



Bálamo
LEGAL & FISCAL

Badajoz

Parque Científico y Tecnológico de Extremadura
Campus UEx
Avda. de la Investigación s/n, 2ª planta, Oficina 2.11
06071 Badajoz (Badajoz)

Vegas Altas

Don Pedro Granda 11
06400 Don Benito
(Badaíoz)

Cáceres

San Pedro de Alcántara 8, 3º Dcha.
10001 Cáceres
(Cáceres)

Mérida

Avda. de Extremadura 29, 2º
06800 Mérida
(Badajoz)

924 111 903 927 697 000

www.balamo.legal

info@balamo.legal



Informe jurídico justificativo de necesidad e idoneidad para proceder a la contratación de los servicios de operación, mantenimiento y conservación de instalaciones adscritas a diferentes Áreas de Gestión de la Comunidad Autónoma de Extremadura, destinadas a el transporte y tratamiento de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos, gestionadas por GESPESA S.A.U.

1º.- Marco jurídico general:

La Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su artículo 10.1.2, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en materia y desarrollo normativo en materia de *"Medio Ambiente. Regulación y protección de la flora, fauna y la biodiversidad. Prevención y corrección de la generación de residuos y vertidos y de la contaminación acústica, atmosférica, lumínica, del suelo y del subsuelo. Regulación del abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas. Montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias."*

La Ley 2/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en su artículo 14.2 obliga a las Comunidades Autónomas a elaborar, como instrumento esencial en ejecución de políticas de residuos, los planes autonómicos de residuos, obligación cumplida por la Comunidad Autónoma de Extremadura a través de distintos instrumentos y, cuyo cumplimiento actualmente tiene reflejo en el **Plan Integrado de Residuos de Extremadura (PIREX) 2016-2022**, cuyos objetivos estratégicos, son:

- Proteger la salud humana y del medio ambiente mediante una gestión eficiente de los residuos.
- Contribuir a la lucha contra el cambio climático y otros impactos negativos asociados a la gestión de residuos.
- Reducir la generación de residuos.
- Incrementar la valorización de residuos.
- Suprimir progresivamente la eliminación de residuos valorizables.

- Disponer de una red de instalaciones de tratamiento de residuos adaptada a las necesidades de Extremadura.
- Mejorar la información, transparencia y participación en materia de residuos.
- Cumplir con los objetivos marcados en la normativa comunitaria en materia de residuos, para facilitar el acceso a la financiación europea.
- Adaptación al paquete de medidas de la economía circular de la Comisión Europea.

En el año 1992 se crea la mercantil **Gestión y Explotación de Servicios Públicos Extremeños, S.A.U. (GESPESA)**, cuyo capital social pertenece a la Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, S.A.U. (GPEX), reconocida como medio propio de los poderes adjudicadores de la Junta de Extremadura, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

GESPESA tiene la consideración de sociedad mercantil adscrita al sector público de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.f) de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

El objeto social de **GESPESA**, de acuerdo con el artículo 6 de sus Estatutos es:

"... apoyar a la Junta de Extremadura en el cumplimiento de las políticas que se generen en el ámbito de la gestión de servicios públicos urbanos e industriales y medio-ambientales de Extremadura relacionados mediante la ejecución de aquellas actuaciones que le encargue la Administración Autonómica, para la que realizará parte esencial de su actividad, a fin de impulsar las políticas medioambientales y gestión servicios públicos urbanos e industriales en Extremadura su desarrollo y consolidación."

Para el cumplimiento del objeto social de la mercantil se le atribuyen por sus Estatutos las siguientes funciones:

- a) Coordinación, implantación, explotación y gestión de servicios públicos urbanos e industriales.*
- b) Coordinación, implantación, explotación y gestión de políticas medio ambientales.*
- c) Prestación de servicios de gestión y promoción de empresas, pudiendo, al efecto, constituir y participar en las mismas.*
- d) Prestación de servicios de recogida y transporte de toda clase de residuos, tratamiento e incineración de residuos desechos urbanos y tratamiento de Lodos.*

e) Diseñar, participar e impartir programas de formación en aspectos relacionados con la gestión integrada de los residuos, mejora e implantación de sistema de calidad y de la competitividad empresarial.

