

**Recurso 70/2016  
Resolución 73/2016**

**Resolución 73/2016, de 2 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. xxxx y D. xxxx1, concejales del Grupo Popular del Ayuntamiento de Zamora, contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación de la gestión y explotación de la ordenación y regulación de los aparcamientos en superficie (ORA) del servicio municipal de retirada y depósito de vehículos (Grúa) y de los aparcamientos subterráneos sitios en las plazas de la Constitución y de San Martín, en la modalidad de concesión.**

**I  
ANTECEDENTES**

**Primero.-** El 30 de Agosto de 2016 el Pleno del Ayuntamiento de Zamora acuerda solventar el reparo formulado por el interventor municipal el 18 de agosto de 2016 referido al presente contrato; aprobar el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación y tramitación ordinaria, para la contratación de la gestión y explotación de la ordenación y regulación de los aparcamientos en superficie (ORA) del servicio municipal de retirada depósito de vehículos (Grúa) y de los aparcamientos subterráneos sitios en las plazas de la Constitución y de San Martín, en la modalidad de concesión, por un valor estimado del contrato de 14.200.528,11 euros; aprobar el estudio de costes, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante "PCAP") y de prescripciones técnicas (en adelante "PPT") que regirán el contrato y ordenar la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil del contratante.

**Segundo.-** Previo su anuncio, el 16 de septiembre Dña. xxxx y D. xxxx1, concejales miembros del Grupo Popular del Ayuntamiento de Zamora, presentan un recurso especial en materia de contratación contra el citado Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamora.

Consideran, con base en el reparo realizado por el interventor municipal, que se carece del certificado de existencia de crédito presupuestario; que se produce una acumulación indebida de objetos del contrato; que se establece un plazo demasiado amplio de duración; que está incorrectamente calificado como concesión, al no existir riesgo operacional; que el contrato carece de precio cierto y que se ha vulnerado el procedimiento de aprobación del expediente de contratación.

**Tercero.-** El 21 de septiembre se requiere a los recurrentes para que acrediten la legitimación y su representación.

EL 26 de septiembre presentan certificados del Secretario accidental del Ayuntamiento de Zamora en los que se indica que los recurrentes son concejales del Ayuntamiento.

**Cuarto.-** Admitido a trámite el recurso, al que se le asigna el número 70/2016, se requiere al órgano de contratación para que en el plazo de dos días hábiles remita el expediente, el preceptivo informe sobre el recurso y la dirección de correo electrónico de los posibles interesados.

**Quinto.-** Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamora, de 29 de septiembre, se realiza una rectificación de errores del pliego de condiciones del contrato.

**Sexto.-** El 30 de septiembre tiene entrada en el registro de este Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación. Se indica que no se remite el listado requerido de las direcciones de correo electrónico de los posibles interesados, a efectos de notificar la concesión del preceptivo trámite de audiencia, por no haberse publicado el anuncio de licitación.

**Séptimo.-** Examinado el expediente remitido, el 5 de octubre se requiere al órgano de contratación para que emita un nuevo informe que cumpla con la finalidad exigida en el procedimiento.

El 11 de octubre tiene entrada un nuevo informe del órgano de contratación.

**Octavo.-** Mediante Acuerdo 32/2016, de 17 de octubre, se accede a la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1º.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2º.-** El recurso interpuesto suscita dos cuestiones que es preciso analizar con carácter previo al fondo del asunto. La primera de ellas supone determinar si los dos concejales del Grupo Municipal Popular que votaron en contra están legitimados para interponerlo y, en segundo lugar, si el recurso lo han interpuesto en plazo.

El artículo 42 del TRLCSP, en relación con la legitimación, dispone: "Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

De conformidad con lo establecido en el artículo 24.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, "Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados".

En el presente caso, consta en el expediente que los recurrentes actúan en su condición de concejales del Ayuntamiento de Zamora y que votaron en contra de la aprobación del expediente de contratación impugnado.

En cuanto al momento de su interposición, los recurrentes presentan el 16 de septiembre el recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de agosto de 2016, esto es, dentro del plazo de 15 días desde el momento en que tuvieron conocimiento de los motivos de impugnación.

