

Junta Superior de Contractació Administrativa
Plaça de Nàpols i Sicília, 10-1r planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 207145
Correu: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: informe 4/2015

INFORME 4/2015, DE 13 DE NOVEMBRE DE 2015. CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVICIS. COMPTE I RISC DEL CONTRACTISTA. TRANSFERÈNCIA AL CONCESSIONARI D'UN RISC OPERACIONAL EN L'EXPLOTACIÓ.

ANTECEDENTS

Amb data 8 de juny de 2015 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Almàssera, per mitjà del qual formula la consulta del següent tenor literal:

"Sra. LAURA ROIG PANACH, en la qualitat d'alcaldeessa presidenta de l'Ajuntament d'Almàssera (València), davant d'eixa Junta Consultiva de Contractació, compareix als efectes de formular la consulta següent,

ASSUMPTE: legalitat sobre la concessió d'una subvenció a la mercantil Almasswim, SL, per part de l'Ajuntament d'Almàssera, per a restablir l'equilibri econòmic, per valor de 33.143,46 € com a concessionària del contracte de gestió de servicis públics, en la modalitat de concessió, de les piscines municipals d'Almàssera per haver presentat pèrdues en la gestió de la piscina en l'exercici 2014.

ANTECEDENTES:

1. Amb data 26 de novembre de 2013, es firma el contracte administratiu per a la gestió del servici públic de les piscines municipals d'Almàssera, incloent-hi el bar cafeteria, en la modalitat de concessió, entre la mercantil Almasswim, SL, i l'Ajuntament d'Almàssera. S'adjunta el contracte administratiu com a annex 1.
2. En l'expedient d'adjudicació del contracte administratiu per a la gestió del servici públic de les piscines municipals d'Almàssera, incloent-hi el bar cafeteria, en la modalitat de concessió, consta l'estudi economicofinancer de la concessió. S'hi adjunta l'estudi mencionat com a annex 2.
3. Amb data 20 de març de 2015, la Sra. Pepa Burón Flores amb DNI 19.095.837-H i el Sr. Vicent Pierre Manuel Sánchez amb DNI X-3315913-A en qualitat d'administradors mancomunats de la mercantil Almasswim, SL, i d'acord amb el contracte d'adjudicació de gestió de servici públic de les piscines municipals d'Almàssera firmat el 26 de novembre de 2013, presenten una instància a l'Ajuntament d'Almàssera en la qual exposen que en l'exercici 2014 el compte d'explotació de la mercantil mencionada reflectix unes pèrdues de 33.143,46 €, per a la qual cosa adjunten el balanç, el compte de pèrdues i guanys i la memòria de l'activitat de l'exercici 2014. Així mateix, indiquen que en el plec de clàusules administratives particulars que regixen l'adjudicació en el seu número XXII es reconeix el dret de l'adjudicatària a l'equilibri econòmic, i per això sol·liciten la concessió d'una subvenció per valor de 33.143,46 € per a restablir l'equilibri econòmic de l'empresa per l'Ajuntament en virtut del contracte firmat entre les dos parts, i d'acord amb el desglossament següent:

CONCEPTE	Dades dels comptes aportats per Almasswim, SL
Gastos de personal	82.068,60 €
Aprovisionaments	21.887,69 €
Altres gastos d'exploració	38.800,91 €
Gastos financers	0€
Amortitzacions i provisions	5,88 €
TOTAL GASTOS	142.763,08 €
Import net xifra de negocis	100.847,79 €
Altres ingressos d'exploració i altres resultats	8.763,54 €
Ingressos financers	8,29 €
TOTAL INGRESSOS	109.619,62 €
PÈRDUDES	33.143,46 €

4. Amb data 12 de maig de 2015, la Sra. Pepa Burón Flores amb DNI 19.095.837-H en qualitat d'administradora mancomunada de la mercantil Almasswim, SL, després de la petició prèvia per part de l'Ajuntament d'Almàssera, presenta els documents comptables presentats en el Registre Mercantil de València de la gestió de les piscines municipals.

