuando ni el tratamiento ni la eliminación o valorización están realmente incluidos en el objeto del contrato que describe el PPT.

Dicho esto, analizaremos algunas cuestiones del pliego de cláusulas administrativas que consideramos necesarias, sin entrar al detalle total del clausulado. En esta línea indicamos:

a) Presupuesto de licitación y valor estimado. Canon.

El presupuesto de licitación debe establecerse teniendo en cuenta la duración del contrato y no una mera anualidad de servicios. Asimismo, en segundo lugar y en cuanto al pliego de cláusulas administrativas, no se indica el valor estimado del contrato. Valor estimado definido en el artículo 76 de la LCSP.

Desde el punto de vista económico, y aunque se tratara de una concesión, no tiene sentido ni resulta razonable el establecimiento de un canon a favor del Ayuntamiento cuando aparentemente la retribución del contratista, por los servicios objeto del contrato, la paga íntegramente el propio Ayuntamiento y no procede de los usuarios por su utilización. Si el contrato no prevé ni regula otros ingresos del contratista, el canon implica un coste adicional para el contratista del que se resarcirá con la retribución que perciba del propio Ayuntamiento. Salvo que haya razones que no se aprecian en el expediente remitido, hubiera sido más lógico minorar el presupuesto de licitación en la cuantía prevista para el canon, ya que dicho presupuesto ha de cubrir todos los costes de los servicios objeto del contrato.

b) Requisitos de solvencia y aptitud para contratar.

No se especifican ni concretan los requisitos o condiciones mínimas de solvencia económico-financiera y técnica o profesional para licitar en este contrato, tal como exige el artículo 51 de la LCSP y el artículo 11 del RGLCAP. El pliego de cláusulas se limita a enunciar que la solvencia económica y la solvencia técnica se acreditarán por cualquier medio de los previstos en la Ley, sin establecer ningún requisito mínimo relacionado con éstos. En este punto hay que incidir en que, cuando el artículo 43 de la LCSP alude a la obligación del licitador de ‘acreditar su solvencia económica y financiera y técnica y profesional’, ello exige del órgano de contratación fijar correlativamente los criterios concretos para su acreditación en función del contrato y de su importancia técnica y económica. Así, el artículo 51 de la LCSP claramente establece:



1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

En cuanto a otros requisitos de aptitud hay que recordar que el artículo 43.2 de la LCSP ha establecido que el empresario deberá contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que sea exigible para la actividad objeto del contrato. La recogida y transporte de toda clase de residuos urbanos es una actividad que también precisa de habilitación previa e inscripción del prestador de dichos servicios en el Registro de Gestores Autorizados para las operaciones de recogida, transporte y almacenamiento de residuos no peligrosos, al menos, y en su caso, para operaciones de recogida y transporte de neumáticos. El PCAP no establece nada al respecto, ni tampoco respecto de la posibilidad del empresario de suplir dicho requisito con un compromiso de subcontratar dichas prestaciones con empresarios debidamente habilitados, si él mismo no lo estuviera y con los límites establecidos en el artículo 54.1 de la LCSP.

c) Criterios de adjudicación del contrato. Mejoras

Se establecen criterios de valoración basados en juicios de valor, y criterios de valoración basados en criterios automáticos, sin diferenciar su presentación en sobres separados que permita dar cumplimiento a lo establecido en el art. 134 de la LCSP y art 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo de 2009.

Se establecen criterios de valoración o adjudicación que no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 134 de la LCSP porque no guardan relación directa con las prestaciones ofertadas sino con requisitos de solvencia que deberían haberse exigido a todos los licitadores: entre ellos, destacamos los “Medios personales y materiales” que se incluyen en los criterios 2.3 y 2.4 de la cláusula décima del PCAP, donde se valora su “adaptación a las disposiciones del pliego” y no sólo un mayor número de medios ó mas especializados que los previstos en el pliego de prescripciones técnicas, donde sólo se establecen mínimos de medios materiales y ninguno de medios personales o de experiencia. Lo mismo sucede con el criterio 4, “Experiencia acreditada”, donde se valora como criterio de adjudicación la experiencia del licitador en la prestación de servicios como los del objeto del contrato, cuando éste debería ser un requisito de solvencia técnica y, además, acreditarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67, apartado a), de la LCSP.

Se establece la posibilidad de presentar mejoras sin precisar sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, como preceptúa el art. 131.2 de la LCSP, dando lugar por tanto en su elección a una arbitrariedad que excede las facultades discrecionales del órgano de contratación.

d) Recurso especial en materia de contratación.

De haber sido una concesión de servicios públicos, y al no fijar los gastos de primer establecimiento por no haber anteproyecto de explotación, podría haber sido objeto de recurso especial en materia de contratación.

Todas estas consideraciones nos llevan a afirmar sin vacilación que el Ayuntamiento consultante debe desistir del procedimiento de licitación, de conformidad y con las consecuencias previstas en el artículo 139 de la LCSP, al no tratarse de un contrato de concesión de servicios públicos, así como por existir otras infracciones no subsanables de las normas que regulan el procedimiento de adjudicación y que obligan al consultante a este desistimiento.

CONCLUSIONES

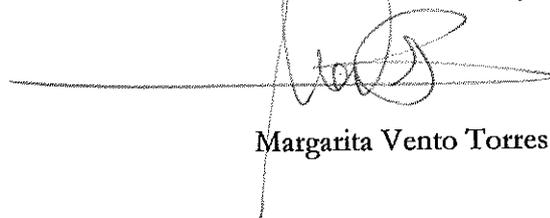
PRIMERA.- El Ayuntamiento debe desistir del procedimiento y convocar una nueva licitación que se registrará por las disposiciones aplicables a los contratos de servicios.

SEGUNDA.- Los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, así como los anuncios de la licitación, deberán cumplir con la Ley de Contratos del Sector público y sus normas de desarrollo en todos sus extremos, teniendo en cuenta que la contratación de los servicios objeto del contrato se encuentra sujeta a regulación armonizada.

TERCERA.- La construcción del ecoparque, su gestión y explotación debe ser objeto de contratación independiente.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



José Manuel Vela BARGUES

APROBADO POR LA JUNTA
SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, en fecha 22 de
noviembre de 2011.