Para que la sociedad cumpla con su finalidad, la Junta de Extremadura le ha atribuido el derecho de uso y utilización con carácter temporal de las infraestructuras de reciclaje, valorización y compostaje de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos, mediante **concesión demanial de uso otorgada por acuerdo de 28 de septiembre de 2018**.

Igualmente, la Junta de Extremadura, **GESPESA** y la Federación de Municipios y Provincias de Extremadura han formalizado un **Convenio marco de colaboración para la gestión de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos en la Comunidad Autónoma de Extremadura**, al que progresivamente se están incorporando entidades locales para el tratamiento de los residuos que recogen.

Las infraestructuras de reciclaje, valorización y compostaje de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos que gestiona la sociedad mercantil de capital público se ubican en los términos municipales de diferentes localidades del territorio de la región y se integran en las denominadas Áreas de gestión de residuos:

En estas Áreas de gestión **GESPESA** gestiona infraestructuras de diversa índole, entre ellas ecoparques, plantas de transferencia y plantas de carga, dotadas de maquinaria fija y móvil necesaria para la recepción, transporte, almacenaje, tratamiento y valorización de los residuos gestionados.

GESPESA tiene atribuida, por tanto y entre otras, la labor de gestión, coordinación y explotación de estas infraestructuras de tratamiento dentro de los objetivos fijados en el Convenio suscrito con la Junta de Extremadura y el Plan Integrado de Residuos de Extremadura (PIREX) 2016-2022.

Para la gestión de las infraestructuras, **GESPESA** viene externalizando desde hace muchos años los servicios de operación, mantenimiento y conservación de las infraestructuras adscritas a las Áreas de gestión en que se divide Extremadura, como pieza relevante del resto de operaciones previas y posteriores de gestión de los residuos que, en defensa del interés público le han sido encomendadas, gestión que culmina finalmente con la puesta en el mercado, para su reintroducción en el sistema productivo, de los residuos que han podido valorizarse o en su defecto la retirada a vertedero de aquéllos no susceptibles de valorización.

Dentro del esquema operativo de gestión de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos que asume **GESPESA** concurren competencias de diferentes administraciones territoriales, coordinadas a través de instrumentos jurídicos que, en lo que afecta a este informe, atribuyen a la sociedad de capital público tareas específicas para la mejor ejecución del PIREX en lo que se refiere a la gestión de este tipo de residuos y a la

explotación de las infraestructuras de tratamiento de manera eficiente para la satisfacción de los intereses públicos tutelados por todas ellas.

2º.- Justificación de la necesidad del contrato:

El presente informe se emite a solicitud y en colaboración con **GESPESA**, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 28 y 116 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) para dar la adecuada cobertura justificativa a los motivos que imponen a la sociedad la necesidad contratar los servicios de operación de diversas infraestructuras de tratamiento de residuos ubicadas en las zonas de gestión de residuos, así como la idoneidad de los futuros contratos para dar cumplimiento a la necesidad puesta de manifiesto y los fines de **GESPESA**.

En la fecha de emisión del presente informe la actividad desarrollada en las infraestructuras de la mayoría de las áreas de gestión de residuos se sustenta en las previsiones de contratos que datan del año 2005, cuya duración inicial y prórrogas ha terminado, que siguen en vigor por la obligación de las contratistas de dar continuidad a los servicios hasta la adjudicación de otros nuevos.

En el resto de Áreas, el instrumento contractual sigue en vigor, pero próximo a concluir su vigencia.

Ante la excepcionalidad de la situación en la que se encuentran la mayoría de los contratos en virtud de los cuales se están operando, manteniendo y conservados las infraestructuras de estas Áreas, se hace preciso que **GESPESA** renueve y se dote de los instrumentos contractuales idóneos para la continuación con normalidad de la prestación de servicios especializados para dichas infraestructuras, como elemento necesario e imprescindible de la labor de explotación de aquéllas que asume la compañía como parte del contenido obligación fijado en el Convenio que da amparo a su actividad de gestión.

