

Recurso 300/2024
Resolución 356/2024
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 2 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. A.D.S.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado «Contrato de Concesión de Servicios Energéticos para la gestión integral del servicio de Alumbrado Público Exterior del Término Municipal de Atarfe» (Expediente 638/2024) convocado por el referido Ayuntamiento de Atarfe (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de julio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El día 8 de julio de 2024 los pliegos y demás documentación de la licitación fueron puestos a disposición de los interesados en el citado perfil.

Figuran en el perfil del contratante sucesivas rectificaciones de los pliegos que son publicadas en las siguientes fechas:

- El 18 de julio de 2024 a las 12:41:15 horas.
- El 31 de julio de 2024 a las 12: 23:45 y a las 12:25:46 horas.
- El 1 de agosto de 2024 a las 08:07:26 horas.

El valor estimado del contrato es de 13.938.460 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 26 de julio de 2024, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don Antonio Díaz Sánchez en calidad de portavoz del Grupo

Municipal del Partido Popular (PP) del Ayuntamiento de Atarfe contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato citado. El recurso tuvo entrada en este Tribunal el 2 de agosto de 2024, acompañado del expediente de contratación que figuraba incompleto, lo que motivó que, con fecha 5 de agosto de 2024, primer día hábil, se solicitara del órgano de contratación la remisión del expediente debidamente numerado, así como de la documentación anexa al recurso especial y del informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP. Dicha documentación tuvo entrada posteriormente en esta sede.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de fecha 6 de agosto de 2024 se solicitó al recurrente acreditación de la representación para actuar en nombre del grupo político y una declaración responsable sobre la vigencia del poder o facultades de representación conferidas. Todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 51.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Dicha documentación se ha recibido en esta sede con posterioridad.

Se ha cumplimentado el trámite de audiencia a los interesados otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la redacción dada por el artículo 77 del Decreto ley 3/2024, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia y el impulso de la actividad económica en Andalucía (BOJA núm. 34 de 16/02/2024), toda vez que el Ayuntamiento de Atarfe (Granada) ha remitido a este Tribunal la documentación requerida a tales efectos.

SEGUNDO. Legitimación.

El recurso que se examina ha sido interpuesto por un concejal miembro del Grupo municipal del PP en el Ayuntamiento de Atarfe (Granada), en calidad de portavoz de aquel según consta en el certificado expedido por el Secretario General del referido Ayuntamiento. Dicho documento ha sido remitido por el recurrente en contestación a la petición de subsanación efectuada por este Tribunal.

Procede analizar la legitimación que ostentan los concejales de una Corporación municipal para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Al respecto, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de manifestarse en diversas Resoluciones, entre otras, la 89/2013, de 15 de julio, 165/2015, de 30 de abril y 151/2018, de 23 de mayo. En ellas se hace referencia a la regulación legal de la legitimación para la interposición del recurso. Actualmente, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP que dispone en lo que aquí concierne que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*». Asimismo, las citadas Resoluciones se remiten al apartado b) del artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que «*Junto a los*



sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.». En este sentido, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone en su artículo 24.6 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.».*

Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente, por lo que se refiere a los miembros de las Corporaciones Locales, que *«existe una legitimación ex lege, que proviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto - inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de bases de régimen local».* Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que *«el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación».*

En el supuesto examinado, visto lo anterior, el concejal que formaliza el presente recurso, en calidad de portavoz de los miembros del Grupo Municipal del PP del Ayuntamiento de Atarfe goza de legitimación activa para la interposición del recurso, dado que los mismos votaron en contra de la aprobación del expediente de contratación de la licitación que impugna, según se hace constar en el informe del órgano de contratación al recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

Conviene indicar, en primer lugar, que conforme al artículo 51.1 de la LCSP en el escrito de interposición del recurso especial se hará constar el acto recurrido, acompañándose, según lo previsto en la letra c) del referido precepto, de la copia o traslado del acto expreso que se recurra o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

En el escrito de recurso, si bien no se identifica concretamente el acto recurrido ni tampoco se acompaña copia de este, sí se inserta el enlace de acceso a la publicación de la licitación en el perfil de contratante. Por otra parte, la identificación del acto impugnado se infiere claramente del contenido del recurso, por lo que podemos considerar que el recurso se dirige contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen un contrato calificado en estos como concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y ha sido convocado por un ente del sector público con el carácter de Administración Pública. El mismo resulta, pues, procedente al amparo de lo previsto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartado a) y b) de la LCSP, habiéndose publicado el anuncio de licitación y los pliegos en el perfil de contratante los días 5 y 8 de julio, respectivamente, el recurso especial presentado en el registro del órgano de contratación el 26 de julio se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

I. Alegaciones del recurrente.

El recurrente se limita a exponer de manera sucinta, y sobre la base de los motivos de impugnación que indicaremos a continuación, que la modalidad de contratación establecida en el expediente de licitación que recurre no se ajusta a lo establecido en la LCSP concurriendo, a su juicio, motivos tanto de nulidad como de anulabilidad sobre la base de las alegaciones que expone:

En primer lugar, esgrime la falta de publicación en el perfil de contratante de la memoria justificativa del contrato, con infracción del artículo 63.3 a) de la LCSP. En este sentido, indica que la memoria que se publica corresponde a otra licitación que no se consideró viable y, por tanto, al tratarse de una licitación nueva debería publicarse un nuevo estudio de viabilidad económico-financiera.

En apoyo de su pretensión, invoca el artículo 285.2 de la LCSP respecto de la exigencia de la elaboración de un estudio de viabilidad que tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluya en la inviabilidad del proyecto, alegando, asimismo que, por aplicación de lo dispuesto en la LCSP para el contrato de concesión de obra, resulta preceptiva la publicación del estudio de viabilidad por el mismo plazo, lo que denuncia que no ha acontecido en el presente supuesto.

En segundo lugar, alega que, al tramitarse el expediente como una concesión de servicios es necesario previamente la emisión del informe por la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) o la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera, que versa sobre la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios, así como los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico que deban adoptarse.

Finalmente, niega que sea posible licitar una concesión de servicios afirmando que no existe transferencia de riesgo operacional, lo que traería consigo la nulidad del expediente, indicando la similitud con el supuesto examinado y resuelto por la Resolución 174/2024 de este Tribunal. Se refiere, asimismo, al contenido del informe de la ONE sobre el contrato de concesión de servicios energéticos para la gestión integral del alumbrado público exterior del término municipal de Castro del Rio, insertando el enlace a ambos documentos.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso y solicita su desestimación sobre la base de las siguientes alegaciones:

1ª Respecto de la falta de publicación de la memoria justificativa del contrato, el informe del órgano niega este extremo indicando, por el contrario, que en el perfil de contratante figura publicada la referida memoria de fecha 12 de junio de 2024 suscrita por los técnicos municipales de contratación y Medio Ambiente del Ayuntamiento conforme a las especificaciones que se contienen en el estudio de viabilidad tramitado con anterioridad. Indica que dichos documentos fueron aprobados en el Pleno del Ayuntamiento de Atarfe celebrado el 27 de junio de 2024.



2ª Respecto de la omisión del estudio de viabilidad económico-financiera, el informe señala que para el proyecto de alumbrado público de Atarfe se ha elaborado y publicado un Informe Técnico Económico de Viabilidad (ITEV) que cubre precisamente esta necesidad, y que fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada (BOP nº 114 de 20 de junio de 2023) adjuntándose como documento nº 2 en el expediente administrativo (en adelante, EA).