A estos efectos, el órgano de contratación considera que el recurso se ha presentado antes de la publicación de los pliegos, por lo que podría haberse presentado antes de comenzar el plazo establecido. No obstante, debe tenerse presente que las previsiones contenidas en el artículo 44.2 del TRLCSP sobre el plazo de interposición de los recursos están destinadas a los candidatos o licitadores y, en el presente caso, al desconocerse el estado de tramitación del procedimiento de contratación, por motivos prácticos debe mantenerse que es correcto considerar la fecha de celebración de la sesión en que se ha votado el acuerdo como *dies a quo* para el cómputo de los plazos para recurrir, dado que en ella los concejales han obtenido un cabal conocimiento del acto del que se disiente y contra el que se vota, siendo improcedente tanto una notificación personal ulterior de un acto que los concejales conocían ya perfectamente, como poco lógico retrasarlo al momento en el que el acuerdo impugnado tiene eficacia, esto es, la publicación efectiva de una convocatoria que se considera ilegal.

**3º.-** El recurso se ha interpuesto contra el procedimiento de contratación que rige la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación *ex* artículo 40.1.c) del TRLCSP.

En el presente caso es obligado traer a colación lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Debe recordarse que la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tras el vencimiento del plazo de su transposición, desplaza el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que no estaba sujeto a regulación armonizada, que se sustituye, en este caso, por el contrato de concesión de servicios.

En este sentido, el documento de estudio presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, considera que, a tenor de los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE, debe interpretarse "que se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor

estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial.”

Estos contratos se consideran ahora sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros).

El efecto directo de la Directiva de Concesiones se aplicará a los expedientes de contratación que se aprueben con posterioridad a la fecha en que finalice el periodo de transposición, como ocurre en el presente caso, pero no a aquellos que se encuentren aprobados con anterioridad, como se desprende de la disposición transitoria primera del TRLCSP: “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”.

De conformidad con lo establecido en considerando 81 y en el artículo 46 (que modifica la Directiva 89/665/CEE) de la Directiva 2014/23, de concesiones, el recurso especial en materia de contratación abarcará también a la concesión de servicios, por lo que, como ya se ha expuesto, se desplaza el sistema de determinación de la competencia establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, referido al concepto de gastos de primer establecimiento y duración, que ahora deberá reconducirse al valor estimado del contrato con los límites señalados.

En el presente contrato el valor estimado asciende a 14.200.528,11 euros, superior por tanto al señalado en el artículo 8.1 de la Directiva 2014/2023, de concesiones, y actualizado por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión (5.225.000 euros).

**4º.-** Debe advertirse que no es tarea de este Tribunal valorar la pertinencia del reparo realizado por la Intervención o cómo se ha solventado éste ni, ante las valoraciones económicas tan dispares contenidas en los informes del Interventor General y del Jefe de Servicio de Hacienda, determinar cuáles son los costes y las consecuencias económicas reales del contrato.

Realizadas estas precisiones competenciales, sentada la plena admisibilidad del recurso y, antes de entrar en el fondo del asunto, al examinar los motivos alegados en contra de los pliegos y demás documentos contractuales por los que debe regirse el contrato, resulta preciso que este Tribunal se pronuncie, de forma preliminar, sobre su naturaleza jurídica, determinando, en concreto, si es correcta la fusión de prestaciones que se realiza y si se trata de un auténtico contrato de gestión de servicio público.

En primer lugar, los recurrentes sostienen que no se está en presencia de un auténtico contrato de gestión de servicio público sino, en realidad, de un contrato mixto compuesto por una mera yuxtaposición de prestaciones propias de varios contratos distintos que, por no poder calificarse como complementarias desde un punto de vista material, carecen de la unidad funcional necesaria para constituir un único contrato de gestión de servicio público de carácter mixto.

Por tanto, siempre en opinión de los recurrentes, debería haberse dividido en lotes o haber convocado más de una licitación pública, una para la gestión del servicio de estacionamiento regulado y manejo de la grúa y del depósito de vehículos y otras para la explotación del aparcamiento subterráneo.

Frente esta postura, el órgano de contratación mantiene que las distintas prestaciones incluidas en el contrato, aun siendo diversas, guardan, entre sí, una relación directa.

Con carácter general, le corresponde al órgano de contratación decidir si, para dar satisfacción a varias necesidades, tramita uno o varios expedientes de contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite, por un lado, en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato que establece el (artículo 86.2 del TRLCSP) y, por otro, en el de que no se fusionen en uno solo prestaciones que carecen de vinculación objetiva entre sí (25.2 del TRLCSP).

