

Ref. : SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 4/2015

INFORME 4/2015 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2015. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS. RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA. TRANSFERENCIA AL CONCESIONARIO DE UN RIESGO OPERACIONAL EN LA EXPLOTACIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 8 de junio de 2015 ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Almàssera, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Da. LAURA ROIG PANACH, en su calidad de Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Almàssera (Valencia), ante esa Junta Consultiva de Contratación, comparece a los efectos de formular la siguiente consulta,

ASUNTO: Legalidad sobre la concesión de una subvención a la mercantil Almasswim, S.L. por parte del Ayuntamiento de Almàssera, para restablecer el equilibrio económico, por valor de 33.143,46 € como concesionaria del contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, de las piscinas municipales de Almàssera por haber presentado pérdidas en la gestión de la piscina en el ejercicio 2014.

ANTECEDENTES:

1. En fecha 26 de noviembre de 2013, se firma contrato administrativo para la gestión del servicio público de las piscinas municipales de Almàssera, incluyendo el barcafetería, en su modalidad de concesión, entre la mercantil Almasswim, S.L. y el Ayuntamiento de Almàssera. Se adjunta contrato administrativo como Anexo 1.
2. En el expediente de adjudicación del contrato administrativo para la gestión del servicio público de las piscinas municipales de Almàssera, incluyendo el barcafetería, en su modalidad de concesión, consta estudio económico-financiero de la concesión. Se adjunta dicho estudio como Anexo 2.
3. En fecha 20 de marzo de 2015, Da Pepa Burón Flores con DNI 19.095.837-H y D. Vicent Pierre Manuel Sánchez con DNI X-3315913-A en calidad de administradores mancomunados de la mercantil Almasswim, S.L. y de acuerdo con el contrato de adjudicación de gestión de servicio público de las piscinas municipales de Almàssera firmado el 26 de noviembre de 2013, presentan instancia en el Ayuntamiento de Almàssera en el que exponen que en el ejercicio 2014, la cuenta de explotación de la citada mercantil refleja unas pérdidas de 33.143,46 €, para lo cual adjuntan Balance, Cuenta de pérdidas y ganancias y Memoria de la actividad del ejercicio 2014. Asimismo indican que en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la adjudicación en su número XXII se reconoce el derecho de la adjudicataria al equilibrio económico, y para lo cual solicitan la concesión de una subvención por valor de 33.143,46 € para restablecer el equilibrio económico de la empresa por el Ayuntamiento en virtud del contrato firmado entre ambas

partes, y de acuerdo con el siguiente desglose:

| CONCEPTO | Datos cuentas aportadas por Almasswim, S.L. |
|--|--|
| Gastos de personal | 82.068,60 € |
| Aprovisionamientos | 21.887,69 € |
| Otros gastos de explotación | 38.800,91 € |
| Gastos financieros | 0€ |
| Amortizaciones y provisiones | 5,88 € |
| TOTAL GASTOS | 142.763,08 € |
| Importe neto cifra de negocios | 100.847,79 € |
| Otros ingresos de explotación y otros resultados | 8.763,54 € |
| Ingresos financieros | 8,29 € |
| TOTAL INGRESOS | 109.619,62 € |
| PERDIDAS | 33.143,46 € |

4. En fecha 12 de mayo de 2015, Da. Pepa Burón Flores con DNI 19.095.837-H en calidad de administradora mancomunada de la mercantil Almasswim, SL previa petición por parte del Ayuntamiento de Almásera, presenta los documentos contables presentados en el Registro Mercantil de Valencia de la gestión de las piscinas municipales.

5. El pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo para la gestión del servicio público de las piscinas municipales de Almásera, incluyendo el bar-cafetería, en su modalidad de concesión establece en la cláusula XIX Ejecución del contrato, y más concretamente en el apartado 19.2 Riesgo y ventura lo siguiente:

La ejecución del servicio público se ejecutará a riesgo y ventura del contratista, y con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere el Ayuntamiento al contratista.

En particular, el concesionario asume:

- El riesgo y ventura de su gestión empresarial y de la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional.

- El riesgo y ventura derivado de la evolución de los clientes del servicio objeto de la concesión. Los datos o previsiones del número de clientes incluidos en la Memoria económica no representará ningún compromiso de la Administración concedente, facilitándose a efectos exclusivamente informativos. Los licitadores deberán confeccionar su propia previsión de evolución de clientes. Igualmente dichos estudios efectuados por los licitadores no supondrán derecho alguno para el concesionario.