Puntualiza que el ITEV incluye un análisis detallado de la viabilidad económica y financiera del proyecto, considerando todos los aspectos necesarios para asegurar su sostenibilidad durante el período de concesión, entre ellos, los antecedentes, el análisis de la instalación; la propuesta de reformado; los ahorros, el período simple de retorno; la vida útil de los materiales y la propuesta de contrato. Asimismo, indica que la viabilidad y sostenibilidad del proyecto ha sido validada también por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía en su informe 14/2024, de 27 de junio, por lo que considera que esta alegación no debe prosperar.

3ª Respecto de la falta de publicidad del estudio de viabilidad, indica que, si bien de la lectura del artículo 285.2 de la LCSP no se desprende que sea preceptiva la publicación (al referirse solamente a la realización y aprobación del estudio de viabilidad) no obstante el Ayuntamiento de Atarfe, tras la aprobación inicial de dicho estudio, procedió a su publicación en el Boletín Oficial de la provincia de Granada (nº 114, de fecha 20 de junio de 2023), sin que hasta la fecha se haya producido manifestación, requerimiento o alegación alguna.

4ª Respecto de la necesidad del Informe de la ONE, señala que tanto dicha Oficina como la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera deberá emitir informe previo a la licitación de las concesiones de servicios en los supuestos regulados en el apartado tercero del artículo 333 de la LCSP, esto es:

a) Cuando realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación de la concesión.

b) Las concesiones de obras y servicios en los que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Respecto del primer supuesto, el informe explica que no existe aportación pública a la explotación de dicha concesión ni tampoco apoyo financiero al concesionario. En cuanto al segundo supuesto previsto en la letra b) del artículo 333, indica que tampoco existe tarifa ni total ni parcial que asuma el poder adjudicador ya que es el concesionario el que se hará cargo de la totalidad de la tarifa dentro de la concesión; y tampoco existe gasto de primer establecimiento alguno ya que el concesionario puede comenzar a prestar el servicio al día siguiente a la firma del contrato sin necesidad de acometer gastos de establecimiento.

Asimismo, argumenta que la propuesta de concesión del alumbrado público de Atarfe está condicionada a una serie de prestaciones definidas en los pliegos, que serán realizadas tras la firma del contrato, sin obligación de acometer las inversiones previas de reformado de las instalaciones ni otro tipo de inversión inicial.

El informe concluye, tras exponer el contenido de las prestaciones que integran el objeto contractual, que el supuesto no se acomoda a lo establecido en el artículo 333.3 de la LCSP no siendo necesario, por tanto, la emisión de informe preceptivo por la ONE.

5ª Respecto de la inexistencia de riesgo operacional y el error en la calificación jurídica del contrato, el órgano niega este extremo sobre la base de las siguientes alegaciones cuyo contenido es pertinente transcribir, aunque sea de manera parcial:



«De la propia definición de Empresas de Servicios Energéticos también se extrae que necesariamente existe riesgo en la operación, pues según la directiva 2006/32/ce del parlamento europeo y del consejo de 5 de abril de 2006 sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos: “empresa de servicios energéticos» (ESE), una persona física o jurídica que proporciona servicios energéticos o de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones o locales de un usuario y afronta cierto grado de riesgo económico al hacerlo. El pago de los servicios prestados se basará (en parte o totalmente) en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos;”

El artículo 15 LCSP define el contrato de concesión de servicios como aquel en cuya virtud o varios poderes adjudicatarios encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la concesión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. La modalidad del contrato de concesión de servicios prevista en el artículo 15 LCSP concede el derecho de explotación de los servicios, implicando la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el artículo 14.4 LCSP. Al amparo del artículo 14.4 LCSP, el derecho de explotación de los servicios aquí indicados deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas actuaciones, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las prestaciones objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las actuaciones o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. En este sentido, se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las prestaciones que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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. La Resolución 51/2016, de 25 de febrero o la Resolución 203/2019, de 25 de junio de 2019, ambas del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía disponen, al respecto, que el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser, antes citada apartados 66 y 67), 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 (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). Por su parte, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario 2000/C 121/02 señala que el derecho de explotación implica la transferencia de la responsabilidad de explotación, de forma que es el concesionario el responsable de efectuar las inversiones precisas para que la obra pueda ponerse a disposición de los usuarios de una forma útil (...)

(...)

Por tanto, para la efectiva asunción del servicio, y tras la adjudicación del contrato, el adjudicatario, de conformidad a su oferta, deberá garantizar los resultados de explotación previstos en el PPT, para ello adscribirá al servicio la maquinaria y demás dotación necesaria, con el mínimo que se indica en los documentos que conforman el expediente de licitación. Junto a los bienes y demás dotación, el adjudicatario deberá disponer de los medios materiales y humanos necesarios para lograr los resultados previstos y ofertados, de acuerdo con los términos establecidos en los pliegos, si así se hace constar expresamente en su oferta. Asimismo, dado que el precio del contrato será mediante el pago de las diferentes prestaciones que se han definido en apartados siguientes, con independencia de los trabajos a realizar, de la complejidad técnica para la prestación de los servicios en tiempo y forma a tenor de las frecuencias que resulten indispensables, cualquier incremento de los gastos de explotación derivados del incre-



mento de los trabajos, que el adjudicatario debe asumir íntegramente, repercute de manera directa en la cuenta de explotación de la adjudicataria.

Por otro lado, el concesionario, al objeto de lograr un eficiente y progresivo rendimiento energético, proporciona al mismo tiempo un paquete de equipos que pueden consistir en equipos fácilmente extraíbles y algunos equipos que pueden no ser fácilmente extraíbles o no extraíbles. Tanto para los activos removibles como para los no removibles, los riesgos operativos y de mantenimiento, la mayoría del riesgo técnico y de construcción, así como el riesgo de desempeño, son normalmente responsabilidad del concesionario. En el caso que nos ocupa, durante el plazo de vigencia de la explotación del servicio de alumbrado público, el concesionario debe prestar atención a cuantos avances tecnológicos se vayan produciendo, de tal suerte que asumirá expresamente los costes derivados de la adecuación, adaptación y puesta en funcionamiento de aquellos sistemas que resulten adecuados en aras a satisfacer las necesidades de los/as usuarios/as, así como para cumplir con las normativas que en materia de seguridad, dotación, prevención, equipamiento e instalaciones resulten de aplicación.

La justificación de la celebración de este tipo de contrato frente a otro tipo contractual es la necesidad por parte del Ayuntamiento de gestionar de forma indirecta, a través de una o varias personas jurídicas resultantes del correspondiente procedimiento de adjudicación, un servicio que mejorará las prestaciones actuales.

(...)

Se hace referencia en el Recurso, a la Resolución nº 174/2021, dictada por Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en relación al proyecto del Ayuntamiento de Brenes, es importante destacar que, aunque ambos proyectos son de alumbrado público, presentan diferencias significativas. En el proyecto de Atarfe, el valor económico de la P4 (obras de mejora) no tiene un valor económico directo y será financiada completamente por el ahorro energético obtenido por el adjudicatario, lo que implica un riesgo operacional significativo y justifica la clasificación del contrato como una concesión de servicios.

