

Recurso 107/2012
Resolución 115/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 22 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ENDESA INGENIERIA S.L.U. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Baza (Granada) de 30 de agosto de 2012, por el que se acuerda la adjudicación del contrato denominado “Gestión del servicio público y servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Baza”(Expte. 8/12), este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de mayo de 2012, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada nº 94 anuncio de licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público y servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Baza”(Expte. 8/12), y el 14 de junio de 2012, en el Boletín Oficial de la Provincia nº 16, se publicó una rectificación del anuncio anterior, ampliando el plazo de presentación de ofertas y modificando la clasificación exigida.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO: El 11 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Baza escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDESA INGENIERIA S.L.U. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Baza (Granada) de 30 de agosto de 2012, por el que se acuerda la adjudicación del citado contrato a la empresa ELECOR, S.A.U. y la exclusión de la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas ENDESA INGENIERIA S.L.U.- ENEL SOLE, S.R.L..

CUARTO: El 19 de octubre de 2012, tiene entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación remitiendo el citado recurso junto al expediente de contratación, el informe correspondiente y el listado de todos los licitadores, con indicación de los datos precisos para notificaciones.

QUINTO: Por la Secretaría del Tribunal, en virtud de oficio de 14 de noviembre de 2012, se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndolas presentado en plazo ELECOR, S.A.U.

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 13 de noviembre de 2012, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Baza 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 el día 15 de noviembre de 2012.

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.

El recurso se interpone por el representante de ENDESA INGENIERIA S.L.U. Dicha empresa licitó en Unión Temporal de Empresas (UTE) con la empresa ENEL SOLE, S.L.R., aunque el recurso se formaliza en representación de ENDESA INGENIERIA S.L.U. y no de la UTE.

En este sentido, la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo (así la STS de 28 de febrero de 2005), acoge la argumentación de que cualquiera de los partícipes de la unión temporal puede actuar en defensa de los derechos de la agrupación *“sin que esté justificado que la sentencia impugnada declarase que no se había acreditado la legitimación de quien actuaba en interés de la UTE, pues, en caso de duda sobre la legitimación, debió resolverse en el sentido de aceptar ésta en aplicación del principio pro actione”*.

Este es el criterio asentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 4 de octubre de 2007 en el asunto C-492/06 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano), indicó que *“la Directiva 89/66/CEE no se opone a que, según el Derecho Nacional, uno solo de los miembros de la unión temporal de empresas pueda interponer, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación”*. En el mencionado Auto, el Tribunal de Justicia razona que, en su sentencia de 8 de septiembre de 2005, se limitó a determinar el umbral mínimo de acceso al recurso garantizado por la Directiva, pero no excluye que otros derechos nacionales puedan conceder un

acceso más amplio, estableciendo una legitimación activa más amplia que la mínima garantizada.

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 la resolución de adjudicación se notificó al recurrente por correo certificado el 24 de septiembre de 2012 y el recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el 11 de octubre 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 15 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, el órgano de contratación, en el informe emitido en relación a este recurso indica que en la Consulta nº 3 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 A.2. del PCAP comprende las siguientes prestaciones:

- **Prestación P1-Gestión energética:** cuyo presupuesto es de 486.585,09 euros anuales sin IVA.
- **Prestación P2- Mantenimiento:** cuyo presupuesto es de 25.000 euros anuales sin IVA.
- **Prestación P3- Obras de Mejora y Renovación de Instalaciones Consumidoras de energía:** serán ejecutadas y financiadas por el contratista y no tienen repercusión económica sobre el presupuesto del contrato.
- **Prestación P4- Inversiones en Ahorro Energético y Energías renovables:** serán ejecutadas y financiadas por el contratista y no tienen repercusión económica sobre el presupuesto del contrato.

- **Prestación P5- Trabajos complementarios:** la inversión la financiará el contratista y la amortizará en el plazo de duración 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 al respecto y con mención expresa de si la cantidad de 1.590.782, 46 euros que se fija en la cláusula B.1 del PCAP referido al presupuesto de licitación en relación a la Prestación P3: "Obras de mejora y renovación de la instalaciones consumidoras de energía", corresponde a gastos de primer establecimiento.

En relación a ello, el órgano de contratación, el 20 de noviembre de 2012, remite un informe indicando que:

<<1. El servicio energético viene siendo prestado por el Ayuntamiento de Baza, por lo que no es necesaria inversión de puesta en funcionamiento.

2. La finalidad del objeto del contrato es optimizar los recursos para conseguir un servicio más eficiente y reducir el consumo energético, por lo que cualquier inversión o gasto en que incurra el adjudicatario para la consecución de este fin, **estará directamente imputado a la producción del servicio.**>>

Y en cuanto a la cantidad de 1.590.782,46 € antes referida respecto a la Prestación P3, se indica que:

<<1. EL objeto de este contrato tiene como fin reducir el consumo energético.

2. La cantidad arriba referenciada es la suma necesaria para la **sustitución** de las lámparas, equipos y luminarias (que no primera instalación) mediante las cuales se consiga la reducción de consumo energético (...) por tanto, dicha cantidad debe

considerarse como gastos de explotación, imputables directamente a la consecución de la finalidad del contrato, y NO corresponde a gastos de primer establecimiento>>.

En consecuencia, es claro, ya acojamos el concepto contable de presupuesto de gastos de primer establecimiento entendido como gastos necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, ya se acoja el criterio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón entendiendo aquéllos como gastos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que en el contrato objeto del presente recurso no existe tal presupuesto de gastos de primer establecimiento puesto que el servicio energético a contratar ya se viene prestando por el Ayuntamiento, y el contratista que resulte adjudicatario lo que tendrá es que hacer inversiones para mejorar la prestación del servicio, pero no una inversión inicial de primera instalación para poner en funcionamiento el servicio público, que ya se viene prestando.

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 ENDESA INGENIERIA S.L.U. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Baza (Granada) de 30 de agosto de 2012, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de denominado “Gestión del servicio público y servicio de

gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Baza”(Expte. 8/12), 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.

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