

ACTA DA XUNTA DE GOBERNO LOCAL
Sesión do 10 de xuño de 2016

ASISTENTES:

Membros :

D. Abel Caballero Álvarez
D. David Regades Fernández
D. Carlos López Font
M^a José Caride Estévez
D. Cayetano Rodríguez Escudero.
D. Jaime Aneiros Pereira.

NON ASISTEN:

D^a M^a. Carmen Silva Rego
D^a. Olga Alonso Suárez
D. Angel Rivas González.
D^a. M^a. Isaura Abelairas Rodríguez

Invitados

D. Javier Pardo Espiñeira
D^a. Eugenia Dolores Blanco Iglesias
D. José Manuel Fernández Pérez
D^a. M^a Jesús Lago Rey
D^a. Ana Laura Iglesias González
D. Santos Hector Rodríguez Díaz
D^a. Angeles Marra Domínguez

Na Casa do Concello de Vigo, ás catorce horas e corenta e cinco minutos do día dez de xuño de dous mil dezaseis e baixo a presidencia do Excmo. Sr. alcalde, Sr. Caballero Álvarez, coa asistencia dos concelleiros/as anteriormente citados, actuando como Secretaria a concelleira, Sr. Rodríguez Escudero, constitúese a Xunta de Goberno Local desta Corporación co obxecto de realizar sesión EXTRAORDINARIA E URXENTE de acordo coa orde do día remitida a tódolos membros coa antelación legal precisa.

Están tamén presentes por invitación, o secretario de Admón. Municipal, Sr. Lorenzo Penela, por ausencia da titular do órgano de apoio á Xunta de Goberno Local, e o interventor xeral, Sr. Escariz Couso.

A Xunta de Goberno Local adopta os seguintes acordos:

1(575).- RATIFICACIÓN DA URXENCIA.

A Xunta de Goberno local ratifica a urxencia da sesión.

2(576).- INFORME SOBRE O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPOSTO POR EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL S.A. CONTRA O PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARA A CONTRATACIÓN DA CONCESIÓN DE SERVICIOS DE ESTACIONAMENTO REGULADO E CONTROLADO NA VÍA PÚBLICA MEDIANTE PARQUÍMETROS. EXPTE. 90514/210.

Examinadas as actuacións do expediente, dáse conta do informe-proposta da xefa do Servicio de Contratación, do 10.06.16, conformado polo concelleiro delegado de Contratación, que di como se transcribe de seguido:

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL).
- Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL).
- Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (LRJAP).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de Organización, Funcionamento e Réxime Xurídico das Entidades Locais (ROF).
- Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PCAP).
- Prego de prescricións técnicas que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PPT).
- Lei 37/1992, de 28 de decembro, do Imposto sobre o Valor Engadido (LIVA).

ANTECEDENTES

Primeiro.- D^a. Sara Rodríguez Sánchez, en nome e representación da empresa EQUIPOS DE SEÑALIZACION Y CONTROL, S.A. (en diante, ESYCSA ou o recorrente), mediante escrito con data de entrada no Rexistro Xeral deste Concello interpón recurso especial en materia de contratación ante o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (en diante, TACRC ou o Tribunal), contra o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016, xunto coa aprobación do expediente e o gasto, e a apertura da licitación. O anun-

cio de licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante o día 12 de maio de 2016 e no Diario Oficial da Unión Europea de 14 de maio do mesmo ano.

Segundo.- En data 8 de xuño de 2016, o TACRC dá traslado do recurso a esta Administración, solicitando a remisión do expediente e do informe previsto no artigo 46.2 do TRLCSP.

Terceiro.- Recibido o recurso, o servizo de contratación solicita informe sobre o mesmo ao xefe de área de Seguridade, responsable do contrato, que o emite en data 9 de xuño de 2016.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

-I-

Obxecto deste recurso especial en materia de contratación

É obxecto da presente impugnación o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016.

-II-

Lexislación aplicable

É preciso comezar por determinar a lexislación aplicable ao presente contrato. Os contratos réxense en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, polo establecido no propio contrato e no prego de cláusulas administrativas particulares e pola lexislación vixente no momento en que foron celebrados (disposición transitoria primeira do TRLCSP e disposición transitoria segunda do Código Civil). En consecuencia, o presente contrato réxese polas seguintes disposicións:

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.

-III-

Competencia do TACRC para a resolución do recurso

A lexislación de contratos (artigos 40 a 49 TRLCSP) regula un recurso especial en materia de contratación, que substitúe aos recursos administrativos comúns para a impugnación de determinados actos adoptados nos procedementos de adxudicación de contratos suxeitos a regulación harmonizada, contratos de servizos de contía igual ou superior a 209.000 euros ou contratos de xestión de servizos públicos suxeitos a regulación harmonizada (suposto no que pode encadrarse o presente procedemento).