Riesgos Operacionales y Financieros: El contrato que nos ocupa es un claro contrato de concesión de servicios y tiene implícitos varios riesgos operacionales y financieros que el adjudicatario debe asumir.

Así, estos riesgos garantizan la adecuada transferencia de responsabilidades que es fundamental para la clasificación del contrato como una concesión de servicios.

A continuación, se detallan algunos riesgos significativos para una mayor comprensión con ejemplos específicos:

Garantía de la Instalación:

🕒 **Robos:** El adjudicatario debe hacerse cargo de los costos asociados a la reposición de cables o equipos robados. Por ejemplo, si se produce un robo de cables de cobre en una zona del alumbrado público, el concesionario debe reemplazar los cables a su propio costo. Este riesgo está claramente definido dentro de la Prestación 3: Garantía de la Instalación. No existe excepción que permita al adjudicatario eludir esta responsabilidad, lo que demuestra el significativo riesgo asumido al gestionar una instalación de alumbrado público.

🕒 **Vandalismo:** En caso de actos vandálicos que resulten en daños a las farolas o sistemas de iluminación, el concesionario es responsable de las reparaciones. Por ejemplo, si varias farolas son destruidas por actos de vandalismo, el concesionario debe asumir los costos de reparación y reemplazo. Este aspecto también está cubierto bajo la Prestación 3, lo que refuerza la obligación del adjudicatario de mantener la integridad de las instalaciones sin excepciones.

🕒 **Inclemencias meteorológicas:** El adjudicatario debe reparar los daños causados por tormentas, granizo o rayos. Por ejemplo, si una tormenta derriba varios postes de luz, el concesionario debe reinstalarlos y cubrir los gastos correspondientes sin solicitar compensación al ayuntamiento. Este riesgo es igualmente parte de la Prestación 3 y su inclusión evidencia la amplitud de la responsabilidad del adjudicatario frente a eventos naturales adversos.



En este apartado es crucial resaltar que los riesgos mencionados están claramente definidos dentro de la Prestación 3: Garantía de la Instalación. No existe excepción que permita al adjudicatario eludir estos costos, los cuales representan un valor de apenas un 2% del coste total del contrato. Este hecho demuestra el gran riesgo que asume el adjudicatario al concesionar una instalación de alumbrado público. Adicionalmente, varias noticias de medios de comunicación resaltan problemas frecuentes como apagones en ciudades debido al robo de líneas eléctricas, enganches ilegales a instalaciones de alumbrado público y otros incidentes dentro del ámbito de la Prestación 3. Estas

situaciones subrayan aún más los significativos riesgos operacionales y económicos que el adjudicatario debe gestionar y asumir.

Riesgo Económico:

🕒 **Selección de tecnologías:** El adjudicatario debe seleccionar tecnologías de eficiencia energética que cumplan con los objetivos de ahorro energético proyectados. Si el adjudicatario opta por una tecnología que no logra los ahorros esperados, deberá asumir las pérdidas. Por ejemplo, si se instalan luminarias LED de baja calidad que no proporcionan los ahorros energéticos estimados, el concesionario no podrá trasladar estos costos adicionales al ayuntamiento.

🕒 **Actualización tecnológica:** El concesionario debe mantenerse al día con las innovaciones tecnológicas para asegurar el máximo ahorro energético. Si no lo hace, podría incurrir en mayores costos operativos. Por ejemplo, si surge una nueva tecnología que ofrece un 20% más de ahorro energético y el concesionario no la implementa, perderá potenciales ahorros.

Riesgo Financiero:

🕒 **Financiación de las inversiones:** El adjudicatario debe financiar las inversiones necesarias para la implementación y mantenimiento del sistema de alumbrado. Las fluctuaciones en los costos financieros, como tasas de interés, pueden afectar significativamente sus costos operacionales. Por ejemplo, si los costos de financiación aumentan debido a una subida en las tasas de interés, el concesionario debe asumir estos costos adicionales.

🕒 **Mercado Eléctrico:** Las variaciones en los precios de la electricidad pueden impactar los costos operacionales. Por ejemplo, si el precio de la electricidad se duplica, el concesionario debe cubrir estos costos sin poder transferirlos al ayuntamiento. La volatilidad del mercado eléctrico, como se observó en el caos económico eléctrico de 2023 donde los precios se dispararon, representa un riesgo muy significativo ya que se llegó a alcanzar unas subidas de más del 300 %.

Riesgo de Demandas:

🕒 **Robo de energía:** En áreas con altos índices de robo de energía, el concesionario puede enfrentar demandas y pérdidas. Por ejemplo, si se descubren múltiples conexiones ilegales que afectan el consumo de energía del sistema de alumbrado público, el concesionario debe gestionar y asumir los costos relacionados con estas pérdidas.

🕒 **Litigios:** El concesionario puede ser objeto de litigios relacionados con la gestión del alumbrado público, ya sea por parte de ciudadanos o entidades. Por ejemplo, si un accidente de tráfico es atribuido a una falla en el alumbrado público, el concesionario puede enfrentar una demanda y deberá asumir los costos legales y compensaciones si corresponden.

Otros Riesgos Operacionales:



🕒 **Mantenimiento inadecuado:** Si el concesionario no realiza el mantenimiento adecuado de las instalaciones, puede enfrentar mayores costos operativos y posibles sanciones. Por ejemplo, si las luminarias no se mantienen correctamente y fallan, el concesionario deberá cubrir los costos de reparación y enfrentar posibles multas.

🕒 **Eventos imprevistos:** Inclemencias meteorológicas extremas, como una tormenta que cause daños extensos a la infraestructura de alumbrado, representan riesgos adicionales que el concesionario debe gestionar y financiar. Por ejemplo, la caída de un rayo que dañe un gran número de luminarias requerirá una respuesta rápida y costos considerables por parte del concesionario.

En definitiva, y tras argumentar parte de algunos riesgos tanto técnicos como económicos que tiene este tipo de contrato y el alto riesgo operacional, es recomendable la clasificación de contrato de concesión de servicios y de esta forma poder transferir todo el riesgo operacional y económico a la concesionaria.

En conclusión, el contrato de concesión de servicios es la modalidad idónea para este proyecto considerando la transferencia del riesgo operacional al concesionario y las ventajas económicas y cualitativas detalladas en nuestros documentos de licitación. El proyecto contempla riesgos significativos que el adjudicatario debe asumir, justificando plenamente la clasificación del contrato como una concesión de servicios. Por lo tanto, no existen fundamentos suficientes para declarar la nulidad del expediente».

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal. Sobre la existencia de transferencia de riesgo operacional en la presente contratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

Conviene indicar, en primer lugar, que, en la medida que la clarificación de alguna de las cuestiones planteadas en concreto, las relativas a las irregularidades procedimentales denunciadas en el recurso- pudiese estar condicionada por la previa calificación jurídica del contrato, cuestión controvertida por el recurrente y que se erige, por tanto, en la cuestión nuclear, comenzaremos por el análisis por esta última, a fin de determinar, en primer lugar, si, en el presente supuesto, existe o no transferencia de riesgo operacional al contratista que permita, en caso positivo, calificar la contratación como concesión de servicios.

Al respecto, hemos de indicar que el artículo 15 de la LCSP dispone que “1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

Asimismo, el artículo 14.4 del texto legal, al que remite el citado artículo 15, establece que “Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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”.

