

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de octubre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don A.G.B., en nombre y representación de Valdemingómez 2000, S.A., contra el Anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado “explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de caudales, tratamiento de biogás, valorización y comercialización del mismo en el parque tecnológico de Valdemingómez”, expediente: 133/2014/00006, tramitado por el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial del Estado del 5 de septiembre y el día 8 en el perfil de contratante, se publicó la convocatoria de la licitación del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, de la explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de caudales, tratamiento de

biogás, valorización y comercialización del mismo en el parque tecnológico de Valdemingómez. El presupuesto base de licitación asciende a 13.511.488,43 euros y el plazo de duración será de once años y ocho meses desde la fecha de formalización del contrato.

Segundo.- El 23 de septiembre de 2014 tuvo entrada, en este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Valdemingómez 2000, S.A., contra el Anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT).

El recurso alega que Valdemingómez 2000, SA es adjudicataria del contrato denominado *“proyecto, construcción y explotación de una instalación de desgasificación con recuperación energética del vertedero de Valdemingómez, así como su sellado, recuperación ambiental y control y mantenimiento posterior”*, cuyas instalaciones se conocen como “La Galiana”. Los pliegos objeto de la licitación contienen referencias que:

- (i) bien afectan de manera que imponen obligaciones a Valdemingómez 2000, SA;
- (ii) bien recogen obras y suministros que afectan a sus instalaciones;
- (iii) bien obligan a la instalación bajo su responsabilidad a admitir combustible que es ajeno al origen recogido en su limitado contractualmente objeto social y que, en algunos casos, no cumplen las especificaciones técnicas mínimas para admitir su recepción y, por tanto, le obligan a realizar un estudio previo que permita, “tratarlo” y modificarlo para ser utilizado,
- (iv) por lo que obligan a aquélla a incurrir en gastos a los que no viene contractualmente obligada y,
- (v) por último, a compartir unas instalaciones por ella realizadas.

Considera que el contrato licitado deviene imposible en su cumplimiento, pues el operador que resulte finalmente adjudicatario y tenga que ejecutar el contrato

licitado, se encontrará con la actuación de un tercero que se supone debería asumir y permitir unas obligaciones a las que, en realidad, no está sujeto por no ser parte en la relación contractual que las trata de imponer, por lo que muchas de las actuaciones, incluso la inicial de acometer las obras para el by pass (sin la que el contrato licitado no puede cumplirse ni ejecutarse), no podrían ser realizadas sin el consentimiento del tercero, además de imponer recibir un gas al que tampoco viene obligado a recibir con las consecuencias prácticas y técnicas que ello conlleva. Otra cuestión fundamental que afecta al nuevo operador que resulte adjudicatario, es el grave daño que deberá soportar al no ser posible remitir a La Galiana el biogás en bruto, (por no ser técnicamente allí utilizado por las especificaciones del propio biogás), resultando imposible el cumplimiento del contrato, al disponer de un excedente de biogás al que no se podrá dar la salida estipulada en los pliegos impugnados.

Concluye que la modificación contractual que el proceso de licitación implica sobre el contrato actual supone que la misma es nula de pleno derecho. En consecuencia, solicita que los pliegos sean declarados nulos o, subsidiariamente anulables.

Tercero.- Con fecha 25 de septiembre de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación a partir del día siguiente a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Cuarto.- El 26 de septiembre se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El informe alega inadmisibilidad del recuso por no suponer el contrato gastos de primer establecimiento y en cuanto al objeto del contrato, que se está tramitando una modificación del contrato de concesión de la explotación de la planta de La Galiana, modificación que estará aprobada con carácter previo a la entrada en vigor del contrato de explotación de la Planta de Tratamiento de Biogás. En definitiva, el relato fáctico de la recurrente pone de manifiesto diversas cuestiones que pueden afectar a su concesión, sin aludir a que buena parte de ellas tienen su origen en el expediente de modificación que está en trámite, y sobre las que han prestado conformidad. Igualmente alude a imposibilidades técnicas, omitiendo que ya se han efectuado pruebas previas cuyos resultados han sido satisfactorios. Finalmente, recuerda que los contratos no se perfeccionan hasta el momento de su formalización, de acuerdo con el artículo 156.5 TRLCSP, lo que significa que hasta dicho momento, no puede iniciarse la ejecución de los mismos. Los pliegos constituyen la ley del contrato que no surtirá efectos, en lo que a ejecución de la prestación se refiere, hasta tanto no se haya formalizado el contrato. Teniendo en cuenta que no concurre ninguno de los motivos de nulidad y anulación alegados, que existe en trámite un procedimiento de modificación contractual del que la recurrente es conocedora, partícipe y sobre cuya base se ha fijado el clausulado de estos pliegos y que dicho procedimiento de modificación estará aprobado con carácter previo al inicio de la explotación de la Planta de Tratamiento de Biogás (PTB), estima que en el supuesto en que el Tribunal entrase a conocer el fondo del recurso, procedería la desestimación del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar procede determinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso ya que el contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos y por el Ayuntamiento de Madrid se alega incompetencia. La competencia es una cuestión de orden público que el Tribunal debe examinar de oficio pudiendo

