

Recurso 28/2014
Resolución 35/2014

Resolución 35/2014, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Gerardo Adrados Sánchez, en nombre y representación de Urbaser, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014, por el que se adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término municipal de Ponferrada.

I
ANTECEDENTES

Primero.- El Pleno del Ayuntamiento de Ponferrada, mediante Acuerdo de 26 de agosto de 2013, aprueba la licitación del contrato de gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término municipal de Ponferrada, el anteproyecto de explotación del servicio, el pliego de condiciones administrativas particulares (en adelante PCAP) y el de prescripciones técnicas (denominado "pliego técnico").

Se trata de un contrato calificado de gestión de servicios públicos, mediante la modalidad de concesión, con un presupuesto de licitación de 6.500.000 euros/año y un plazo de 17 años prorrogable por periodos anuales, hasta un máximo de 20 años. El presupuesto del contrato, incluidas las prórrogas, es de 130.000.000 euros.

La licitación se anuncia en el Boletín Oficial de la Provincia de León de 30 de agosto de 2013 y en el perfil del contratante.

Segundo.- El 10 de septiembre la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines anuncia la presentación de un recurso especial en materia de contratación al considerar nula la solvencia técnica exigida. Mantiene que es

desproporcionado exigir como solvencia técnica "que el empresario disponga de una plantilla estable de personal de al menos 3.000 trabajadores".

El 8 de octubre la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Ponferrada propone estimar algunas de las alegaciones realizadas, corregir los errores materiales existentes, completar el expediente con los informes solicitados, cambiar un vocal designado como experto y variar la solvencia técnica exigida, "modificando los 3.000 trabajadores que se exigían por 750 trabajadores."

El Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Ponferrada de 25 de octubre de 2013 aprueba los nuevos pliegos contractuales y el expediente de licitación. La licitación se anuncia en el Boletín Oficial de la Provincia de León de 6 de noviembre y en el perfil del contratante.

El 8 de noviembre la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines anuncia la presentación de un recurso especial en materia de contratación, al considerar nula la solvencia técnica exigida en la cláusula 8.b.2 del pliego de condiciones administrativas particulares (en adelante PCAP), y el 11 de noviembre presenta el recurso especial. Mantiene que es igualmente desproporcionada la exigencia de que el empresario disponga de una plantilla estable de personal de al menos 750 trabajadores.

Tercero.- La Resolución 71/2013, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines ("ASEJA") contra el PCAP que rige la contratación, por tratarse de un contrato que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

El artículo 40.1 c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) dispone que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2, relativos a los "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", que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

La Resolución 71/2013, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, considera que "En cuanto a la duración del contrato no parece existir duda alguna. La cláusula 4 del PCAP prevé que su duración será de 17 años, contados a partir de la firma del acta de comienzo de los servicios, y que será prorrogable por años, sin que pueda exceder su duración total de 20 años.

»(...) No obstante, con referencia al importe del presupuesto de gastos de primer establecimiento, ha de señalarse que en el 'Estudio Económico de las Áreas' contenido en el pliego técnico del contrato -documento que valora los medios con los que ya se cuenta para la ejecución del contrato y se ponen a disposición del contratista- no se prevé la realización de gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros, por lo que no cabe admitir el recurso especial previsto en el artículo 37 del TRLCSP".

Cuarto.- Evaluadas técnica y económicamente las propuestas presentadas por la Mesa de contratación, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014 adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término municipal de Ponferrada, a Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

Quinto.- El 10 de marzo D. Gerardo Agrados Sánchez, en nombre y representación de Urbaser, S.A., anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación que, en la misma fecha es interpuesto ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Considera que la oferta de la adjudicataria ha incumplido las reglas contenidas en los pliegos sobre el número de páginas de la propuesta y sobre el tamaño de letra; que su oferta económica se ha valorado incorrectamente; que las mejoras presentadas por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. no están valoradas económicamente tal como exige el PCAP; que el plan de comunicación presentado por su empresa ha sido valorado de forma diferente al aportado por la adjudicataria y que la adjudicación no está correctamente motivada.

Sexto.- Examinada la documentación presentada, en la misma fecha el Tribunal admite a trámite el recurso y le asigna el número de referencia 28/2014.

Séptimo.- El 24 de marzo tiene entrada en este Tribunal el expediente de contratación y la Secretaría del Tribunal da traslado del recurso a los interesados, a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho.

El 1 de abril Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. presenta alegaciones en las que solicita la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.3 del TRLCSP y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Urbaser, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

3º.- El recurso especial se plantea en tiempo y forma, ya que el acto contra el que se recurre es el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014, por el que se adjudica el contrato, cuya notificación se remite a las empresas licitadoras el 20 de febrero, y el recurso se presenta el 10 de marzo de 2014, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP

4º.- Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, procede recordar que la Resolución 71/2013, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, inadmitió el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines ("ASEJA") contra el PCAP que regían el procedimiento de contratación, porque el presupuesto de gastos de primer establecimiento, según el estudio económico presentado por el Ayuntamiento, es inferior a 500.000 euros.