En definitiva, el riesgo operacional transferido al adjudicatario es un concepto inherente a las figuras contractuales de la concesión de obras y de servicios que debe diferenciarse del riesgo y ventura intrínseco a



cualquier contrato del sector público y que determina, en última instancia, una exposición real a las incertidumbres del mercado y un riesgo potencial de pérdidas no desdeñable desde el punto de vista económico.

En el supuesto analizado, el recurrente alega, de manera escueta, que no es posible licitar una concesión de alumbrado público como la que nos ocupa porque no existe riesgo operacional, invocando como fundamento de su pretensión, la reciente Resolución 174/2024, de 26 de abril, de este Tribunal, así como el informe de la ONE sobre el contrato de concesión de servicios energéticos para la gestión integral del alumbrado público exterior del término municipal de Castro del Río.

El órgano de contratación, por su parte, defiende la calificación jurídica como concesión de servicios con los argumentos que hemos transcrito con anterioridad.

Pues bien, para resolver la controversia suscitada en torno a la calificación jurídica del contrato, hemos de atender a su objeto, prestaciones y a la forma de retribución de estas conforme a los pliegos rectores de la contratación.

A fin de delimitar el supuesto concreto que se nos plantea, interesa, en primer lugar, acudir a lo dispuesto en la cláusula 1 del PCAP “Antecedentes” que, entre otros extremos, señala lo siguiente:

*« Por Real Decreto 1980/2008 de 14 de noviembre se aprobó el Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior (en adelante, REEIAE o Reglamento) como un nuevo marco legal necesario para mejorar la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público exterior mediante la regulación de los niveles máximos de iluminación de los espacios en función de la actividad que se realiza en ellos, de la incidencia de la iluminación hacia otros espacios y por la exigencia de un nivel mínimo de eficiencia energética para los puntos de luz.
(...)*

(...) Dado el potencial de ahorro energético detectado en las instalaciones del alumbrado público exterior, el objetivo del titular de las instalaciones es el de ejecutar una actuación global e integrada que permita dar cumplimiento a las nuevas exigencias normativas y sociales de eficiencia energéticas y de reducción de los niveles de contaminación lumínica sin que ello suponga incurrir en costes por parte del Ayuntamiento.

De esta forma, el Adjudicatario obtendrá rentabilidad por la ejecución de este contrato en base a su capacidad de implementar aquellas medidas de eficiencia energética tomando como punto de partida las especificaciones técnicas y económicas contenidas en el PD y que podrán ser de alcance diverso. Así, la sustitución de instalaciones obsoletas por instalaciones modernas y eficientes, la ejecución de trabajos de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras o la simple implantación de nuevos protocolos de mantenimiento y gestión, entre otras, supondrán mayores niveles de ahorro y eficiencia energética que, en definitiva, redundarán en un mayor beneficio del Adjudicatario del contrato. (...)

(...) La contratación de esta figura de ESE en la gestión y explotación de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento permitirá acometer y acelerar la puesta en marcha de las soluciones técnicas aportadas por el PD, gracias a la capacidad de financiación de las inversiones y su posterior amortización por los ahorros que esta nueva actividad conlleva.

Entre las ventajas que estos contratos ofrecen para el sector público está el que las inversiones de mejora de la eficiencia energética en la iluminación pública se financian directamente de los ahorros y que el sector privado



asume los riesgos de las obras e instalaciones necesarias, pudiendo garantizar el ahorro de energía, basándose en su experiencia para ayudar a conseguir las mejores soluciones técnicas (...)» (el subrayado es nuestro)

La cláusula 2 del PCAP dispone:

«El objeto del Contrato a adjudicar es la realización de una actuación global e integrada sobre las instalaciones de alumbrado público exterior municipal, mediante la modalidad de servicios energéticos por una Empresa de Servicios Energéticos (en adelante ESE) que desarrolle las prestaciones que se recogen en el pliego de prescripciones técnicas, y de conformidad con los documentos que forman parte del Contrato, los cuales a su vez formarán parte del Contrato a firmar con el adjudicatario.(..)

(...) En concreto, el presente contrato tiene como finalidad transferir al Adjudicatario la explotación y el riesgo operacional de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento contratante para cubrir las siguientes prestaciones reservando el Ayuntamiento la propiedad y la titularidad de la instalación, así como otras actuaciones vinculadas de comunicación e información del alcance y ejecución del contrato:

- *Prestación P1- Gestión Energética: ejecución de las técnicas de gestión energética y explotación necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato; incluida la gestión del suministro eléctrico junto con los costes de la energía demandada, la conducción y vigilancia de la instalación y el seguimiento de su funcionamiento. A tal fin, los licitadores deberán presentar en su oferta, un sistema informático vía EWB y que, tras su adjudicación, se entregue al consistorio, usuario y clave para el perfecto control y seguimiento del contrato en toda su extensión.*
- *Prestación P2- Mantenimiento: ejecución de las tareas de mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado público exterior y de todos sus componentes, incluida la limpieza periódica de las mismas, todo ello de acuerdo con las prescripciones de la ITC-EA-06 del REEIAE, así como REBT, y las periodicidades mínimas marcadas en el Anexo 3 del PPT.*
- *Prestación P3- Garantía Total: reparación y/ o reposición de todos los elementos necesarios deteriorados en las instalaciones según se regula en este Pliego bajo la modalidad de Garantía Total, de aquellas instalaciones en las que el Contratista tenga la concesión objeto del contrato, con el alcance indicado en el pliego técnico.*
- *Prestación P4- Actuaciones de Mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior: realización de trabajos de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado público exterior propuestas por el licitador en base al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y usando como base el PD de alumbrado público que se adjunta como Anexo 1 del PPT. Los trabajos de mejora y renovación contemplados en la presente prestación serán ejecutados en base a los preceptos del REEIAE, la normativa autonómica, local que pueda afectar a estas instalaciones.*
- *Prestación P5- Capitalización de los ahorros futuros: según se describe en el documento de trabajo ITEV, el Adjudicatario tras la adjudicación y firma del contrato garantizará al Ayuntamiento un ahorro económico en función del pago actual de energía eléctrica (P1) y el nuevo coste de esta prestación. El Ayuntamiento podrá solicitar al Adjudicatario, a la firma del Contrato o en cualquier momento de la vida del mismo, que le capitalice (adelante) la totalidad o parte de los ahorros que se generarán por su gestión a lo largo de la vida del mismo y nunca superando la cantidad máxima que corresponda según el momento de la solicitud, lo cual se calculará mediante la fórmula explicada en el Punto 24.1.5 del presente Pliego. Tal cantidad económica máxima será aportada el Adjudicatario con las posibles finalidades:*