Los riesgos económicos y las responsabilidades de toda índole que se deriven de la conservación y de la explotación del servicio a prestar.

Los riesgos derivados de agentes externos como son la climatología, interrupción o reducción del servicio y cualquiera otros no imputables a la Administración concedente."



Por otro lado, la cláusula XXII Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del citado pliego regula:

"La retribución del adjudicatario estará constituida por:

- a) Las tarifas del servicio de las piscinas municipales que deba percibir con cargo a los usuarios, vigentes en cada momento.
- b) Las subvenciones que, en su caso, fuere preciso conceder por parte del Ayuntamiento para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato definido en el Pliego, las cuales serán aprobadas por el Pleno.

El contrato se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos derivados de la ejecución y explotación del servicio en los términos establecidos en este Pliego y de acuerdo con la Ley.

El equilibrio inicial del contrato será el contenido en el acuerdo de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Pliego y en la oferta del adjudicatario.

Se entiende, a dicho efecto, que con las tarifas del servicio que se propongan en su caso en las ofertas de los licitadores, en función de los usuarios previstos en dichas ofertas, permite al adjudicatario, mediante una buena y ordenada administración, acometer las obras objeto del Pliego, hacer frente a los gastos de explotación del servicio y obtener un margen normal de beneficio industrial.

Los licitadores propondrán las fórmulas que permitan determinar la revisión de la retribución del servicio adjudicado. Dichas fórmulas, habrán de identificar, como se estime conveniente, las agrupaciones de los costes unitarios que inciden en el coste total del servicio, incluido el beneficio industrial, ponderando mediante un coeficiente su importancia relativa y especificando, cuando ello proceda, la forma de cuantificar la modificación de cada agrupación de costes.

El incremento de la retribución del concesionario, para mantener el equilibrio de la concesión, se efectuará por cualquiera de los siguientes procedimientos:

1. Modificación de tarifas.
2. Otorgamiento de subvenciones.

El Ayuntamiento podrá modificar en cualquier momento las tarifas del servicio, revertiendo al mismo, mediante el incremento del canon, en su caso, la parte de la retribución del concesionario que exceda de la necesaria para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.

La retribución del concesionario conforme a la fórmula de revisión de precios propuesta en ningún caso podrá realizarse antes de cumplirse el primer año de la prestación del servicio. Las revisiones posteriores, durante la vida de la concesión, se efectuarán con periodicidad anual.

En el presente caso no procederá revisión de la retribución al concesionario respecto de las obras que en su caso ejecute el adjudicatario."

A la vista de los antecedentes expuestos, y en virtud del contrato firmado, legislación y jurisprudencia vigente en materia de contratación, se solicita a la Junta Consultiva de Contratación, que se emita informe sobre los siguientes aspectos:

1,¿Existe posibilidad legal de conceder la subvención solicitada a la mercantil Almasswim, S.L. para mantener el equilibrio económico de la concesión por las pérdidas justificadas en el ejercicio 2014, por

menores ingresos de los esperados, ya que los gastos que se aportan son inferiores a los establecidos inicialmente en el estudio económico-financiero que rige la concesión, o regiría en este caso el principio de riesgo y ventura del contratista y las pérdidas deberían ser asumidas por la empresa?

2. Si los actuales concesionarios manifiestan que en ningún momento durante el procedimiento de licitación han tenido conocimiento del estudio económico-financiero, ¿serviría dicho motivo para que el estudio que se haga valer, y por tanto las pérdidas sean las reales aportadas, y no se establezca una comparación con los ingresos y gastos del estudio económico-financiero para establecer las causas de dicho desequilibrio (en tanto que el equilibrio económico inicial del contrato sería el contenido en la adjudicación), esto es, si se deben a causas imprevistas o por el contrario se hubieran debido tener en cuenta en el momento de la adjudicación?

3. ¿En caso de no ser legal la concesión de esa subvención, se podría conceder a una mercantil una subvención por cualquier otro concepto?

En definitiva, se solicita informe sobre la legalidad o no de concesión de subvención por parte del Ayuntamiento de Almàssera al concesionario Almasswim, S.L. para restablecer el equilibrio económico de la concesión, de acuerdo con el contrato y legislación vigente y los datos aportados por el concesionario.

LA ALCALDESA-PRESIDENTA
LAURA ROIG PANACH"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El presente informe facultativo se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo del decreto 79/2000, de, del Gobierno Valenciano. No obstante, la consulta formulada por el Ayuntamiento de Almàssera contiene tres cuestiones que merecen distinta consideración. Mientras que las dos primeras vienen referidas a aspectos relacionados con la contratación administrativa para los cuales esta Junta es competente, la tercera cuestión, de una amplitud imprecisa, excede dicha competencia y en consecuencia sólo podrá ser abordada en este informe parcialmente, en la medida en que guarda relación con la primera consulta y con la normativa en materia de contratación.