incluso reconsiderar la calificación del contrato a estos solos efectos aun cuando dicho extremo no haya sido alegado por las partes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...).

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Tal como consta en los antecedentes de hecho el contrato tiene una duración superior a cinco años, pero ha de reunir acumulativamente también el requisito de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros. En el expediente consta que no se consideran gastos de primer establecimiento, por lo que de ser así el Tribunal carece de la misma para la resolución del recurso, salvo error en la calificación que aunque no ha sido alegado por las partes se puede comprobar a efectos de determinar la competencia.

No obstante, el recurrente argumenta la procedencia del recurso especial en materia de contratación y la competencia de este Tribunal, porque el importe de los gastos de primer establecimiento asciende a 1.069.038,59 euros.

Debe partirse de la consideración de que el concepto de gastos de primer establecimiento es ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la

delimitación de los contratos susceptibles de recurso especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea sino del Ordenamiento Jurídico Español.

Dado que el TRLCSP no ofrece un concepto de gastos de primer establecimiento cabe buscar su definición en otras normas, así contablemente se consideraban gastos de primer establecimiento los necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de capacidad según el ya derogado Plan General de Contabilidad (R.D. 1643/1990, de 20 de diciembre) pero que era el vigente durante el proceso de redacción de la Ley de Contratos del Sector Público. De manera que *mutatis mutandi* serían gastos de primer establecimiento en un contrato de gestión de servicios públicos los precisos para el establecimiento ex novo del servicio o para que este inicie su actividad, tal y como señala el Informe 7/2008, de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

Por su parte el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en su artículo 129 señalaba: *“En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”*. Y en su artículo 126.2.b) *“la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.”*

Ambos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la

inclusión entre ellos de las inversiones.

Así, aunque el concepto no es idéntico al utilizado en la LCSP cabe plantearse si el legislador utiliza la expresión “gastos de primer establecimiento” desde el punto de vista técnico-contable o si debe entenderse que pretendía referirse a “coste de establecimiento del servicio”. Esta última es la conclusión a que llega el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012.

Este Tribunal considera que cuando la LCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos *ex novo*, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Así lo ha entendido este Tribunal en la Nota sobre interpretación del concepto de gastos de primer establecimiento, de 6 de junio de 2013, publicada en su página web y que fue remitida a los órganos de contratación.

Sentado lo anterior procede examinar el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales inversiones, el artículo 132 del TRLCSP para los

contratos de gestión de servicio público, *“Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”*, de manera que es preciso regular los aspectos de carácter económico del mismo, lo que exige un estudio económico que debe preceder necesariamente a su licitación y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión *“presupuesto de gastos de primer establecimiento”* se refiere al importe previsto en dicho documento.

El Ayuntamiento de Madrid afirma que en el presente contrato no se han previsto gastos de primer establecimiento. Añade que efectivamente, el concesionario deberá acometer una serie de inversiones en suministros y equipamientos, perfectamente detalladas en el apartado 15 PPT. Ahora bien, las inversiones recogidas en los pliegos no son gastos precisos para que se inicie o continúe la actividad como consecuencia de la presente licitación, ni se consideran costes inmediatos para la puesta en funcionamiento de la planta, por cuanto que el adjudicatario estaría en disposición de continuar con el régimen actual.