- *Para justificación de subvención o ayuda solicitada que recoja en sus bases de solicitud la necesidad de justificar las inversiones en su totalidad o parcialmente, por ello se realizarán las siguientes fases:*
 - *Activación de la Prestación P5*
 - *Certificación de obra por centro de mando ejecutado.*
 - *Solicitud de capitalización de los ahorros por parte del servicio promotor.*
 - *Adelanto pago de capitalización por parte de ESE.*
 - *Emisión de la factura con arreglo a la certificación de obra.*
 - *Pago por parte del servicio promotor a la ESE de dicha factura con la Capitalización de los ahorros solicitada.*
- *Para inversiones no recogidas en PD, como pueden ser vicios ocultos, nuevas necesidades de cableado u otras actuaciones necesarias para la legalización de las instalaciones objeto de la actuación, según la cantidad económica del alcance de la actuación se calculará la cuota futura de la Prestación P5 puesto que dichas actuaciones no generan ahorro.*
- *Para realizar inversiones derivadas de necesidades sociales técnicas como aumento de puntos de luz en zonas donde no existe iluminación, aumento de puntos de luz por razones técnicas justificadas, fachadas RGB, actuaciones Smart City y otras que guarden relación con el objeto del contrato, según la cantidad económica del alcance de la actuación se calculará la cuota futura de la Prestación P5 puesto que dichas actuaciones no generan ahorro.*
- *Prestación P6- Alumbrado Extraordinario ejecución del suministro e instalación del alumbrado extraordinario descrito en el PPT.»*

La cláusula 7 del PCAP prevé que el contrato tendrá una duración de 15 años, dividido económicamente en dos tramos para cada una de las prestaciones. Asimismo en la citada cláusula se indica que: “ *El Informe 55/2018 de 2 de julio de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la “Duración de los contratos de servicios energéticos” señala que en los contratos de servicios energéticos, la duración del contrato en el conjunto de sus prestaciones no quedará condicionada por el límite de duración del contrato de suministro que es de 5 años, lo que permite una mayor duración de los contratos de servicios energéticos de forma que permita recuperar las inversiones que forman parte de las prestaciones objeto del contrato.*”

La duración máxima del contrato no excede del tiempo que se calcula razonable para que el Adjudicatario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, tanto las iniciales como las realizadas durante la vida del contrato, junto con un rendimiento sobre el capital invertido y teniendo en cuenta las inversiones necesarias establecidas en el PD para alcanzar los objetivos contractuales específicos y ha sido calculado según lo previsto en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española. El artículo 10 del Real Decreto 55/2017 indica que se entiende por período de recuperación de la inversión del contrato aquel en el que, previsiblemente, puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación. (...)”

Por su parte, la cláusula 8 del PCAP relativa a “Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato” dispone lo siguiente:

“ (...)”



Para fijar el precio del contrato se han tenido en cuenta las siguientes consideraciones a la hora de aplicar el cálculo de las diferentes prestaciones, desglosando los importes de cada anualidad:

Tramo 1: Año 1 a año 10

PRESTACIÓN	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO (sin IVA)	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO IVA	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO
P1. ENERGÉTICA	681.204,00 euros	143.052,84 euros	824.256,84 euros
P2. MANTENIMIENTO	131.246,23 euros	27.561,71 euros	158.807,94 euros
P3. GARANTÍA TOTAL	34.135,00 euros	7.168,35 euros	41.303,35 euros
P4. INVERSIONES	0 euros	0,00 euros	0,00 euros
P5. CAPITALIZACIÓN DE AHORROS	0 euros	0,00 euros	0,00 euros
P6. ALUMBRADO EXTRAORDINARIO	88.919,99 euros	18.673,20 euros	107.593,19 euros
TOTAL	935.505,22 euros	196.456,10 euros	1.131.961, 32 euros

Tramo 2: Año 11 a año 15

PRESTACIÓN	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO (sin IVA)	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO IVA	IMPORTE ANUAL PRESUPUESTO
P1. ENERGÉTICA	197.765,00 euros	41.530,65 euros	824.256,84 euros
P2. MANTENIMIENTO	131.246,23 euros	27.561,71 euros	158.807,94 euros
P3. GARANTÍA TOTAL	34.135,00 euros	7.168,35 euros	41.303,35 euros
P4. INVERSIONES	0 euros	0,00 euros	0,00 euros
P5. CAPITALIZACIÓN DE AHORROS	0 euros	0,00 euros	0,00 euros
P6. ALUMBRADO EXTRAORDINARIO	88.919,99 euros	18.673,20 euros	107.593,19 euros
TOTAL	452.066,22 euros	94.933,91 euros	1.131.961, 32 euros

Para fijar el precio del contrato se han tenido en cuenta las siguientes consideraciones a la hora de aplicar el cálculo, se han calculado las distintas unidades funcionales del contrato por separado y tipo de prestación, multiplicando el resultado económico por los años de contrato; (...)"

Por otra parte, la cláusula 24 del PCAP "Abonos al contratista" prevé que "El pago se realizará previa presentación de factura por el contratista, y previo informe favorable de los Servicios Técnicos de la Administración Titular de las instalaciones.

Así, por ejemplo, respecto de la prestación energética (P1) la cláusula 24.1.1 dispone:

"El precio P1 incluye toda la energía consumida por las instalaciones objeto de este contrato y la gestión energética de las mismas mediante sistemas de telegestión y la gestión del contrato, valorado según presupuesto base de licitación en 681.024,35 € el primer tramo de años (año 1 a año 10) y en 197.765,27 € (SIN iva) el segundo tramo (año 11 a año 15).



Las revisiones de precios de P1 a efectuar serán las previstas en el contrato que hace referencia a los supuestos de variación del costo de la energía eléctrica. Esta prestación se empezará a abonar desde el inicio efectivo del contrato el cual será establecido tras la firma del contrato por ambas partes y junto con la fecha del acta de inicio de la prestación P1.

24.1.2 Mantenimiento (Prestación P2)

El presupuesto de licitación de la Prestación P2 es de 131.246, 23 € anuales (sin IVA).

Estos precios incluyen los gastos correspondientes a la obligación del Adjudicatario de mantener el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones del alumbrado público exterior, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial, todo ello de acuerdo con las prescripciones de la ITC-EA-09 del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado público exterior. Las revisiones de precios de P2 a efectuar serán las previstas en el contrato. Esta prestación se empezará a abonar desde el inicio efectivo del contrato el cual será establecido tras la firma del contrato por ambas partes y junto con la fecha del acta de inicio de la prestación P2.

24.1.3 Garantía total (prestación P3)

El presupuesto de licitación de la Prestación P3 es de 34.135,06 € anuales (sin IVA).

Estos precios incluyen los gastos correspondientes a la obligación del Adjudicatario de mantener los medios para las intervenciones del personal y las herramientas con el fin de asegurar la Garantía Total y la organización y seguimiento que se indican en los Pliegos de Condiciones Técnicas. Las revisiones de precios de P3 a efectuar serán las previstas en el punto 24.3 del Pliego. Esta prestación se empezará a abonar desde el inicio efectivo del contrato el cual será establecido tras la firma del contrato por ambas partes y junto con la fecha del acta de inicio de la prestación P3.

24.1.4 Trabajos de mejora (Prestación P4)

El presupuesto de licitación de la prestación P4 se compone de una inversión inicial por importe de 3.397.440€ (IVA excluido) estimado a partir del PD para la adecuación de las instalaciones de alumbrado público exterior del municipio a los requisitos del Reglamento de eficiencia energética, así como las particularidades exigidas en el PPT, a lo que debe añadirse el coste de financiación para la vida del contrato. Dicha inversión será sufragada por la empresa adjudicataria y pagada mediante los ahorros que obtenga tras su realización.