5. El plec de clàusules administratives particulars del contracte administratiu per a la gestió del servici públic de les piscines municipals d'Almàssera, incloent-hi el bar cafeteria, en la modalitat de concessió estableix en la clàusula XIX, Execució del contracte, i més concretament en l'apartat 19.2. Compte i risc el següent:

L'execució del servici públic s'executarà a compte i risc del contractista, i amb estricta subjecció al plec de clàusules administratives particulars, i d'acord amb les instruccions que per a la seua interpretació donara l'Ajuntament al contractista.

En particular, el concessionari assumix:

- El compte i risc de la seua gestió empresarial i de l'evolució de les condicions financeres del mercat al llarg del termini concessional.

- El compte i risc derivat de l'evolució dels clients del servici objecte de la concessió. Les dades o previsions del nombre de clients incloses en la memòria econòmica no representarà cap compromís de l'Administració concedent, i es facilita a efectes exclusivament informatius. Els licitadors hauran de confeccionar la seua pròpia previsió d'evolució de clients. Igualment estos estudis efectuats pels licitadors no suposaran cap dret per al concessionari.

Els riscos econòmics i les responsabilitats de tota índole que es deriven de la conservació i de l'exploració del servici a prestar.

Els riscos derivats d'agents externs com són la climatologia, la interrupció o la reducció del servici i qualsevol altres no imputables a l'Administració concedent."

D'altra banda, la clàusula XXII, Règim econòmic de la concessió i equilibri econòmic, del plec l'esmentat regula:

"La retribució de l'adjudicatari estarà constituïda per:

- a) Les tarifes del servei de les piscines municipals que haja de percebre amb càrrec als usuaris, vigents en cada moment.
- b) Les subvencions que, si és el cas, fóra necessari concedir per part de l'Ajuntament per al manteniment de l'equilibri econòmic del contracte definit en el plec, les quals seran aprovades pel Ple.

El contracte s'executarà a compte i risc del concessionari, el qual assumirà els riscos derivats de l'execució i explotació del servei en els termes establits en este plec i d'acord amb la llei.

L'equilibri inicial del contracte serà el contingut en l'acord d'adjudicació, d'acord amb el que disposa el present plec i en l'oferta de l'adjudicatari.

S'entén, a este efecte, que amb les tarifes del servei que es proposen, si és el cas, en les ofertes dels licitadors, en funció dels usuaris previstos en les ofertes esmentades, permet a l'adjudicatari, per mitjà d'una bona i ordenada administració, escometre les obres objecte del plec, i afrontar els gastos d'explotació del servei i obtindre un marge normal de benefici industrial.

Els licitadors proposaran les fórmules que permeten determinar la revisió de la retribució del servei adjudicat. Les fórmules mencionades hauran d'identificar, com s'estime convenient, les agrupacions dels costos unitaris que incidixen en el cost total del servei, inclòs el benefici industrial, i ponderar per mitjà d'un coeficient la seua importància relativa i especificar, quan això procedisca, la forma de quantificar la modificació de cada agrupació de costos.

L'increment de la retribució del concessionari, per a mantindre l'equilibri de la concessió, s'efectuarà per qualsevol dels procediments següents:

1. Modificació de tarifes.
2. Atorgament de subvencions.

L'Ajuntament podrà modificar, en qualsevol moment, les tarifes del servei, i revertirà a este, per mitjà de l'increment del cànon, si és el cas, la part de la retribució del concessionari que excedisca de la necessària per al manteniment de l'equilibri econòmic de la concessió.

La retribució del concessionari d'acord amb la fórmula de revisió de preus proposada en cap cas podrà realitzar-se abans de complir-se el primer any de la prestació del servei. Les revisions posteriors, durant la vida de la concessió, s'efectuaran amb periodicitat anual.

En este cas no procedirà revisió de la retribució al concessionari respecte de les obres que, si és el cas, execute l'adjudicatari."

A la vista dels antecedents exposats, i en virtut del contracte firmat, legislació i jurisprudència vigent en matèria de contractació, se sol·licita a la Junta Consultiva de Contractació, que s'emeta un informe sobre els aspectes següents:

1. ¿Hi ha possibilitat legal de concedir la subvenció sol·licitada a la mercantil Almasswim, SL, per a mantindre l'equilibri econòmic de la concessió per les pèrdues justificades en l'exercici 2014, per menors ingressos dels esperats, ja que els gastos que s'aporten són inferiors als establits inicialment en l'estudi economicofinancer que regix la concessió, o regiria en este cas el principi de compte i risc del contractista i les pèrdues haurien de ser assumides per l'empresa?