Este Tribunal comprueba que en el Proyecto de explotación de la PTB se prevé la necesidad de realizar nuevas inversiones en suministros y equipamientos que se enumeran en el Anexo 11 por valor de 1.069.038,59 euros. Igualmente en el Anexo I del PCAP, apartado 4º, referido al Régimen Económico de la Concesión, se comprende entre otros los *“Precios y cánones Base de la Licitación del Contrato”*, encontrando que el *“Coste de las nuevas inversiones a realizar en suministros y equipamientos, conforme a lo prescrito en el punto 18 del Pliego Técnico”* supone un importe de un millón sesenta y nueve mil treinta y ocho euros con cincuenta y nueve

céntimos, (1.069.038,59). Asimismo en el punto 15 el PPTP, referido a los *“suministros y equipamientos para la planta de tratamiento de biogás”*, se recoge expresamente que: *“es necesario realizar determinadas inversiones en suministros y equipamientos”* y que *“la empresa adjudicataria dispondrá de un mes, desde la formalización del contrato, para presentar la propuesta técnica de instalaciones, suministros y equipamientos recogidos en el presente Pliego”*. Dicha propuesta deberá ser aprobada por los servicios técnicos municipales. La empresa adjudicataria dispondrá de un máximo de 4 meses desde la formalización del contrato, para realizar las compras y acopios de materiales. Asimismo, la empresa adjudicataria dispondrá de un máximo de 5 meses desde la formalización del contrato, para instalar y ejecutar los suministros y equipamientos definidos.

Consta en la memoria económica justificativa del contrato que se ha determinado que técnicamente y medioambientalmente es necesario acometer determinadas inversiones en suministro e instalación de equipos que permitan derivar desde la planta de tratamiento parte del biogás sin lavar a la planta de La Galiana y parte del biogás al lavado fuerte en la planta. Fundamentalmente eso supone la instalación de un by pass para el suministro de gas bruto a las instalaciones de La Galiana, cuyo valor es de 756.619,11 euros y otros suministros e instalaciones. Asimismo consta la necesidad de inversión en un plazo de cinco meses para instalar y ejecutar los suministros y equipamientos reseñados, para la ejecución del contrato, por lo que deben ser considerados como *“gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación”*, en consecuencia, debe determinarse que los referidos gastos de primer establecimiento, valorados en el proyecto de explotación y en el PPT en 1.069.038,59 euros, superan el mínimo de 500.000 euros requerido en el TRLCSP para que el contrato de gestión de servicios públicos sea susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido*

patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”

Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza el artículo 42 TRLCSP confiere la facultad de interponer recurso no solo a los licitadores reales o potenciales sino que incluye también a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Está legitimado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

La sociedad mercantil, Valdemingómez 2000, S.A., fue constituida por las empresas licitadoras en compromiso de UTE adjudicatarias del contrato denominado *“proyecto, construcción y explotación de una instalación de desgasificación con recuperación energética del vertedero de Valdemingómez, así como su sellado, recuperación ambiental y control y mantenimiento posterior”*, formalizado con el Ayuntamiento de Madrid el 25 de junio de 2001. Valdemingómez 2000, S.A., tiene por objeto social la *“Redacción, ejecución y explotación del Proyecto de las instalaciones necesarias para la desgasificación, con recuperación energética y sellado del Vertedero y posterior control y mantenimiento”*. Por otro lado, en el citado contrato, en su expositivo VI, consta que esta sociedad en el momento de la formalización presenta compromiso de sus accionistas otorgado en escritura pública para garantizar ante el Ayuntamiento la permanencia en las mismas condiciones que se adjudica la oferta de la sociedad que es titular de la concesión y entre otros figura que *“Las empresas firmantes se comprometen, como únicos accionistas de la*

mercantil Valdemingómez 2000, S.A., a no modificar el objeto social de ésta y, por lo tanto, a que la referida sociedad no realice actividad alguna distinta que la ejecución del contrato descrito en el expositivo primero de dichos estatutos”.

Es decir, la recurrente ni ostenta la condición de licitador ni puede serlo, tratándose de un tercero ajeno a la licitación.

En principio ostentan legitimación los licitadores o aquellos que están en posición de serlo y las condiciones de la licitación les impiden hacerlo evitando así una suerte de acción pública en los recursos contractuales. La empresa recurrente no es licitadora ni, como hemos visto, por su objeto social puede participar en la licitación. La interpretación del concepto de legitimación activa recogido en el TRLCSP sin embargo es más amplio y se extiende también a las personas que aún no reuniendo dicha condición puedan verse afectados positiva o negativamente por la decisión respecto de su pretensión y motivos que hace valer en el recuso. Sobre la legitimación activa de un tercero no licitador para impugnar los actos de un procedimiento de adjudicación conviene traer también a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, favorable al principio *pro actione*.

La relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión con la que se define el interés legítimo, comporta que la anulación del acto o disposición general que se impugna, produzca un efecto positivo, (beneficio), o su confirmación un efecto negativo, (perjuicio), actual o futuro, (pero cierto y no hipotético), para el legitimado.

No se debe entender el derecho que se defiende, como un beneficio económico o de gestión, (resultar directamente adjudicatario del proceso de licitación), sino que el propio beneficio defendido se puede concentrar en no resultar perjudicado por la ejecución del contrato que se licita.

En cuanto a la legitimación activa argumenta la recurrente que el proceso de licitación cuyo anuncio y pliegos se recurren, afectan directamente a sus intereses legítimos, vulnerando algunas de las limitaciones contractuales de éste y, por otro lado, imponiendo obligaciones a la misma, no contempladas ni en su contrato ni en los pliegos que regulan el contrato en ejecución.

La nueva contratación establecerá un régimen obligacional entre el Ayuntamiento de Madrid y el adjudicatario sin que se puedan derivar obligaciones para terceros que no son partes de la relación contractual, por lo que en principio no pueden afectar a la sociedad Valdemingómez 2000. Pero la correcta ejecución del contrato cuyos pliegos se recurren requiere el uso de instalaciones de la concesionaria de La Galiana y su consentimiento para la derivación de biogás, por lo que la ejecución del contrato licitado está condicionado por la previa modificación de aquél lo que afecta a sus intereses.

En consecuencia, en aplicación de la interpretación amplia del concepto legitimación que incluye a los terceros no licitadores y de la interpretación del precepto a través del principio *pro actione*, se aprecia legitimación activa a la recurrente por cuanto de la resolución del recurso se le pueden derivar beneficios o evitar perjuicios que le afectan de manera particular.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Formalmente el recurso se ha interpuesto contra el anuncio, el PCAP y el PPT correspondientes a un contrato calificado como gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, sin que se cuestione su calificación ni sea necesario para determinar la competencia del Tribunal, de duración superior a cinco años y con gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, por lo que el acto y el contrato son susceptibles del recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la publicación de los pliegos tuvo lugar el día 5 de septiembre y la puesta a disposición el día 8, habiendo sido interpuesto el recurso el 23 del mismo mes, dentro del plazo de 15 días que establece el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- En primer lugar se alega por la recurrente que los pliegos que se recurren establecen determinadas obligaciones, por lo que se le impone una ampliación del alcance del contrato formalizado el 25 de junio de 2001 y que asuma los costes de su conservación y mantenimiento lo que supone, además de una modificación contractual operada mediante otro proceso de licitación ajeno, la asunción de unos costes no previstos, sobrevenidos y sobre los que no ha tenido participación alguna.

En concreto los apartados del PPT afectados son:

A.-Definición del objeto del contrato: “...*explotación y mantenimiento de una planta de tratamiento de biogás de biometanización... ya sea tratando el biogás procedente de plantas de biometanización, obtenido a partir de la fracción orgánica de los residuos; para valorizarlo y comercializarlo mediante inyección en la red gasista y/o permitir su valorización energética en los motores de la planta de La Galiana, (Anexo I del PCAP recurrido)*”.

Según la recurrente resulta evidente que el gas inyectado a su instalación de La Galiana no procede del vertedero, (del que solo puede extraer gas ella), quedando fuera del objeto social de Valdemingómez 2000, S.A., por lo que en sí, implica una modificación del contrato de ésta con el Ayuntamiento, modificación operada por los nuevos pliegos objeto de la licitación que se recurre.

Según PCAP: “*El biogás que no sea tratado para su introducción en la red gasista se derivará directamente a la planta de La Galiana para producción de energía eléctrica o, en su caso, será tratado para conseguir ese mismo objetivo*”.

Según la recurrente resulta evidente que se le “derivará” dicho gas que resulta ajeno a su objeto social.

B.- En el PPTP, en su apartado 7.3, se recoge, *“El operador de la PTB deberá coordinarse con la planta de La Galiana para no coincidir en las paradas de mantenimiento preventivo de forma que se maximice la valorización del gas”*.

Considera la recurrente que el resultado de ello es que no pueda realizar las paradas ya programadas de mantenimiento, por imponerle la necesidad de coordinarse con otro operador cuya relación contractual le es ajena.