A interposición previa deste recurso é potestativa (artigo 40.6 TRLCSP), podendo os interesados interpor directamente recurso contencioso-administrativo.

No ámbito das Corporacións Locais, a competencia para resolver os recursos será establecida polas normas das Comunidades Autónomas cando estas teñan atribuída competencia normativa e de execución en materia de réxime local e contratación (artigo 41.4 TRLCSP), como é o caso da Comunidade autónoma galega, á que pertence este Concello.

En virtude do Convenio de Colaboración entre o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e a Comunidade Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuais, de 7 de novembro de 2013, atribúese pola citada Comunidade ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais “a competencia para a tramitación e resolución dos recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionais e cuestións de nulidade dos actos do procedemento de adxudicación e contratos a que se refiren os artigos 40.1,43 e 47 do TRLCSP (...)”.

-IV-

Exame da concorrencia dos requisitos esixidos pola lei para a admisión do recurso

Aínda que a tarefa de analizar si concorren no presente recurso os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais para a admisión do mesmo correspóndelle ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, é de interese para o órgano de contratación coñecer esta circunstancia a efectos de formular alegacións non presente informe no caso de que non concorran e, no seu caso, solicitar do Tribunal a inadmisión do recurso.

En canto os **requisitos obxectivos**, son susceptibles deste recurso especial os seguintes actos citados no curso dos procedementos citados no parágrafo anterior (artigo 40.2 TRLCSP):

- a) Os anuncios de licitación, os pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación.
- b) Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Consideraranse actos de trámite que determinan a imposibilidade de continuar o procedemento os actos da Mesa de Contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores.
- c) Os acordos de adxudicación adoptados por pódelos adjudicadores.

En relación aos requisitos subxectivos, a lei concede legitimación activa para interpor este recurso ás persoas físicas e xurídicas cuxos dereitos ou intereses lexítimos víronse prexudicados ou poidan resultar afectados as decisións obxecto de recurso (artigo 42 TRLCSP). É dicir, en materia de legitimación activa non se recoñece unha acción pública, senón que é preciso que exista unha determinada relación coa cuestión debatida, unha legitimación ad causam. Para precisar esta cuestión é preciso acudir a xurisprudencia e a doutrina elaborada polos Tribunais Central e Territoriais de recursos contractuais, segundo a cal para determinar si o recorrente con motivo do recurso interposto pode obter algún beneficio ou evitar prexuízo dalgún tipo é requisito imprescindible que este ostente a capacidade necesaria para subscribir o correspondente contrato atendendo ao obxecto do mesmo (Resolución do TACRC 170/2011). No caso que nos ocupa o recorrente é un posible licitador, que ten interese en concorrer ao procedemento, pero que considera que a súa participación se ve afectada os pregos que recorre na medida que os considera restritivos da libre concorrencia, polo que, á vista do exposto, ostenta legitimación activa para recorrer.

Como **requisitos formais** a lei esixe que o recurso se anuncie previamente e preséntese por escrito.

O escrito anunciando o recurso deberá especificar o acto do procedemento que vaia ser obxecto do recurso, e presentarse ante o órgano de contratación no prazo de interposición do recurso (artigo 44.1 TRLCSP). Neste caso, a esta Administración non lle consta que o recorrente presente escrito anunciando a interposición do recurso. No entanto, é doutrina do TACRC que “Si o REMC interponse ante o órgano de contratación a falta de presentación do anuncio previo enténdese emendada pola presentación do recurso especial no rexistro de devandito órgano” (Resolución TACRC 203/2013), circunstancia que concorre no presente caso.

O escrito de interposición deberá presentarse no rexistro do órgano de contratación ou no do órgano competente para a resolución do recurso (artigo 44.3 TRLCSP). No recurso farase constar o acto recorrido, o motivo que fundamente o recurso, os medios de proba de que pretenda valer-se o recorrente e, no seu caso, as medidas provisionais, cuxa adopción solicite (artigo 44.4 TRLCSP) e deberá acompañarse da seguinte documentación:

- O documento que acredite a representación do comparecente.
- O documento ou documentos que acrediten a legitimación do actor cando a ostente por haberlla transmitido outro por herdanza ou por calquera outro título.
- A copia ou traslado do acto expreso que se recorra, ou indicación do expediente en que recaia ou do xornal oficial ou perfil de contratante en que se publicou.
- O documento ou documentos en que funde o seu dereito.
- O xustificante de dar cumprimento ao establecido non apartado 1 deste artigo.

Circunstancias que concorren no escrito de recurso presentado polo recorrente.

