

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

En Madrid, a 10 de diciembre de 2014.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por don F.V.L., en nombre y representación de Dalkia Energía y Servicios, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares (Madrid), por el que se rechaza la propuesta de adjudicación del contrato mixto (suministro, servicios, gestión de servicios públicos y obras) “Servicios energéticos y el mantenimiento total con garantía total de las instalaciones térmicas y de iluminación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares”, nº de expediente: 3/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares del día de 27 de marzo de 2014, se aprobó el expediente de contratación y el gasto correspondiente al contrato “Servicios energéticos y el mantenimiento total con garantía total de las instalaciones térmicas y de iluminación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares”. Con fechas 8 y 11 de abril de 2014, se publicó respectivamente en el BOCM y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al

contrato de referencia, con un presupuesto tipo de licitación de 4.728.379,05 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución del contrato de quince años. Dicha convocatoria fue anulada, con el objeto de modificar los pliegos ante una reclamación presentada ante el Ayuntamiento por AMI (Asociación de empresas de Mantenimiento Integral y Energéticas), ampliándose el plazo de presentación de ofertas, que se publicó respectivamente en el BOCM, el 8 de julio de 2014.

Consta en la cláusula 11 del PCAP que *“la Mesa de contratación podrá pedir asesoramiento técnico a la persona responsable de la realización de la auditoría energética del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, en referencia a las cuestiones técnicas relacionadas tanto con la auditoría como con el objeto del presente contrato.”*

A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas entre ellas, la recurrente.

**Segundo.-** Una vez admitidas las empresas a la licitación, con fecha 11 de septiembre de 2014, se reúne la Mesa de contratación al objeto de proceder a la calificación del sobre 2, correspondiente a los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor y a la apertura del sobre 3 “Criterios evaluables mediante fórmula”. Tal y como consta en el Acta correspondiente a dicho acto *“En primer lugar la Mesa de Contratación acuerda asumir como válido el informe remitido por la auditora energética del Ayuntamiento, presentado en el día de hoy con el número de registro de Entrada 5357”*.

En la clasificación propuesta, la oferta de la recurrente, Dalkia Energía y Servicios S.A.U., obtiene 38,50 puntos frente a los 22,75 de la siguiente clasificada, haciéndose constar en dicho Acta que la Mesa comunica a los representantes de las empresas licitadoras que una vez emitidos los informes pertinente por los técnicos municipales junto con el Acta, se someterá al Pleno la propuesta clasificando las ofertas por orden decreciente e indicando la oferta económicamente mas ventajosa y

se les comunicará el resultado de la licitación.

Consta en el expediente una Propuesta de Dictamen a la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales, sin fechar y firmada por el Concejal de Organización y Servicios Municipales, que a su vez es uno de los vocales de la Mesa de contratación, (cuya identidad se conoce al coincidir con la firma de un acto previo de la misma), pero sin indicar si se trata de un Acuerdo de la Mesa y sin identificar al firmante, en la que se propone aprobar la clasificación por orden decreciente de las ofertas, y requerir al primer clasificado para que aporte la documentación que debe aportar el propuesto como adjudicatario.

El día 18 de septiembre de 2014, la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales, dictaminó favorablemente la propuesta de acuerdo de clasificación de las ofertas de las empresas licitadoras y de comunicación al licitador que presentó la oferta de mayor puntuación, para que aporte la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato.

Elevada la anterior propuesta al Pleno, en sesión de 7 de octubre de 2014, se acuerda rechazarla con 6 votos a favor y 6 en contra. En el Acta correspondiente a la sesión se refleja el debate sobre la propuesta efectuada, constando la oposición a su aprobación por el Grupo municipal socialista con el argumento de que se está procediendo a privatizar un servicio público al final de la legislatura. Consta también la oposición del Grupo de Izquierda Unida y Foro Popular de Hoyo (FPH) sobre la adecuación de la realización del informe técnico de valoración por un censor jurado de cuentas, auditor, al carecer de los conocimientos técnicos precisos para ello. A lo que se añade que el informe en realidad fue encargado por la auditora energética a una empresa llamada Mecano Consulting entre cuyos clientes figura la adjudicataria.