GESPESA, si bien dispone de medios materiales y personales, estos últimos no son los suficientes para asumir directamente, con la eficiencia exigida y con todas las garantías, la prestación de los servicios objeto de los contratos a licitar, cuya contratación en el mercado resulta operativa y económicamente más viable que dotar a la compañía del personal especializado y los instrumentos necesarios para su ejecución.

La operación, mantenimiento y conservación de las infraestructuras de tratamiento ubicadas en las áreas de gestión de residuos de Extremadura se ha llevado a cabo por la sociedad de capital público, casi siempre de forma externalizada, mediante relaciones contractuales, considerando que por las características del servicio su aprovisionamiento en el mercado es el más idóneo económica y operativamente, en oposición a la dotación

fundamentalmente de personal, aunque también de medios, directamente adscritos a la sociedad. La existencia en el mercado de empresas especializadas, que ya operan o cuentan con la capacidad técnica e innovadora para operar infraestructuras similares en un mayor volumen conjunto, permite también, mediante la aplicación de economías de escala, una reducción significativa de los costes de operación, mantenimiento y conservación, y la aplicación en ellas de las mejores técnicas disponibles.

La sociedad no cuenta, de acuerdo con lo anterior con medios humanos propios suficientes para la realización de la actividad prevista, por lo que en caso de no dotarse de los servicios en el mercado se vería obligada a la adscripción permanente de estos medios dentro de su estructura, sobredimensionándola de manera considerable e incrementando para el futuro sus costes fijos operativos.

Ante esta necesidad y realidad se propone la tramitación de los procedimientos de contratación necesarios que, bajo los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, igualdad y no discriminación, con cumplimiento pleno de la normativa que resulte de aplicación, garantice la prestación eficiente de los servicios de operación de las instalaciones integradas en las áreas de gestión de residuos. Estos contratos permitirán a **GESPESA** la gestión y explotación integral de la red de infraestructuras, dando cumplimiento a los objetivos asumidos por la Junta de Extremadura en materia de reciclaje y tratamiento de residuos sólidos domésticos.

En la medida en que el objeto de esta contratación está comprendido en el de los contratos regulados en la normativa en materia de contratación pública, y dada la consideración de **GESPESA** como entidad del sector público que tiene la consideración de poder adjudicador no administración pública (artículo 3.d) LCSP), la prestación de dicho servicio debe ser objeto de licitación al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3º.- Propuesta de idoneidad del contrato para el cumplimiento del fin pretendido:

Se propone la licitación a un contrato de servicios de operación, mantenimiento y conservación de las infraestructuras de tratamiento de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos ubicadas en las áreas de gestión de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de manera inmediata para aquellas cuyos contratos están vencidos y progresiva para las que están próximas a su conclusión.

En virtud de dicho contrato, **GESPESA** se dotará, sin perjuicio de su descripción detallada en el Pliego de Prescripciones Técnicas, de los servicios de operación, mantenimiento y conservación de las instalaciones para el transporte, tratamiento, reciclaje y valorización de los residuos

procedentes de los municipios integrados en la correspondiente área de gestión con los que se mantenga convenio en vigor.

Para la prestación de los servicios las empresas adjudicatarias operarán, bajo la dirección de **GESPESA**, los equipos y maquinarias instalados en las diferentes infraestructuras del área de gestión que corresponda, desarrollando las labores propias del servicio desde la recepción de los residuos hasta su completo tratamiento para destino final al mercado, previa su valorización, o a vertedero, según el tipo y las características del residuo, como apoyo en la gestión que tiene asumida la sociedad de capital público en la Comunidad Autónoma.

De esta forma, bajo la gestión y dirección de **GESPESA**, los licitadores ejecutarán, en el seno del contrato que se adjudique, un servicio de operación que posibilite el funcionamiento de las instalaciones y la transformación del residuo proveniente de las distintas poblaciones que tengan entrada en éstas, generando el residuo final (valorizado o no) cuyo destino será gestionado directamente por **GESPESA**.

Para llevar a efecto el servicio se pondrán bajo la operación de cada contratista las instalaciones fijas y móviles, maquinaria y demás instrumentos actualmente existentes en cada una de las infraestructuras para el desarrollo material del proceso de tratamiento, sin que aquéllas vengan obligadas a ninguna inversión inicial en maquinaria fija o móvil distinta a la actualmente disponible en aquéllas, salvo que la integren y asuman en su oferta como mejora o criterio de selección.

