

Recurso 231/2014
Resolución 95/2015

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 11 de marzo de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DORNIER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de Chiclana de la Frontera (Cádiz), de 29 de mayo de 2014, por el que se adjudica el contrato denominado “Concesión del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública (O.R.A.)” (Expte. 6/2013), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de septiembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia (B.O.P.) de Cádiz el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. La publicación de la información referente a esta licitación se inició en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, el 13 de agosto de 2013.

Asimismo, el 25 de octubre de 2013, se publicó en el B.O.P. de Cádiz error detectado en el pliego de cláusulas administrativas que rige la citada contratación, iniciándose de nuevo el plazo de quince días naturales para la



presentación de proposiciones en el procedimiento de adjudicación.

El plazo total del contrato, incluida su posible prórroga, es de doce años, fijándose un canon mínimo anual de licitación de 25.000 euros. Entre las empresas que participaron en el procedimiento figura la ahora recurrente.

SEGUNDO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 29 de mayo de 2014, el Pleno de la Corporación Municipal de Chiclana de la Frontera dictó acuerdo de adjudicación del contrato a la empresa APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A. (AUSSA), que fue remitida a los licitadores el 5 de junio de 2014.

TERCERO. El 12 de junio de 2014, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato. El citado recurso, junto con el expediente de contratación, el informe sobre aquél y el listado de licitadores fue remitido a este Tribunal por el órgano de contratación, teniendo entrada en el Registro Auxiliar del mismo el 4 de julio de 2014.

CUARTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 10 de julio de 2014, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado las empresas ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U., APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A. (AUSSA) Y ESTACIONAMIENTOS IBERPARK, S.A.

QUINTO. El 14 de julio de 2014, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales, salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio que, a tales efectos, fue formalizado el 18 de julio de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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.

TERCERO. 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 contratación prevé, en su apartado 1, que es objeto del contrato la prestación, mediante concesión, del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamientos de vehículos en la vía pública (O.R.A.), bajo control horario mediante aparatos expendedores de tickets, y en su apartado 2, al referirse a la naturaleza y régimen jurídico del contrato, lo define como contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

El recurrente expone en su escrito que <<Ninguna duda ofrece el hecho de que se trata de un contrato de gestión de servicio público>>, si bien la controversia surge respecto a la sujeción o no del contrato al recurso especial. En tal sentido, el recurrente sostiene que el plazo de duración del contrato (10 años prorrogables por otros dos más) y la existencia de gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor añadido, determinan que el contrato esté sujeto al recurso especial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, mientras que el órgano de contratación sostiene en su informe al recurso que no existen gastos de primer establecimiento, y que, por tanto, el recurso debe inadmitirse.

Pues bien, antes de abordar tal cuestión, hemos de analizar con carácter previo la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, y dilucidar si es correcta la calificación que efectúa el PCAP como “contrato de gestión de servicio público” o por el contrario, debería ser considerado como un contrato de servicios.

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 éste 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 éste 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 para determinar si es o no correcta su calificación jurídica como gestión de servicio público, cuestión esta que no ha sido denunciada por el 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.

Al respecto, ya hemos indicado que el objeto del contrato, conforme al apartado 1 del PCAP, es la concesión del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamientos de vehículos en la vía pública (O.R.A.), bajo control horario mediante aparatos expendedores de tickets, en el término municipal de Chiclana de la Frontera (Cádiz).

Al respecto, el artículo 7 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial configura como competencia municipal *“b) La regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social.”* De este modo, el Ayuntamiento de Chiclana aprobó, el 26 de enero de 2005, la Ordenanza Municipal nº3 reguladora del Servicio Público de Ordenación y Regulación de Aparcamientos.

Conforme al PCAP, el contrato tiene un plazo de duración inicial de diez años, prorrogable hasta dos años más, sin que la duración total pueda exceder de doce años (cláusula 5), y su precio será el canon ofertado por el adjudicatario



fijándose, a tales efectos, un canon de licitación mínimo de 25.000 euros anuales.

Asimismo, la cláusula 4 del PCAP, bajo el título <<Financiación del contrato>>, establece que *“La empresa contratista asumirá la financiación de la explotación, de manera que todos los gastos que se originen como consecuencia de la misma serán de su exclusiva cuenta.*

El Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera no avalará ninguna operación financiera ni participará, de ninguna forma, en la financiación de la explotación ni asegurará al contratista una recaudación o rendimiento mínimos, ni tampoco tendrá obligación de otorgar subvención de ninguna clase para la gestión del servicio.