El contrato que motiva la consulta es un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado el 28 de octubre de 2013 y suscrito el 26 de noviembre de ese mismo año, teniendo por objeto la concesión de la explotación de las piscinas municipales y del bar-cafetería emplazados en el Polideportivo municipal. Se rige principalmente por sus pliegos de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), ambos de 2013, y por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como por las normas que resulten de aplicación del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, vigente en aquello que no se oponga a lo dispuesto en el TRLCSP.

De conformidad con el tipo de contrato y con la citada normativa su duración se ha establecido en 15 años, prorrogable por anualidades sucesivas mediante acuerdo expreso de las partes hasta un máximo de 25 años. El valor estimado del contrato teniendo en cuenta su plazo máximo se estimó en 8.260.450€ (2013) y la retribución del contratista consiste en el monto de las tarifas abonadas por los usuarios, debiendo el concesionario abonar al Ayuntamiento un canon por el bar cafetería que, de acuerdo con su oferta, asciende a 1400 euros anuales, IVA no incluido. La aprobación de las tarifas corresponde al Ayuntamiento, a propuesta del concesionario en la licitación para las tarifas iniciales y en la forma prevista en el PCAP para las revisiones posteriores. No existe obligación de ejecutar obras por el concesionario que excedan la mera conservación y mantenimiento de las instalaciones cuya explotación se le concede, salvo una mejora del



acabado del acceso superior para mantenimiento de techos y luces que el propio concesionario ofertó en la licitación como una mejora de las admitidas y valorables según el pliego.

Entrando en la cuestión principal planteada por el Ayuntamiento en su consulta, hay que recordar que, tal como establece el artículo 277 del TRLCSP, en el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión el contratista ha de explotar los servicios a su *propio* riesgo y ventura, lo que en el caso sometido a consulta implica que ha de asumir como propio el riesgo de que la utilización del servicio por sus usuarios potenciales no sea suficiente para obtener los ingresos que permitan cubrir los costes de dicha explotación, sin que ello le otorgue ningún derecho a recabar de la Administración pública concedente ninguna compensación económica por tal motivo. Dicha circunstancia no tiene nada que ver con el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, al que se refiere el artículo 282 del TRLCSP, el cual deberá ser restablecido por la Administración como consecuencia de modificaciones en el contrato en los supuestos siguientes:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I [del TRLCSP], las características del servicio contratado.
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

Ninguna de las circunstancias anteriores se da en el caso sometido a consulta. En éste, no existe ninguna alteración de las condiciones o prestaciones establecidas en la adjudicación del contrato y la petición de la empresa concesionaria se basa exclusivamente en que en 2014, esto es, durante el primer año natural completo de explotación de los servicios objeto de la concesión, la empresa ha tenido pérdidas, lo que le lleva a solicitar del Ayuntamiento una subvención compensadora de tales pérdidas de explotación, olvidando que la explotación de los servicios concedidos es a su propio riesgo y ventura y que, por tanto, excepto en los supuestos legales anteriores, en este tipo de contratos no tiene el derecho a que la Administración le compense porque sus ingresos sean inferiores a los esperados o simplemente inferiores a los costes de explotación. Del escrito y la documentación remitida y salvo hechos o circunstancias que desconozcamos, se deduce que las pérdidas de explotación expuestas por la empresa no se deben a causas imputables a la Administración, ni son consecuencia de actuaciones de ésta y, además, ni siquiera pueden considerarse anormales al haberse producido en el primer año de la explotación.

La cuestión anterior ha sido tratada en más de una ocasión por la jurisprudencia española y europea entre la que citaremos, en primer lugar, por su proximidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (STS 1597/2015), desestimatoria de un recurso de la concesionaria de un tramo de la AP7 contra la denegación de una reclamación de indemnización por unos menores ingresos de los esperados, a su juicio por la disminución del tráfico producido posiblemente como consecuencia del desdoblamiento de un tramo de la N-332. En ella el TS manifiesta:

"El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y

sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración. Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla."