Pese a lo anterior, en cumplimiento de sus objetivos y de los compromisos asumidos tanto en la Concesión demanial de uso de las instalaciones como en el Convenio Marco para la gestión de residuos sólidos domésticos y comerciales, **GESPESA** debe enfocar la configuración de los servicios objeto de contratación hacia la **optimización en el tratamiento, la aplicación de las mejores técnicas disponibles y la consecución de los mayores logros ambientales**.

En este sentido, **GESPESA** es consciente de la conveniencia de afrontar inversiones particularizadas para la modernización de las técnicas de operación de las actuales infraestructuras. El reflejo que el uso de esas técnicas tiene en las ratios de recuperación/valorización de residuos y en el impacto ambiental del tratamiento es suficientemente justificativo de aquella conveniencia.

Con una adecuada configuración, nada impide desde un punto de vista regulatorio que la configuración de los contratos se oriente hacia una comunidad de objetivos entre **GESPESA** y los adjudicatarios, compartiendo un interés común en mejorar la recuperación, siempre que de ello se derive, además de un evidente beneficio ambiental, una mayor remuneración para los contratistas.

Por ello, los contratos pueden prever que voluntariamente los contratistas inviertan en la mejora y modernización de las técnicas de operación de las instalaciones, siempre que sean ofertadas libremente por ellos en el contrato y se les garantice por **GESPESA** el retronó de su amortización repercutida pendiente y comprometida si fuera resuelto por causa ajena al contratista.

Es importante destacar que las inversiones ofertadas, valoradas en el proceso de adjudicación y realizadas por los contratistas quedarán adscritas a las infraestructuras respectivas como titularidad de la Junta de Extremadura y estarán comprendidas dentro del objeto de la concesión demanial de uso antes referida.

4º.- Características fundamentales del contrato:

- I. **Objeto del contrato:** La operación, mantenimiento y conservación de la maquinaria fija y móvil y demás elementos funcionales de las infraestructuras de tratamiento de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos ubicados en las Áreas de gestión de residuos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con las exigencias y requerimientos técnicos que se fijen en los pliegos reguladores de la contratación y se concreten en las ofertas que resulten finalmente seleccionadas para cada área de gestión.
- II. **Naturaleza jurídica del contrato a licitar:** Teniendo en cuenta las características y los importes económicos que representa la prestación requerida a los contratistas en las distintas áreas de gestión de residuos objeto de contratación, la licitación debe seguirse como **contrato de servicios sujeto a regulación armonizada**.

1º.- *Distinción entre la concesión de servicios y el contrato de servicios:*

Las características del contrato a licitar obligan a una reflexión sobre su naturaleza jurídica, clarificando si se trata de una *concesión de servicios* o un *contrato de servicios*. Existe abundante legislación, doctrina administrativa y jurisprudencial que perfila y define los límites y la aplicación de una y otra figura a cada supuesto concreto, que han de ser tenidas en cuenta a la hora de proceder a la licitación de las prestaciones definidas en este informe.

En primer lugar hay que partir del artículo 5.1b) de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que define la concesión de servicios como "*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*", añadiendo a renglón seguido 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”.

Se hace eco la Directiva 2014/23/UE de la evolución de la última doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en resoluciones como la **Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C-348/10**, que en su considerando 41º expresa que *“la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.”*, para terminar concluyendo que *“la calificación de concesión de servicios exige que **la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre**”*. En el mismo sentido se habían pronunciado ya resoluciones anteriores como la Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, caso Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece una definición en su artículo 15 del contrato de concesión de servicios, acogiendo el criterio diferenciador expuesto, al establecer en el artículo 15.2 que en el contrato de concesión de servicios *“el derecho de explotación de los servicios **implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional**”*, remitiéndose al apartado 4º del artículo 14 que impone que el derecho de explotación implique *“transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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”.

