

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

En Madrid, a 2 de octubre de 2013.

VISTOS los recursos formulados por Don C.N.B., como Concejal electo del Partido Democrático Popular (P.D.A.P.), y por Don J.A.F., y otros como Concejales electos del Partido Socialista Obrero Español, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navacarnero de 30 de agosto de 2013, por el que se adjudica el contrato de Gestión Indirecta, bajo la modalidad de concesión, del Servicio Público de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del Municipio de Navacarnero", este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navacarnero de fecha 5 de junio de 2013 se aprobó un gasto anual por importe de 1.054.032,53 euros y el expediente de contratación "Gestión Indirecta, bajo la modalidad de concesión, del Servicio Público de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del Municipio de Navacarnero". De acuerdo con el certificado del Secretario Accidental del Ayuntamiento obrante en el expediente el Acuerdo se aprobó por mayoría absoluta, pero no se recoge en dicho certificado el sentido de

los votos de los distintos representantes de los partidos políticos presentes en la corporación municipal. Únicamente consta que dos de los representantes del PSOE y el representante del Partido Democrático Popular, se abstuvieron de votar en la Comisión Informativa de Administración Pública de 30 de mayo de 2013, en la que se emitió informe favorable a la aprobación del gasto y convocatoria correspondientes a la presente licitación.

Con fecha 21 de junio de 2013 se publicó en el BOCM, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de gestión del servicio público de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del Municipio de Navalcarnero en su modalidad de concesión. El contrato tiene una duración de dieciocho años siendo el presupuesto fijado de 871.101,26 euros anuales.

Segundo.- Las empresas Endesa Ingeniería, Urbalux, y SICE presentaron sendos escritos al Ayuntamiento de Navalcarnero dentro del plazo de presentación de ofertas solicitando una ampliación del plazo para presentar ofertas habida cuenta de la magnitud y envergadura del proyecto, manifestando ambas su intención de presentar ofertas en dicha convocatoria.

Ante dichas solicitudes por el Servicio de contratación se solicitó informe al Ingeniero Técnico Municipal sobre la ampliación de plazo solicitada, informe que no se ha incorporado al expediente administrativo. Esto no obstante, sí que consta que mediante escritos fechados el 3 de julio de 2013 se comunica a los solicitantes que no se llevará a cabo el aplazamiento solicitado por lo que el último día de presentación de ofertas sigue siendo el día 8 de julio. En dichas comunicaciones no se hacía referencia al régimen de recursos procedente frente a ellas.

Tercero.- A la licitación convocada solo se presentó la empresa Elecnor S.A, proponiendo la Mesa de Contratación, una vez examinada la documentación y

valorada la oferta presentada por aquélla, la adjudicación a la misma. Propuesta que se eleva al Pleno el día 1 de agosto de 2013. Tal propuesta fue dictaminada favorablemente el día 13 de agosto por la Comisión Informativa de Administración Pública, con los votos en contra de los tres representantes del PSOE, sin que conste la participación del representante del Partido Demócrata Popular.

Por último, el Pleno del Ayuntamiento acordó por mayoría absoluta adjudicar el contrato a la empresa Elecnor por un presupuesto anual de 844.968,22 euros. De nuevo no se recoge en el certificado del Secretario Accidental el sentido del voto de los distintos representantes de los partidos políticos presentes en el Pleno.

Notificado el Acuerdo al propuesto como adjudicatario y presentada la documentación precisa para proceder a la adjudicación, la misma tuvo lugar mediante Acuerdo del Pleno de 30 de agosto de 2013, en el que tampoco consta el sentido del voto de cada representante.

Cuarto.- Los representantes del Partido Democrático Popular y del PSOE en el Ayuntamiento de Navalcarnero interpusieron, sendos recursos administrativos especiales en materia de contratación contra la adjudicación del contrato con fechas 6 y 19 de septiembre respectivamente, ante el Ayuntamiento, que los remitió a este Tribunal donde tuvieron entrada los días 12 y 19 del mismo mes, acompañados del expediente administrativo y del informe contemplado en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Los recurrentes solicitan la nulidad de la adjudicación invocando en ambos casos perjuicios para las arcas municipales como legitimadores de su pretensión. Más concretamente por el representante del Partido Democrático Popular se afirma que la falta de ampliación del plazo solicitado pudo suponer una posible información privilegiada y un posible delito de tráfico de influencias y prevaricación, amén de un

perjuicio para las arcas públicas por falta de competitividad con otras empresas ya que en otras localidades (que no identifica) se vienen aplicando bajas entre el 30 y el 50 por ciento. Dicha alegación se contiene también en semejantes términos en el recurso del PSOE.

