

Recurso 65/2016**Resolución 125/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 3 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES ÚBEDA-BUS, S.L.** contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Transporte colectivo urbano de viajeros mediante autobuses en la ciudad de Úbeda” (Expte. CO44/2015), convocado por el Ayuntamiento de Úbeda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 23 de marzo de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Úbeda el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Asimismo, el 8 de abril de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia



de Jaén corrección de error material detectado en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rige la citada contratación, iniciándose de nuevo el plazo de quince días naturales para la presentación de proposiciones en el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación 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 (en adelante, RGLCAP), en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

TERCERO. El 12 de abril de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AUTOCARES ÚBEDA-BUS, S.L. contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato antes señalado.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 14 de abril de 2016, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriéndole el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal.

La documentación requerida fue recibida en este Tribunal el pasado 21 de abril de 2016.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 25 de abril de 2016, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, resultando que no se ha



recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de un municipio, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su nueva redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Úbeda ha remitido oficio donde afirma que no dispone de órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, y considerando que se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén número 93, de 18 de mayo de 2015, Edicto por el que se acuerda derogar el Reglamento regulador del funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de su Ayuntamiento, resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Debe analizarse, a continuación, la procedencia del recurso especial en materia de contratación contra el acto impugnado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 del TRLCSP.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la presente licitación prevé, en su cláusula 1, que es objeto del contrato la prestación del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros, y en su cláusula 5, al referirse a la naturaleza y régimen jurídico del contrato, lo define como contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión.

En primer lugar hay que señalar que la recurrente no cuestiona en su escrito que nos encontremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, si bien sostiene que el contrato es susceptible de recurso especial ya que se da el requisito del apartado c) del artículo 40.1 del TRLCSP, pues los gastos de primer establecimiento son superiores a 500.000 euros y su plazo de duración superior a cinco años.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación señala en su informe al recurso que, en el presente supuesto, no concurre tal requisito, pues los gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, no son superiores a 500.000 euros.

Por tanto, la controversia queda circunscrita a determinar la sujeción o no del contrato al recurso especial.

Antes de abordar tal cuestión, hemos de analizar con carácter previo la naturaleza jurídica del presente contrato en cuestión, y dilucidar si es correcta la calificación que efectúa el PCAP como “contrato de gestión de servicio público”, cuestión esta que no ha sido denunciada por la recurrente, pero que este



Tribunal considera necesario abordar, a efectos de fijar su propia competencia que es cuestión de orden público susceptible de apreciarse de oficio.

La adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal y por los restantes Órganos de Recursos Contractuales, con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto en numerosas sentencias, de las que destacamos las siguientes:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Eurawasser) en la que se señala que *“El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como <<concesión de servicios>> ... siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”*.

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater). De la misma interesa resaltar los apartados 33, 34, 35, 37 y 48 cuyo tenor literal es el siguiente:

“Apartado 33. A este respecto, debe recordarse que, cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia del riesgo de explotación <<muy limitado>> por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios.



Apartado 34. En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre con el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado.

Apartado 35. En tales sectores, las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable a éste.

Apartado 37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...) que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (...).

Apartado 48. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora



que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume el riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de gestión de sus actividades (...) dicho contrato debe ser calificado de contrato de concesión de servicios.”

- Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011, (Asunto Norma- A, Dekan) en la que se concluye, respecto a la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano -en España, actividad reservada y calificada como servicio público-, que aunque la remuneración del contratista consista en el pago por los usuarios de unas tarifas establecidas, estamos ante un contrato de servicios si la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio por las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.



El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por este del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

A la vista de lo expuesto, observamos que las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de la explotación por parte del concesionario, si bien ya hemos visto que lo relevante no es la entidad del riesgo en sí -pues este puede ser limitado y escaso como ocurre en sectores relativos a actividades de servicio público-, sino que dicho



riesgo se transfiera al concesionario en su totalidad o en una parte muy significativa y que la entidad adjudicataria no tenga que compensar al prestador del servicio por las eventuales pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos.