Continúa el precepto:

*“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando **no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido** como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una **exposición real a las incertidumbres del mercado** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

La claridad de la más reciente normativa europea y, por su transposición, nacional, tiene reflejo en precedentes próximos de nuestros Tribunales, de entre los que merecen ser destacados:

- **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura nº 541/2015**, de 29 de septiembre (ROJ: STSJ EXT 1135/2015):

*“Un contrato de servicios requiere una **contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios**, mientras que, **en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio**, bien únicamente, bien acompañado de un pago (en este sentido, véase, en particular, la sentencia Eurawasser [TJCE 2009, 260], antes citada, apartado 51).... **El riesgo de explotación 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 (véase, en este sentido, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 37).”*

- **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura nº 46/2016**, de 11 de febrero (ROJ: STSJ EXT 124/2016):

*"Hay tener en cuenta también, a los meros efectos interpretativos, el contenido de 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 del mismo 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**. Y en este caso no existe ese riesgo operacional, pese a que así parece deducirse del informe del perito presentado por las empresas codemandadas cuando se refiere al riesgo y ventura del negocio, expresión que tiene otro significado en ese informe, según razonaremos posteriormente."*

Igualmente, los órganos administrativos de recursos contractuales acogen en sus resoluciones más recientes la misma posición, centrando la línea divisoria sustancial entre una y otra figura en la descrita transferencia del riesgo operacional:

- **Resolución nº 5/2018, de 1 de febrero**, de la **Comisión Jurídica de Extremadura** donde el órgano aclara que el **criterio delimitador** de una y otra figura contractual viene determinado por **quién asume el riesgo operacional**, si lo asume el contratista es un contrato de concesión de servicio; si lo asume la Administración, es un contrato de servicios.
- **Resolución nº 45/2017 de la Comisión Jurídica de Extremadura**, amparándose en la **Resolución TACRC nº 21/2016, de 21 de diciembre**, señala que para hacer la distinción entre una y otra figura es preciso examinar el objeto del contrato más allá de su previa calificación por la Administración; si se exige la asunción del riesgo de explotación por el adjudicatario en la concesión de ser servicios, habrá que ver en qué condiciones y con qué efectos ésta se produce.
- **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 562/2016**, de 15 de julio (que se remite a la **Resolución TACRC nº 550/2015**, de 12 de junio) y a la ya citada Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/2009), entre otros para definir el concepto de riesgo de explotación como análogo al *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*, entendido como:

"... 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", no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier".

- **Resolución del TACRC nº 945/2017**, con referencia a la su anterior Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, el Tribunal Administrativo señala que lo determinante a la luz de aquél último artículo (5.1 Directiva 2014/23/UE) es "**la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación ... 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**". Minimiza el Tribunal la relevancia a efectos distintivos de circunstancias como el destino de forma directa de la prestación a la utilización por particulares o que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario, pues considera que son consecuencias del concepto de servicio público o de la exigencia de asunción del riesgo (Resolución TACRC nº 141/2015, de 13 de febrero).
- **Resolución del TACRC nº 1094/2017** consideró la existencia de un contrato de servicios cuando la retribución dependía de un precio unitario por servicio para que el fuera requerido el contratista y el poder adjudicador no garantizaba un número mínimo de servicios, diciendo que "*este riesgo por la demanda del servicio no alcanza la definición de la Directiva antes transcrita puesto que no supone "una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable"*.

En definitiva, la **transferencia del riesgo operacional**, entendido como una **exposición real del contratista a las incertidumbres del mercado** son los elementos que definen si el contrato es de servicios o una concesión de servicios.

2º.- Caracterización como contrato de servicios de las prestaciones objeto del contrato:

Sentada la anterior posición unánime y consolidada de los tribunales administrativos de recursos contractuales y los Tribunales de Justicia nacionales y europeo, entendemos que el contrato que se licita encuentra su verdadera naturaleza jurídica como **contrato de servicios**, y con como concesión de servicios, por los siguientes motivos:

1º.- El servicio objeto de licitación no es de la **titularidad** ni de la **competencia** de la sociedad de capital público que actúa como poder adjudicador, cuya gestión se ampara en convenios suscritos entre las Administraciones Públicas que realmente la ostentan (entidades locales, en cuanto a la gestión de los residuos, y la Comunidad Autónoma en materia medioambiental) y entre la propia Junta de Extremadura y **GESPESA**. El artículo 15.1 de la Ley 9/2007 define el contrato de concesión de servicios como "*aquél en virtud del cual uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso ... la **gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia***".