Se podrán estimar inversiones fuera de la P4, el incremento de puntos de luz derivados de necesidades técnicas, sociales, entre otras, así como el incremento de las instalaciones de cableado nuevos derivados de incrementos de mediciones, saneamiento de vicios ocultos o cualquier otra necesidad que puedan surgir durante el desarrollo de la obra siendo estas inversiones propuestas por la asistencia a la dirección de obra y aprobadas por responsable del contrato, todas valoradas según las partidas descritas en el precario adjunto, en relación a las reformas a realizar en el cableado se parte de la cantidad estimada en el PD de 22.566 metros de renovación de cableado eléctrico.

24.1.5 Capitalización de ahorros (Prestación P5)

El presupuesto de licitación de la Prestación P5 es de 0 €. Dicho presupuesto podrá ser aumentado por el Adjudicatario a solicitud del Ayuntamiento durante la duración del contrato en base a los ahorros que prevé obtener el Ayuntamiento durante los años de vigencia, por el diferencial del coste actual de la energía eléctrica del alumbrado público, 853.554 €/año (sin IVA), importe resultante del análisis del PD, menos el coste que se abonará a



la empresa en concepto de gestión energética (Prestación P1) el cual corresponderá al valor ofertado por la adjudicataria, multiplicado por los años de contrato que queden hasta su finalización.

De esta manera, se entiende que existirá un ahorro total, una vez acabadas las obras de la Prestación P4, que será la que resta entre el consumo actual de energía y pago de la Prestación P1 futuro valorado en 671.949 €/año, siendo este importe orientativo, ya que habrá que esperar a la oferta final, a lo que habría que sumar los gastos imputables.(...)

24.1.6 Alumbrado extraordinario (Prestación P6)

El presupuesto de licitación de la Prestación P6 es de 88.919,99 € anuales (sin IVA).

Estos precios incluyen los gastos correspondientes a la obligación del Adjudicatario de instalar el alumbrado extraordinario y de fiestas en el municipio, según se describe en PPT, Cláusula 9.1 Alumbrado extraordinario. Esta prestación se empezará a abonar desde el inicio efectivo del contrato el cual será establecido tras la firma del contrato por ambas partes y junto con la fecha del acta de inicio de la prestación P6.

24.2 Pagos.

El pago se realizará contra facturas expedidas y a mes vencido de acuerdo con la normativa vigente, una vez hayan sido informadas favorablemente por el funcionario que reciba o supervise el trabajo, o en su caso, por el designado por el órgano de contratación como responsable del mismo. La Administración deberá abonar el importe de las facturas dentro del plazo establecido en el Artículo 198 de la LCSP? (el subrayado es nuestro)

Pues bien, como ya dijimos en la Resolución 174/2024, invocada por la recurrente, un examen del contenido expuesto del PCAP permite observar que el objeto del contrato es complejo y comprende prestaciones tales como la gestión energética de la energía consumida por las instalaciones objeto del contrato; el mantenimiento de las instalaciones de alumbrado público exterior en perfecto funcionamiento y limpieza de las mismas; la reposición de todos los elementos necesarios deteriorados en las instalaciones; la mejora y renovación de las instalaciones; la capitalización de ahorros futuros así como el alumbrado extraordinario en los períodos indicados en el pliego.

Todas estas prestaciones están presupuestadas en el PCAP, a excepción de la P4 (inversiones) y la P5 (capitalización de ahorros) previéndose un precio máximo anual para las prestaciones P1, P2, P3 y P6 de modo que la entidad adjudicataria percibirá los precios a abonar por aquellas previa presentación de factura, (cláusula 24.1 del PCAP), siendo revisables los importes de las prestaciones P1; P2; P3; P5 y P6 según lo establecido en la cláusula 24.3.1 ; 24.3.2; 24.3.3; 24.3.4 y 24.3.5 del pliego. Por otra parte, por lo que aquí nos interesa, la cláusula 24.3. 6 del PCAP prevé una revisión extraordinaria por aumento o disminución de puntos de luz, y finalmente, la cláusula 24.5 del PCAP prevé el abono anual por exceso de consumo de energía, disponiendo lo siguiente:

“24.5.1. Se considerará exceso de consumo de energía al diferencial del consumo de energía anual respecto al consumo del año base provocadas por el Ayuntamiento debido a:

- Exceso de consumo por aumento del horario de uso respecto al horario establecido por las partes.
- Exceso de consumo por aumento de número de equipos e instalaciones de alumbrado fuera del objeto de este contrato. Este exceso se valorará a partir de la ampliación de potencia y el consumo eléctrico y a partir del precio de la energía actualizado en cada uno de los años sucesivos.



24.5.2. Dichos excesos serán abonados por el Ayuntamiento al Adjudicatario a año vencido, aplicando la siguiente fórmula:

$P11 = \text{Exceso de consumo eléctrico} \times P1 / C$

Donde:

$P11 = \text{Aumento de la prestación } P1 \text{ por exceso de consumo (€)} .$

$\text{Exceso de consumo eléctrico} = \text{Energía consumida en exceso (kWh)}$

$P1 = \text{Precio de la prestación } P1 \text{ en el momento de la revisión (€)}$

$C = \text{Consumo máximo de la instalación ofertado o actualizado a la fecha de la revisión (kWh)}$ ” (el subrayado es nuestro)

Asimismo, hemos de tener presente que, conforme a la cláusula 2.3 del PCAP, el objetivo que persigue el órgano de contratación, con la iniciativa de contratar la gestión de los servicios públicos de alumbrado exterior, es reducir de manera significativa los consumos de energía con base en las recomendaciones establecidas en el Reglamento de Eficiencia energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior sin incurrir en ningún coste. De este modo, la adjudicataria será retribuida (Prestación P1) según los actuales gastos en que incurre el Ayuntamiento titular de las instalaciones, sin perjuicio de la rentabilidad adicional que aquella obtenga, en función de los trabajos de mejora que realice para la adecuación de las instalaciones del alumbrado público exterior del municipio a las exigencias derivadas de la reglamentación sobre eficiencia energética mediante la inversión que realice, que será sufragada por la adjudicataria y pagada mediante los ahorros que obtenga tras su realización.

Quiere decirse, pues, que, conforme a los pliegos rectores de la presente contratación, la adjudicataria será retribuida por el órgano de contratación recibiendo un precio en contrapartida a las distintas prestaciones contratadas; sin perjuicio de que el coste de inversión en obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía(Prestación P4) sea a cargo de aquella, quien se resarcirá del gasto realizado con la rentabilidad obtenida tras los mayores niveles de ahorro y eficiencia energética derivados de tales actuaciones.

Como indicábamos en nuestra Resolución 174/2024, de 26 de abril, que analizaba la misma cuestión respecto de los pliegos rectores de la contratación de la concesión de servicios de alumbrado público exterior convocada por el Ayuntamiento de Brenes, lo expuesto, efectivamente, no permite apreciar la existencia de “*transferencia de riesgo operacional al contratista*” en los términos que describe el artículo 14 de la LCSP, pues este concepto no deja a salvo la amortización futura de los costes de inversión realizados por la adjudicataria, pues exige la concurrencia de varios requisitos cuales son: una exposición real a las incertidumbres del mercado como circunstancia totalmente ajena a la persona del contratista, y una potencial pérdida estimada que no sea desdeñable desde el punto de vista económico.