C.- En el PPTP, en su apartado 7.4, se recoge, *“...La salida a la planta de La Galiana va equipada con un sistema de regulación de presión y corte de flujo antes de la entrada del biogás al circuito de los gasómetros a fin de evitar sobrepresiones. El armario de medida y la válvula de corte son responsabilidad de la empresa concesionaria de La Galiana. Los costes de conservación y mantenimiento de esta conexión quedarán incluidos en el ámbito del contrato de la planta de La Galiana”*.

Respecto de estas obligaciones el informe al recurso emitido por la Secretaria General Técnica del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid alega que *“la modificación del contrato de la Galiana, que incluye la valorización del biogás de biometanización, está en tramitación desde el 30/01/2012, con sucesivas versiones enviadas con fechas 18/07/2013, 16/01/2014, 02/04/2014, 08/05/2014 y la última, con fecha 17/07/2014 por recalcu a 01 de noviembre, fecha prevista de aprobación de la modificación.”*

Sexto.- En segundo lugar, el recurso hace mención a las obras y suministros que afectan a sus instalaciones, contenidas en los pliegos que se recurren.

A.- En el PCAP se incluye que *“esta regularización será de aplicación desde la finalización del plazo previsto en el pliego para la puesta en funcionamiento de la conexión por by pass a la planta de La Galiana”*.

Argumenta la recurrente que el adjudicatario del proceso de licitación que se impugna, debe realizar y acometer unas instalaciones y obras que afectan directamente a su instalación de La Galiana, (no contempladas, por el contrario, en los pliegos que regulan la relación contractual existente con el Ayuntamiento de Madrid).

B.- En el PPTP, en su apartado 7.3, se recoge, *“No obstante, el adjudicatario elaborará un estudio previo que defina al detalle el bypass”*.

Alega la recurrente que además de imponerle la obra e instalación, tiene que asumir el proyecto elaborado por otro operador y sobre el cual, no puede opinar ni valorar.

Según informa el órgano de contratación la ejecución de las instalaciones y suministros necesarios para la ejecución de un bypass que permita el envío de biogás bruto, sin lavar, de la planta de tratamiento de biogás a la planta de La Galiana, recogidos en el epígrafe “suministros y equipamientos” del Pliego de Prescripciones Técnicas de la planta de tratamiento de biogás serán ejecutadas por el contratista que resulte adjudicatario de la explotación de la planta. Así mismo el mantenimiento de estas instalaciones y suministros será por cuenta del contratista según lo recogido en el epígrafe 3 del apartado 9 trabajos a realizar del citado PPT. Al igual que en la conexión existente, para envío de biogás lavado, la incorporación de los datos de control de operación a los SCADAS de la planta de La Galiana y el mantenimiento de la válvula de acceso del biogás a los equipos de la planta de La Galiana será realizado por Valdemingómez 2000 y así consta en el expediente de modificación del contrato. Por esta razón la empresa Valdemingómez 2000, si así lo

desea, participará junto con el contratista de la planta de tratamiento en la elaboración del estudio previo y solución técnica más adecuada del by-pass.

Séptimo.- En tercer lugar se alega en el recurso la imposición de admisión de combustible (gas), que ajeno al origen recogido en su limitado contractualmente objeto social y que, en algunos casos, no cumplen las especificaciones técnicas mínimas para admitir su recepción y le obligan previamente a realizar un estudio para, en su caso, “tratarlo”:

A.- En el apartado 4 del Anexo I del PCAP, referido al “*régimen económico de la concesión*”, se considera un caudal anual derivado en bruto a la planta de La Galiana de 14.063,304 Nm³; así como que “*La energía exportada a La Galiana será (a efectos de cálculo del coste de gestión de envío e impuesto de hidrocarburos de la oferta), de 84.380 MWh térmicos anuales. En el cálculo de la anualidad no se incluyen gastos por lavado suave, pero se incluyen como referencia para la oferta un canon variable por este concepto*”. Debemos diferenciar entre los dos tipos de biogás que se pretenden inyectar en La Galiana:

(i) el biogás obtenido mediante un lavado suave en la PTB, que puede ser admitido siempre que cumpla las especificaciones señaladas en los pliegos y

(ii) el denominada biogás “en bruto”, que pretende ser igualmente inyectado en La Galiana pero que ésta, no se encuentra en condiciones de usarlo, (los motores de la planta no admiten dicho biogás), por lo que se haría necesario, (tras el pertinente estudio, realización de proyecto y pruebas pertinentes), adecuarlo a las especificaciones técnicas requeridas por los motores. Este proyecto, no contemplado en los pliegos que se recurren, incluirían una nueva planta de tratamiento del biogás “en bruto” para realizar dicha adecuación.