2º.- La **gestión de las infraestructuras**, considerada como el conjunto de actuaciones necesarias para atender la demanda de tratamiento de residuos que procede de las entidades locales y de productores singulares, hasta su conclusión con la venta de los valorizados o la retirada a vertedero de los no valorizables, **permanece y se configura en el contrato como titularidad real y efectiva de GESPESA**, que mantienen en ellos el control completo del proceso. Esta radicación de la gestión en **GESPESA** tiene carácter **obligatorio** tanto en la concesión demanial de uso como en el convenio marco que ampara la contratación de los servicios.

Consecuencia de donde se residencia la gestión de las infraestructuras es que **GESPESA asumirá en el contrato los beneficios o las pérdidas** que se produzcan como consecuencia de modificaciones en la tarifa que abonan las entidades locales o los aumentos o disminuciones de las retribuciones que se reciban por los residuos valorizados, que corresponden en exclusiva a **GESPESA** y no a los operadores de las instalaciones.

3º.- La **retribución a los contratistas por los servicios prestados** se hará por la sociedad y no por los usuarios del servicio, desvinculada a los resultados de explotación del servicio. Aun cuando la retribución no es hoy uno de los elementos determinantes de la distinción entre ambas figuras contractuales, la jurisprudencia apunta a ella como uno de los **rasgos a examinar caso por caso** para depurar la verdadera naturaleza jurídica del contrato.

En el contrato la remuneración de los contratistas se definirá en **cantidades cerradas por tipo de residuo procesado**, susceptibles de alza o baja exclusivamente de acuerdo con el contenido de la oferta que éstos libre y voluntariamente presenten dentro del proceso de selección y ajenas, como decíamos en el apartado anterior, a variables como el precio que satisfagan las entidades locales por los residuos que aporten para su tratamiento o el precio que finalmente se obtenga por la venta de los valorizados que puedan volver a ser puestos en el mercado tras aquél.

Estas variables (precio satisfecho por el titular de los residuos y precio recuperado por residuos valorizados) son las que aportan incertidumbre a la explotación de los servicios y permanecen, en la configuración diseñada para los contratos, ajenas a los contratistas y, por tanto, **residencian y mantienen el riesgo operacional en el poder adjudicador**, responsable real y definitivo de la gestión y explotación de la red de infraestructuras de tratamiento de residuos sólidos domésticos y comerciales no peligrosos en Extremadura.

- 4º.- La **infraestructura**, incluyendo la maquinaria fija y móvil, a emplear para la prestación del servicio es aportada por el poder adjudicador y no por el contratista, que no estará sometido a más inversión inicial que la que libre y autónomamente comprometa en su oferta como elemento a valorar dentro de los criterios de selección que se fijen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, teniendo garantizada su recuperación en los términos que seguidamente se apuntan.
- 5º.- La **recuperación de la amortización pendiente de la inversión realizada** que hayan comprometido los contratistas adjudicatarios de los contratos, validada por **GESPEA** como elemento integrante de la oferta, idóneo para la valoración en el proceso de selección, estará garantizada por el poder adjudicador si la duración del contrato es, por causas ajenas al contratista, inferior a la ofertada para su total recuperación. Esta circunstancia elimina un altísimo grado de exposición del contratista aún en el caso en que comprometa en su oferta, de manera voluntaria, inversiones para la actualización y modernización de las infraestructuras.
- 6º.- La previsión de volumen de residuos a tratar, teniendo en cuenta las cifras consolidadas de utilización de las infraestructuras de cada una de las áreas de gestión objeto de la licitación, parece permitir razonablemente a los contratistas **una recuperación de los costes fijos directos en que incurran en la prestación de sus servicios**. Aun cuando el riesgo absoluto no puede estar

nunca excluido (por ejemplo, no lo estaría si todas las entidades locales de la zona resolvieran los convenios suscritos para tratar los residuos que recogen), un devenir lógico de los acontecimientos hace previsible que el precio recibido en función de los volúmenes razonables de residuos a tratar en las infraestructuras cubra sustancialmente los costes incurridos por su operación, mantenimiento y conservación por los contratistas.