Una vez rechazada la propuesta de la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales, el Acuerdo del Pleno se notifica a los licitadores el 10 de octubre de 2014.

**Tercero.-** Con fecha 24 de octubre, la recurrente presenta mediante fax, tanto el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), como el recurso especial en materia de contratación, recibándose el mismo en la sede del órgano de contratación enviado por correo el 27 de octubre, constando como fecha de imposición en correos la del día 24 de octubre. El expediente junto con el informe preceptivo tuvo entrada en este Tribunal el 4 de noviembre de 2014.

En el recurso, se solicita que se declare nulo el Acuerdo de 7 de octubre de 2014, de rechazo de la propuesta del Concejal de Organización y Servicios Municipales, por falta de causa amparada en derecho y que se declare la procedencia de un Acuerdo del Pleno aprobando la propuesta inicial de Acuerdo del Concejal de Organización y Servicios Municipales.

En concreto se aduce para sustentar dicha pretensión que las causas de no proceder el Pleno del Ayuntamiento, Órgano de Contratación, a la aprobación de los acuerdos dictaminados favorablemente por la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales, son totalmente ajenas al procedimiento regulado que rige la licitación contractual de referencia y considerando que en ningún momento se alega o acredita que el informe técnico de valoración elaborado en el marco del procedimiento de valoración de las ofertas haya incurrido en arbitrariedad o discriminación.

Por su parte el Órgano de contratación en su informe preceptivo, cuya emisión solicita el Alcalde, firmado por el Secretario del Ayuntamiento, afirma que *“Sin perjuicio de lo expuesto, a la aprobación del expediente del presente contrato no consta en el expediente que el Autor de la auditoría energética (empresa de auditoría de servicios energéticos) tenga capacidad suficiente para realizar en objetividad e imparcialidad el servicio de asistencia con la Administración Pública, demás requisitos del TRLCSP sobre prohibición de contratar, solvencia técnica y el*

*régimen previsto para la subcontratación o la confidencialidad”*, para concluir que procede desistir del procedimiento sin perjuicio de su inmediato reinicio conforme a lo previsto en el artículo 155 del TRLCSP.

**Cuarto.-** Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Procede en primer lugar determinar la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso. El contrato cuya adjudicación es objeto del mismo ha sido calificado por el Órgano de contratación como contrato mixto con preponderancia económica de la gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, no habiéndose previsto expresamente en la convocatoria la existencia de gastos de primer establecimiento, y con una duración de quince años. Tratándose la duración del contrato y el importe de los gastos de primer establecimiento de elementos que deben concurrir de forma conjunta, para apreciar si se supera el umbral que delimita que dichos contratos sean susceptibles de recurso especial, cabe examinar en primer lugar si en este contrato están previstos, aunque no se recojan expresamente, gastos de primer establecimiento. Todo ello sin perjuicio de la corrección de la calificación jurídica del contrato.

Tal y como ha recordado este Tribunal en numerosas resoluciones, como la 121/2013, de 31 de julio, y en la nota informativa publicada en junio de 2013 en la página web del Tribunal, el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento

el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

Esta conclusión responde a la idea de que 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”, recogiendo este concepto ya en el artículo 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, como apuntaba el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012.

Respecto del alcance de la expresión inversiones precisas para la puesta en funcionamiento del servicio este Tribunal ha señalado los costes para la puesta en marcha del servicio que se adjudica, reflejados en los estudios económicos preparatorios del contrato, singularmente en el estudio económico financiero previsto en el artículo 132 del LTRLCSP, deben ser los determinantes de que se alcance o no el umbral para la procedencia del recurso especial en materia de contratación, respecto de los actos que se dicten en relación con los contratos de gestión de servicios públicos.