En el caso analizado, la adjudicataria no solo será retribuida por el Ayuntamiento de Atarfe respecto de cada una de las prestaciones que se han indicado con anterioridad, sino que la financiación de los trabajos de mejora (Prestación P4) que lleve a cabo será, tal y como indica el pliego, “*sufragada por la empresa adjudicataria y pagada mediante los ahorros que obtenga tras su realización*”. Así las cosas, el mayor ahorro y consiguiente rentabilidad durante la ejecución del contrato va a depender íntegramente, como el propio pliego prevé, de la capacidad intrínseca de la empresa para implementar medidas de eficiencia energética y no de factores ajenos del mercado que escapen a la esfera de control del contratista.

Ello nos lleva a concluir que el potencial riesgo que pudiera concurrir en esta contratación es el inherente al principio de riesgo y ventura de cualquier contrato en los términos previstos en el artículo 197 de la LCSP, no



siendo comparable al riesgo operacional transferido al empresario en una concesión de servicios, ni por su entidad, ni por su origen pues aquel no es ajeno al ámbito de control del empresario.

En este sentido, el informe del órgano al recurso, para defender la calificación jurídica de la contratación como una concesión de servicios, señala como elemento diferencial significativo, respecto del proyecto del Ayuntamiento de Brenes, analizado por este Tribunal en la Resolución 174/2024 anteriormente referida, que en el de Atarfe, el valor económico de los trabajos de mejora de las instalaciones (P4) no tienen un valor económico directo sino que aquellos serán financiados completamente por el ahorro energético obtenido por el adjudicatario, extremo este que el órgano de contratación estima como determinante a la hora del riesgo operacional que el adjudicatario asume y que justifica, en opinión de aquel, la clasificación del contrato como de concesión de servicios.

Pero precisamente dicho extremo es el que no permite en la presente licitación apreciar la concurrencia del riesgo operacional que exige la calificación de una contratación como de concesión de servicios. No existe un desajuste entre la oferta y la demanda puesto que los riesgos inherentes a este contrato van a depender de la mala gestión del licitador o los errores por no obtener las mejoras de eficiencia energética a la hora de afrontar los trabajos de mejora de la Prestación P4. Y este tipo de riesgos no son determinantes para la calificación de la concesión de servicios al ser inherentes a cualquier tipo de contrato, como tampoco lo son los riesgos que se mencionan en el informe al recurso (los riesgos derivados de robo, vandalismo, inclemencias meteorológicas, etc.) que se incardinan todos ellos dentro del principio de riesgo y ventura del contratista. Respecto de los riesgos operacionales (derivados de la selección y actualización tecnológica, o mantenimiento inadecuado) que el informe señala, se trata de circunstancias que claramente se incardinan en la esfera del licitador a la hora de implementar aquellas medidas. Finalmente, respecto de los riesgos provenientes de la variación de costes por incremento de la energía o por el incremento de los costes de financiación, podemos apreciar como están amortiguados aquellos por los mecanismos de revisión de precios previstos en el clausulado.

Efectivamente, el riesgo operacional supone la asunción de responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión del servicio, que exceden de los inherentes al principio de riesgo y ventura, sin que existan mecanismos de compensación por los que se garantice un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas.

En el supuesto que analizamos, si acudimos al documento nº 1 (informe técnico de viabilidad ITV Proyecto de alumbrado Atarfe v 14-06-2024) podemos extraer las siguientes conclusiones de interés:

1ª En el contrato que nos ocupa, todas las prestaciones están definidas con exactitud y debidamente presupuestadas con arreglo al estudio de costes y al plan director en el que se basa el citado informe sin que se prevean variaciones a lo largo del contrato, por lo que la exposición a las incertidumbres del mercado es muy reducida en un nivel semejante al principio de riesgo y ventura de un contrato de servicios o de suministro.

2ª En el clausulado del pliego rector de la presente licitación, se contempla, tal y como hemos expuesto con anterioridad, una cláusula de revisión de precios para las prestaciones principales lo que actúa como amortiguador del riesgo que asume el contratista. Así, para la prestación P1 se dispone que “*Las revisiones de precios de P1 a efectuar serán las previstas en el contrato que hace referencia a los supuestos de variación del costo de la energía eléctrica*”. Por tanto, los potenciales incrementos de los precios de la energía eléctrica conllevarían una revisión anual de precios -que incrementaría los importes a percibir por el concesionario por dicha prestación asociada a la gestión energética-, reduciéndose con ello el riesgo, de donde podemos concluir que el contrato no tiene una exposición real a las incertidumbres del mercado.



En parecidos términos, y como ya recordáramos en nuestra Resolución 174/2024 tantas veces citada, se han pronunciado otros órganos administrativos de resolución de recursos contractuales. Así, la Resolución 125/2020 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, ante la impugnación de los pliegos rectores de un contrato calificado como concesión de servicios de eficiencia energética del alumbrado público de un municipio, señaló que *“si bien se considera este planteamiento muy positivo y coherente con las políticas de ahorro energético que se quieren potenciar por el consistorio dentro del paradigma de los nuevos retos de las estratégico [sic], el esquema del pago por objetivos o por rendimientos por sí solo, no conlleva la transferencia del riesgo operacional al contratista.*

En definitiva, no apreciado que en este contrato el contratista esté expuesto a las incertidumbres del mercado y que el riesgo sea ajeno a su control, no se puede confirmar la existencia de la transferencia del riesgo operacional, lo que conlleva cuestionar que este contrato sea un contrato de concesión de servicios”.

Por otro lado, la Resolución 240/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid consideró correcta la calificación jurídica realizada en los pliegos de un contrato como mixto de *“suministros energéticos y servicios de mantenimiento con garantía total con inversión de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales, alumbrado público, pasos de peatones, señales semafóricas reguladoras de la circulación”*, desestimando el motivo del recurso en que se alegaba que la correcta calificación jurídica era la de concesión de servicios. En tal sentido, señaló que *“Dado que el pago de los servicios prestados se basará en parte o totalmente en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos, ello supone que el empresario asume parte del riesgo. Ahora bien, este riesgo que es inherente a la naturaleza de este contrato no supone necesariamente transferencia de riesgo operacional al contratista, ya que no depende de factores ajenos, sino de la eficacia de su propia gestión en aras al cumplimiento de los objetivos comprometidos y de los consiguientes ahorros. Por ello no debe considerarse la existencia de transferencia de riesgo operacional. La doctrina mayoritaria sostiene que este tipo de contratos pueden ser un contrato mixto de suministro y servicios, pero en ningún caso un contrato de obra, de concesión de obra pública o de concesión de servicio público”.*

Finalmente, indicar que efectivamente el supuesto analizado por el informe de la ONE sobre el que se fundamenta la alegación del recurrente, respecto de la inexistencia de riesgo operacional, alcanza la misma conclusión sobre la base del análisis efectuado en una contratación de concesión de servicio público de gran similitud con la que nos ocupa, en cuanto a las prestaciones contractuales integrantes del objeto contractual, en concreto, la relativa a las obras de mejora y renovación de las instalaciones sin prestación económica asociada, al depender del concesionario la obtención e implementación de las medidas de eficiencia energética, y la prestación relativa a la capitalización de los ahorros futuros, o la posibilidad de obtener la Administración con antelación el importe correspondiente a los ahorros futuros en el ámbito del contrato.

Con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el motivo del recurso al considerar este Tribunal que se halla indebidamente calificado el contrato en los pliegos como concesión de servicios.