- III. Procedimiento de adjudicación:** La naturaleza del contrato, sus características y su valor estimado comportan tramitar la licitación por el **procedimiento abierto**. Asimismo, corresponde la **tramitación ordinaria**, dado que no se advierten motivos excepcionales que precisen de una mayor celeridad y, en ningún caso, procede la reducción del plazo de que dispongan los licitadores para presentar su oferta, dada su evidente complejidad.
- IV. Órgano de contratación:** **Dirección Gerencia de GESPESA**, como órgano definido por el artículo 32.2 de la ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, titular de las competencias en aplicación de las normas de derecho privado que son aplicables a la sociedad.
- V. División por lotes de los contratos:** **No**. Los contratos se licitarán separadamente para la operación, mantenimiento y conservación de la totalidad de las infraestructuras de cada área de gestión, dada su unidad funcional, operativa y económica, indivisible con arreglo a las normas en vigor si se deben alcanzar los objetivos ambientales puestos en juego, por lo que procede descartar su división en lotes.
- VI. Valor estimado de los contratos:** El valor estimado de cada contrato se cifrará por el órgano de contratación en el acuerdo de inicio de cada expediente, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 LCSP, en el **importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero a los contratistas según sus estimaciones para cada área de gestión, durante la ejecución del contrato**.
- VII. Sujeción a regulación armonizada:** Dada la naturaleza de los contratos y analizadas las cifras en toneladas de tratamiento en las infraestructuras que deberán operar, mantener y conservar los licitadores, los contratos que se liciten estarán **sujetos a regulación armonizada**, en aplicación de lo previsto en el artículo 19 LCSP.
- VIII. Publicidad del anuncio de licitación:** Además de en la Plataforma de Contratación del Estado, que opera como perfil del contratante de **GESPESA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 135.1 LCSP, el anuncio de licitación debe ser objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 156.2 LCSP y 31.f) Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de Contratación pública socialmente responsable de Extremadura.

IX. Duración del contrato: Deberá fijarse **dentro de los límites que prevé el artículo 29 LCSP** y a los que se remite el artículo 13.1 Ley 12/2018 de Contratación pública socialmente responsable de Extremadura, si bien, dependiendo de la configuración que la entidad contratante dé en los Pliegos reguladores a las inversiones voluntarias que los licitadores puedan eventualmente introducir en sus ofertas y a su amortización, puede ser necesario hacer uso de la posibilidad excepcional que prevé dicho artículo de **ampliar el general de 5 años previsto para los contratos de servicios.**

X. Sujeción a las reglas de contratación pública socialmente responsable: La naturaleza de GESPEA como entidad dependiente o vinculada a la Junta de Extremadura hace obligatorio respetar en los procedimientos de contratación objeto de este informe previo las prescripciones de la Ley 12/2018, de 26 de octubre, de Contratación pública socialmente responsable de Extremadura.

Por todo lo anteriormente expuesto, al no contar **GESPEA** con los medios personales especializados necesarios para la ejecución del servicio, a los efectos de evitar la interrupción de los servicios tanto en las áreas de gestión cuyos contratos se encuentran vencidos como ante la cercanía de la extinción de los del resto, al amparo de los cuales se encuentran actualmente funcionando las instalaciones de tratamiento y, a fin de dar cumplimiento a los objetivos en materia de tratamiento de residuos contenidos en el Plan Integrado de Residuos de Extremadura (PIREX) 2016-2022, **procede la contratación progresiva, en atención a la situación de vigencia de cada instrumento contractual previo, de los servicios de operación, mantenimiento y conservación de las infraestructuras de las áreas de gestión de residuos de la Comunidad Autónoma de Extremadura,** al amparo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, así como en el marco de la concesión demanial de uso temporal y en el Convenio marco, considerando que **con ello se da satisfacción, de una forma eficiente y ágil a las necesidades puestas de manifiesto y se salvaguardan mejor tanto el interés público como los intereses de los posibles licitadores que resulten adjudicatarios.**

En Mérida a 8 de marzo de 2019.

Ltdº. Manuel Beato Víbora
Responsable del Área de Derecho Administrativo
Bálamo Legal & Fiscal