



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

**Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).**

**DICTAMEN 10/2016**

**ASUNTO:** Recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen en el Contrato de Gestión de servicios en la modalidad de concesión denominado “Gestión y Explotación del centro deportivo municipal Periodista Antonio Prieto” a adjudicar por el procedimiento abierto.

**Recurrente:** *SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.*

**Referencia órgano contratación:** *expediente 106/2016.*

En Granada, a 7 de octubre de 2016

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos que rigen en el contrato de gestión de servicios en la modalidad de concesión denominado “Gestión y Explotación del centro deportivo municipal Periodista Antonio Prieto” a adjudicar por el procedimiento abierto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**I.** La Junta de Gobierno Local, en su sesión ordinaria celebrada el día veintidós de julio de dos mil dieciséis, acordó aprobar los pliegos del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de gestión de servicios en la modalidad de concesión denominado “Gestión y Explotación del centro deportivo municipal Periodista Antonio Prieto” a adjudicar por el procedimiento abierto.

**II.** La licitación se publica en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada número 142, el día veintisiete de julio de dos mil dieciséis y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Granada.

**III.** La mercantil *SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.*, presenta el día doce de agosto de dos mil dieciséis, con entrada en el registro general del Ayuntamiento de Granada el día dieciséis del mismo mes, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos, motivando el mismo en las siguientes cuestiones que sucintamente se exponen:

a) Nulidad de la cláusula 24 del anexo I que determina la indemnización de daños y perjuicios



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

b) Nulidad de la cláusula 5 del anexo I referente a la obligación de continuar con la prestación del servicio cuando se resuelva el contrato por causas no imputables al Ayuntamiento de Granada.

c) Incumplimiento de los requisitos de solvencia exigidos en el TRLCSP.

**IV.** Solicitada la remisión del expediente y relación de licitadores, se remiten a este Tribunal con fecha 16 de agosto de 2016 acompañado de informe jurídico.

**V.** Con fecha 25 de agosto de 2016, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, acordó comunicar a los interesados la existencia de causa de inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para la presentación de las alegaciones que estimasen oportunas.

**VI.** Dicha resolución fue notificada a los interesados el pasado 13 de septiembre de 2016, presentando alegaciones el día 16 de septiembre de 2016 con entrada en el registro el 23 de septiembre de 2016.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.** Con carácter previo al examen de la cuestión suscitada, es necesario precisar que entre las funciones atribuidas a éste Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada por su Reglamento aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno se encuentran, según el artículo 1 de la citada disposición administrativa:

*a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en el artículo 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 37 de la referida Ley.*

*b) Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación reguladas en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las cuestiones de nulidad establecidas*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

*en el artículo 109 de dicha Ley.*

*c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas provisionales o cautelares que se hayan solicitado por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refieren los párrafos a) y b) del presente artículo.*

*d) Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).*

*e) Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y entes del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).*

*f) Formular propuesta de coordinación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).*

*g) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.*

Por su parte el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (dispone que 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:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros y

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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

**SEGUNDA:** Las alegaciones presentadas argumentan en primer lugar el incumplimiento del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado, en cuanto a que no se identifica a los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada. Argumenta que la ausencia de identidad de la autoridad o funcionario que ha dictado el acto conlleva su inexistencia. Se apoya la citada alegación en sentencia que declara la inexistencia de un acto que no aparece firmado por el titular del órgano de la competencia.

En primer lugar hay que destacar que el citado RD 1465/1999, de 17 de septiembre delimita su ámbito de aplicación a los órganos de la Administración General del Estado, los Organismos autónomos dependientes de ella y los Servicios Comunes y Entidades Gestoras de la Seguridad Social, no es por tanto aplicable al presente caso del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada.

Con independencia de esta apreciación, lo que se discute es la notificación de un acto de trámite del tribunal que aparece firmado por el Secretario, si bien al no identificarse en el escrito puede operar un defecto de forma que, al no carecer de los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin y no producir indefensión se trataría de una irregularidad no invalidante. Se atiende la petición formulada de remisión de copia del acta de la sesión de 25 de agosto.

**TERCERO:** Se alega en segundo lugar que los gastos de primer establecimiento en el presente contrato superan el importe marcado en el artículo 40c) del TRLCSP, ya que hay que incluir los correspondientes al déficit previsto para el primer año (660.346,33 €según estudio económico de viabilidad), el Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales Onerosas, la inversión en equipamiento deportivo, el canon a abonar por el adjudicatario y el importe de la inversión mínima a realizar en los primeros años del contrato, por lo que se supera el importe de 500.000,00 euros previsto en el artículo 40 c).

En relación al concepto de gastos de primer establecimiento al que se refiere la legislación de contratos, no existe una definición detallada de los mismos en la normativa, entendiéndose por tales los necesarios para la puesta en marcha del servicio público. En cuanto a que gastos han de considerarse incluidos en este concepto existen distintas interpretaciones que oscilan desde la estrictamente contable, de acuerdo a lo previsto en el derogado Plan general de Contabilidad de 1990, que abarcaba los siguientes: "*honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal; etc., ocasionados con motivo del establecimiento.*"

Esta es la interpretación que asume la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

al concluir que “la LCSP emplea el concepto “gastos de primer establecimiento” en su sentido contable, siendo necesario acudir, caso a caso, a la normativa fiscal y contable para concretar su contenido.” Informe 7/2008 de 11 de junio de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

En todo caso los gastos de primer establecimiento fijados en el pliego de cláusulas administrativas que rigen el contrato se cifran en 5.800 € que se corresponden con el importe estimado del canon a abonar en el presente ejercicio (aproximadamente 2 meses), teniendo prevista su adjudicación para finales del mes de octubre.

No parece que se considere estrictamente el criterio contable a la hora de determinar los gastos de primer establecimiento ya que se incluye como tal el importe de canon a abonar en el primer ejercicio, teniendo en cuenta que el concesionario no ha de realizar adquisiciones de maquinaria o instalaciones, cuyos importes son los que normalmente se tienen en cuenta normalmente para cuantificar los gastos de primer establecimiento. En todo caso los gastos a considerar tienen un límite temporal definido por el propio concepto de primer establecimiento. El actual Plan General de Contabilidad establece la obligación de contabilizar estos gastos en el ejercicio en el que se incurran.

Junto a esta óptica contable de los gastos de primer establecimiento se puede acudir, como hace el alegante, a la interpretación derivada de los artículos 126 y 129 del reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que permite incluir las inversiones dentro del concepto al hablar no sólo ya de gastos, sino de costes. Esta última es la conclusión a que llega el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, que incluye el recurrente en su alegación. Interpretación más favorable a la admisibilidad de estos recursos, al ampliar cuantitativamente la consideración de gastos de primer establecimiento. Así desde esta perspectiva y siguiendo al TACP de Madrid en su nota de junio de 2013, estaría formado por todos aquellos gastos “necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.”

Se excluyen expresamente los gastos de explotación que pueden definirse como los desembolsos realizados por la empresa para la obtención de los ingresos del ejercicio siempre que provengan de la actividad principal de la empresa, para la que fue constituida. En el concepto de gastos de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

explotación se incluyen, según la normativa contable y tributaria, los gastos variables o de explotación en un sentido estricto, que dependen de la actividad productiva cotidiana de la explotación (suministros, compras, transportes y otros costes variables relacionados con el nivel de producción); *los* gastos fijos, o estructurales, que soporta la empresa con independencia de la actividad normal de explotación (alquileres, amortizaciones, gastos de personal, seguros, tributos, etc); también los gastos excepcionales o extraordinarios que, por su naturaleza, no están relacionados con la actividad ordinaria de la empresa (no son gastos de la actividad productiva normal) ni se producen todos los ejercicios (no son gastos fijos de la empresa).

Los gastos cuya inclusión en el concepto de gastos de primer establecimiento demanda el alegante, forman parte de los gastos de explotación según las definiciones que hemos visto y que se apoyan en la normativa contable (RD 1514/2007, de 16 de noviembre) y tributaria (Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 43/2013, 23 de enero de 2013, circunscribe dentro del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, los importes previstos *"de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido"*. Hay que puntualizar que no se incluyen aquí las inversiones que no sean necesarias para el primer establecimiento del servicio, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio así como las derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio.

A la vista del estudio de viabilidad elaborado previamente a la licitación se puede determinar que inversiones podrían computarse dentro del concepto de gastos (costes) de primer establecimiento. En el cuadro que acompaña al apartado denominado INVERSIÓN INICIAL, se detallan en el cuadro de amortización los importes y vida útil de las inversiones, aclarando al final del cuadro que no es inicial en el sentido de gastos de primer establecimiento y en las notas que acompañan al cuadro se especifica lo siguiente:

- El nuevo adjudicatario recibirá, como resultado del contrato que nos ocupa, el activo de la misma al completo, esto es:
  - Inmovilizado





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

***Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).***

**DICTAMEN 10/2016**

- Instalaciones de todo tipo asociadas (eléctricas, telecomunicaciones, depuración, mantenimiento, limpieza, control de clientes, iluminación...).
  
- Bienes muebles ( mobiliario de oficina y recepción, equipos de proceso de información, equipamiento, útiles y herramientas..)
  
- Software de gestión y control de accesos.
  
- Dicho activo, adquirido por el anterior adjudicatario en 2013, se entrega en perfectas condiciones de uso a corto plazo, teniendo en cuenta que parte del material es de carácter fungible y que el resto se encuentra ya amortizado o depreciado en 4 años.
- El nuevo adjudicatario, por tanto, no deberá volver a realizar dichas inversiones hasta que los anteriores elementos se encuentren amortizados en su totalidad, esto es, al final de su vida útil. Por lo que se entiende que la primera inversión que correrá a cargo del mismo se llevará a cabo el tercer año desde la adjudicación de la concesión, siendo ésta la correspondiente al Software de Gestión, por calcularse su vida útil en 6 años, y habiéndose amortizado ya en 4.

Esta claro que el calendario previsto en el estudio traslada al tercer año y, por tanto, fuera del ámbito temporal de los gastos de primer establecimiento, la necesidad de nuevas adquisiciones de bienes. Desde esta perspectiva no cabe incluir el importe de 894.265,00 € dentro de los gastos de primer establecimiento, por lo que estos quedan por debajo del límite del artículo 40.c) y por tanto hay causa de inadmisibilidad del recurso.

**CUARTO:** El 26 de febrero de 2014 se aprobaron las Directivas 2014/23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre adjudicación de contratos de concesión, sobre contratación pública y sobre contratación de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente. El plazo de transposición de las mismas expiró el 18 de abril de 2016. Dicha transposición no se ha llevado a cabo de manera completa. Por tanto se produce la aplicación directa de las mismas de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea siempre que reúna los requisitos establecidos por el mismo de claridad e incondicionalidad. La Directiva 2014/23, regula por primera vez los contratos de concesión de servicios, los cuales hasta ahora no estaban sujetos a contratación armonizada. Señala en su artículo 8.1 que se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000 EUR (5. 225.000 euros tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión). Añade el punto 2 que el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios. Por su parte, el artículo 46 modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, ampliando el ámbito de aplicación del recurso



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

administrativo especial en materia de contratación en lo que se refiere a los contratos de gestión de servicios públicos.

Considerando la aplicación directa de la directiva tampoco nos encontramos con posibilidad de admitir el recurso puesto que el estudio de viabilidad económica del contrato y el pliego de cláusulas administrativas cifra el valor estimado del contrato (cifra de negocio obtenida en el período contractual como contrapartida a la prestación del servicio en cuestión) como resultado de la suma de los flujos de caja estimados para los 25 años de concesión en 2.966.862'37 €

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.4 del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, el artículo 3 del citado Reglamento, las Directivas 2014/23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre adjudicación de contratos de concesión, sobre contratación pública y sobre contratación de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y el artículo 40.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no se considera admisible en presente recurso.

**TERCERA.** Dispone el artículo 46 del TRLCSP que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por la disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades recogidas en el propio artículo 46.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación, **ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

**Primero.** INADMITIR el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos que rigen en el Contrato de Gestión de servicios en la modalidad de concesión denominado “Gestión y Explotación del centro deportivo municipal Periodista Antonio Prieto” a adjudicar por el procedimiento abierto, presentado por la mercantil **SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.**, por las razones expresadas en los fundamentos jurídicos de este Dictamen.

**Segundo.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**Referencia: 10/2016 TAC**

*Expediente 106/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).*

**DICTAMEN 10/2016**

ASUNTO: Recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen en el Contrato de Gestión de servicios en la modalidad de concesión denominado “Gestión y Explotación del centro deportivo municipal Periodista Antonio Prieto” a adjudicar por el procedimiento abierto.