La empresa contratista vendrá obligada al pago de todos los impuestos, tasas, arbitrios, gravámenes y exacciones de cualquier clase que correspondan al contrato o a su bienes o actividades.”

De otro lado, la cláusula 24 contempla, entre las obligaciones del contratista, las siguientes:

- El suministro, cuando proceda, de los aparatos expendedores de tickets, su instalación en la vía pública y su puesta en servicio, los cuales revertirán al Ayuntamiento al finalizar el contrato, así como la conservación, mantenimiento y reposición de todas las instalaciones, sus materiales y accesorios.
- El mantenimiento y, cuando proceda, la implantación de la señalización tanto horizontal como vertical, necesaria para el correcto funcionamiento del servicio conforme a lo exigido en el pliego de condiciones técnicas.
- Ejecutar las ampliaciones y modificaciones en el servicio concedido que acuerde la Administración Municipal
- Explotar el servicio con su personal y asumir los gastos originados como consecuencia de la puesta en funcionamiento del servicio y los que genere su desarrollo durante la vigencia del contrato.



- Indemnizar a terceros por los daños y perjuicios que les ocasione el funcionamiento del servicio.

Asimismo, el pliego de condiciones técnicas detalla las zonas en que se prestará el servicio y el horario del mismo, pudiendo el Ayuntamiento modificar, ampliar o reducir las zonas de estacionamiento regulado por motivos de interés público.

Del contenido expuesto de los pliegos que rigen la contratación, se desprende que estamos ante la prestación de un servicio público por un plazo máximo de doce años, donde el contratista debe pagar un canon mínimo anual de 25.000 euros al Ayuntamiento, sin que la Corporación Municipal financie en modo alguno la explotación, ni asegure a contratista un rendimiento mínimo.

Así pues, el adjudicatario debe explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo -sin posibilidad de compensación- todos los gastos que deriven de la explotación, incluido el coste de nuevos aparatos e instalaciones que sean necesarios para el buen funcionamiento del servicio, así como las consecuencias de la ampliación o reducción de las zonas reguladas. Por otro lado, el contratista es 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 Chiclana transfiere totalmente al contratista el riesgo derivado de la explotación del servicio sin asumir financiación alguna, y si bien el adjudicatario percibe los ingresos procedentes de la aplicación de la tasa pagada por los usuarios del servicio, no tiene garantizado un rendimiento mínimo por parte del Ayuntamiento, debiendo potencialmente asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o descende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados porque hubiera que suministrar nuevos aparatos e instalaciones, o si el Ayuntamiento disminuye las



zonas reguladas durante la vigencia del contrato y el concesionario deja de percibir parte de los ingresos que venía cobrando hasta entonces.

Ciertamente, puede pensarse que el riesgo inherente a la explotación del servicio que estamos analizando es “limitado”, como así lo entendieron también -en los casos allí examinados- la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater) y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 204/2013, de 5 de junio. Ahora bien, tal limitación del riesgo no obedece a la voluntad de la entidad adjudicadora, sino a la propia configuración del servicio o como dice la Sentencia del TJUE, a que la reglamentación de ciertos servicios públicos hace que los riesgos económicos sean limitados, pero sin que ello afecte para nada a la existencia de una concesión de servicios públicos, siempre que dicho riesgo, como ocurre en el supuesto examinado en esta Resolución, se transfiera totalmente al contratista.

Finalmente, merece destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Rec. 78/2006), en la que se señala que la regulación contenida en la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial *“es la base esencial que sostiene la actividad desarrollada por las empresas que controlan esos estacionamientos limitados, de lo que se deriva el carácter de gestión de servicio público que tal actividad representa.”*

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 doce 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.

A juicio del recurrente y basándose en la oferta presentada por la empresa adjudicataria, debe computarse como gasto de primer establecimiento el importe global de las mejoras ofertadas por dicha empresa -aunque las mismas no hayan sido aceptadas en su totalidad por el Ayuntamiento- y que ascienden a la cantidad de 474.980 euros.

Asimismo, respecto a las inversiones necesarias para la puesta en marcha del servicio, esgrime la recurrente que, como el informe técnico no indica las propuestas por la empresa adjudicataria, se ve en la obligación de basarse en las suyas propias que ascienden a 83.310 euros, lo cual sumado a la cantidad anterior de 474.980 euros arroja un total de 558.290 euros, que supera el umbral establecido en el artículo 40.1 c) del TRLCSP para determinar la sujeción al recurso.