En este sentido, el objeto del contrato debería estar integrado por todas aquéllas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos. Ello, a su vez, supone que, a sensu contrario, cuando del tratamiento unitario de todas estas prestaciones se derive un beneficio para el interés público que deba

decaer ante un mayor beneficio derivado de su contratación por separado o cuando ésta sea exigencia de la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, la contratación debe realizarse por separado.

El citado artículo 25.2 del TRLCSP dispone que "Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto, cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante."

Las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 346/2013 y 780/2014, ésta última citada por los recurrentes por tratarse de un caso similar, señala a este respecto que "los dos elementos fundamentales que contiene este precepto son la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí, por un lado y, por otro, a esa vinculación debe añadirse un elemento, como es el que esas prestaciones puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante.

»(...) a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante, ni se está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la Ley es, indiscutiblemente, el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de esta norma, se puede observar una prevención, por parte del legislador, contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento, es perfectamente razonable entender que, si el legislador ha establecido que, para que exista un contrato mixto, las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni, tampoco, formal."

Aplicando estos principios al presente caso, resulta claro que el único nexo de unión que existe entre las diversas prestaciones que contempla el contrato a que se refiere el expediente impugnado es la idea de que todas ellas, pese a ser de índole muy diversa, se refieren a los estacionamientos de vehículos, fuera de lo cual, carecen, entre sí, de la necesaria vinculación material, como no sea la compensación de costes entre las distintas prestaciones o el aprovechamiento de las eventuales sinergias que el Ayuntamiento considera que va a conseguir, gracias a la gestión conjunta de todas ellas por parte de un único contratista.

El hecho de que las prestaciones tengan alguna interdependencia, no significa que sean complementarias o que exista una relación directa entre ellas. Desde un punto de vista objetivo, la explotación de las zonas ORA, aun cuando guarde una cierta relación con el servicio de la grúa y la gestión del depósito de los vehículos retirados por esta última, poco tiene que ver con la explotación de los parkings subterráneos, y menos todavía el servicio de grúa con estos últimos, más allá de la eventual cesión de espacios para depositar los coches retirados de la vía pública. Es más, no se cumple con el principio de complementariedad dado que existen intereses contrapuestos entre ellas, que pueden perjudicar la actividad coordinada que se desea establecer y a los propios vecinos. Desde el punto de vista del consumidor, un aparcamiento subterráneo compite tanto con otro como con el aparcamiento en la vía pública controlado.

En este sentido, como señala el informe del Interventor General del Ayuntamiento de Zamora, "la relación existente entre prestaciones no puede realmente considerarse complementaria, al menos en un sentido económico, sino incluso rival, acumulando en un solo contrato actividades que deberían competir en el mercado, limitando la libre competencia y concentrando poder de mercado en una sola empresa que controlaría todo el aparcamiento en superficie en la zona ORA, dos de los tres únicos aparcamientos subterráneos de titularidad pública en la zona todo acompañado del poder coactivo de la grúa para la retirada forzosa de vehículos, que quedaría también condicionada por los intereses comerciales casi monopolísticos que se establecen. Y todo ello, no en función de la eficiencia o del mejor funcionamiento de las actividades de policía, que no de servicio público, implicadas, sino en perjuicio de la Hacienda Municipal y de los consumidores mediante un sistema de subvenciones cruzadas entre actividades que transfieren costes y beneficios de unos a otros



usuarios y de la Hacienda Municipal a los diversos sujetos privados implicados en la actividad.”

Además de todo ello, para la realización de tales servicios se requiere una solvencia económica, financiera y técnica heterogénea. Esto es, unas capacidades, una experiencia y unos medios técnicos, materiales y humanos, diferentes entre sí y que extrañamente recaen en un mismo contratista y, por ello, al margen de las sinergias que se pretende alcanzar, o de la necesidad plasmada en el expediente de contratación de que unas prestaciones financien a otras al unirlas entre sí en un mismo contrato, es indudable que, con ello, se restringe la libre concurrencia de licitadores, ya que muy pocos contratistas están capacitados para prestar, simultáneamente y por sí solos, tan diversas tareas.

Dicho esto es necesario advertir de que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, introduce una previsión novedosa, fruto de diversas iniciativas a nivel comunitario y nacional, con la idea de mejorar las políticas de apoyo institucional al emprendimiento y, con ello, a las PYMEs.

En este sentido, el artículo 46 de la citada Directiva 2014/24/UE, que introduce como regla general la división en lotes y la necesidad de justificación en caso de no hacerlo, tiene según el documento de estudio presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, efecto directo y por lo tanto es de plena aplicación.

El considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE contiene las razones de los poderes adjudicadores para decidir no dividir el objeto de un contrato: “podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”; circunstancias que no se han justificado en el presente caso.

Queda, pues, claro, a juicio de este Tribunal, que el presente contrato, en cuanto engloba en un único procedimiento de licitación y adjudicación

prestaciones diversas, que carecen de la necesaria vinculación material u objetiva entre sí, impide la eventual concurrencia de pequeñas y medianas empresas, lo que puede suponer una sensible restricción al principio de libre concurrencia que debe presidir toda licitación pública, puede afectar negativamente a los vecinos e implica una vulneración del artículo 25.2 del TRLCSP, por lo que es nulo de pleno derecho.

Este es el criterio de las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 346/2013 y 780/2014, de la Resolución 243/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y de la Resolución 115/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, debe indicarse que el ahorro económico, el control del gasto y la eficiente utilización de los fondos públicos son indubitablemente objetivos a tener en cuenta en la contratación del sector público, pero la consecución de dichos objetivos deberá siempre equilibrarse con el respeto de los principios básicos de la contratación antes mencionados, sin que aquéllos puedan suponer un perjuicio grave de éstos, como acontece en el supuesto examinado. Además, el órgano de contratación invoca ventajas económicas con la contratación pretendida, criterio que obviamente es plausible en términos generales pero respecto del cual surgen dudas sobre su realidad.

En este sentido, la Resolución 346/2013, de 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, puntualiza que "las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad".

En definitiva, los pliegos impugnados, al agrupar en un solo contrato servicios con prestaciones tan diversas entre las que no se aprecian relaciones de complementariedad ni vinculación material directa, infringen los postulados del artículo 25.2 del TRLCSP, afectando negativamente a los principios de libre acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, principios que deben ser interpretados a la luz de la normativa comunitaria, que propugna la división de grandes contratos en lotes como medida para aumentar la competencia.

En segundo lugar, los recurrentes consideran que el contrato está incorrectamente calificado.

Como se puso de manifiesto, entre otras, en la Resolución 61/2016, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de determinados contratos públicos. Los problemas prácticos derivados de la correcta definición o delimitación del contrato de gestión de servicios públicos respecto del de servicios, se han plasmado de forma reiterada en las resoluciones de todos los órganos administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación (Por todas, pueden citarse las Resoluciones de este Tribunal 11, 14, 54, 56 y 66/2014).

La referida Resolución 66/2014, de 25 de septiembre, que analiza un contrato indebidamente calificado como gestión de servicios públicos, señala que la tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario, nota en la que radica la diferencia fundamental respecto del contrato de servicios. Por ello, es necesario analizar en qué condiciones y con qué efectos se produce en este caso la transferencia del riesgo de explotación.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011, Asunto *Priver*, señala que "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 implique que el concesionario asuma el riesgo de explotaciones 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".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Asunto *Norma-A, Dekan*, respecto de la adjudicación de la prestación del servicio de transporte público por autobús urbano, concluye que, aunque la remuneración al contratista consiste en el derecho a ser retribuido por los usuarios con arreglo a unas tarifas establecidas, el hecho de que la entidad adjudicataria deba compensar al prestador del servicio las

pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio, llevan a concluir que se trata de un contrato de servicios.

Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración y exige que no existan mecanismos de compensación que anulen totalmente el riesgo inherente a este sistema de retribución.

Hay que tener en cuenta también la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional, al señalar que hay transferencia de éste al concesionario "cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes" (artículo 5.2) y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Como señala el Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, "No existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que el poder adjudicador alivie al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato, ni cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo, estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato".

Concluye el referido informe que "Resulta posible que, aun calificado el contrato como de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer en el pliego las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio".

El sistema de ayudas públicas del contrato que complementen al sistema de retribución puede alterar esta posible transferencia de riesgos, si se hace desaparecer la contingencia de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado.

Como conclusión, el Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que "puede afirmarse que no existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora alivie al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos 'ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato' (considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE), ni 'cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen la inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato' (considerando 19 de la citada Directiva). Por el contrario, estaremos en presencia de una concesión, aun cuando 'la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios' (considerando 18 de la citada Directiva). Como precisan, tanto la Directiva como los criterios del Eurostat en aplicación de las normas SEC 2010, el riesgo operacional debe derivarse de 'factores externos que escapen del control de las partes' (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.

»Y nada impide que, aun calificado como contrato de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio. Así lo ha admitido, por lo demás, esta Junta en su Informe 2/2014, de 22 de enero, donde se analiza la posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios".

