

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

En Madrid, a 31 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.M.O., en nombre y representación de Electrotecnia Monrabal, S.L., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alpedrete de 9 de julio de 2013, por el que se adjudica el contrato “Gestión del servicio público del alumbrado y mantenimiento eléctrico de edificios e instalaciones municipales” expediente 2/2013, del Ayuntamiento de Alpedrete, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de marzo de 2013 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato “Gestión del servicio público del alumbrado y mantenimiento eléctrico de edificios e instalaciones municipales”, con un valor estimado de 1.865.000 euros, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación.

El objeto del contrato según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) consiste en la gestión del servicio de alumbrado público y mantenimiento eléctrico de edificios e instalaciones municipales, cuya codificación es CPV 45311000-0 (trabajos de instalación de cableado y accesorios eléctricos), 50232100-1 (mantenimiento alumbrado calles) y 50711000-2 (reparación y mantenimiento de equipos eléctricos de edificios) .

La explotación del servicio se realizará mediante la modalidad de concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, centrándose la asunción del riesgo en la diferencia entre el canon anual ofertado por los licitadores para la prestación del servicio y el ahorro que consigan mediante una gestión eficiente energéticamente del alumbrado, ya que el ahorro propuesto deberá quedar garantizado para lo cual el adjudicatario asumirá el coste de la energía eléctrica del exceso sobre lo garantizado en la oferta (ahorro energético), descontándose de los pagos anuales de la oferta propuesta, tal y como se establece en la cláusula novena 1.2 del PCAP.

Para ello los licitadores no solo deberán ofertar el precio por el que proponen tomar a su cargo la prestación del servicio, sino también el porcentaje de ahorro a que se comprometen.

Debe destacarse asimismo que la cláusula décimo octava del PCAP establece las obligaciones del contratista, sin que entre ellas se especifique la obligación de realizar gasto o inversión alguna, más allá de los relativos a la inserción de anuncios.

Por su parte el PPT establece en su punto 4 que *“El Contratista realizará, a su cargo, las inversiones de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público con el fin de conseguir la eficiencia y ahorro energético propuesto en su*

oferta.”

Por otro lado de acuerdo con el punto 3.13 *“El Contratista está obligado a realizar todas las ampliaciones de las instalaciones consideradas en este pliego así como nuevas instalaciones dentro de los edificios existentes, que además se facturarán previo encargo de la Administración. Por último, de acuerdo con el punto 3.16 del mismo PPT “Quedan excluidas de este contrato las modificaciones de las instalaciones tanto de máquinas como de redes de distribución (electricidad), ejecutándose vía propuesta técnico-económica”.*

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Durante el plazo de presentación de ofertas se presentaron 7 licitadoras, siendo una de ellas la recurrente.

Con fecha 9 de julio de 2013, por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento se adjudicó el contrato a la empresa CLECE S.L, habiéndose formalizado el mismo el día 12 de julio de 2013.

Tercero.- La recurrente, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCPS, remitido según el sello correspondiente el día 24 de julio, en el servicio de Correos de Valencia, presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal con fecha 26 de julio de 2013, siendo requerido ese mismo día el órgano de

contratación para que remitiera el expediente y el informe preceptivo exigido en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se realizó el día 29 de julio de 2013.

La recurrente solicita la admisión del recurso y que se anule la resolución de adjudicación por incorrecta apreciación de los criterios de valoración establecidos en los pliegos.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, defiende la valoración otorgada a las licitadoras en relación con cada uno de los puntos controvertidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Son varias las cuestiones de admisibilidad que deben estudiarse antes de entrar al fondo del presente recurso.

Corresponde examinar en primer lugar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso. Éste se ha interpuesto contra una Resolución dictada en el seno del procedimiento de licitación correspondiente a un contrato calificado como gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

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

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

(...)

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

Consta en el PCAP, que el presupuesto base de licitación asciende a 1.865.000 euros, correspondiente al plazo de duración de quince años, pero no se indica si el contrato lleva o no gastos de primer establecimiento.

A diferencia de lo que ocurre con los demás contratos susceptibles de recurso especial, no es el valor estimado, sino el importe de los gastos de primer establecimiento el determinante de la procedencia o no del mismo y en consecuencia, de la competencia de los órganos encargados de su resolución.

Debe partirse de la consideración de que el concepto gastos de primer establecimiento es ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la delimitación de los contratos susceptibles de recurso especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea, sino del Ordenamiento Jurídico Español.