Por su parte, el informe sobre el recurso del órgano de contratación señala que el servicio se encuentra instalado a la fecha de la licitación y que según informe del Jefe de Servicio de Gestión y Compras de 5 de junio de 2014, la cifra que debe tenerse en cuenta como gastos de primer establecimiento es 60.450 euros, cantidad destinada efectivamente a la puesta en funcionamiento del servicio, excluyendo los gastos de inversiones futuras.

Asimismo, el Ayuntamiento manifiesta que, como su propio nombre indica, las mejoras no pueden ser gastos de primer establecimiento porque no son



necesarias para el comienzo de la ejecución del servicio y solo suponen un incremento en la eficacia del mismo. Además, a diferencia de lo expuesto en el recurso -que computa la totalidad de las mejoras ofertadas por la adjudicataria-, el importe de las mejoras valoradas por el Ayuntamiento a dicha empresa asciende solo a 292.440 euros, como así se recoge en el acuerdo de adjudicación.

Con base en lo anterior, el órgano de contratación entiende que no procede el recurso especial al ser el importe de los gastos de primer establecimiento inferior a 500.000 euros, IVA excluido.

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 éste.

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, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas no contiene referencias específicas a los gastos de primer establecimiento, si bien hacen referencia a la obligación del adjudicatario de mantener y en su caso, sustituir y/o ampliar, durante la vigencia del contrato, los elementos inicialmente aportados por el Ayuntamiento. Por tanto, del contenido de los pliegos se infiere que, para el inicio del servicio, el adjudicatario no tiene que asumir gasto alguno o bien dicho gasto es ínfimo.

En concreto, el órgano de contratación cifra los gastos de primer establecimiento en la cantidad de 60.450 euros correspondiente al importe del mantenimiento y equipos (parquímetros, señalización y equipos controladores), cantidad esta que aparece reflejada en un informe del Jefe de Servicio de Gestión y Compras del Ayuntamiento, de 5 de junio de 2014, que a su vez se remite a otro informe previo, de 24 de octubre de 2013, emitido por el Ingeniero Municipal de Caminos, Canales y Puertos.

Las restantes partidas de gastos mencionadas en los citados informes versan sobre costes de explotación y coste anual del servicio, conceptos estos que, como hemos analizado anteriormente, se hallan excluidos de la definición de <<gastos de primer establecimiento>>.

Hemos de concluir, pues, que los gastos de primer establecimiento del contrato analizado son inferiores a 500.000 euros, sin que, a tales efectos, puedan computarse como tales -como pretende el recurrente- las mejoras ofertadas, toda vez que las mismas vienen definidas en el PCAP como criterio de adjudicación ponderable con hasta 20 puntos, de donde se infiere con claridad



que aquéllas no son elementos necesarios para el inicio del servicio, ni siquiera para su ejecución, pues se trata en todo caso de elementos que suponen un plus en el desarrollo y eficacia del servicio respecto a su definición en los pliegos. Es por ello que, en modo alguno, puede concebirse que sean gastos de primer establecimiento las mejoras ofertadas por el adjudicatario, que por otro lado no alcanzarían el importe mínimo de 500.000 euros a que se refiere el artículo 40.1 c) del TRLCPS.

Asimismo, tampoco puede considerarse “gasto de primer establecimiento” el importe ofertado por el propio recurrente como inversión para la puesta en funcionamiento del servicio. Dicha cantidad (83.310 euros, según indica el escrito de recurso) no solo es inferior al importe señalado en el precepto legal citado como gasto de primer establecimiento, sino que -al ser una cantidad ofertada por un licitador- carece de las connotaciones necesarias del concepto legal, que solo debe responder a consideraciones propias del órgano de contratación sobre los costes necesarios para la puesta en marcha del servicio.

Por todas las razones expuestas, 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.

La inadmisión del recurso por tal circunstancia impide entrar a conocer de los motivos en que el mismo se sustenta.

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 **DORNIER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de Chiclana de la Frontera (Cádiz), de 29 de mayo de 2014, por el que se adjudica el contrato denominado “Concesión del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública (O.R.A.)” (Expte. 6/2013), al afectar a un contrato de gestión de servicio público excluido del ámbito del citado recurso.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en su Resolución de 14 de julio de 2014.

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

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.