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 pueden 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. Pueden asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato,

dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

No se han agotado sin embargo en este examen todos los elementos que podrían conformar el concepto gastos de primer establecimiento, puesto que resta una franja donde el carácter de las inversiones habrá de ser examinado al caso concreto, que es aquella que comprende las inversiones que deben realizarse durante el primer año de la explotación, aunque no se especifique que se trata de inversiones necesarias para la puesta en marcha del servicio. La falta de especificación no es obstáculo para que a la vista de los conceptos que integra y el carácter del servicio, el órgano competente para resolver el recurso especial, aprecie si se encuentra o no ante una inversión de primer establecimiento, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

En todo caso se trata de un concepto que debe ser examinado al caso concreto, desde la óptica de que se trate de inversiones necesarias para el establecimiento del servicio, debiendo entenderse como tal no solo la prestación del servicio ex novo por la Administración de que se trate, sino que debe considerarse establecimiento del servicio el que resulte de cada nueva licitación realizada para la prestación de servicios preexistentes.

En el expediente del contrato que nos ocupa, si bien no existe un estudio económico financiero como tal, consta una auditoría energética elaborada con la finalidad de verificar la viabilidad del contrato con la realización de inversiones de mejora en los servicios energéticos, parte de cuyo contenido se refleja en el PPT.

Así, en el informe de auditoría se explica que en el contrato existirán una serie de inversiones de obligado cumplimiento que conforman la prestación P4, para dar solución a los importantes problemas de seguridad que presentan las instalaciones y los equipos. Dichas inversiones se cuantifican en 210.245,63 euros. A ellas se añade por parte del recurrente como gastos de primer establecimiento, mejoras de eficiencia energética que se incluyen en la prestación P5, por importe de 660.000

euros. Respecto de esta última cantidad se trata de una propuesta de inversión efectuada en el informe de auditoría energética, pero que no se contempla como obligatoria en los pliegos, sino que debe ser objeto de oferta por parte de los licitadores, vinculada al ahorro energético propuesto.

No concurren pues los requisitos para considerar tal cantidad de 660.000 como gastos de primer establecimiento, por lo que no se alcanza el umbral de procedencia del recurso especial en cuanto a este último concepto que en el mejor de los casos ascendería a 210.245,63 euros.

No obstante lo anterior este Tribunal también ha señalado en numerosas ocasiones que la determinación de su propia competencia, es una cuestión de orden público apreciable de oficio sin necesidad de ser invocada, a lo que cabe añadir que la circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal, como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web.

Este Tribunal considera que el establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste, es una cuestión de gran importancia en el ámbito de la contratación. Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de

las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En efecto la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18/CE), considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicio público y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente, aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados del recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

No es por tanto baladí la caracterización de un contrato dentro de un tipo contractual u otro desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, planteándose la cuestión de la calificación del contrato a efectos de examinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Debe partirse de que el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y de su sucesora la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, aun no traspuesta al ordenamiento español. Así, se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. P. I-6657, apartado 31).”*

Desde esta perspectiva el artículo 5.1. b) de la Directiva 23/2014/UE, en términos semejantes al artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, define la concesión de servicios como un contrato en virtud del cual se confía la prestación y la gestión de servicios distintos de la concesión de obra pública cuya contrapartida consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un pago. Añade a continuación recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE que *“la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una*

*exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

Como hemos adelantado, las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario, (por ejemplo mediante el cobro de tarifas a los usuarios del transporte público, o de una red de teledistribución, por ejemplo STJUE 13 de octubre de 2005 Parking Brixen), habiendo sido incorporadas al elenco normativo comunitario mediante la Directiva 2014/23/UE, como hemos adelantado.

Este concepto de asunción del riesgo se centra en la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando señala que: “(...) 26 *Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).*

*37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de*

*octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)."*

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser) que afirma que: *"De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio."* (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

En el mismo sentido se pronuncia el Informe 23/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que califica los contratos como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación, señalando que *"De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio."*

Derivada o íntimamente relacionada con el requisito de asunción del riesgo, se encuentra la circunstancia de que la concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo

corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

Aun a riesgo de ser reiterativos debe incidirse en que de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, son consecuencia, bien del mismo objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

Expuestas las anteriores consideraciones procede examinar el contrato sometido a este Tribunal para determinar su naturaleza, puesto que se trata de una cuestión casuística.