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

actividad, tal y como señala el Informe 7/2008 de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

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

Ambos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones.

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

Este Tribunal considera que cuando la Ley establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control

eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos *ex novo*, como los que deban realizarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario.

Deben asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

Sentado lo anterior procede examinar, al caso concreto, el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales inversiones. El artículo 132 del TRLSC dispone para los contratos de gestión de servicio público, *“Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”*, de manera que es preciso regular los aspectos de carácter económico del mismo, lo que exige un estudio económico que debe preceder necesariamente a su licitación y que ha de recoger las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable

a los interesados. La expresión “presupuesto de gastos de primer establecimiento” se refiere al importe previsto en dicho documento.

No consta en el expediente administrativo estudio económico alguno del que pueda derivarse la obligatoriedad de realizar una serie de gastos que pudieran calificarse como de primer establecimiento. Tampoco se recogen en el PCAP o PPT obligaciones de inversión alguna que pudiera ser contabilizada como gasto de primer establecimiento. Únicamente constan en el punto 4 del PPT, tal y como se recoge más arriba, que *“El Contratista realizará, a su cargo, las inversiones de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público con el fin de conseguir la eficiencia y ahorro energético propuesto en su oferta.”*

Son estas las instalaciones cuyo coste la recurrente considera gastos de primer establecimiento, y en las que justifica la procedencia del recurso especial por tratarse de gastos de primer establecimiento. Dichas inversiones debidamente acreditadas alcanzarían según las estimaciones de la recurrente un total de 620.000 euros.

Ahora bien, como más arriba se ha indicado y consta en el estudio informativo que cita la recurrente publicado por este Tribunal, quedan fuera del concepto de gastos de primer establecimiento, tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente, como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Es en este último concepto en el que deben incardinarse las inversiones que la recurrente aduce que son gastos de primer establecimiento, puesto que las mismas están directamente relacionadas con uno de los criterios susceptibles de valoración, como es el porcentaje de ahorro energético. De esta forma no todas las inversiones propuestas por todos los licitadores tendrán la misma cuantía, ni se producirán en el momento inicial del contrato,- piénsese que se trata de un contrato de quince años de duración-. No sería en tales supuestos admisible

que los actos dictados en el procedimiento de licitación correspondiente a este contrato fueran susceptibles de recurso especial o no en función del contenido de las ofertas de los licitadores.

El contrato no llega por tanto al umbral de 500.000 euros establecido en la Ley como importe mínimo para que se admita la interposición del recurso especial en materia de contratación y por ello no es competencia de este Tribunal su resolución.

Segundo.- Por otro lado debe tenerse en cuenta que el contrato ha sido formalizado el día 12 de julio de 2013, esto es sin tener en cuenta el plazo de 15 días que el artículo 156.3 del TRLCSP establece para formalizar el contrato en aquéllos que sean susceptibles de recurso especial. No es imputable al Ayuntamiento de Alpedrete un eventual incumplimiento en este punto de la normativa reguladora del recurso especial en materia de contratación, puesto que como hemos visto, el contrato no se encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación del artículo 40 TRLCSP.

La formalización del contrato, sin perjuicio en su caso de la procedencia de la cuestión de nulidad, fundada en el artículo 37.1.b) del TRLCSP, impide a este Tribunal entrar a conocer del recurso que se configura, en contraposición a la nulidad, como un recurso precontractual, de manera que los actos susceptibles de recurso, son aquellos que se producen en las fases de preparación y adjudicación del contrato como se desprende de lo dispuesto en el artículo 47.2 del TRLCSP cuando señala que la resolución del órgano competente *“se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento*

relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.”, siendo susceptibles los actos posteriores únicamente de la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 y siguientes del TRLCSP a juicio de este Tribunal tal y como se expuso entre otras en la Resolución 107/2012 de 20 de septiembre.

Tercero.- En todos los demás supuestos referidos a contratos y actos distintos a los señalados en el artículo 40.1, será de aplicación lo dispuesto al efecto en el artículo 40.5 del TRLCSP que 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”.*

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de conformidad con el 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.

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

Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por Don J.M.O., en nombre y representación de Electrotecnia Monrabal, S.L., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alpedrete de 9 de julio de 2013, por el que se adjudica el contrato “Gestión del servicio público del alumbrado y mantenimiento eléctrico de edificios e instalaciones municipales” expediente 2/2013, del Ayuntamiento de Alpedrete, por no ser susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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