En el presente caso, la empresa recurrente reproduce en su recurso argumentos que ya fueron resueltos en un anterior recurso, por lo que se está ante lo que, con cierta impropiedad para un tribunal administrativo, se

denomina "cosa juzgada", por lo que resulta improcedente entrar a considerar el nuevo recurso. Este es el criterio mantenido por la Resolución 64/2013, de 21 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que sigue la doctrina de la práctica totalidad de los Tribunales de Recursos Contractuales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa "que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión". En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997, al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos "de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resultado o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)".

5º.- No obstante, valoradas las alegaciones realizadas por la empresa recurrente, este Tribunal debe mantener que se ha interpuesto contra un acto no recurrible.

El artículo 40.1.c) del TRLCSP dispone que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2, relativos a los "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", que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

La exigencia de ambos requisitos es cumulativa; esto es, es necesario, inexcusablemente, que su plazo de duración sea superior a cinco años y que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros.

El concepto de "presupuesto de gastos de primer establecimiento" y, en concreto, "gastos de primer establecimiento", no es una cuestión pacífica tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y son varias las interpretaciones y alcance dadas a la expresión, ya que no existe en nuestro ordenamiento

jurídico una definición de lo que deba entenderse por "presupuestos de gastos de primer establecimiento".

En determinados supuestos se acude a un concepto contable, entendido como las operaciones de naturaleza técnica y económica previas al inicio de la actividad de la empresa con motivo de ampliaciones de su capacidad. Véase al efecto la Consulta nº 3 al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), o el Informe 7/2008, de 11 de junio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que señala lo siguiente: "entiende este órgano colegiado que deberá establecerse caso por caso la imputabilidad de los costes que se integran en ese concepto".

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) rehúsa el concepto contable (Acuerdo 4/2012 y Acuerdo 6/2013) y acude a los artículos 126.2 y 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, y a su propia normativa en materia de contratos, centrando la atención en "el coste de establecimiento del servicio" para calcular la retribución prevista para el concesionario. Señala el referido Tribunal: "Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras".

Desde esta perspectiva, podría concluirse que cuando el artículo 40.1.c) del TRLCSP alude a los contratos cuyo "presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros", dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir -a resultas de tal adjudicación- para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, entre otras, en las Resoluciones 51 y 66/2013.

Sentado lo anterior, procede examinar el expediente para constatar la previsión o no de tales gastos o inversiones, puesto que el contenido del presupuesto de gastos de primer establecimiento ha de venir determinado en el estudio económico que debe preceder a la celebración de todo contrato de gestión de servicios públicos, tal y como sostiene el Tribunal Administrativo de

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en la Resolución 30/2011, de 29 de junio.

En cuanto a la duración del contrato no parece existir duda alguna. La cláusula 4 del pliego de condiciones administrativas particulares prevé que su duración será de 17 años, contados a partir de la firma del acta de comienzo de los servicios, y que será prorrogable por años, sin que pueda exceder su duración total de 20 años.

No obstante, con referencia al importe del presupuesto de gastos de primer establecimiento, ha de señalarse que en el "Estudio Económico de las Áreas" contenido en el pliego técnico del contrato -documento que valora los medios con los que ya se cuenta para la ejecución del contrato y se ponen a disposición del contratista- no se prevé la realización de gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros, por lo que no cabe admitir el recurso especial previsto en el artículo 37 del TRLCSP. Consta que el Ayuntamiento aporta la maquinaria, las oficinas y naves y se señala "que no se prevén inversiones en renovación de maquinaria en los primeros años" del contrato. El Anejo 3 contiene el listado de maquinaria y vehículos de propiedad del Ayuntamiento que se adscriben al contrato. Únicamente se prevé una aportación anual a un fondo de inversión para la progresiva renovación de la maquinaria, cantidad que la cláusula 9.2 del pliego técnico indica expresamente que "no es un coste de explotación, por lo tanto no puede considerarse ni gastos generales ni beneficio industrial".

Según la Administración, los gastos de primer establecimiento ascienden a 407.933 euros; por todo ello, cabe concluir que el contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

La Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, que crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, limita la competencia al "conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, y de las reclamaciones a que se refieran los artículos 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (artículo 59)".

Por último, hay que señalar que los pliegos que rigen cada licitación tienen en ésta valor de ley, por lo que si la empresa recurrente no estaba conforme con el estudio económico contenido en el pliego técnico del contrato, debió impugnarlo en el momento procedimental oportuno.

6º.- 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".

La empresa recurrente, en el propio escrito de interposición del recurso, solicita, con carácter subsidiario y para el caso de que no sea admitido el recurso, que se entienda interpuesto como recurso de reposición. Por consiguiente debe remitirse el presente escrito al órgano de contratación al objeto de que lo tramite 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.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal para su resolución, al tratarse de un contrato que está fuera del ámbito del recurso especial en materia de contratación, lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad del recurso e impide el examen de la cuestión de fondo.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León,

III ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Gerardo Adrados Sánchez, en nombre y representación de Urbaser, S.A., contra la adjudicación del contrato de la "gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y

mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término municipal de Ponferrada”.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).