2 ¿Si els actuals concessionaris manifesten que en cap moment durant el procediment de licitació han tingut coneixement de l'estudi economicofinancer, serviria este motiu perquè l'estudi que es faça valdre, i, per tant, les pèrdues siguen les reals aportades, i no s'establisca una comparació amb els ingressos i gastos de l'estudi economicofinancer per a establir les causes d'este desequilibri (ja que l'equilibri econòmic inicial del contracte seria el contingut en l'adjudicació), és a dir, si es deuen a causes imprevistes o, al contrari, s'haurien d'haver tingut en compte en el moment de l'adjudicació?

3. En cas que no siga legal la concessió d'eixa subvenció, es podria concedir a una mercantil una subvenció per qualsevol altre concepte?

En definitiva, se sol·licita un informe sobre la legalitat o no de la concessió de subvenció per part de l'Ajuntament d'Almàssera al concessionari Almasswim, SL, per a restablir l'equilibri econòmic de la concessió, d'acord amb el contracte i legislació vigent i les dades aportades pel concessionari.

L'ALCALDESSA PRESIDENTA
LAURA ROIG PANACH"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Este informe facultatiu s'emet d'acord amb el que estableix l'article del Decret 79/2000, de, del Govern Valencià. No obstant això, la consulta formulada per l'Ajuntament d'Almàssera conté tres qüestions que mereixen distinta consideració. Mentre que les dos primeres estan referides a aspectes relacionats amb la contractació administrativa per als quals esta Junta és competent, la tercera qüestió, d'una amplitud imprecisa, excedix esta competència i en conseqüència només podrà ser abordada en este informe parcialment, en la mesura que té relació amb la primera consulta i amb la normativa en matèria de contractació.

El contracte que motiva la consulta és un contracte de gestió de servicis públics adjudicat el 28 d'octubre de 2013 i subscrit el 26 de novembre d'eixe mateix any, tenint per objecte la concessió de l'explotació de les piscines municipals i del bar cafeteria situats en el poliesportiu municipal. Es regix principalment pels seus plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), les dos de 2013, i pel text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP), aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, així com per les normes que siguen aplicables del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, vigent en allò que no s'opose al que disposa el TRLCSP.

De conformitat amb el tipus de contracte i amb la citada normativa la duració s'ha establert en 15 anys, prorrogable per anualitats successives per mitjà d'un acord exprés de les parts fins a un màxim de 25 anys. El valor estimat del contracte tenint en compte el termini màxim es va estimar en 8.260.450 € (2013) i la retribució del contractista consistix en la suma de les tarifes abonades pels usuaris, i el concessionari haurà d'abonar a l'Ajuntament un cànon pel bar cafeteria que, d'acord amb la seua oferta, ascendix a 1.400 euros anuals, l'IVA no inclòs. L'aprovació de les tarifes correspon a l'Ajuntament, a proposta del concessionari en la licitació per a les tarifes inicials i en la forma prevista en el PCAP per a les revisions posteriors. No hi ha obligació d'executar obres pel concessionari que excedisquen la mera conservació i manteniment de les instal·lacions l'explotació de les quals se li concedeix, excepte una millora de l'acabat de l'accés superior per a manteniment de sostres i llums que el mateix concessionari va oferir en la licitació com una millora de les admeses i valorables segons el plec.

Entrant en la qüestió principal plantejada per l'Ajuntament en la seua consulta, cal recordar que, tal com estableix l'article 277 del TRLCSP, en el contracte de gestió de servicis públics en la modalitat de concessió el contractista ha d'explotar els servicis al seu propi compte i risc, la qual cosa en el cas sotmés a consulta

implica que ha d'assumir com a propi el risc que la utilització del servici pels seus usuaris potencials no siga suficient per a obtindre els ingressos que permeten cobrir els costos d'esta explotació, sense que això li atorgue cap dret a demanar de l'Administració pública concedent cap compensació econòmica per este motiu. La circumstància esmentada no té res a veure amb el dret del concessionari al manteniment de l'equilibri econòmic de la concessió, a què es referix l'article 282 del TRLCSP, el qual haurà de ser restablert per l'Administració com a conseqüència de modificacions en el contracte en els supòsits següents:

a) Quan l'Administració modifique, per raons d'interés públic i d'acord amb el que estableix el títol V del llibre I [del TRLCSP], les característiques del servici contractat.

b) Quan actuacions de l'Administració determinaren de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.

c) Quan causes de força major determinaren de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte. A estos efectes, s'entendrà per causes de força major les enumerades en l'article 231 d'esta llei.