En la misma Sentencia el Tribunal examina también la posibilidad de que pudiera esgrimirse la imprevisibilidad de la disminución del tráfico como causa justificativa del derecho a una compensación por alteración de la concesión, así como la consideración que merecen las pérdidas o menores ingresos en algún ejercicio, y señala lo siguiente:

"Como se recordó en la precitada Sentencia de 4 de febrero de 2014 , ninguna duda existe acerca de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987 reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga de su propio actuar. Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales.

(...)

Atendido al desarrollo de la licitación, ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos, bien por crisis económica bien por remodelación de una vía de acceso libre, no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar al participar en el concurso. Y resultan ciertas las aseveraciones efectuadas por el Abogado del Estado respecto a que, dado el plazo no



discutido de finalización de la concesión, 2048, puede evolucionar el tráfico de la concesión respecto de la que se pretende una indemnización o un reequilibrio económico distinto al plasmado en la legislación al respecto.

La concesión ha de considerarse en el largo plazo y no en la obtención inmediata de beneficios, máxime cuando el legislador ha establecido mecanismos para las pérdidas inmediatas derivadas de factores varios."

Anteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09 y recogida en el Informe 10/2014 de esta Junta, indicaba las características que definen un contrato de concesión frente a uno de servicios :

"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."

En este sentido, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión define, en su artículo 5, las notas características del contrato de concesión de servicios:

1.- Se trata de un contrato a título oneroso

2.- Comprende la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras

3.- La contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

4.- La adjudicación de las concesiones de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios 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 explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos 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.

Todas las características anteriores se encuentran en el contrato administrativo sometido a consulta por el

Ayuntamiento de Almássera y figuran correctamente reflejadas en el pliego que lo rige. La posibilidad de que la explotación de los servicios objeto de la concesión tenga como resultado pérdidas forma parte intrínseca de los riesgos de demanda y económicos asumidos por el concesionario sin que tal suceso en uno o varios ejercicios le otorgue derecho alguno, tal como se prevé en la cláusula XIX del PCAP del contrato, ni suponga alteración del equilibrio económico financiero de las condiciones iniciales contenidas en el acuerdo de su adjudicación, máxime cuando el propio adjudicatario pudo proponer en su oferta su proyecto de explotación y las tarifas a pagar los usuarios por la utilización de los servicios.

Resuelta la inexistencia del derecho del concesionario a la compensación de las pérdidas tenidas durante el primer año de la explotación de los servicios objeto del contrato, la segunda cuestión que debe abordarse para responder completamente la consulta del Ayuntamiento es si, pese a ello, pese a no tener derecho el contratista, existe la posibilidad legal de conceder la subvención solicitada por éste para compensar las citadas pérdidas. Respecto de ello, sin entrar en otras materias que puedan no estar relacionadas con la competencia de esta Junta, hemos de advertir que no es posible hacerlo en base al contrato suscrito con la concesionaria sin contravenir las normas en materia de contratación y, de forma muy especial, el principio de igualdad de trato a los licitadores y a los candidatos potenciales que pudieran participar en el procedimiento de contratación que, de haber sabido que las pérdidas en cualquier ejercicio iban a ser objeto de subvención por parte del Ayuntamiento, podrían haber formulado sus ofertas ateniéndose a dicha circunstancia. Téngase en cuenta que, según consta en la cláusula XII del PCAP el proyecto de explotación presentado por los licitadores, donde se comprometía el modo de prestación del servicio y las tarifas a percibir, así como el canon ofertado por el bar-cafetería y la mejora del acceso para mantenimiento de techos y luces, todos ellos aspectos determinantes de los costes e ingresos de la explotación, constitúan los principales criterios de adjudicación valorados para determinar la oferta más ventajosa y en base a los cuales la actual concesionaria resultó adjudicataria del contrato. Por tanto, tratándose de una concesión, no es aceptable desde el punto de vista de la contratación pública que la no realización de las previsiones económicas efectuadas por la propia empresa pueda dar lugar a una subvención de la Administración concedente cada vez que resulten pérdidas de explotación en un ejercicio anual.

En lo que se refiere a la segunda consulta formulada por el Ayuntamiento, relativa a la posibilidad de que el actual concesionario manifestara que en ningún momento durante el procedimiento de licitación ha tenido conocimiento del estudio económico-financiero previo (entendemos que se refiere al de 5 de marzo de 2013, de la Intervención municipal, remitido junto con el escrito de la consulta) hay que señalar que no podría justificarse tal circunstancia a tenor de lo que establece la cláusula IX del PCAP, cuando establece la documentación que debían presentar los licitadores en el sobre B y, entre otras prescripciones, establece la siguiente:

“ Deberan aportarse los documentos que de acuerdo con la cláusula XII, acrediten con claridad los criterios que servirán de base para adjudicar este contrato y, en concreto, este sobre contendrá:

(...)

b) Proyecto de explotación...

