

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2014.

VISTO el recurso formulado por don R.H.M., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (ANESE), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas correspondiente al contrato de gestión de servicio público, de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética, número de expediente: 1992/2014, tramitado por el Ayuntamiento de Moralarzal este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de agosto de 2014, se publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación y los pliegos de la convocatoria por procedimiento abierto y pluralidad de criterios del contrato “gestión del servicio público de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética”, número de expediente: 1992/2014, del Ayuntamiento de Moralarzal (Madrid). En dicha publicación se ponían los pliegos a disposición de los licitadores.

Con fecha 3 de junio de 2014 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación del contrato de referencia cuyo valor estimado es de 4.162.221,70 euros, sin que conste la existencia de gastos de primer establecimiento.

Segundo.- El recurrente interpone el presente recurso contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato de referencia, por entender que el requisito: *“la empresa fabricante de las luminarias a suministrar deberá contar con más de veinte años de experiencia en el campo del alumbrado exterior justificándolo mediante inscripción en el Registro Mercantil y centro de producción en España”*, - establecido en el Anexo V: Prestación P5- Requisitos obligatorios de las luminarias a instalar-, obstaculiza la libre concurrencia y por lo tanto es contrario a los principios de igualdad y de no discriminación.

Considera que con esta cláusula, lo que se exige es que las fabricantes de luminarias sean mercantiles constituidas en España y con un arraigo mínimo de 20 años. A su entender, se están vulnerando los principios de igualdad y no discriminación. Invoca como fundamento de su pretensión el Informe 9/09, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el cual concluye:

“1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.

2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior.”

Solicita la suspensión del procedimiento de contratación y que se convoque una nueva licitación *“en la que deba servir de base un nuevo pliego adaptado a lo solicitado mediante el presente recurso”*.

Tercero.- Con fecha 13 de octubre el Ayuntamiento de Moralzarzal remitió el expediente administrativo correspondiente al contrato de referencia, si bien no

acompañaba el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar procede determinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso ya que el contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos. La competencia es una cuestión de orden público que el Tribunal debe examinar de oficio pudiendo incluso reconsiderar la calificación del contrato a estos solos efectos aun cuando dicho extremo no haya sido alegado por las partes.

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.”

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del PCAP, la duración del contrato vendrá determinada en las ofertas de los licitadores, de acuerdo con el plan económico financiero de obligada presentación que justifique el plan de retorno de la inversión, pero se ha establecido un plazo máximo de duración de 15 años, que se entiende será agotado por los licitadores, por lo que el plazo de duración excede de los 5 años fijados como umbral para la procedencia del recurso administrativo especial.

El indicado umbral se define también por la presencia acumulativa del requisito de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el

importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros. En el expediente no consta expresamente la existencia de gastos de primer establecimiento, por lo que de ser así el Tribunal carecería de la competencia para la resolución del recurso, salvo error en la calificación, que aunque no ha sido alegado por las partes, se puede comprobar a efectos de determinar la competencia.

Debe partirse de la consideración de que el concepto de gastos de primer establecimiento es ajeno a la nueva Directiva 2014/23 /UE relativa a la adjudicación del contrato de concesión, y a las Directivas de recursos transpuestas 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 la LCSP 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 LCSP 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 prestarse 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. Así lo ha entendido este Tribunal en la Nota sobre interpretación del concepto de gastos de primer establecimiento publicada en su página web y que fue remitida a los órganos de contratación.

Sentado lo anterior procede examinar el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales inversiones, el artículo 132 del TRLSC 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 precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión “presupuesto de gastos de primer establecimiento” se refiere al importe previsto en dicho documento.

Debe destacarse que no se recoge de forma expresa en el expediente la existencia de gastos de primer establecimiento por lo que debe examinarse el mismo con la finalidad de considerar algunos de los descritos como tales, en su caso.

Así en el ANEXO IV: Prestación P4,- “Relación de acciones y obras de mejora y renovación obligatorias”-, del PPT se recogen las acciones obligatorias que hay que llevar a cabo para la instalación de Alumbrado Público, que se deberán realizar dentro del primer año de la ejecución del contrato, de acuerdo con el punto 6.5 de aquél, con el objeto permitir a las instalaciones alcanzar el máximo nivel en eficiencia energética y ahorro energético. Estas obras o inversiones no deben

confundirse con las prestaciones de la P6, que comprenden la realización de aquellas otras obras propuestas por los licitadores de mejora y renovación que supongan un ahorro energético y que serán ejecutadas por el resultado adjudicatario, obras que serán financiadas por el adjudicatario a costa de los ahorros energéticos que obtenga durante la vigencia del contrato.

Consta en el expediente un informe económico financiero emitido el 4 de agosto de 2014, en el que se especifican como inversiones, la reforma de cuadros por importe de 95.307,75 euros; nuevas luminarias por 932.664,79 euros y proyectos por 70.797,35 euros.

Las acciones del Anexo IV Prestación P.4, no se encuentran cuantificadas pero la mayoría de ellas se refieren a los cuadros de mando en los que se indica deben instalarse relojes astrológicos, pudiendo identificarse dicha inversión con la contabilizada por importe de 95.307,75 euros. Asimismo existe un Anexo II,- "Inventario de equipos de las instalaciones de alumbrado público, sujetos a las prestaciones P1, P2, P3, P4 y P5"-, en el que también se relacionan luminarias a sustituir, pero sin cuantificar, sin perjuicio de lo que puede considerarse que se trata del importe contemplado en el informe económico financiero por 932.664,79 euros; por lo que ambas cantidades, destinadas a las inversiones obligatorias necesarias para la puesta en marcha del contrato pueden ser consideradas como inversiones de primer establecimiento. Se supera por tanto el umbral establecido en el TRLCSP.

Segundo.- Especial análisis merece el plazo de interposición del recurso, que ya se realizó en detalle en la Resolución 88/2014, de 18 de junio, de cuyo contenido debemos destacar que lo siguiente:

"El artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que:

"a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los

licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. La interpretación de la regulación nacional ha de hacerse a la luz de la Directiva de la Unión Europea. Así, ante la indeterminación del momento en que los pliegos *“han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento”* los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación siguieron dos criterios, el primero, mayoritario y seguido por este Tribunal, que entendía que el *dies a quo* se producía cuando se acredita que se tuvo conocimiento de los pliegos o desde el día final del plazo de presentación de proposiciones cuando no se puede conocer tal día, y el seguido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que considera la fecha de publicación en el perfil de contratante como fecha de puesta a disposición de los pliegos.

Según la primera de las posiciones expuestas, de acuerdo con el citado artículo 158 del TRLCSP habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios. La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 del TRLCSP nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos, comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

En los supuestos en que, como el que estamos analizando, los pliegos se han puesto a disposición de los licitadores a través del perfil de contratante y cuando no sea posible acreditar el momento a partir del cual han obtenido los pliegos, razones de seguridad jurídica, aconsejaban computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos. Este fue el criterio utilizado por este Tribunal, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las distintas Resoluciones a los recursos formulados desde su constitución hasta finales de 2013.

No obstante, la redacción del artículo 44.2.a) del TRLCSP, como hemos avanzado también admite otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, entre otras en la Resolución 109/2012, de 8 de marzo de 2012. Esta Resolución argumenta que en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante. En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial correspondiente, el plazo del recurso contra aquéllos no se computa hasta el día siguiente al anuncio de la licitación en el Boletín Oficial, puesto que hasta entonces aquéllos carecen de eficacia jurídica. Por el contrario, en caso que se anuncie la licitación en el Boletín Oficial antes de que se publique en el perfil de contratante, el plazo de interposición del recurso no se computa hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces, éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011, se pronuncia por la interpretación del *dies a quo* en el sentido de que el pliego se puso a disposición de los licitadores desde el día de publicación de los anuncios, fecha a partir de la cual el pliego se pudo recoger en las oficinas según se hace constar en los mismos; que la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo y no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los pliegos; que la eficacia de los pliegos no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos; y por último que el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio.

Dicha interpretación ha provocado un cambio de criterio sobre esta cuestión en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo criterio en aras a la coordinación entre los órganos encargados de la resolución del recurso especial y orientado por el principio *favor acti*, había sido seguido también por este Tribunal. El nuevo criterio señalado por la Sentencia de la Audiencia Nacional fue aceptado y recogido en la Resolución 534/2013, de 22 de noviembre y en la Memoria del citado Tribunal Central del ejercicio 2013.

Esta conclusión aún no siendo aplicable de forma directa a las resoluciones de este Tribunal, en aras a la coordinación de la actuación de los distintos órganos encargados de la resolución del recurso especial, también fue aceptada por éste suponiendo un cambio de criterio respecto del sostenido hasta entonces y fue recogido dándole publicidad en la “Guía informativa sobre la regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y los procedimientos seguidos ante el mismo”, publicada en su página Web, adoptada en virtud de la Resolución 2/2013, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 4 de diciembre de 2013, por la que se modifica la citada guía informativa.

El Tribunal debe salvaguardar la posibilidad de recurso invocando los motivos de violación de la legalidad en apoyo del mismo, pero al mismo tiempo debe garantizar el respeto al principio de efectividad que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, y la aplicación de la legislación española de contratos del sector público que configura el plazo para la interposición del recurso como un plazo de caducidad. La caducidad es una consecuencia de la exigencia de celeridad. Significa que si la presentación no se hace dentro de un lapso de tiempo perentorio se pierde el derecho a entablar la acción correspondiente. La única forma de evitar la caducidad de la acción es ejerciéndola formalmente ante la instancia competente.

El principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso”.

En este caso, el recurso se dirige contra los Pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el perfil de contratante el 27 de agosto, habiéndose publicado la convocatoria en el BOCM el día 3 de septiembre de 2014.

El recurso se interpone el día 3 de octubre de 2014, habiendo superado el plazo de 15 días hábiles, que establece el artículo 44.2. a) desde la fecha en que se cumple el requisito de publicidad completa y se pusieron a disposición los mencionados Pliegos, por lo que su interposición resulta extemporánea.

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.- Inadmitir el recurso formulado por don R.H.M., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (ANESE), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas de la gestión del servicio público de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética, número de expediente: 1992/2014, tramitado por el Ayuntamiento de Morzarzal, al haberse interpuesto fuera del plazo que establece artículo 44.2. a) del TRLCSP.

Segundo.- 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.

Tercero.- 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.