Cap de les circumstàncies anteriors es dóna en el cas sotmés a consulta. En este, no hi ha cap alteració de les condicions o prestacions establides en l'adjudicació del contracte i la petició de l'empresa concessionària es basa exclusivament en el fet que en 2014, és a dir, durant el primer any natural complet d'explotació dels servicis objecte de la concessió, l'empresa ha tingut pèrdues, per tant la du a sol·licitar de l'Ajuntament una subvenció compensadora d'estes pèrdues d'explotació, i s'oblida que l'explotació dels servicis concedits és al seu propi compte i risc i que, per tant, excepte en els supòsits legals anteriors, en este tipus de contractes no té dret que l'Administració el compense perquè els seus ingressos siguen inferiors als esperats o simplement inferiors als costos d'explotació. De l'escrit i la documentació remesa i excepte fets o circumstàncies que desconeguem, es dedueix que les pèrdues d'explotació exposades per l'empresa no es deuen a causes imputables a l'Administració, ni són conseqüència d'actuacions d'esta i, a més, ni tan sols poden considerar-se anormals en haver-se produït en el primer any de l'explotació.

La qüestió anterior ha sigut tractada en més d'una ocasió per la jurisprudència espanyola i europea entre la qual citarem, en primer lloc, per la seua proximitat, la Sentència del Tribunal Suprem de 20 d'abril de 2015 (STS 1597/2015), desestimant d'un recurs de la concessionària d'un tram de la AP7 contra la denegació d'una reclamació d'indemnització per uns menors ingressos dels esperats, al seu parer per la disminució del trànsit produït possiblement com a conseqüència del desdoblament d'un tram de la N-332. En esta el TS manifesta:

"L'estudi de la solució que haja de donar-se a esta qüestió exigix prèviament efectuar les consideracions que següen.

La primera és que el principi de l'eficàcia vinculant del contracte i de la invariabilitat de les seues clàusules és la norma general que regix en el nostre ordenament jurídic tant per a la contractació privada com per a la contractació administrativa. Quant a la primera ha de mencionar-se l'article 1091 del Codi Civil, i sobre la segona estes altres normes de la successiva legislació de contractes administratius més recent: l'article 94 del TR/LCAP de 16 de juny de 2000, i els articles 208 i 209 del TR/LCSP de 14 de novembre de 2011.

La segona és que la contractació administrativa es caracteritza també per portar inherent un element d'aleatorietat dels resultats econòmics del contracte, en estar expressament proclamat per la llei el principi de compte i risc del contractista (articles 98 del TR/LCAP de 2000 i 215, 231 i 242 del TR/LCSP de 2011). Un element d'aleatorietat que significa que la frustració de les expectatives econòmiques que el contractista va tindre en consideració per a consentir el contracte no l'allibera de complir allò estrictament pactat ni, consegüentment, el faculta per a apartar-se del vincle contractual o per a reclamar la seua modificació.

La tercera és que en el nostre ordenament jurídic ha sigut tradicional establir unes taxades excepcions a eixa aleatorietat dels contractes administratius, consistents en reequilibrar l'equació financera del contracte únicament quan s'ha produït una ruptura d'esta per causes imputables a l'Administració (ius variandi o factum principis), o per fets que es consideren extra murs del normal alea del contracte per ser reconduïbles

als conceptes de força major o risc imprevisible. La qual cosa significa que no tota alteració de l'equilibri de les prestacions del contracte dóna dret al contractista a reclamar mesures dirigides a restablir la inicial equació financera del vincle, sinó únicament aquelles que siguen reconduïbles a eixos taxats supòsits de ius variandi, factum principis, i força major o risc imprevisible.

