

ACTA DEL PLENO EXTRAORDINARIO-URGENTE, CELEBRADO POR ESTE AYUNTAMIENTO EL DIA 11 DE JULIO DE 2013

En la Ciudad de Tacoronte, a 7 de julio de 2013, siendo las 14:20 horas, se reúnen en la Sala de Sesiones de este Ayuntamiento, bajo la Presidencia del Sr. Alcalde Accidental **DON RODOLFO LEÓN MARTÍN**, los Concejales y Funcionarios de Carrera que a continuación se relacionan:

ALCALDE-PRESIDENTE ACC.:

D. Rodolfo León Martín.

CONCEJALES:

D. Ignacio Álvarez Pérez.

D^a. M^a de los Ángeles Dávila Rodríguez.

D^a. M^a de los Ángeles Fuentes Dorta.

D. Moisés González Miranda, se incorporó antes de la deliberación y votación del punto II del Orden del Día.

D^a. Virginia Bacallado García.

D. Juan García García.

Dña. Maria Raquel Marichal de la Paz.

D. Andrés Ramos Hernández.

D. Fernando Meneses Martín.

D^a. Ana Isabel Díaz Rodríguez.

D^a. Teresa María Barroso Barroso.

D^a. M^a Victoria Castro Padrón.

D^a. Celina Fuentes Hernández.

D. Antonio Manuel Vera Rodríguez.

D. Ángel Méndez Guancho.

D^a Carmen del Cristo García Estévez.

EXCUSAN ASISTENCIA:

D. Álvaro Dávila González.

D. Daniel Ignacio López Aguado.

D. Ayoze Álvarez González.

NO ASISTE:

D. Carlos Medina Dorta.

INTERVENTORA DE FONDOS:

D^a Natalia García Valcárcel.

ASISTENTE A LA SECRETARÍA:

D^a. M^a Inmaculada Reyes Dorta.

Asistidos por la Secretaria General de la Corporación **DÑA. M^a DEL CARMEN CAMPOS COLINA**, al objeto de celebrar la presente sesión, previamente cursada al efecto.

Abierto el acto por orden de la Presidencia, comprobado por la Secretaria Autorizante, la existencia de quórum suficiente, que en ningún momento fue perturbado por la ausencia de los distintos miembros de la Corporación; se pasan a tratar los siguientes asuntos incluidos en el Orden del Día.

I.- RATIFICACIÓN DE LA URGENCIA.-

Con motivo de la interposición por la UTE TECNOCONTROL SERVICIO S.A.-ELSAMEX S.A, de Recurso Especial en contra el acuerdo plenario de fecha 07-06-2013, y solicitud expresa de adopción de medidas provisionales consistentes en la suspensión cautelar del procedimiento de contratación del expediente 95/2012, en el plazo máximo de 5 días hábiles a contar desde el día siguiente a la entrada del mismo en el Registro General, según establece el art. 43.2 del TRLCSP.

Por **UNANIMIDAD** de los asistentes, se acuerda ratificar la urgencia.

II.- INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN EL EXPEDIENTE INSTRUIDO PARA EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL ALUMBRADO MUNICIPAL DE TACORONTE, MEDIANTE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: ACUERDOS A ADOPTAR.-

En este punto se da cuenta de la propuesta formulada por el concejal delegado de contratación, que literalmente dice:

“Habiéndose interpuesto Recurso Especial en materia de contratación, al acuerdo de adjudicación del **CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPAL, MEDIANTE MODALIDAD CONCESIONAL (EXP 95/2012)**, por parte de la licitadora **UTE TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.** con C.I.F. A-28815322 y **ELSAMEX, S.A.** con C.I.F. A-28504728, con fecha 5 de julio de 2013, se incorpora al expediente.

ANTECEDENTES:

I.- Mediante acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 07 de junio de 2013 se adjudica el contrato referenciado a favor de la Unión Temporal de Empresas Ferroser Infraestructuras, S.A.-Ferroser Servicios, S.A.

II.- Dentro del plazo de 15 días hábiles a contar desde la notificación del acuerdo de adjudicación se presenta recurso especial en materia de contratación al amparo de los artículos 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 (en adelante TRLCSP) en base a los siguientes motivos:

a. Defectos insubsanables en la determinación de los coeficientes de la fórmula de revisión de precios.

b. Error en la evaluación de los criterios correspondientes al contenido del Sobre B de la oferta presentada por las recurrentes.

Concluye solicitando la anulación del acuerdo combatido así como la exclusión de las ofertas de determinados licitadores así como la subsanación de errores en la evaluación del Sobre B.

III.- Consta en el expediente de su razón informe jurídico de fecha 9 de julio de 2013, firmado por Don Rubén Rodríguez Rodríguez, Abogado Colegiado nº 4767, informando la inadmisión del recurso en cuestión.