Se aduce asimismo que el Ayuntamiento no puede adjudicar un contrato al no existir presupuesto aprobado desde el año 2007, señalando que la situación de endeudamiento del municipio, que se detalla en ambos recursos, determina la imposibilidad de adjudicar este contrato, lo que ambos recurrentes consideran contrario a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, Orden HAP 2105/2012, Real decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero y el Sistema Europeo de Cuentas.

Quinto.- El Ayuntamiento de Navalcarnero, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, señala respecto de las alegaciones relativas a la insuficiencia presupuestaria y estabilidad y sostenibilidad financiera aducidas por las recurrentes, que se trata de una cuestión ajena al procedimiento de adjudicación del contrato de gestión indirecta, añadiendo que en el expediente se emitió informe por la Intervención el 27 de mayo de 2013, que establece que existe crédito adecuado y suficiente para proceder a consignar las cantidades necesarias para el pago de las prestaciones del contrato, acompañándose las correspondientes retenciones de crédito.

Respecto de la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas se indica que el artículo 159. 2 del TRLCSP, establece que para los contratos no sujetos a regulación armonizada, como es el caso, dicho plazo no será inferior a quince días y que la invocación efectuada por las recurrentes de un plazo de 26 días no es aplicable más que al contrato de obras y concesión de obras públicas. Añade que la no ampliación de dicho plazo obedeció a la imposibilidad de convocar un Pleno para adoptar tal medida, con anterioridad a la fecha límite de presentación de

ofertas, el 8 de julio, no obstante lo cual, se dio cumplida información a las empresas solicitantes y se puso a su disposición un número de teléfono para realizar todas las consultas pertinentes en orden a la presentación de ofertas, habiéndose tramitado la licitación con la única empresa concurrente con total legalidad y transparencia.

Sexto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto objeto de ambos, se trata del mismo órgano de contratación, hay identidad en las pretensiones de los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, se considera conveniente su tramitación y resolución conjunta en una sola resolución.

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”.

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.

No se establece en el expediente si el contrato lleva o no gastos de primer establecimiento y su cuantificación, lo que exige el examen del resto de la documentación administrativa para comprobar tal extremo.

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.

Consta en el expediente un informe del Ingeniero Técnico municipal del Ayuntamiento fechado el 27 de mayo de 2013, en el que se da cuenta de la situación actual de las instalaciones de alumbrado exterior y del coste de las prestaciones objeto del contrato. Así se indica que la cuantía de la inversión que se requiere para la adaptación de las instalaciones a la normativa vigente, según auditoría, es de 4.100.000 euros. Por otro lado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, se definen los distintos tipos de prestaciones objeto del contrato identificadas como P1, Gestión energética, P2 Mantenimiento, P3 Garantía Total, P4 obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía y P5 Trabajos complementarios.

Respecto de la P4 que ahora nos interesa, la misma comprende la realización de las obras de mejora o instalación del alumbrado exterior que se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas ,PPT, según los costes unitarios del anexo A que lo acompaña, que serán ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato sin repercusión económica sobre su presupuesto. Estas obras deberán ejecutarse según el artículo 7 del PPT en los ocho primeros meses del contrato, con el objeto de reducir el consumo energético del alumbrado y se hará de acuerdo con un plan de actuación detallado que deberá presentar el licitador.

Este Tribunal considera que de acuerdo con el concepto de gastos de primer establecimiento más arriba ofrecido, el presente contrato no contempla una inversión de tal naturaleza. Es cierto que el adjudicatario deberá realizar un plan de mejora de las instalaciones eléctricas del municipio y que los costes de dicho plan, aunque no

se recogen en los pliegos, pues su oferta corresponde al licitador, podrían estar en torno a los cuatro millones de euros. Sin embargo, dichos costes no son inversiones para la puesta en marcha del servicio sino obras de mejora de eficiencia energética, cuyo coste por otro lado no está determinado puesto que corresponde realizar el Plan de inversiones al licitador. 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.

Por otro lado, la expresión que se utiliza en la redacción del artículo 40.1.c) del TRLCSP exige acumulativamente, con el requisito anteriormente examinado, que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años, siendo la duración prevista del contrato sometido a este Tribunal de dieciocho años. En el caso concreto se cumplen solo uno de los requisitos, por lo tanto este Tribunal no es competente para resolver el presente recurso.

Segundo.- 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 artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por Don C.N.B., como Concejal electo del Partido Democrático Popular (P.D.A.P.), y por Don L.A.F., y otros como Concejal electo del Partido Socialista, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero de 30 de agosto de 2013 por el que se adjudica el contrato de Gestión Indirecta, bajo la modalidad de concesión, del Servicio Público de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del Municipio de Navalcarnero".

Segundo.- Inadmitir los recursos presentados al no ser un contrato susceptible de recurso especial por no alcanzar el umbral económico requerido.

Tercero.- 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.

Cuarto.- 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 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.