Eixa regulació taxada dels supòsits excepcionals de restabliment de l'equilibri econòmic del contracte ha estat present en eixa successiva legislació de contractes públics que abans s'ha mencionat. Així, els articles 144 i 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaven mesures de reparació per als supòsits de força major i exercici de ius variandi; l'article 248.2 d'eixe mateix TR/LCAP, introduït per la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques, que referix el deure de l'Administració de restablir l'equilibri econòmic del contracte als supòsits de ius variandi, força major, factum principis i previsions del mateix contracte; i l'article 258.2 del TR/LCSP de 2011, que reproduïx el contingut de l'anterior precepte. I en eixa mateixa línia s'han mogut els articles 24 i 25 de la Llei 8/1972, de 10 de maig, de construcció, conservació i explotació d'autopistes en règim de concessió, que preveuen desequilibris deguts a decisions de l'Administració. Finalment, la quarta i última consideració és que, més enllà dels supòsits taxats en la regulació general de la contractació pública, el reequilibri només procedirà quan ho haja previst el mateix contracte i quan una llei especial regule hipòtesis específiques d'alteració de l'economia inicial del contracte i establisca mesures singulars per a restablir-la”.

En la mateixa sentència el tribunal examina també la possibilitat que poguera esgrimir-se la imprevisibilitat de la disminució del trànsit com a causa justificativa del dret a una compensació per alteració de la concessió, així com la consideració que mereixen les pèrdues o menors ingressos en algun exercici, i assenjala el següent:

“Com es va recordar en la precitada Sentència de 4 de febrer de 2014, no hi ha cap dubte sobre el compte i risc a què es fa referència, com va dir la Sentència de 31 de març de 1987, on es reitera la jurisprudència anterior, a successos aliens a l'esfera d'actuació de les parts contractants cosa que elimina el que provinga del seu propi actuar. És consubstancial a la contractació pública que el risc va a càrrec del contractista. Més també que ha de diferenciar-se d'elements estranys al contracte que poden afectar el seu curs normal donant lloc a l'aplicació de la teoria de la imprevisió com a mecanisme capaç d'assegurar el fi públic de l'obra o servici en circumstàncies normals.

(...)

Atés el desenrotllament de la licitació, cap dubte oferix que la minva de fluxos de vehicles, bé per crisi econòmica bé per remodelació d'una via d'accés lliure, no constituïx un risc imprevisible sinó conseqüència del compte i risc contractual que la licitadora va haver d'examinar en participar en el concurs.

I són certes les asseveracions efectuades per l'advocat de l'Estat respecte al fet que, atés el termini no discutit de finalització de la concessió, 2048, pot evolucionar el trànsit de la concessió respecte que es pretén una indemnització o un reequilibri econòmic diferent del plasmat en la legislació respecte d'això.

La concessió ha de considerar-se en el llarg termini i no en l'obtenció immediata de beneficis, màximament quan el legislador ha establert mecanismes per a les pèrdues immediates derivades de factors diversos”.

Anteriorment, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en la Sentència de 10 de març de 2011, dictada en l'assumpte C-274/09 i arrellegada en l'Informe 10/2014 d'esta Junta, indicava les característiques que definixen un contracte de concessió davant d'un de servicis:

“1. És necessari comprovar, així mateix, si el mode de remuneració acordat consistix en el dret del prestador a explotar un servici i implica que este assumix el risc d'explotació del servici en qüestió. Si bé este risc pot ser certament molt limitat des del primer moment, la qualificació de concessió de servicis requerix a pesar que l'entitat adjudicadora transferisca al concessionari la totalitat o, almenys, una part significativa del risc que corre.

2. El risc d'explotació econòmica del servici ha d'entendre's com el risc d'exposició a les incerteses del mercat

que pot traduir-se en el risc d'enfrontar-se a la competència d'altres operadors, el risc d'un desajust entre l'oferta i la demanda dels servicis, el risc d'insolvència dels deutors dels preus pels servicis prestats, el risc que els ingressos no cobrisquen íntegrament els gastos d'explotació o fins i tot el risc de responsabilitat per un perjudici causat per una irregularitat en la prestació del servicis.

3. En canvi, riscos com els vinculats a una mala gestió o a errors d'apreciació de l'operador econòmic no són determinants als efectes de qualificar un contracte com a contracte públic o com a concessió de servicis, ja que estos riscos, en efecte, són inherents a qualsevol contracte, ja es tracte d'un contracte públic de servicis o d'una concessió de servicis."