IV.- Asimismo obra en el expediente informe de la Técnico de Contratación de fecha 10 de julio de 2013, informando la inadmisión del citado recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- El órgano competente para entrar a dirimir la resolución del recurso interpuesto es el Pleno de la Corporación, puesto que de conformidad a lo señalado en la Disposición Transitoria Séptima del TRLCSP, en tanto la Comunidad Autónoma de Canarias no ha regulado ante quién debe interponerse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 del Texto Refundido, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 40.1 y 2, y qué efectos se derivarán de su interposición, será de aplicación las siguientes normas:

a) Serán recurribles los actos mencionados en el artículo 40.2 cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.

b) La competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad.

c) Los recursos se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 42 a 48 de esta Ley.

d) Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta

tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

Esta redacción legal ha de integrarse con la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («B.O.E.» 10 abril).

2.- Hay que dirimir la *admisibilidad o no del recurso*:

Previamente a debatir sobre las materias de fondo planteadas por la entidad recurrente, conviene examinar la procedencia de la interposición del mencionado recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 40 del TRLCSP, ya que, en caso contrario, procedería declarar su inadmisión sin que fuera necesario entrar a dilucidar sobre las alegaciones efectuadas en el escrito del recurso.

Desde el punto de vista formal o procedimental y habida cuenta que el recurso se ha interpuesto frente al acuerdo plenario de adjudicación del contrato, pudiera entenderse desde una perspectiva procedimental, al amparo del artículo 40, que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, entre otros, los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores, entre otros, a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a 5 años. (entiéndase en la Comunidad Autónoma de Canarias el I.G.I.C.)

Por tanto debemos examinar los requisitos de procedibilidad del recurso especial en materia de contratación, que de no concurrir determinan su inadmisibilidad, sintetizados en los siguientes:

- *Tipo de contrato: gestión de servicios públicos.*
- *Condiciones de ejecución: duración superior a 5 años y presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 €.*
- *Objeto: Entre otros, acuerdo de adjudicación.*

De los requisitos enunciados anteriormente no concurre el relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento.

En apoyo de lo aquí manifestado debemos señalar que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad de legislador al

hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.

Entendemos que la citada expresión tiene su origen o trae causa de la normativa contable, debiendo acudir a la misma para determinar cuáles son los gastos de primer establecimiento. Y para apoyar tal afirmación, véase el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Galicia de 11 de junio de 2008, que parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa.

Por tanto, se considera que puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el art. 40.1 letra b) TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior, puesto que la normativa contable actual no regula los gastos de primer establecimiento.

Para atender al criterio contable deberíamos acudir a la normativa precedente, pues el actual Plan General de Contabilidad (PGC/2007), aprobado mediante [Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre](#), al ordenar que la contabilización de los gastos de establecimiento se realice con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran, elimina la especificidad prevista en los dos planes anteriores (1973 y 1990) para los gastos de primer establecimiento, y con ello toda referencia a su tratamiento particular.

Esta normativa, [Plan General de Contabilidad de 1990](#) (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre), únicamente considera gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: 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. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6ª), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material).

Sobre este particular, y abundado sobre lo manifestado, aunque versen sobre naturaleza tributaria, merecen citarse la STS Sala 3ª, Sección 2ª, de 5 de enero de 2010, rec. 217/2004, rec. 217/2004 (LA LEY 375, 2010):

«Tales gastos, los de primer establecimiento, son referidos reglamentariamente "al inicio de actividad de la Empresa"».

Y la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 27 de noviembre de 2.003, rec. 705/2001 (LA LEY 526, 2004):

*«El art. 69.1, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 **[vigente al día de hoy]**, relativo a los «gastos de primer establecimiento y asimilados», establece: «Se entenderán como gastos del primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la Empresa inicie su actividad, entre los que se incluirán los honorarios, gastos de viaje y otros estudios previos de naturaleza técnica y económica, publicidad de lanzamiento y captación, adiestramiento y distribución del personal hasta el inicio de la actividad». Como se desprende de lo regulado en este precepto, los «gastos de primer establecimiento» se encuadran temporalmente «hasta el inicio de la actividad», «hasta que la Empresa inicie su actividad». Son los gastos previos que ha de desembolsar la sociedad, preparatorios y tendentes al inicio de la explotación económica.»*

Finalmente, y con carácter analógico, el ordinal 6º de la Orden de 10 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de agua:

«6.ª Gastos de establecimiento

Los gastos de establecimiento se valorarán por el precio de adquisición o coste de producción de los bienes y servicios que los constituyan. En particular se aplicarán las siguientes normas:

a) Tendrán la consideración de gastos de constitución y ampliación de capital los siguientes: Honorarios de letrados, notarios y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación de títulos; etc., ocasionados con motivo de la constitución o ampliación de capital.

b) Tendrán la consideración de gastos de primer establecimiento los 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.