A lo largo de todo el expediente de contratación solo en el informe de auditoría se examina la calificación jurídica del contrato considerando que las ESE (empresas de servicios energéticos), asumen el riesgo de las inversiones, pues en el caso de que las mismas no sean las más apropiadas podría suponer que no se recupere el importe de las mismas durante la ejecución del proyecto, siendo dichas pérdidas de cuenta exclusivamente de la empresa, dado que al Ayuntamiento solo pagará el canon pactado inicialmente.

Respecto de dichas inversiones en el apartado “Variable: inversión del proyecto”, de la auditoría energética se afirma que las mismas para que el proyecto sea rentable deberán ascender como máximo a 660.000 euros en quince años, (si bien dichas inversiones son objeto de oferta). Por otro lado el precio del contrato consiste en el canon a abonar por el Ayuntamiento ofertado por la adjudicataria para

las prestaciones P1, suministro y gestión de la energía, P2, mantenimiento preventivo y P3 garantía total de los equipos por averías o deterioros.

En tal caso, considerando el importe de las inversiones obligatorias de 210.245,63 euros, a amortizar durante toda la vida del contrato, más los gastos estimados, entre los que principalmente debe tenerse en cuenta el propio suministro energético y los gastos de mantenimiento, la inversión máxima prevista en quince anualidades más los gastos estimados, (sujetos a reducción mediante el ahorro), estaría garantizada con el precio del contrato cuyo importe máximo estimado anual es de 315.225,27 euros.

Cabe traer a colación a efectos interpretativos lo expuesto en los considerandos 18 y 20 de la Directiva 2014/23/UE de concesiones *“La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato”*.(...) *“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y*

*uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.”*

A la vista del expediente y teniendo en cuenta los datos antes expuestos, este Tribunal considera que el pago del precio garantiza suficientemente el importe de las inversiones previstas.

De esta forma aunque la posibilidad de obtener mayor beneficio, dependerá efectivamente del ahorro que se logre obtener en el suministro de energía, mediante una adecuada y eficiente gestión de la prestación P1, y un correcto dimensionamiento de las inversiones que para lograr tales ahorros sean precisas en la prestación P4, la correcta ejecución y dimensionamiento del contrato corresponden al principio de riesgo y ventura que todo empresario que acude a contratar con el Sector Público debe soportar, de conformidad con el artículo 215 del TRLCSP. Sin que este Tribunal aprecie la concurrencia de los riesgos inherentes al mercado, como el de demanda y el de oferta o suministro, puesto que el contratista, como decíamos, tiene garantizado desde el inicio de la ejecución, mediante el pago del precio que recibe del Ayuntamiento, los gastos de explotación e inversiones necesarias para la prestación del servicio. En este sentido interesa destacar que la propia auditoria energética avala esta conclusión cuando afirma *“(...) el objetivo último que se persigue que no es otro que este proyecto sea rentable, tanto para una ESE como para el Ayuntamiento. Por tanto es necesario que la variable tiempo no sea inferior a 15 años y que las inversiones a realizar no sean muy superiores a lo establecido en este estudio, porque en este caso los márgenes de ahorro no darían margen para financiar el sobre coste de una mayor inversión”*.

Por lo tanto debe considerarse que la calificación jurídica del contrato como mixto con preponderancia de la gestión de servicio público no es adecuada, al no existir el riesgo necesario para tal calificación en los términos más arriba expuestos, por lo tanto pudiendo ser considerado como un contrato mixto con predominio, por cuantía del suministro. Así lo recomienda también la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa para este tipo de contratos en su Recomendación de 23 de julio de 2009, sobre modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.

De esta forma al tener el contrato un importe superior a 207.000 es susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

**Segundo.-** Cabe aun examinar si el acto recurrido, esto es el rechazo de la propuesta de clasificación y requerimiento de documentación a la adjudicataria es susceptible o no de recurso especial.