En este sentit, la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió definix, en l'article 5, les notes característiques del contracte de concessió de servicis:

1. Es tracta d'un contracte a títol oneros.
2. Comprén la prestació i la gestió de servicis diferents de l'execució de les obres.
3. La contrapartida és bé el dret a explotar els servicis objecte del contracte únicament, o este mateix dret en conjunció amb un pagament.
4. L'adjudicació de les concessions de servicis implicarà la transferència al concessionari d'un risc operacional en l'explotació de estes obres o servicis que comprén el risc de demanda o el de subministrament, o els dos. Es considerarà que el concessionari assumix un risc operacional quan no estiga garantit que, en condicions normals de funcionament, es recuperen les inversions realitzades ni a cobrir els costos que haja contret per a explotar les obres o els servicis que siguen objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposarà una exposició real a les incerteses del mercat que implique que qualsevol pèrdua potencial estimada en que incórrega el concessionari no és merament nominal o menyspreable.

Totes les característiques anteriors estan en el contracte administratiu sotmés a consulta per l'Ajuntament d'Almàssera i figuren correctament reflectides en el plec que les regix. La possibilitat que l'explotació dels servicis objecte de la concessió tinga com a resultat pèrdues forma part intrínseca dels riscos de demanda i econòmics assumits pel concessionari sense que este succés en un o més exercicis li atorgue cap dret, com es preveu en la clàusula XIX del PCAP del contracte, ni supose alteració de l'equilibri economicofinancer de les condicions inicials contingudes en l'acord de la seua adjudicació, màximament quan el mateix adjudicatari va poder proposar en la seua oferta el projecte d'explotació i les tarifes a pagar els usuaris per la utilització dels servicis.

Resolta la inexistència del dret del concessionari a la compensació de les pèrdues tingudes durant el primer any de l'explotació dels servicis objecte del contracte, la segona qüestió que ha d'abordar-se per a respondre completament la consulta de l'Ajuntament és si, a pesar d'això, a pesar de no tindre dret el contractista, hi ha la possibilitat legal de concedir la subvenció sol·licitada per este per a compensar les pèrdues esmentades. Respecte d'això, sense entrar en altres matèries que puguen no estar relacionades amb la competència d'esta Junta, hem d'advertir que no és possible fer-ho d'acord amb el contracte subscrit amb la concessionària sense contravindre les normes en matèria de contractació i, de forma molt especial, el principi d'igualtat de tracte als licitadors i als candidats potencials que pogueren participar en el procediment de contractació que, si hagueren sabut que les pèrdues en qualsevol exercici serien objecte de subvenció per part de l'Ajuntament, podrien haver formulat les seues ofertes d'acord amb esta circumstància. Cal tindre en compte que, segons consta en la clàusula XII del PCAP el projecte d'explotació presentat pels licitadors, on es comprometia el mode de prestació del servicis i les tarifes a percebre, així com el cànon ofert pel bar cafeteria i la millora de l'accés per a manteniment de sostres i llums, tots estos

aspectes determinants dels costos i ingressos de l'exploració, constituïen els principals criteris d'adjudicació valorats per a determinar l'oferta més avantatjosa i basant-se en els quals l'actual concessionària va resultar adjudicatària del contracte. Per tant, tractant-se d'una concessió, no és acceptable des del punt de vista de la contractació pública que la no realització de les previsions econòmiques efectuades per la mateixa empresa pugui donar lloc a una subvenció de l'Administració concedent cada vegada que hi haja pèrdues d'exploració en un exercici anual.

Pel que fa a la segona consulta formulada per l'Ajuntament, relativa a la possibilitat que l'actual concessionari manifestara que, en cap moment, durant el procediment de licitació ha tingut coneixement de l'estudi economicofinancer previ (entenem que es referix al de 5 de març de 2013, de la Intervenció Municipal, remés junt amb l'escrit de la consulta) cal assenyalar que no podria justificar-se esta circumstància d'acord amb el que estableix la clàusula IX del PCAP, quan estableix la documentació que havien de presentar els licitadors en el sobre B i, entre altres prescripcions, estableix la següent:

"Hauran d'aportar-se els documents que, d'acord amb la clàusula XII, acrediten amb claredat els criteris que serviran de base per a adjudicar este contracte i, en concret, este sobre contindrà:

(...)

b) Projecte d'exploració...

(...)