En este sentido, el Interventor General del Ayuntamiento considera que todo el expediente está dirigido específicamente a suprimir cualquier riesgo para el futuro contratista (folio 232/221). Señala así que "en las condiciones reguladas y con las precisiones efectuadas, no existe riesgo de demanda que pueda ser transferido a la contratista, (...) el riesgo de suministro ha sido suprimido por las condiciones propuestas para el contrato y por el entorno regulatorio".

Mantiene que "aparentemente se ha sobrevalorado la inversión necesaria para la puesta en marcha de las prestaciones (folio 222), (...) aun así, en el caso del aparcamiento de la plaza de la Constitución, la inversión inicial sobrevalorada por importe de 75.000,00 euros, es la mitad del beneficio del primer año, generando esa inversión (...) un beneficio en 10 años de casi dos millones de euros. En el caso de la ORA, el beneficio estimado en 10 años, con una inversión estimada y sobrevalorada de 620.000,00 €, que se recuperaría, junto con su rendimiento financiero al nivel actual de los tipos de interés, en los cuatro primeros años de contrato, se generaría un beneficio en 10 años de unos 3,5 millones de euros. Que si consideramos el beneficio total del contrato, la sobrevalorada inversión de 982.300,00 €, se recuperaría con sus rendimientos financieros en un periodo inferior a 7 años, y esto exclusivamente porque el sistema de subvenciones cruzadas establecidas, derivado de la voluntad política de subvencionar a los infractores no repercutiendo íntegramente el coste de la grúa, que se financia con cargo a las actividades con beneficio, porque contabilizando exclusivamente las actividades con beneficio, si no se estableciese esa subvención a la ilegalidad, se recuperaría, con sus rendimientos financieros, en los cuatro primeros años de ejecución del contrato, generando un beneficio de más de 4,5 millones de euros.

»Sí todo lo anterior no fuera suficiente para dejar claro el carácter muy limitado del riesgo transferido añadir a lo anterior la serie de mecanismos utilizados en el estudio económico para sobre la base de unas inversiones sobrevaloradas aplicar una estimación de ingresos infravalorada, mínima, por debajo de la cual resulta tan altamente improbable que caiga el rendimiento del contrato que la misma podría ser considerada una posibilidad estrictamente teórica, y ello combinado con un marco regulatorio orientado a transferir recursos públicos a particulares y empresa y garantizar al contrato una rentabilidad superior a la calculada".

En cuanto al servicio de la ORA, el Interventor General considera igualmente "que se orienta a la eliminación del riesgo de demanda en la ORA, garantizando una ocupación total permanente de un aprovechamiento que se adjudica muy por debajo del valor de mercado. (...)"

Sobre los aparcamientos subterráneos, indica "que el aparcamiento de la Plaza de la Constitución, incluso en las condiciones del estudio económico, carecería de riesgo real, por lo que estaría plenamente garantizada la recuperación de la inversión, que supone la mitad del beneficio del primer año y de los costes operativos".

Finalmente, respecto a la última prestación, "el aparcamiento de San Martín, en el que se produciría una pérdida permanente según el estudio económico; se prevé una ocupación media del 7%, por lo que el mismo realmente no puede considerarse generador de riesgo, a pesar de pretenderse una gestión a pérdida, dado que los ingresos del mismo son, respecto al volumen del contrato, puramente testimoniales, casi simbólicos, por lo que su desaparición en poco alteraría realmente el equilibrio del contratista".

En efecto se indica que "(...) el sistema establecido implica un incremento automático de la subvención de explotación, vinculada porcentualmente al importe de la tasa que, conforme a la ordenanza en trámite de aprobación, experimentará ilegales incrementos de tarifas automáticos cada dos años, Como consecuencia, la remuneración de la contratista experimentará incrementos muy elevados y desvinculados de cualquier variación de condiciones, precios de mercado, etc, cada dos años. Así, y aún cuando el estudio económico se permite 'actualizar' costes, el beneficio de la empresa es inevitablemente creciente al experimentar los Ingresos incrementos automáticos cada dos años hasta el 8º (...)"

Por su parte, los informes del órgano de contratación analizan el recurso de forma general y presenta unos cálculos muy diferentes a los realizados por el Interventor General, esto es, se contraponen dos perspectivas del contrato y dos conjeturas de costes previstos bien diferentes, de una forma que no le es posible a este Tribunal valorar jurídicamente los supuestos debatidos.