El acto impugnado debe calificarse como acto de trámite pues si bien se integra en el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al mismo y en el procedimiento de adjudicación es el acto en que se manifiesta. La regla general en nuestro ordenamiento es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de se puedan invocar por los interesados en el recurso que se interponga en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Con carácter general el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite recurrir los actos de trámite denominados cualificados porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. Este es el criterio reproducido en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

En el caso que nos ocupa, tal como consta en los antecedentes de hecho, el acto recurrido es el rechazo del Informe de la Comisión Informativa de Organización

y Servicios Municipales, si bien debe tenerse en cuenta que dicho rechazo responde a la convocatoria del Pleno respecto del punto cuatro del orden del día *“Clasificar si procede por orden decreciente las ofertas de Acuerdo con la propuesta elevada por la Mesa de contratación en el contrato (...)”*. Por lo que a pesar de lo improcedente de que se trate de un acto que no proviene de la Mesa de contratación, que es a quien corresponde realizar la propuesta de adjudicación, y teniendo en cuenta que esta cuestión no es objeto del presente recurso, cabe considerar que el acto recurrido es el de no aceptación de la clasificación en la que consta ordenada en primer lugar la empresa recurrente, que determinaría que, previo cumplimiento de los requisitos del artículo 151.2 fuera la adjudicataria.

El rechazo de tal clasificación, sin acto ulterior por parte del órgano de contratación en el que, o bien ordene la adjudicación al siguiente mejor clasificado, o anule o desista del procedimiento de licitación, implica en todo caso la imposibilidad por parte de la recurrente de obtener la adjudicación del contrato, de manera que indirectamente determina la no adjudicación a Dalkia, amén de que se le produciría indefensión al no estar legitimada una vez adjudicado el contrato para recurrir, salvo que alegara la existencia de alguna causa que determinara que la licitación debiera quedar desierta.

Por otra parte el principio de economía procedimental lleva a interpretar que una resolución de inadmisión conduciría a una reproducción del recurso en identidad de términos en el inmediato momento en que se produjera la adjudicación a la siguiente mejor clasificada de ser el caso, o se anulara o desistiera del procedimiento por las causas tenidas en cuenta en el Pleno del Ayuntamiento, lo cual únicamente significaría un retraso en la resolución de la cuestión y una dilación innecesaria del procedimiento.

En consecuencia, el acto es susceptible de recurso según lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

**Tercero.-** Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto 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.

**Cuarto.-** Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

**Quinto.-** En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose recibido la notificación del Acuerdo del Pleno por el que se rechaza la propuesta de la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales licitadoras el día 10 de octubre de 2014, y siendo interpuesto el recurso el día 24 del mismo mes, siendo indiferente el modo de presentación del mismo, el mismo se presentó en plazo.

**Sexto.-** El fondo del asunto radica en determinar si el rechazo de la propuesta de clasificación de la oferta de la recurrente es o no ajustado a derecho, a la luz de las alegaciones hechas valer tanto por la recurrente, como por el órgano de contratación que propone el desistimiento de la licitación.

Son dos las causas que constan el Acta del Pleno de 7 de octubre de 2014, de un lado que la adjudicación del contrato implica privatizar un servicio público al final de la legislatura y de otro la falta de imparcialidad de la empresa que realizó la valoración de los criterios subjetivos por encargo de la auditora del Ayuntamiento, al

figurar entre sus clientes la empresa propuesta como adjudicataria, y ahora recurrente.