Los gastos de establecimiento deberán amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años.»

De lo expuesto se deduce que la expresión del legislador ha de considerarse como expresión contable, ni siquiera cabe asimilar este presupuesto al coste del establecimiento del servicio contenido en el artículo 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](#) previsto únicamente con la finalidad de cuantificar la

retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, de acuerdo con las bases tenidas en cuenta para su otorgamiento, deben mantenerse en todo caso, en función de la necesaria amortización, durante el plazo de aquélla, del «coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho», de los gastos de explotación y del beneficio industrial normal.

Por tanto, dónde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros pues si la voluntad del legislador hubiese sido el anudar el valor cuantitativo de 500.000 € al coste del establecimiento del servicio, con el alcance del Reglamento de Servicios, así lo hubiera expresa y no hubiese adoptado la expresión contable de gastos de primer establecimiento como hasta ahora se ha razonado.

Es más, si acudimos al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que opera como "ley del concurso" en palabras del Tribunal Supremo, asumiendo los razonamientos anteriores enseña:

"22. Formalización del contrato

El contrato se perfecciona con su formalización por escrito, ajustado a las condiciones de la licitación, al que se unirá, formando parte del mismo, la oferta del adjudicatario y un ejemplar del pliego de cláusulas particulares y de las prescripciones técnicas, debidamente suscritos por las partes. El contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cuenta los correspondientes gastos.

Cuando el adjudicatario sea una unión temporal de empresarios, dentro del mismo plazo y con anterioridad a la firma del contrato, deberá aportar escritura pública de constitución como tal.

Al licitarse un contrato de gestión de servicios públicos en los que los gastos de primer establecimiento no superan los 500.000 € aunque la duración sea superior a 5 años no cabe interponer recurso especial en materia de contratación por lo que se formalizará el contrato no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación a los licitadores en la forma prevista en el artículo 151 TRLCSP.

A estos efectos se entenderán por gastos de primer establecimiento los 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."

Por tanto, debemos estar y pasar por sus determinaciones, aceptado incondicionalmente por la recurrente al concurrir a la licitación, procede declarar la inadmisibilidad del recurso, al no ser procedente, sin perjuicio que pueda interponerse cualquier otro que proceda en derecho.

Es más la presentación de proposición por parte de la recurrente supone la aceptación incondicional de los pliegos que han regido la licitación, con el añadido de que no se presentó en el periodo que estuvo expuesto al público los citados documentos, reclamación alguna a los mismos, independiente de las dudas sobre el resto de documentos que eran objeto de publicidad, por ejemplo, inventario, anteproyecto de obras, etc, pero no los Pliegos.

3.- *Siguiendo con el posicionamiento, y por lo señalado en el apartado anterior debemos entrar a determinar, que siendo inadmisibile la interposición de recurso especial en materia de contratación solo procede la interposición de recurso contencioso administrativo, y ello de conformidad al artículo 49 TRLCSP, y sin entrar a considerar el contenido argumental del mismo, y sin que se proceda de conformidad al iter procedimental establecido por el TRLCSP, en su Capítulo VI, Título I, del Libro I del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en virtud del cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante TRLCSP), y en concreto en los arts. 40 a 50 del mismo, porque ello sería validar la interposición del mismo, actuando procedimentalmente en dicho sentido.*

Por todo lo expuesto propongo la adopción del siguiente acuerdo:

PRIMERO: *La inadmisión del recurso especial deducido por las mercantiles **ELSAMEX, S.A.** y **TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.**, frente al acuerdo de adjudicación del contrato de fecha 7 de Junio de 2013 a la **UTE FERROSER INFRAESTRUCTURAS, S.A.-FERROSER SERVICIOS, S.A.***

SEGUNDO: *Notificar el acuerdo plenario a la **UTE TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.- ELSAMEX, S.A.**, para su conocimiento y efectos.”*

RESULTANDO: *Que el presente expediente no está dictaminado por la Comisión Informativa correspondiente, debiendo llevarse a su dictamen en la primera sesión que celebre.*

*Se incorpora al Salón de Sesiones, antes de la deliberación y votación del presente punto **DON MOISES GONZÁLEZ MIRANDA.***

Abierto el turno de intervenciones, éste se desarrolla en el tenor siguiente:

*La **SRA. SECRETARIA**, explica a la Corporación que se va a inadmitir el recurso especial por no proceder el mismo, en base a los informes emitidos tanto por el técnico externo contratado para el expediente, como por la técnico de contratación municipal, que a su vez están sustentados en la legislación vigente en materia de contratación. No pueden entrar en el fondo del recurso porque no procede, por no cumplirse el presupuesto de gastos del primer establecimiento, establecido por Ley para presentar recurso especial, además de otros argumentos, solo procede Recurso Contencioso-Administrativo.*

DÑA. TERESA M^a BARROSO BARROSO, explica que se ha leído el recurso de la empresa. Que el mismo viene fundamentado en jurisprudencia, con referencia a la Ley de Contratos del Servicio Público, asimismo hace hincapié en algunos párrafos de las páginas 7 y 8 donde habla de una serie de irregularidades. Sino hubieran presentado Recurso Especial, podrían haber acudido a una revisión, para aclarar a la Empresa las pequeñas dudas que plantean. Continúa diciendo, que es verdad que no procede con la cuantía establecida, presentan Recurso Especial.

DON IGNACIO ÁLVAREZ PÉREZ, manifiesta que, en todo momento han querido ser transparentes y se lamenta de que los grupos que estaban invitado a participar de la mesa, no vinieran ninguno de los dos, porque les hubieran aclarado las dudas que tienen ahora. Han tenido dos asesorías técnicas, debido a la envergadura del procedimiento. La mesa estaba constituida por los técnicos de más relevancia en este Ayuntamiento, se han cumplido todos los plazos que establece la Ley, la diferencia es de 0,15 décimas de uno a otro. Cree que tienen que tener tranquilidad, porque cualquier Juez viendo la documentación verá que existió un error de FERROVIAL en la confección de la documentación por olvidarse de poner un signo matemático y por eso no obtuvieron tuvieron 15 puntos. La Mesa de Contratación, ante eso, decidió castigar a la empresa que ha sido adjudicataria, penalizándola con cero puntos en ese apartado, al hacer la suma total gana por 0,15. Si la Empresa cree que tiene razón que utilice la vía judicial.

DÑA. TERESA M^a BARROSO BARROSO, manifiesta que, no está en contra de la Mesa de Contratación, de hecho no asistió a las reuniones porque confiaba en la misma.

DON IGNACIO ÁLVAREZ PEREZ, le responde que, el invitarlos a la Mesa de Contratación tenía dos motivos, uno para que formaran parte del procedimiento y el otro porque la enseñanza que da ese tipo de mesa es impresionante.

DON ANDRÉS RAMOS HERMÁNDEZ, informa que, fue un procedimiento interesante y bastante duro. La tranquilidad que les queda, es que en todo momento las decisiones que se tomaron, iban encaminada el bienestar del municipio y el mayor beneficio para el Ayuntamiento, fue la mejor oferta desde todos los puntos. Entiende que la Empresa que quedó segundo lugar pueda pensar, al ver la diferencia de 0,15 décimas, sino hubo en todo el procedimiento algún apartado donde se pudiera valor mejor para obtener esas 0,15 décimas. La Empresa adjudicataria es la mejor oferta técnica y económica de todas las presentadas, esa es la tranquilidad que tiene.

DON ÁNGEL MÉNDEZ GUANCHE, manifiestas que, asistieron a todas las reuniones que pudieron, por lo que están agradecidos. Creen en la profesionalidad de los Funcionarios que formaron la Mesa, así como de los

técnicos contratados para ello. Les hubiera gustado estar en todas las reuniones, pero no fue posible por su trabajo. Asimismo informa que se han abstenido en este procedimiento, aunque han hecho un seguimiento del expediente. Respecto de la empresa que ha presentado Recurso, entiende que están en todo su derecho de presentarlo, sin embargo, si dicho Recurso no procede, pueden seguir la vía judicial correspondiente.

Deliberado suficientemente, este asunto del Orden del Día, por **ONCE A FAVOR** de los Grupos Municipales COALICIÓN CANARIA-PNC y SOCIALISTA y **SEIS ABSTENCIONES** de los Grupos Municipales POPULAR y MIXTO, se adoptó el siguiente

ACUERDO:

PRIMERO: Aprobar en todos sus términos la propuesta formulada por el Concejal Delegado de Contratación, que figura transcrita precedentemente y en consecuencia **la inadmisión del recurso especial deducido por las mercantiles ELSAMEX, S.A. y TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A., frente al acuerdo de adjudicación del contrato de fecha 7 de Junio de 2013 a la UTE FERROSER INFRAESTRUCTURAS, S.A.-FERROSER SERVICIOS, S.A.**

SEGUNDO: Notificar el acuerdo plenario a la **UTE TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.- ELSAMEX, S.A.**, para su conocimiento y efectos.

Y no habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión, siendo las 14:48 horas del día arriba indicado, de todo lo que como Secretaria General, doy fe.

SECRETARIA GENERAL