Por ello, ante las contundentes afirmaciones realizadas por el Interventor General y reproducidas en el recurso, la ausencia de datos más concretos hace

necesario que el informe económico del nuevo expediente de contratación a tramitar analice y valore tales detalles, a los efectos de calificar correctamente el contrato. Esto es, si la ayuda recibida por el contratista en la concesión evita cualquier pérdida potencial y le garantiza unos ingresos mínimos iguales o superiores a sus costes. Debe tenerse presente que después de la resolución de este recurso pueden convocarse varios procedimientos y varios lotes, por lo que variarían significativamente las bases de cálculo.

Las anteriores reflexiones son trasladables a las alegaciones relativas a si se ha establecido en los pliegos un plazo demasiado amplio de duración del contrato o si el contrato carece de precio cierto.

En relación con la primera de ellas, se ha concretado en los pliegos un plazo de duración del contrato de diez años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, al considerar el órgano de contratación que es el tiempo que se estima razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de los servicios.

Por su parte el recurso planteado se limita a indicar sobre el plazo de duración del contrato que "las inversiones a realizar por la adjudicataria se consideran sobrevaloradas y sin que en definitiva justifiquen un plazo de duración de más de cinco años" o "la magnitud de las inversiones a realizar en absoluto justifican el amplio plazo de vigencia del contrato".

Por ello, ante las argumentaciones económicas realizadas por el Interventor General y la ausencia de datos más concretos en el estudio económico, se hace necesario que el nuevo procedimiento de contratación analice y justifique expresamente tales circunstancias.

En cuanto a la eventual vulneración del procedimiento de aprobación del expediente de contratación al haberse introducido la cláusula relativa la subrogación de los trabajadores por el nuevo contratista sin fiscalización previa, lo que provocaría su nulidad, ha de indicarse que se trataría de una irregularidad no invalidante, más cuando carece de eficacia tal alegación una vez declarada la nulidad de los pliegos y demás documentos contractuales.



Por último, en cuanto a la falta de crédito presupuestario, aunque las alegaciones realizadas igualmente carecen de eficacia una vez declarada la nulidad de los pliegos y demás documentos contractuales, consta en el informe del Jefe del Servicio de Hacienda, reproducido por el Servicio de Contratación (folios 216 y "232/217"), que "La contabilización de los gastos en concepto de subvención de explotación se efectuará con cargo a la aplicación presupuestaria 13303.22799. Es improbable, a la vista de los trámites necesarios para la adjudicación del presente contrato que su ejecución comience en el presente año. No obstante, al objeto de disponer de existencia de crédito presupuestario si fuera necesario, se propondrá al Órgano Municipal Competente la modificación de las Bases de Ejecución del Presupuesto para incorporar como créditos ampliables los relativos a la aplicación presupuestaria citada anteriormente, vinculándolos a los ingresos por tasas ORA, subconcepto de ingresos 33001.

»La retribución del concesionario consistente en un porcentaje de las tasas ORA, Grúa y tickets post-pago quedaría garantizada con la tramitación del correspondiente expediente de ampliación de créditos, en su caso.

»En futuros ejercicios, los presupuestos municipales recogerán las previsiones de gastos preceptivas para reconocer los gastos derivados del contrato, así como las previsiones de los ingresos por las tasas de la ORA, de la grúa y de los tickets post-pago".

Por todo ello, este Tribunal estima el recurso planteado, por lo que declara la nulidad de pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación de la gestión y explotación de la ordenación y regulación de los aparcamientos en superficie (ORA) del servicio municipal de retirada depósito de vehículos (Grúa) y de los aparcamientos subterráneos sitios en las plazas de la Constitución y de San Martín, en la modalidad de concesión, al unir en un único contrato prestaciones carentes de suficientes relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, en lugar de licitarlas -como sería menester- separadamente o dentro de lotes diferenciados de un mismo contrato, para que sean objeto de adjudicación individualizada e independiente.

En virtud de lo expuesto, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

### **III RESUELVE**

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto Dña. xxxx y D. xxxx1 concejales del Grupo Popular del Ayuntamiento de Zamora contra los pliegos que rigen la contratación de la gestión y explotación de la ordenación y regulación de los aparcamientos en superficie (ORA) del servicio municipal de retirada y depósito de vehículos (grúa) y de los aparcamientos subterráneos situados en las plazas de la Constitución y de San Martín, en la modalidad de concesión.

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento.

**TERCERO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).