Al efecto el informe del órgano de contratación señala que “*en la memoria económica del pliego de la PTB, se explica que del caudal garantizado de entrada a la PTS de 25.619.437 Nm³/año, un mínimo de 14.063.604 Nm³/año de biogás de*

biometanización se deberá enviar sin lavar desde la PTB hasta la planta de la Galiana, por ser esta cantidad un compromiso del Ayuntamiento de Madrid con la planta de la Galiana por lo que se establece como una obligación al contratista de la PTS. Este compromiso ya se recoge en el primer texto de modificado de la Planta de la Galiana que inició el 30/01/2012, el trámite de modificación del contrato de la Galiana, con la conformidad del Contratista...". Esta cuestión está respondida en el informe de 1 de septiembre de contestación a las observaciones formuladas por la Intervención de Junta de Gobierno. No obstante, se reitera que el expediente de modificación del contrato de la Galiana se inició el 30/01/2012, con la aceptación del contratista, estando aun en tramitación por razones ajenas a este órgano gestor. Este compromiso recogido en el modificado de la planta de La Galiana se ha trasladado a los Pliegos del contrato de explotación de la Planta de Tratamiento de Biogás, apartado 11 "resultados garantizados por el licitador" del Pliego de Prescripciones Técnicas y apartados 4 "régimen económico de la concesión" y 13 "Régimen de pagos" del Anexo I del PCAP.

B.- El régimen de pagos contenido en el apartado 13 del Anexo I del PCAP establece una "*Regularización anual por menor energía exportada en modo de biogás bruto a La Galiana, (en función de la cantidad de energía térmica suministrada a esta planta)*".

Argumenta la recurrente que resulta evidente que el aporte de gas a la planta de La Galiana, deberá ser "relativamente" constante a lo largo del año, por lo que no puede ser considerado como un aporte puntual, aunque esta referencia, tampoco es concluyente para conculcar, (por la cantidad de gas inyectado) nuestro objeto social y el alcance del contrato de Valdemingómez 2000, S.A., por último, "*Esta regularización será de aplicación desde la finalización del plazo previsto en el pliego para la puesta en funcionamiento de la conexión por by pass a la planta de La Galiana*".

C.- En el PPT, en su apartado 6.2, se recoge: *“El biogás que no se destine a su depuración hasta obtener biometano en el régimen de funcionamiento de lavado fuerte, podrá ser tratado por el procedimiento suave o derivado en bruto a la planta de La Galiana”, “se entregará a través de un by pass a suministrar e instalar con sus correspondientes sistemas de control y medición, de acuerdo con el punto 17 del presente pliego, La explotación, mantenimiento, conservación y vigilancia de la instalación será responsabilidad de la planta de tratamiento de biogás hasta el punto de entrada a la planta de La Galiana”.* Asimismo se recoge, *“La planta de Tratamiento y Depuración del Biogás gestionará “Lavar en modelo suave la totalidad o parte del biogás para su envío a la planta de La Galiana y enviar a la planta de la Galiana sin lavar la totalidad o parte del biogás”.*

También se recoge, con respecto a la instalación contenida en la planta de La Galiana para las aguas residuales que: *“El manteniendo de estas instalaciones es responsabilidad del contrato de La Galiana”.* Se alega por la recurrente que la responsabilidad, contractual y medioambiental de la planta de La Galiana corresponde a ella, pero únicamente en lo que se corresponde a las aguas residuales que ella misma produce, pero no puede alcanzar a las provenientes de otras instalaciones que le son ajenas, por lo que se impone una responsabilidad y unos costes a la sociedad Valdemingómez 2000, S.A., por medio del proceso de licitación que se recurre.

En el informe del órgano de contratación se manifiesta que dado que la planta de tratamiento de biogás por su diseño de lavado básicamente reduce la cantidad de sulfuro de hidrógeno y de dióxido de carbono del biogás, el resto de los parámetros de calidad también se cumplen en el biogás bruto, por lo que no hay que ejecutar ningún sistema de lavado adicional a los que ya dispone la planta de La Galiana. El modificación de la planta de La Galiana contempla, dentro de los costes variables de explotación, la depuración del biogás de biometanización que se envíe sin lavar a la planta de La Galiana. El precio de la depuración en las torres de lavado de la planta

de La Galiana ha sido comunicado por la empresa Valdemingómez 2000. El coste es de 4 cts/Nm³, compuesto por 3,78 cts/Nm³ como coste de los reactivos necesarios para reducir la concentración de sulfuro de hidrógeno de 2.500 ppm hasta 300 ppm y 0,22 cts/Nm³ como coste de mantenimiento, limpieza, etc.

En cuanto a que el aporte de gas a la planta de La Galiana debe ser “relativamente” constante a lo largo del año, por lo que no puede ser considerado como un aporte puntual, el informe del órgano de contratación señala que en el PPT se indica que se procurará que el envío de esta energía térmica a la planta de La Galiana sea lo más estable en cuanto a caudal y disponibilidad del envío a lo largo del año, esta afirmación recogida siempre queda modulada por las necesidades del proceso de lavado de la Planta de Tratamiento de Biogás y de las curvas de producción de biogás diaria y semanal de las plantas de biometanización recogidas en el artículo 11 PPT. En ningún caso, se tratará de un aporte puntual.

Octavo.- Se impugna asimismo la obligación de compartir unas instalaciones realizadas por la recurrente:

En el PPT, en su apartado 6.2, se recoge: “*También existe una conexión con el depósito que recoge las aguas de proceso de la planta de la Galiana y las envía a la EDAR Sur*”; por lo que se obliga e impone a la recurrente a compartir las referidas instalaciones, (asumiendo sus costes, como hemos señalado en el punto anterior de este hecho). Tras este análisis, considera que los pliegos del proceso de licitación provocan una ilegal modificación del alcance del contrato existente, (con carácter previo), entre la mercantil Valdemingómez 2000, S.A. y el Ayuntamiento de Madrid.

Respecto a la obligación de compartir instalaciones ejecutadas por la recurrente, el informe del órgano de contratación señala que tal y como se indica en los pliegos, existe un colector que desemboca en la depuradora de aguas “EDARSUR”. Actualmente se evacuan efluentes, tanto de la planta de La Galiana

como de la propia Planta de Tratamiento de Biogás, a través de dicho colector hacia la EDARSUR. La autorización de la Confederación Hidrográfica del Tajo para enviar efluentes del Parque Tecnológico de Valdemingómez a la EDARSUR esta a nombre del Ayuntamiento de Madrid. En el propio recinto de la planta de La Galiana existen determinadas instalaciones de la Planta de Tratamiento de Biogás que posibilitan este flujo y que muy sintéticamente se corresponden con depósito de almacenamiento de permeados y bomba de impulsión de este líquido hacia el colector. Estos elementos están instalados desde el año 2011 y han estado funcionando y evacuando efluentes de la planta de tratamiento de biogás sin que se haya producido ninguna incidencia, en lo que al cumplimiento de las condiciones de calidad establecidas en la Ley 10/1993, de 26 de octubre, de Vertidos Industriales al Sistema Integral de Saneamiento.

Noveno.- Una vez expuestas las alegaciones de las partes conviene recordar que en el Parque Tecnológico de Valdemingómez existen una planta de tratamiento de biogás actualmente en experimentación y dos plantas de biometanización de materia orgánica conocidas como Las Dehesas y La Galiana. El objeto de la presente contratación tiene por objeto la concesión del servicio de explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización. Dentro del ámbito de esta explotación están incluidas instalaciones comunes con los dos centros de biometanización de materia orgánica existentes en Valdemingómez. La planta de tratamiento del biogás obtenido, objeto de la concesión recurrida lo valorizará inyectándolo en la red gasista o produciendo energía eléctrica mediante su valorización energética en los motores de la planta denominada La Galiana. Es decir, la explotación de la planta de tratamiento de biogás supone la utilización conjunta de instalaciones y como aduce la recurrente precisa la asunción de obligaciones por parte de la concesionaria de la planta de biometanización de materia orgánica existente. Por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid ya se hizo constar en el informe de fiscalización del expediente de contratación esta circunstancia, y la contestación del Subdirector General del Parque Tecnológico de Valdemingómez fue que se está tramitando la

modificación del contrato de La Galiana, que incluye la valorización del biogás de biometanización, para adecuarlo a las prestaciones objeto de este contrato y señala que la citada modificación deberá ser aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de este contrato.

La acreditación de la disponibilidad de los elementos necesarios para la ejecución del contrato reviste especial importancia para no vulnerar el principio de eficacia, evitando la tramitación de un expediente que no puede ejecutarse y salvar así los perjuicios que una contratación inviable puede ocasionar a la Administración. Ahora bien, desde el punto de vista de la legalidad la constatación de la existencia de circunstancias que por el momento hacen imposible el cumplimiento del contrato no impiden su tramitación si la adjudicación se somete a la condición de haber eliminado previamente los obstáculos que la impiden. El mismo TRLCSP permite, por ejemplo, con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas, la tramitación anticipada de expedientes en una anualidad previa a la de imputación del gasto que aún no ha sido aprobado por la Ley de Presupuestos, admitiendo la tramitación del expediente y agilizando los trámites previos aun careciendo de crédito adecuado y suficiente, hasta la fase previa al compromiso con terceros. Todos los actos de trámite dictados en estos expedientes de gasto se entenderán condicionados a que, al dictarse el acuerdo de autorización del compromiso de gasto, subsistan las mismas circunstancias de hecho y de derecho existentes en el momento en que fueron producidos dichos actos.

Considera el Tribunal que la disponibilidad de los elementos necesarios para la ejecución de las obligaciones del contrato es una condición que debe cumplirse en el momento de la adjudicación. Así, es normal que los contratos de tracto sucesivo como los de servicios de limpieza o vigilancia se tramiten con anterioridad a la finalización del contrato vigente previendo el inicio de su cumplimiento una vez extinguido este, es decir previendo una fecha de ejecución en función de la duración

del contrato vigente. En el contrato de obras también es necesario, como actuación preparatoria, proceder al replanteo del proyecto, el cual consiste en la comprobación de la realidad geométrica y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la adjudicación en todos los procedimientos (artículo 126.1 del TRLCSP). Si comparamos la actual redacción del artículo 126.1 con su antecedente legislativo (artículo 129 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas) en que se decía “..y la *disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la convocatoria de licitación en los procedimientos abiertos y para la adjudicación en procedimientos negociados*”, parece desprenderse que el legislador ha querido dar agilidad y rapidez a los trámites necesarios para poder contratar, sin perjuicio del aseguramiento de la disponibilidad de los terrenos en una fase posterior. De la propia redacción del artículo se desprende que su finalidad es “*comprobar... la disponibilidad de los terrenos*”, lo que no quiere decir que estén necesariamente disponibles en ese momento.

En principio basta con que los terrenos están disponibles en el momento que se proceda a la adjudicación del contrato, sin que eso signifique que tengan que estarlo en el momento en que se apruebe el expediente de contratación ni impida que el mismo sea licitado y tramitado hasta ese momento. La razón que lo justifica es la necesidad de agilizar el procedimiento de contratación y que no siempre resulta fácil sincronizar el procedimiento de contratación con los procedimientos de puesta a disposición de los elementos necesarios bien a través de un procedimiento expropiatorio, o a través de un procedimiento patrimonial, o como es el caso, compaginarlo con una modificación contractual, por lo cual se justifica que esa disponibilidad tenga lugar, al menos, en un momento anterior a la adjudicación.

En este caso, a la vista de las observaciones del informe de la Intervención municipal hubiera sido aconsejable la introducción en el pliego, para conocimiento de todos los interesados, de una condición suspensiva respecto de la adjudicación

hasta la plena disponibilidad de las condiciones de ejecución del contrato mediante la modificación de la concesión de la planta La Galiana. No obstante, tal como se ha argumentado más arriba, nada impide la tramitación del expediente en las condiciones en que se encuentra, ni por el recurrente se alega ningún concreto defecto de tramitación del procedimiento más allá de la imposibilidad de cumplimiento sin la previa modificación del contrato por ella suscrito. Por ello el Tribunal no aprecia motivo de ilegalidad que suponga la anulación de los pliegos, sin perjuicio de que la adjudicación no pueda realizarse sin que previamente se acredite la viabilidad de la ejecución del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto don A.G.B., en nombre y representación de Valdemingómez 2000, S.A., contra el Anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado “explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de caudales, tratamiento de biogás, valorización y comercialización del mismo en el parque tecnológico de Valdemingómez”, expediente: 133/2014/00006, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista

en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente acordada por este Tribunal el 25 de septiembre de 2014.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.