

Recurso 28/2013**Resolución 50/2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 26 de abril de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ESSE Servicios Avanzados de Energía, S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “Gestión integral del servicio de alumbrado exterior del municipio de Fuente Palmera” ((Expte. 298/2012), licitado por el Ayuntamiento de dicho municipio, este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de noviembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación del contrato denominado “Gestión integral del servicio de alumbrado exterior del municipio de Fuente Palmera” (Expte. 298/2012), y el 23 de noviembre de 2012, se publicó en el Boletín Oficial del Estado.

El valor estimado del contrato asciende a 3.190.000, 00 euros.



SEGUNDO. El 4 de diciembre de 2012, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera (Córdoba), escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ESSE Servicios Avanzados de Energía, S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “Gestión integral del servicio de alumbrado exterior del municipio de Fuente Palmera” ((Expte. 298/2012).

TERCERO. El 12 de febrero de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera remitiendo el recurso especial en materia de contratación, junto al expediente de contratación y el informe correspondiente.

CUARTO. El 25 de marzo de 2013, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado, solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión a analizar es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP establece con relación al órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades*



Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”.

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10, establece que las entidades locales andaluzas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos, o bien atribuir dicha competencia al Tribunal Administrativo mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

El 18 de febrero de 2013, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal. Dicho convenio fue remitido a este Tribunal ese mismo día.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1 y 2 del TRLCSP, puesto que el anuncio de licitación del contrato se publicó en el BOE el 23 de noviembre de 2012 y el recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el 4 de diciembre de 2012.



CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

En este sentido, el artículo 40.1 del TRLCSP establece que “serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...)

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

Puesto que la duración del contrato es de 10 años, es necesario determinar si se cumple el otro requisito, esto es, tener un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros, a efectos de admitir el recurso especial en materia de contratación.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna definición concreta de lo que debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia ha llevado a que se venga utilizando un concepto contable. En este sentido, en la Consulta nº 3 hecha al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) del Boletín del ICAC 56, de diciembre de 2003, se señaló que los gastos de primer establecimiento “*son los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previos al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de*



capacidad de la misma, necesarias para su normal funcionamiento y cuyo importe no pueda imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos, con las consiguientes características:

- a) Deben referirse al período de desarrollo previo al inicio de la actividad.*
- b) Deben ser necesarios para empezar la actividad productiva.*
- c) Deben tener naturaleza técnico-económica”.*

De otro lado, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, rehusa el concepto contable de tales gastos y acoge el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento que se encuentra en los artículos 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, los cuales se refieren al “*coste del establecimiento del servicio*” para calcular la retribución prevista para el concesionario “*de donde cabe deducir, que 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 (...). Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras*”.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 30/2011, de 29 de junio, entiende que la expresión de gastos de primer establecimiento se refiere al importe determinado en estudio económico que debe preceder necesariamente a la celebración de todo contrato de gestión de servicio público y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados.



En el caso objeto del presente recurso, no consta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) ni en la memoria económica incluida en el expediente de contratación, ninguna referencia a los gastos de primer establecimiento.

El objeto del contrato definido en la cláusula 3 del PCAP comprende las siguientes prestaciones:

- **Prestación P1-Gestión energética:** ejecución de las técnicas de gestión energética y explotación necesarios para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato (...)
- **Prestación P2- Mantenimiento:** mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento, rendimiento y limpieza de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes.
- **Prestación P3- Garantía total:** reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones según se regula en este Pliego bajo la modalidad de garantía total.
- **Prestación P4- Obras de Mejora y Renovación de Instalaciones Consumidoras de energía:** realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones que fomente el ahorro de energía y la eficiencia energética, (...) serán ejecutadas y financiadas por el contratista y no tienen repercusión económica sobre el presupuesto del contrato.

Al no fijarse en el citado PCAP presupuesto de gastos de primer establecimiento, se solicitó por este Tribunal al órgano de contratación un informe económico sobre si el citado contrato conlleva gastos de primer establecimiento.

Con relación a ello, el órgano de contratación, el 25 de abril de 2013, remite un informe indicando que “**no existen gastos de primer establecimiento**”.



En consecuencia, no existiendo presupuesto de gastos de primer establecimiento, falta uno de los requisitos que establece el artículo 40.1.c) del TRLCSP para que el contrato de gestión de servicios públicos sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, esto es, que tenga un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros.

De cuanto antecede, debe concluirse que, en el supuesto examinado, procede inadmitir el recurso interpuesto puesto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, el mismo se refiere a un contrato que no resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, no siendo por tanto este Tribunal competente para su resolución.

QUINTO: No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 5 del artículo 40 del TRLCSP establece que *“los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”*

Por consiguiente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre - conforme al cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”-, procede remitir el citado escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La inadmisión de plano del recurso especial interpuesto determina que no proceda entrar a analizar las cuestiones de fondo planteadas en el escrito de recurso.

En virtud de ello, y vistos los preceptos legales de aplicación, este **Tribunal**, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ESSE Servicios Avanzados de Energía, S.L.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “Gestión integral del servicio de alumbrado exterior del municipio de Fuente Palmera” (Expte. 298/2012), por haber sido interpuesto contra actos que se refieren a un contrato no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal en resolución de 25 de marzo de 2013.



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

LA PRESIDENTA