Así pues, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 204/2013, de 5 de junio, analizando, a la luz de la doctrina comunitaria expuesta, un contrato consistente en el servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin, llega a la conclusión de que *“puede considerarse limitado el riesgo que asumirá la empresa al hacerse cargo de la adjudicación del presente contrato, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio; por lo que es correcta la tipificación del contrato como de gestión o de concesión de servicio público”*.

Pues bien, tras el análisis efectuado sobre los requisitos de la concesión, hemos de analizar ahora el contrato afectado por el presente recurso especial. Como ya se ha indicado, el objeto del contrato es la concesión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros mediante autobuses en la ciudad de Úbeda, con un plazo de duración inicial de diez años, prorrogable hasta diez años más, sin que la duración total pueda exceder de veinte años.

Asimismo, en relación al precio y al sistema de retribución, establece la cláusula 6 del PCAP lo siguiente:

“6. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO, PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y FINANCIACIÓN.

6.1.- Valor estimado (87 y 88 TRLCSP).- El valor estimado del contrato, en función de los datos obrantes en el Estudio económico, vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, y teniéndose en cuenta la duración del



mismo incluidas las eventuales prórrogas, por tanto, ascenderá a la cantidad de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS Y CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (4.384.584,40) IVA excluido.

6.2.- Aportación municipal. Presupuesto de licitación.- El tipo máximo de subvención anual a satisfacer al concesionario por parte del Ayuntamiento se fija, en la cantidad de CIENTO CATORCE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE EUROS Y VEINTISÉIS CÉNTIMOS DE EURO (114.827,26 €) I.V.A. excluido (10%), ascendiendo éste a la cantidad de 11.482, 73. Esta cantidad podrá ser mejorada por los licitadores mediante la presentación de sus proposiciones a la baja.

6.3.- Precio del contrato.- El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo e incluirá, como partida independiente, el I.V.A.

En el precio están incluidos todos los gastos que correspondan a la prestación del servicio, incluido el transporte, permisos de todo tipo, licencias, impuestos, gastos no especificados, así como el beneficio industrial y conservación y mantenimiento de todas las instalaciones y vehículos vinculados al servicio de transportes público de viajeros de Úbeda.

6.4.- Forma de pago El contrato que regula este pliego tiene una doble financiación, al amparo de lo previsto en artículo 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales:

1. Con las tarifas a abonar por cada uno de los usuarios del servicio, serán las fijadas en la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa correspondiente, las cuales serán percibidas por el concesionario.
2. Con la subvención a satisfacer por el Ayuntamiento, según se ha expresado en el apartado 2 de esta cláusula.

El adjudicatario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 216.4 del TRLCSP y 3 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable, deberá presentar la factura, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de la mercancía o prestación del servicio, en un registro administrativo en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1.992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento



Administrativo Común, y preferentemente, a efectos de agilizar la tramitación del gasto y el pago, en el Registro Auxiliar de Facturas del Ayuntamiento de Úbeda sito en la Intervención Municipal, Palacio Anguis de Medinilla, Plaza Álvaro de Torres.

El pago de la subvención se hará efectivo por la Depositaria Municipal, en el plazo de pago legalmente previsto, previa tramitación por el responsable del contrato de la factura presentada por el adjudicatario por trimestres vencidos, en función de los servicios prestados y recibidos de conformidad por el Ayuntamiento con arreglo a las condiciones establecidas en el presente pliego y en el de prescripciones técnicas.

El contratista emitirá las oportuna/s factura/s, debiendo ser repercutido el Impuesto sobre el Valor Añadido como partida independiente. ”

De otro lado, la cláusula 20 contempla, entre las obligaciones del contratista, las siguientes:

- El contratista está obligado a prestar el servicio objeto del contrato poniendo para ello en funcionamiento los locales e instalaciones en el plazo máximo de tres meses siguientes a la firma del contrato y mantenerlo hasta la finalización del mismo siendo de su cuenta los gastos de funcionamiento del servicio.
- El contratista responderá de cuantas obligaciones le vienen impuestas en su carácter de empleador, así como de cuantas normas regulen y desarrollan la relación laboral o de otro tipo, existente entre aquel, y los trabajadores, sin que pueda repercutir contra el Ayuntamiento ninguna multa, sanción o cualquier tipo de responsabilidad que por incumplimiento de alguna de ellas, pudiera imponerle los organismos competentes. En cualquier caso, el contratista indemnizará al Ayuntamiento de toda cantidad que se viese obligado a pagar por incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Pliego, aunque ello le venga impuesto por resolución judicial o administrativa.
- Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. A dicho efecto deberá



mantener vigente el seguro de responsabilidad civil exigido, no obstante la existencia de este seguro no supone que la responsabilidad del adjudicatario por dichos conceptos quede limitada cuantitativamente a su importe.

- Serán a cargo del contratista todos los gastos necesarios para la correcta ejecución del contrato con totales garantías de calidad y seguridad en los términos establecidos en este pliego y en la legislación directa o indirectamente aplicable. Así serán de su cuenta del contratista los gastos de limpieza y conservación de los vehículos e instalaciones, así como la reposición de los elementos que queden inservibles.

De todo lo expuesto se desprende que el adjudicatario deberá explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros, a quienes indemnizará de los perjuicios causados.

En definitiva, pues, el Ayuntamiento de Úbeda transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio y, si bien el adjudicatario percibe los ingresos procedentes de la aplicación de la tasa pagada por los usuarios del servicio y de una subvención, debe potencialmente asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados. Sin que, por otra parte, la subvención a satisfacer por el Ayuntamiento elimine el riesgo operacional, siendo que la misma puede ser mejorada por los licitadores mediante la presentación de sus proposiciones a la baja.

En relación a lo expuesto, conviene traer a colación el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2015, de 30 de septiembre, en el que se expone que “*se admite, que*



la contraprestación del concesionario sea sólo el precio satisfecho por el usuario del servicio, sólo un precio contractual abonado por la Administración concedente, o bien una combinación de ambos, cuando el precio de los usuarios es “subvencionado” por la Administración. Pero el dato esencial es que concesionario asuma un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas, ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado, que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

(...)

Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en si mismo, alteran, a priori, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado. Como se ha señalado en el Acuerdo 37/2014, del TACPA, no existe transferencia de riesgos cuando la política tarifaria elimina, per se, la capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, o cuando con la misma se garantiza el reequilibrio financiero del contrato.

Existirá pues un contrato de servicios y no de concesión cuando: a) el reembolso de la financiación corre a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión; o b) si mientras dura el contrato, o al término del mismo, el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación (Comunicación interpretativa del 2000, págs. 3 y 4)”



A la vista de cuanto se ha expuesto, hemos de concluir que el contrato examinado está correctamente calificado en el PCAP como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

Por tanto, procede analizar si se dan los presupuestos del artículo 40.1 c) del TRLCSP para determinar la sujeción del contrato al recurso especial en materia de contratación, esto es, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y que el plazo de duración sea superior a cinco años, requisitos que han de concurrir de modo acumulativo y no alternativo.

Ya hemos visto que el plazo total de duración del contrato, incluidas las eventuales prórrogas, no puede exceder de veinte años. Por tanto, se cumple uno de los presupuestos para la sujeción del contrato al recurso especial en materia de contratación.

Debemos analizar, pues, si concurre también el otro requisito referido a los gastos de primer establecimiento en cuantía superior a 500.000 euros, IVA excluido.

Sobre esta cuestión, manifiesta la recurrente que, aunque ni en la convocatoria ni en los pliegos se cuantifiquen, los gastos de primer establecimiento superan los 500.000 euros, *“al ser necesaria la adquisición de cuatro autobuses con una capacidad mínima de 22 plazas adaptados a personas con discapacidad física y sensorial, provistos de expendedoras de tickets con validador integrado, sistemas de información al viajero mediante paneles informativos, aplicaciones smarphone, sistema central de gestión, e instalaciones tales como oficina de atención al público, talleres de mantenimiento preventivo, zona de lavado, almacenes, etc. (Cláusulas 7, 8, 9, 11, 12, 17, 18 y Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas).”*



Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en su informe que los gastos de primer establecimiento no son superiores a 500.000 euros, para cuya fundamentación se adjunta informe emitido por la Intervención del Ayuntamiento con el siguiente contenido, respecto a lo que aquí interesa:

*“En el caso que nos ocupa, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 183.1 del RD 1098/01, el expediente administrativo incluye Estudio económico en el que se cuantifican las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, y cuya amortización se suma al gasto anual previsto. Dichas inversiones se detallan en el apartado 2 de Gastos, y son las siguientes:
IVA excluido:*

- Adquisición de autobuses, 192.000 euros*
- Adquisición de paradas, marquesinas y MUPIS publicidad, 68.650 euros.*
- Adquisición del SAE (Sistema Avanzado a la Explotación) y sistema ticketing, 41.322 euros.*

TOTAL 301.972 euros.

Se excluye del concepto gastos de primer establecimiento el gasto financiero de la inversión, así como el resto de gastos previstos en el Estudio económico, esto es, gastos de personal, combustible, primas de seguros, reparación y conservación, gastos de administración y varios, por tratarse claramente de gastos de explotación.

El recurrente afirma que sí se supera el importe de 500.000 euros, (...). En relación con ello, se ha emitido informe por el arquitecto técnico que suscribe el PPT en el que indica que «las inversiones necesarias para el inicio de la gestión del servicio (según las características recogidas en el Pliego Técnico en los artículos 7, 8, 9, 11, 12 y Anexo II) se encuentran recogidas en el Estudio Económico Financiero que forma parte de este expediente, ascendiendo tal cantidad al importe de 301.972 €». Y añade en cuanto a las instalaciones previstas en los artículos 17 y 18 del PPT como cochera, zona de mantenimiento preventivo, almacén, zona de lavado y oficina que «el coste del



alquiler de dichos espacios se debe considerar gastos de explotación, pues no se obliga al concesionario a la adquisición de ningún tipo de local, estableciendo el pliego la posibilidad de que dichos locales sean proporcionados por la Administración en el recinto de la Estación de Autobuses». Se deduce por tanto que no existe discrepancia entre las inversiones exigidas en el PPT y las valoradas en el Estudio económico para la puesta en funcionamiento del servicio.”

Expuestas las consideraciones de las partes, hemos de analizar la cuestión controvertida, a saber, si concurren o no en el contrato examinado gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros. Para ello hemos de partir del concepto de gastos de primer establecimiento, acuñado por los Tribunales de Recursos Contractuales, incluido este.

Como ya señalaba este Tribunal en su Resolución 50/2013, de 26 de abril, “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, rehúsa 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.

Asimismo, la Resolución 43/2012, de 23 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales define los gastos de primer establecimiento como *“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”*. Y por último, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid considera que son los costes para la puesta en marcha del servicio (inversiones y gastos, IVA excluido) que el adjudicatario debe asumir, excluyendo las inversiones y gastos futuros y los gastos de explotación.

En definitiva, es criterio común de los Tribunales de Recursos Contractuales que los gastos de primer establecimiento son los gastos e inversiones para la puesta en funcionamiento del servicio público, exclusión hecha de las inversiones futuras y los gastos de explotación.



Así pues, una vez definido el concepto debemos analizar si, en el contrato examinado, existen o no gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros, IVA excluido.

Al respecto, como señala la recurrente, ni el PCAP ni el PPT contienen referencias específicas a los gastos de primer establecimiento. No obstante, en el Estudio económico para la concesión del servicio, apartado 2º, se establece lo siguiente:

“2. Inversiones y financiación. En este apartado consideramos como inversión principal más cuantiosa la adquisición de autobuses y en segundo término, la colocación de marquesinas en las paradas de autobuses y adquisición de SAE y ticketing. En un cuarto apartado calculamos el coste financiero imputable a las inversiones.

- *Adquisición de autobuses. Se necesitan un total de cuatro autobuses para la correcta prestación del servicio. Dos para la Línea 1, uno para la Línea 2 y un cuarto de reserva.*

El presupuesto de compra de un autobús de segunda mano con un máximo de 5 años asciende a 48.000 € más iva.