(...)

Dicho proyecto incluirá como documento separado, un estudio económico-financiero, que respetará la estructura del Estudio Económico redactado por la Intervención Municipal, que se acompaña a este Pliego, que justifique el precio ofertado y en su caso las tarifas que deban abonar los usuarios.”

Visto dicho apartado de la cláusula IX del Pliego no resulta verosímil una manifestación como la que es objeto de consulta, según la cual el concesionario podría pretender ahora, más de un año después de resultar adjudicatario del contrato e iniciar la explotación de los servicios, que “en ningún momento durante el procedimiento de licitación” ha tenido conocimiento del estudio económico financiero al que se refiere el pliego, cuando en su proposición debía tenerlo necesariamente en cuenta para formular su propio estudio y, si lo estimaba pertinente, tal como preveía la cláusula anterior del PCAP, proponer las tarifas que



debían abonar los usuarios que considerara adecuadas a partir de las vigentes o de las que como propuestas constaban en el Pliego de prescripciones técnicas. Hemos de hacer notar, además, que del examen de la documentación remitida se deduce que el estudio económico-financiero de la Intervención para la viabilidad de la explotación, en conclusión, estimaba necesario incrementar las tarifas anteriormente vigentes en un 10% y dicha recomendación tuvo su reflejo y se trasladó al Pliego de Prescripciones técnicas, donde se hicieron constar detalladamente tanto las tarifas vigentes como las propuestas incrementadas, motivo por el cual los licitadores tuvieron en este último documento la información más relevante derivada de dicho estudio para formular sus ofertas.

En cualquier caso, la no realización de las expectativas del estudio económico presentado por el adjudicatario en su licitación o de las contenidas en el estudio previo de la Intervención municipal no constituye un motivo que justifique el resarcimiento al concesionario de las pérdidas de explotación tenidas durante el primer año de explotación, pues hay que insistir en que el equilibrio económico-financiero a cuyo mantenimiento tiene derecho el concesionario es el que viene dado por las condiciones del contrato y sólo su alteración o modificación por razones de interés público o por darse los otros supuestos previstos en el artículo 282.4 del TRLCSP es la que obliga a la Administración a restablecerlo mediante la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios o mediante otras medidas que procedan entre las previstas en el contrato o en el apartado 5 de dicho precepto del TRLCSP. El hecho probable de que las pérdidas aducidas por el concesionario se deban a una insuficiente afluencia de usuarios o a un menor consumo de éstos en las instalaciones objeto de concesión no son circunstancias que alteren el equilibrio económico financiero regulado en el contrato sino que, como se ha insistido en este informe, se encuentran dentro del riesgo operacional que le corresponde asumir y soportar al concesionario. También se observa, en los datos facilitados por el concesionario y reproducidos por el Ayuntamiento en su escrito de la consulta, que la disminución de los ingresos de explotación en 2014, respecto los del anterior adjudicatario reflejados en el estudio de la Intervención, ha ido pareja o precedida de una fuerte reducción de los gastos por parte del actual concesionario, lo cual es una responsabilidad exclusivamente suya y bien pudiera ser que, al menos en parte, una cosa fuera consecuencia de la otra, es decir, que los resultados obtenidos son consecuencia de la gestión realizada.

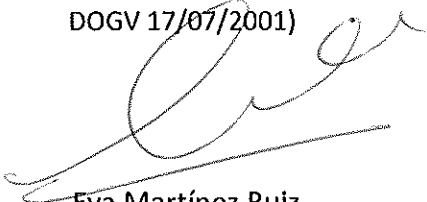
CONCLUSIONES

Primera.- El contrato de concesión de servicios públicos obliga al concesionario a asumir el riesgo operacional de no poder cubrir los costes de explotación de los servicios objeto de concesión, sin que dicha circunstancia le otorgue derecho alguno de compensación por la Administración concedente si no se dan los supuestos de alteración del equilibrio económico del contrato previstos en el artículo 282.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segunda.- En un contrato administrativo de concesión de servicios y por el hecho de alegar pérdidas en uno o varios ejercicios de su duración, no puede otorgarse al concesionario subvenciones a la explotación no establecidas en el pliego del contrato ni amparadas en los supuestos legales anteriores sin contravenir los principios de igualdad de trato y de transparencia que han de regir la contratación del sector público.

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.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)



Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 13 de
noviembre de 2015.