La primera de las cuestiones planteadas es ajena al cumplimiento de las normas en materia de contratación pública, puesto que no consta en el Acta de la Sesión del Pleno de 7 de octubre, que se adujera como fundamento de la misma la vulneración de ningún tipo de normativa, más allá de cuestiones de oportunidad de tipo político. Debe recordarse que la convocatoria de la licitación y en consecuencia la apreciación de su oportunidad y necesidad fue adoptada por el Pleno del Ayuntamiento, y que el expediente correspondiente cumplió con los trámites procedimentales que en principio, determinaban la legalidad del mismo (informes jurídicos y de intervención). Así una vez acordada la convocatoria de la licitación la misma vincula no solo a los licitadores, sino también a la Administración convocante, que solo podrá abandonar la misma por cualquiera de las causas previstas en el TRLCSP, cuando concurra causa de desistimiento o de renuncia en los términos de su artículo 155, sin que se motive en el Acuerdo controvertido en este sentido.

A ello cabe añadir que como consecuencia de la decisión de no continuar la tramitación por la primera causa expuesta, se produciría una clara vulneración de los principios de confianza legítima y vulneración de la doctrina de los actos propios.

El principio de confianza legítima que tiene su origen en el Derecho Administrativo Alemán constituye desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de Marzo de 1961 y 13 de Julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo y por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2).

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1999 y la de 26 de Abril de 2012 recuerdan que *“la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento*

*de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy, de la Unión Europea- y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento y este criterio se reitera en la STS de 16 de Mayo de 2012, al resolver el recurso de casación núm. 4003/20082.”*

*Este principio ha de ser aplicado “no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa unos perjuicios que no tiene por qué soportar, derivados de unos gastos o inversiones que sólo puede ser restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica”.*

Trasladando estos conceptos al supuesto que nos ocupa, lo cierto es que el rechazo de la propuesta de clasificación basado en la improcedencia de acometer una contratación que ya había sido acordada y convocada, sin que se explicita la concurrencia de alguno de los supuestos legales para ello, y basándose en

motivaciones metajurídicas, como más arriba hemos indicado, es contrario a los expuestos principios de buena fe y confianza legítima.

**Séptimo.-** Sin embargo, aun cabe analizar la adecuación a derecho del rechazo de la propuesta como consecuencia de la posible concurrencia de un conflicto de intereses en el autor del informe de valoración de los criterios susceptibles de valoración subjetiva, al ser la empresa propuesta como adjudicataria, cliente suyo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 320 del TRLCSP la Mesa de contratación se configuran como un órgano de asistencia del Órgano de contratación, siendo el órgano competente para la valoración de las ofertas, competencia para la que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.e) del 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, podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos. En el ámbito de las entidades locales, es la Disposición adicional segunda del TRLCSP, la que contiene las normas específicas de contratación en las Entidades Locales, cuyo apartado 10 en concreto recoge la composición de la Mesa.

Debe partirse de la consideración de que, al no haber sido impugnados los pliegos por lo que se refiere a la previsión de que la Mesa pudiera pedir asesoramiento técnico a la persona responsable de la realización de la auditoría energética del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, en referencia a las cuestiones técnicas relacionadas tanto con la auditoría como con el objeto del contrato, los mismos vinculan tanto a las licitadoras como al órgano de contratación, por lo que deben estar y pasar por ellos. Cuestión distinta es el alcance que debería darse a la expresión asesoramiento técnico y la existencia de un posible conflicto de intereses en la valoración.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de diciembre de 2001, señala que “(...) *La segunda cuestión planteada respecto de la regularidad*

*del citado informe se refiere a la naturaleza de los órganos asesores que lo emiten al tratarse de personal vinculado por un contrato de asistencia técnica, según certifica el Secretario General de la Consellería de Cultura. La presunta irregularidad no aparece como tal toda vez que la LCAP en su artículo 82.2 no impone la exigencia de que el asesoramiento a la mesa de contratación tenga que realizarse por órganos o funcionarios de la administración contratante. (...). Esa tacha sólo podría predicarse en el supuesto de una ausencia real de cualificación de los sujetos que realizan esa función de asesoramiento y por lo que se deduce del expediente el informe técnico se realizó por dos ingenieros de telecomunicaciones, con quince años de experiencia, lo que parece a todas luces adecuado si tenemos en cuenta la naturaleza del servicio público cuya gestión indirecta constituía el objeto del contrato concesional que se licitaba, servicio público en el que los parámetros de naturaleza tecnológica revisten singular trascendencia y especial complejidad.”*