Coste de adquisición de autobuses: 48.000 €/und x 4 und = 192.000 € más iva.

- *Adquisición de paradas, marquesinas y MUPIS publicidad.*
 - *28 paradas sin marquesina x 350 € más iva=9.800 € más iva*
 - *11 paradas con marquesina x 3.400 € más iva = 37.400 € más iva*
 - *11 MUPIS publicidad x 1.950 € más iva = 21.450 € más iva*

Coste paradas, marquesinas y MUPIS: 68.650 € más iva



- *Adquisición SAE (Sistema Avanzado a la Explotación) y sistema de ticketing. Se exigirá la adquisición del sistema según las indicaciones del pliego de condiciones técnicas.*

Coste SAE y/o ticketing: 41.322 € más iva

(...)”

Efectivamente, y a la vista del Estudio económico para la concesión, los gastos de primer establecimiento no superarían los 500.000 euros que fija el artículo 40.1.c) TRLCSP. No obstante, en lo relativo al cálculo del presupuesto de compra de los vehículos, entiende este Tribunal que debería haberse tomando como referencia el precio de un vehículo nuevo y no de segunda mano, dato este que sería más adecuado dada la naturaleza del contrato, pues solo respecto de estos se tendría garantizada siempre su disponibilidad en el mercado.

En este sentido, el artículo 7 del PPT establece que la tipología general de los vehículos será un *“Microbús de piso bajo, de longitud total 7 metros y con un mínimo de 9 plazas sentadas y 13 de pie. Adaptado a personas con discapacidad física y sensorial. Edad máxima del vehículo quince (15) años.”*

En relación a ello, y según los datos del Observatorio de costes del transporte de viajeros en autocar de enero de 2016, el coste de un vehículo Microbús de 10 a 25 es de 65.293,76 euros, de manera que la cuantía a tener en cuenta a la hora de determinar si existen gastos de primer establecimiento por este concepto sería 261.175,04 euros y no los 192.000 euros que recoge el Estudio económico.

Por otra parte, respecto de las instalaciones, el PPT prevé que el Ayuntamiento ceda dos de las cocheras situadas en la estación de autobuses para implantar las mismas, y una de las taquillas existentes para la instalación de la oficina de atención al público, por lo que se infiere que, para el inicio del servicio, el adjudicatario no tiene que asumir gasto alguno o bien dicho gasto sería ínfimo.



Por tanto, si al coste de los vehículos añadiésemos el considerado para la adquisición de paradas y marquesinas (68.652 euros) y el del SAE y sistema del ticketing (41.322 euros), la cuantía resultante seguiría quedando por debajo de los 500.000 euros de gastos de primer establecimiento exigidos por la norma para que los actos derivados del procedimiento de licitación de un contrato de gestión de servicios públicos sean susceptibles de recurso especial.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir que los gastos de primer establecimiento del contrato analizado no alcanzan el importe mínimo de 500.000 euros, IVA excluido, señalado en el artículo 40.1 c) del TRLCSP para determinar la sujeción del contrato al recurso especial en materia de contratación. Es por ello que el recurso interpuesto debe ser inadmitido por afectar a un contrato de gestión de servicio público en el que no concurre uno de los presupuestos del citado precepto legal, sin entrar ya a analizar los restantes requisitos de admisión, ni los motivos de fondo del mismo.

Por último, el artículo 40.5 del TRLCSP dispone que *“No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.*

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 tanto, no reuniendo el presente contrato los requisitos del apartado 1 del artículo 40 del TRLCSP, contra el anuncio y los pliegos cabrá interponer, con carácter previo y potestativo al recurso contencioso-administrativo, recurso de reposición ante el



órgano de contratación, de conformidad con los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES ÚBEDA-BUS, S.L.** contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Transporte colectivo urbano de viajeros mediante autobuses en la ciudad de Úbeda” (Expte. C044/2015), convocado por el Ayuntamiento de Úbeda, al afectar a un contrato de gestión de servicio público excluido del ámbito del citado recurso.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación, siendo este el órgano competente para su resolución.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