En cuanto a la calificación jurídica correcta, la alegación del recurrente no va específicamente dirigida a razonar a qué figura responde el contrato definido en los pliegos sino a sostener que el contrato no puede calificarse como concesión de servicios, por lo que deberá ser el órgano de contratación el que -en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben- califique adecuadamente el contrato bien como un servicio, bien como un contrato mixto de servicios y suministro atendiendo a las prestaciones, su grado de vinculación y las relaciones de complementariedad entre ellas (artículo 34.2 de la LCSP).



SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Sobre las irregularidades procedimentales denunciadas en el recurso.

Una vez estimado el anterior motivo, resultaría innecesario abordar las irregularidades denunciadas con relación a los documentos o trámites preceptivos que deben obrar en el expediente de contratación. En cualquier caso, a mayor abundamiento, se procede a su examen, conforme se expone a continuación.

1. Respecto de la falta de publicación de la memoria justificativa y consecuente infracción del artículo 63.3 a) de la LCSP, este Tribunal ha podido comprobar lo que el órgano de contratación aduce en el informe al recurso. De este modo, accediendo al perfil de contratante, se ha podido corroborar que la memoria justificativa de fecha 12 de junio de 2024 (obstante en las páginas 74 a 96 EA) figura publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 4 de julio de 2024 a las 09:29:30 horas sin que haya quedado acreditado el extremo denunciado por la recurrente, esto es, que dicha memoria corresponde a otra licitación que no vio viabilidad. Cierto es que en dicha memoria figura el número de expediente 638/2023 (página 74 EA) en lugar del número de expediente 638/2024 (que aparece en el anuncio de licitación) pero ello debe obedecer, a juicio de este Tribunal, tras el análisis efectuado, a un error material, habida cuenta que si acudimos a la página 96 EA el valor estimado del contrato que se indica en la memoria justificativa (13.938.460 euros) es idéntico al que figura en el anuncio de licitación de la presente licitación.

En consecuencia, respecto de la alegación concreta que se suscita en el recurso, y a falta de mayor acreditación por parte del recurrente, entendemos que no puede prosperar el motivo de impugnación al haber quedado constatado que sí está publicada la memoria justificativa en el perfil de contratante.

2. Respecto del estudio de viabilidad económica- financiera que ha de preceder a la tramitación del expediente de concesión de servicios, y con independencia de la conclusión alcanzada en el fundamento de derecho precedente respecto de la calificación jurídica de la presente contratación, el recurrente denuncia no la falta del referido estudio sino de la preceptiva publicación y sometimiento del mismo al trámite de información pública por plazo de un mes, alegando que, aunque no se mencione expresamente para el contrato de concesión de servicios, y la LCSP solamente se refiera al contrato de concesión de obras, resulta preceptiva la publicación de aquel y por el mismo plazo.

Pues bien, una vez estimado el motivo de impugnación relativo a la incorrecta calificación jurídica de la contratación como concesión de servicios, procede abordar la cuestión que se suscita en términos retrospectivos o puramente hipotéticos para el caso de que hubiéramos apreciado la concurrencia de riesgo operacional que hubiera permitido la calificación como concesión de servicios.

El artículo 7 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española, establece para los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros, que el órgano de contratación incluirá en el expediente de contratación un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. A tales efectos, se dispone que la propuesta de costes habrá de ser sometida a un trámite de información pública por plazo de 20 días (artículo 7 letra c) del referido texto legal) así como se prevé que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, el informe que sobre la estructura de costes ha de emitir el Comité Superior de Precios del Estado, podrá ser recabado del órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública, si existiera.

Pues bien, este Tribunal ha podido corroborar de la documentación remitida -relativa a la estructura de costes y al informe técnico de viabilidad en sus distintas versiones (consecuencia de las distintas modificaciones operadas)- que dichos trámites sí se han cumplimentado.



En este sentido, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando alega que el requisito cuya omisión se denuncia se ha cumplido al haberse elaborado un informe técnico de viabilidad que cubre dicha necesidad y que fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada (BOP nº 114, de 20 de junio de 2023) incluyendo el contenido que detalla comprensivo de los aspectos necesarios para asegurar la sostenibilidad durante el período de concesión. Asimismo, alude al informe 14/2024 de 27 de junio emitido por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, para defender la valoración positiva y el respaldo al estudio económico de viabilidad.

Con fundamento en lo anterior, este Tribunal no aprecia irregularidad invalidante o determinante de anulabilidad respecto de los extremos denunciados por el recurrente, por lo que no puede prosperar este motivo de impugnación, insistimos, en los términos analizados, sin que, por este, por otra parte, se haya acreditado que ello le impidiese cumplimentar algún trámite, con merma de su derecho de defensa. Motivos por los que también se debería desestimar este motivo de recurso.

3. Finalmente, el recurrente plantea la omisión en el expediente que se tramitó como concesión de servicios del informe preceptivo de la ONE o, en su caso, de la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera.

El órgano de contratación esgrime, en síntesis, que no es preceptivo el informe de la ONE por no encontrarnos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 333.3 de la LCSP.

Pues bien, el referido precepto establece, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

“3. La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como por otros entes, organismos y entidades dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales evacuará el informe preceptivo en los siguientes casos:

- a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.*
- b) Las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.*

Asimismo, informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 respecto de las concesiones de obras y concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores, o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas.”

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 168/2027 de 4 de octubre, por el que se crea la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera prevé la emisión del informe preceptivo en los mismos supuestos que el precepto antes transcrito si bien el ámbito de competencias de la citada Oficina, con arreglo a lo establecido en el apartado 1 del artículo referido, se circunscribe a los poderes adjudicadores dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía.

Aplicando lo anterior al supuesto concreto, nos encontramos que:

1º El Ayuntamiento de Atarfe, como Corporación Local, se encuentra incluido dentro del ámbito subjetivo establecido en el artículo 333.3 de la LCSP.



2º Sin perjuicio de lo analizado respecto de la inexistencia de transferencia de riesgo operacional en el presente supuesto, la contratación fue calificada por el Ayuntamiento como concesión de servicios y desde esta concepción formal y a priori, el supuesto sí estaría incardinado en el ámbito objetivo en la medida que sí existe aportación pública a la concesión puesto que el sistema de retribución del concesionario establecido en los pliegos que se impugnan, se basa exclusivamente, como hemos expuesto con anterioridad, en ingresos provenientes de la aportación municipal por las prestaciones P1,P2,P3 y P6 no estando prevista aportación por las prestaciones P4 y P5, por lo que hubiera sido de aplicación el artículo 333.3 de la LCSP, respecto del informe a emitir por la ONE.

Por tanto, procede estimar parcialmente el motivo de impugnación relativo a las irregularidades procedimentales denunciadas, solo en lo relativo a la indebida omisión, en su caso, del informe preceptivo de la ONE y todo ello sobre la base de que la calificación jurídica del contrato en los pliegos hubiese sido ajustada a derecho, lo que no acontece en el supuesto examinado.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. A.D.S.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado «Contrato de Concesión de Servicios Energéticos para la gestión integral del servicio de Alumbrado Público Exterior del Término Municipal de Atarfe» (Expediente 638/2024) convocado por el referido Ayuntamiento de Atarfe (Granada), y, en consecuencia, anular el anuncio de licitación y los pliegos conforme a lo expresado en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