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004, la intervención de particulares ajenos a la Administración (en el sentido de vinculados, simplemente, por un contrato administrativo, de consultoría, asistencia o similar) puede llegar, incluso, en la intervención material de estas personas en la Mesa de contratación a efectos de explicar a los miembros de la misma el informe técnico. Hay que tener en cuenta también el Informe 13/01, de 3 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, cuya consideración jurídica tercera explica que: *“La segunda cuestión suscitada es la de si el personal eventual puede emitir los informes técnicos a que se refiere el artículo 81.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y actuar, en su caso, como asesor de las Mesas de contratación. La cuestión debe centrarse en la emisión de informes técnicos, ya que no se concibe otra forma de asesorar a las Mesas de contratación, y debe recibir una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta el carácter genérico de la redacción del apartado 2 del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato - y el régimen jurídico general de los informes, sin que el precepto*

*examinado, ni ningún otro regulador de la contratación o del procedimiento imponga a las Mesas de contratación la obligación de solicitar informes técnicos a determinados órganos o personas, siendo decisión de la propia Mesa la determinación de la persona u órgano al que solicita informe, debiendo tomar en consideración, en este caso concreto, al tomar su decisión, los conocimientos técnicos de aquél al que se dirige la petición de informe.”*

Asimismo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, en el informe 8/06, de 28 de febrero de 2007, que concluyó que *“en cualquiera caso, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 81.2, la Mesa de contratación puede pedir, antes de formular su propuesta, los informes técnicos y de las personas o entidades que considere precisas y que se relacionen con el objeto del contrato”*.

Debe notarse que aunque los documentos citados son anteriores al TRLCSP, el contenido de la normativa que aplica no ha variado sustancialmente.

De acuerdo con todo lo anterior debemos entender que el asesoramiento técnico por parte de personas o empresas ajenas a la Administración, está permitido por la Ley y en este sentido ninguna objeción de legalidad puede realizarse a la actuación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares. Otra cosa es la garantía de la independencia en la valoración como consecuencia de la existencia de un conflicto de intereses, al ser una de las licitadoras valoradas, cliente de la empresa a la que la consultora reconocida en el PCPA para efectuar la valoración, se la encargó a su vez.

Cabe traer a colación a los solos efectos interpretativos el artículo 24 de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo artículo 24, establece que *“Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los*

*procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.*

*El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”*

Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia. Debe entenderse que aunque en este caso el conflicto de intereses proviene de la intervención de un particular, la Mesa de contratación, en cuanto auxiliada por este, ha hecho suyas sus conclusiones y por lo tanto resulta plenamente aplicable el concepto.

En este caso aparentemente existe conflicto de intereses entre la empresa que ha realizado la valoración y la adjudicataria, si bien ello no tiene por qué traducirse en una efectiva valoración interesada, existe la potencialidad de que la misma se hubiera producido. Ahora bien, no estamos valorando la corrección de la valoración efectuada, sino del rechazo de la propuesta de adjudicación efectuada.

Cabe señalar a tal respecto que el órgano de contratación puede separarse de la propuesta de la Mesa de Contratación (en este caso de uno de sus vocales como Propuesta de Dictamen a la Comisión Informativa de Organización y Servicios Municipales), de forma motivada, de acuerdo con el artículo 160.2 del TRLCSP. En este caso constando la motivación por lo que se refiere al conflicto de intereses, y siendo la misma razonable, este Tribunal considera que la decisión del órgano de

contratación no es contraria a derecho, procediendo por tanto la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don F.V.L., en nombre y representación de Dalkia Energía y Servicios, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 25 de septiembre de 2014, por el que se rechaza la propuesta de adjudicación del contrato mixto (suministro y servicios) “Servicios energéticos y el mantenimiento total con garantía total de las instalaciones térmicas y de iluminación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares”, nº de expediente: 3/2014.

**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.-** 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 TRLCSP.