Este projecte inclourà com a document separat, un estudi economicofinancer, que respectarà l'estructura de l'estudi econòmic redactat per la Intervenció Municipal, que s'adjunta a este plec, que justifique el preu ofert i, si és el cas, les tarifes que hagen d'abonar els usuaris."

Vist l'apartat de la clàusula IX del plec no és versemblant una manifestació com la que és objecte de consulta, segons la qual el concessionari podria pretendre ara, més d'un any després de ser adjudicatari del contracte i iniciar l'exploració dels servicis, que "en cap moment durant el procediment de licitació" ha tingut coneixement de l'estudi economicofinancer al qual fa referència el plec, quan en la seua proposició havia de tindre'l en compte necessàriament per a formular el seu propi estudi i, si ho estimava pertinent, com preveia la clàusula anterior del PCAP, proposar les tarifes que havien d'abonar els usuaris que considerara adequades a partir de les vigents o d'aquelles que, com a propostes, constaven en el plec de prescripcions tècniques. Hem de fer notar, a més, que de l'examen de la documentació remesa es deduïx que l'estudi economicofinancer de la Intervenció per a la viabilitat de l'exploració, en conclusió, estimava necessari incrementar les tarifes anteriorment vigents en un 10% i esta recomanació va tindre el seu reflex i es va traslladar al plec de prescripcions tècniques, on es van fer constar detalladament tant les tarifes vigents com les propostes incrementades, motiu pel qual els licitadors van tindre en este últim document la informació més rellevant derivada d'este estudi per a formular les seues ofertes.

En tot cas, la no realització de les expectatives de l'estudi econòmic presentat per l'adjudicatari en la seua licitació o de les contingudes en l'estudi previ de la Intervenció Municipal no constituïx un motiu que justifique el rescabament al concessionari de les pèrdues d'exploració tingudes durant el primer any d'exploració, perquè cal insistir en el fet que l'equilibri economicofinancer al manteniment del qual té dret el concessionari és el que hi ha en les condicions del contracte i només la seua alteració o modificació per raons d'interés públic o per donar-se els altres supòsits previstos en l'article 282.4 del TRLCSP és la que obliga l'Administració a restablir-ho per mitjà de la modificació de les tarifes a abonar pels usuaris o per mitjà d'altres mesures que procedisquen entre les previstes en el contracte o en l'apartat 5 d'este precepte del TRLCSP. El fet probable que les pèrdues adduïdes pel concessionari es deguen a una insuficient aflluència d'usuaris o a un menor consum d'estos en les instal·lacions objecte de concessió no són circumstàncies que alteren l'equilibri economicofinancer regulat en el contracte sinó que, com s'ha insistit en este informe, es troben dins del risc operacional que li correspon assumir i suportar al concessionari. També s'observa, en les dades facilitades pel concessionari i reproduïts per l'Ajuntament en el seu escrit de la consulta, que la disminució dels ingressos d'exploració en 2014, respecte els de l'anterior adjudicatari reflectits en l'estudi de

la Intervenció, ha sigut conjunta o precedida d'una forta reducció dels gastos per part de l'actual concessionari, la qual cosa és una responsabilitat exclusivament seua i bé poguera ser que, almenys en part, una cosa fora conseqüència de l'altra, és a dir, que els resultats obtinguts són conseqüència de la gestió realitzada.

CONCLUSIONS

Primera. El contracte de concessió de servicis públics obliga el concessionari a assumir el risc operacional de no poder cobrir els costos d'explotació dels servicis objecte de concessió, sense que esta circumstància li atorgue cap dret de compensació per l'Administració concedent si no es donen els supòsits d'alteració de l'equilibri econòmic del contracte previstos en l'article 282.4 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic.

Segona. En un contracte administratiu de concessió de servicis i pel fet d'al·legar pèrdues en un o més exercicis de la seua duració, no pot atorgar-se al concessionari subvencions a l'explotació no establides en el plec del contracte ni emparades en els supòsits legals anteriors sense contravindre els principis d'igualtat de tracte i de transparència que han de regir la contractació del sector públic.

El present Informe s'emet d'acord amb el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se al criteri de la Junta o apartant-se d'este, amb l'obligació de motivar-ne la decisió en este últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1.a.)
Orde d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETÀRIA

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA amb data
13 de novembre de 2015.

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA