



Recurso nº 1112/2014 C.A. Galicia 141/2014

Resolución nº 118/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. D. I., en representación de CONTROL GALICIA, S.L., contra los Pliegos que rigen el “procedimiento abierto con diversos criterios de adjudicación para la contratación de la gestión del servicio público, mediante modalidad de concesión, de la ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos (ORA)”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de A Coruña (en lo sucesivo, órgano de contratación), convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de A Coruña (el 17 de diciembre de 2014) y en el Diario Oficial de Galicia (el 15 de diciembre de 2014) licitación para la contratación de la gestión del servicio público, mediante modalidad de concesión, de la ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos (ORA).

Segundo. El día 29 de diciembre de 2014 CONTROL GALICIA, S.L. presentó ante el órgano de contratación escrito solicitando que *“se aclarase o corrijan los particulares de los pliegos que determinan la inviabilidad económica de la prestación del servicio en las condiciones exigidas”*.

Tercero. El órgano de contratación, el 30 el diciembre de 2014, remitió dicho escrito ante este Tribunal como recurso especial en materia de contratación administrativa, remitiendo con posterioridad el informe previsto en el art. 46.2 del TRLCSP.

Cuarto. El 12 de enero de 2015 la Secretaría de este Tribunal requirió subsanación al recurrente otorgándole un plazo de 3 días hábiles para aportar “Apoderamiento otorgado

a favor de quien dice actuar en nombre de la recurrente, en el que figure expresamente atribuida la facultad de interponer recursos/reclamaciones administrativas ante la Administración General del Estado”. Dicha documentación se aportó el 15 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE Núm. 282 del 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El acto es susceptible de impugnación con arreglo al artículo 40 apartado 2 letra a) que indica que podrán ser objeto de impugnación los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, y con arreglo al artículo 40 apartado 1 letra c) que indica que son susceptibles de recurso los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.

Respecto a los gastos de primer establecimiento debe aclararse que aunque ni los pliegos ni el anuncio de licitación indiquen cuales son los gastos de primer establecimiento, como ya explicamos en resoluciones anteriores (por todas, la resolución nº 360/2014 de 9 de mayo), *“dicha expresión ha de entenderse alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.*

Y ello se refiere, como resulta de la referencia realizada a este término en los ya citados arts. 154 y 172.b), no ya estrictamente a los gastos que hayan de acometerse de manera

inmediata a la formalización del contrato, sino a todos aquéllos que esté previsto realizar para la prestación del servicio público.”

Del modelo económico financiero que se incluye en el expediente de contratación se prevé una inversión de 1.579.233 euros y el contrato tiene una duración de 8 años, con posibilidad de prórroga por acuerdo expreso de las partes. Por lo tanto, es susceptible de recurso especial en materia de contratación administrativa.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La recurrente ostenta legitimación para la interposición de este recurso dado que puede presentar una proposición en el concurso y, por lo tanto, los motivos que alega (inviabilidad económica del contrato) pueden afectarle directamente al condicionar su posible participación, por lo que debe reconocerse legitimación en el presente recurso.

Quinto. El recurrente impugna los Pliegos que rigen el contrato en base a la inviabilidad económica del mismo y con fundamento en dos motivos distintos. En primer lugar, considera que desde un punto de vista económico financiero, atendiendo a las plazas de estacionamiento y los resultados previstos en el Pliego, no hay margen para sostener el servicio. De manera concreta indica que ello además dependerá de la Administración como titular exclusiva de la potestad sancionadora.

Por otra parte, considera que el volumen de personal es excesivo de forma que la financiación no es viable, y además añade que los listados de subrogación incluyen un número de trabajadores con categorías que no guardarían relación directa con la prestación.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, se opone al recurso por motivos de forma y de fondo.

Desde el punto de vista de los motivos de forma explica que el recurrente no ha presentado los documentos exigidos en los apartados a) d) y e) del artículo 44.4 del TRLCSP y que el escrito es una mera aclaración que debió seguir el cauce establecido para consultas previsto en la cláusula 18 del PCAP.

Desde el punto de vista de los motivos de fondo, se remite al estudio económico-financiero de explotación que acompaña como Documento 1 (está incluido como documento 8.1 en el expediente de contratación) considerando justificada la viabilidad. Considera que con dicho estudio y ante la falta de justificación documental, debe desestimarse el recurso presentado.

Pasamos a analizar estas cuestiones.

Séptimo. En lo que se refiere a los requisitos formales, debe señalarse, en primer lugar, que la falta de la acreditación de la representación (art. 44.4.a) fue debidamente subsanada. En segundo lugar, respecto a la falta de anuncio previo (art. 44.e), debemos recordar que es criterio reiterado por parte de este Tribunal que dicha ausencia no puede considerarse como un vicio que impida la válida continuación del procedimiento. Finalmente, la no presentación de los documentos en que funde su derecho el recurrente (art. 44 d) es una cuestión ligada al fondo del recurso y la examinaremos en el siguiente apartado.

Octavo. En lo que se refiere al fondo del recurso lo primero que debe ponerse de manifiesto es que el recurrente no señala ningún artículo del TRLCSP que se considere infringido. No obstante, discutiendo su viabilidad económica resulta procedente analizar lo dispuesto en el art. 87.1 del Real Decreto Legislativo 3/11, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que indica que (el subrayado es nuestro): *“En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”*

En segundo lugar, debe señalarse que, tal y como indica el órgano de contratación, el recurrente no ha presentado justificación alguna sobre las alegaciones contenidas en el recurso, y, tan siquiera lo ha motivado mínimamente. En este sentido, debemos recordar

que en el recurrente recae la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula (así lo explicamos ya en nuestra resolución 406/2014 de 23 de mayo) y ello resulta aún más importante cuando se alega la inviabilidad económica de un contrato.

Siendo así, resulta procedente traer a colación el acuerdo 54/2014 del Tribunal de Contratación de Recursos Contractuales de Aragón, que ya citamos en nuestra resolución 912/2014 que indicaba, respecto a la correcta estimación del presupuesto de licitación, lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 10/2011, 19/2011, 63/2013 y, el más reciente, 45/2014), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP.

En concreto, el artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que «Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».

El concepto «precio general de mercado» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. El artículo 87 TRLCSP únicamente establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no determina con exactitud los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto. Por su parte, el artículo 1 TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del sector público tiene por objeto, entre otros, el de «...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios». Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios es un criterio interpretativo del artículo 87 TRLCSP.

(...) Toda estimación, por definición, incluye elementos de intuición que no responden a realidades ciertas y veraces de las magnitudes sobre las que se proyectan, y menos cuando se trata de conocer el comportamiento de esas magnitudes en el futuro.

4 (...) La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato.

Esta evaluación del importe producirá en algunos casos un incremento y en otros una minoración con referencia al precio de las licitaciones anteriores. Es en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación. Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 —cuya fundamentación y consideraciones comparte este Tribunal— «...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.

(...)

“5 A juicio de este Tribunal, la recurrente no ha acreditado la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, sino que, se ha limitado a basarse en sus propias previsiones de usuarios, ingresos y costes, algunos de los cuales dependen en buena parte del modelo de negocio, de la estructura y organización de la empresa, y de su mejor o peor gestión.

No ha considerado factores como el nuevo diseño de líneas previsto en el Anteproyecto, con mejoras de recorridos y frecuencias, la posibilidad de trasbordo gratuito, el mayor

número de paradas y mejoras en su ubicación y acondicionamiento con marquesinas — de las que se incluyen en el informe pericial aportado por el recurrente únicamente sus costes de amortización en la cuenta de resultados, pero sin incluir los ingresos por publicidad insertada en las mismas—, que pretenden una mejora de las condiciones del actual servicio. No se advierte, por tanto, un inadecuado sistema de retribución financiera que haga, per se, inviable la correcta prestación del servicio objeto de licitación. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso por este motivo”.

En el recurso que nos ocupa, la recurrente no solo no acredita sino que tampoco desarrolla mínimamente las razones por las cuales existe la supuesta inviabilidad económica.

Por otra parte, en relación a las alegaciones sobre la incoherencia del número de personas a subrogar y de sus categorías debemos recordar que el artículo 120 del TRLCSP exige informar sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ahora bien, ello no impide que el empresario diseñe la gestión de recursos humanos en la forma que estime oportuno, de forma que podrá decidir mantener al personal subrogado o, bien podrá acordar extinguir su relación laboral con la correspondiente indemnización si así lo considera oportuno. Cuestión distinta es que el recurrente a la vista de los cálculos realizados esté o no interesado en licitar.

Finalmente, se pone de manifiesto que si el recurrente quería haber obtenido alguna aclaración del órgano de contratación debía haberlo hecho en la forma determinada en la cláusula 18 del PCAP que suministraba una dirección de correo electrónica a tal efecto.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. C. D. I. en representación de CONTROL GALICIA, S.L., contra los Pliegos que rigen el “procedimiento abierto con diversos criterios de adjudicación para la contratación de la gestión del servicio público, mediante modalidad de concesión, de la ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos (ORA)”.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.