Por último, respecto aos **requisitos temporais**, a lei fixa un prazo de interposición do recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir do seguinte a aquel en que se remita a notificación do acto impugnado. Aínda que aclara que “Cando o recurso interpóñase contra o contido dos pregos e demais documentos contractuais, o cómputo iníciárase a partir do día seguinte a aquel en que os mesmos sexan recibidos ou postos a disposición dos licitadores ou candidatos para o seu coñecemento conforme se dispón no artigo 158 desta Lei”. Neste prazo deberá presentarse o preceptivo escrito anunciando o recurso (artigo 44.1 e 2 LCSP).

A efectos de determinar o día inicial do cómputo do prazo, cando, como neste caso, facilitouse o acceso aos pregos por medios electrónicos, o TACRC estableceu que se ha de tomar como referencia a efectos de determinar o dies a quo do seu cómputo, o criterio manifestado pola Audiencia Nacional (Sección Sexta da Sala do Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011), na súa sentenza de 30 de outubro de 2013, seguida doutras posteriores, con arranxo ao cal o momento inicial do cómputo sería o de publicación dos anuncios de licitación, pois se entende que a partir de dita data os pregos puideron recollese no lugar indicado nos anuncios. (...) No caso de distintas publicacións de devandito anuncio, como sucede no presente suposto, haberase de estar á última das publicacións, segundo conclúe a Sentenza da Audiencia Nacional (Sección Cuarta, recurso 177/2014) de 11 de marzo de 2015 que complementa a anteriormente ditada” (Resolución do TACRC 1121/2015).

No caso que nos ocupa, o recorrente presenta o recurso en data 1 de xuño de 2016. Dado que o anuncio de licitación até a data só publicouse no DOUE o 14 de maio, o recurso interponse dentro do prazo concedido ao efecto.

Podemos concluir, a xuízo da informante, e sen prexuízo do seu ulterior exame polo Tribunal, que o recurso reúne os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais esixidos pola lei, polo que non procede solicitar do mesmo o seu inadmisión.

Nos fundamentos xurídicos seguintes analizarase o fondo da cuestión exposta polo recorrente.

-V-

Motivos de impugnación da resolución recorrida: **falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido no contrato**

ESYCSA, no seu escrito de recurso, alega un único motivo de impugnación, a falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido no contrato.

O recorrente comeza a alegación citando varias cláusulas do PCAP (relativas ao obxecto, natureza xurídica e réxime económico do contrato), para concluir que o contrato que nos ocupa é de xestión de servizo público na modalidade de concesión, e que o contratista percibirá a súa retribución directamente do importe recadado dos usuarios. Dado que o prego equipara o prezo do contrato ao valor estimado do mesmo, de aquí deduce o recorrente que o prezo do contrato non inclúe o imposto sobre o valor engadido. Este feito lévalle a considerar a falta de viabilidade económica do contrato, *“tanto para o contratista como para a Administración (...) tendo en conta que o impacto de devandito tributo sobre as condicións económicas do contrato é de tal magnitude que a súa falta de inclusión distorsionaria o mencionado réxime económico”*. E en apoio da súa tese, cita unha consulta vinculante da Dirección Xeral de Tributos, V0083-16, que determina que *“estarán suxeitos ao IVE os servizos prestados a un Concello pola empresa adxudicataria dun contrato de xestión do servizo municipal de estacionamento regulado de vehículos con limitación horaria nas vías públicas”*. E a continuación cita outra consulta vinculante da DXT, V1215-10, sobre a imputación do imposto. Para concluir solicitando a modificación do PCAP *“incluíndo no prezo do contrato o IVE na porcentaxe correspondente con expresa determinación do suxeito sobre o que ha de recaer dita imposición”*.

Como se pode apreciar da lectura da alegación, o recorrente imputa a esta Administración:

- A falta de equilibrio económico-financeiro da concesión.
- A vulneración da LIVA por esta mesma razón.

- A FALTA DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DA CONCESIÓN:

O EFF ao recoller os datos relativos aos gastos anuais faio a dobre columna, unha inclúe os totais sen IVE e a outra os totais con IVE, e nesta última inclúese o imposto en todas as partidas excepto na de persoal, pois o certo é que estes gastos non están suxeitos a IVE segundo o artigo 7.5 da LIVA *“5.º Os servizos prestados por persoas físicas en réxime de dependencia derivado de relacións administrativas ou laborais, incluídas nestas últimas as de carácter especial”*. En cambio, á hora de consignar os ingresos, o EFF non ten en conta o IVE. En consecuencia, para comparar ambas as magnitudes é preciso homoxeneizalas. E o lóxico resulta homoxeneizalas sen ter en conta o IVE, posto que os tipos impositivos poden variar, á alza ou á baixa, durante a vida da concesión.

Si comparamos ambas as magnitudes sen IVE obteríamos o seguinte dato:

- Total gastos: 1.828.275,64 €
- Total ingresos: 2.075.012,42 €

Como se pode apreciar, en contra do que manifesta o recorrente, o resultado é positivo e a concesión é viable por canto os ingresos superan aos gastos.

En cumprimento do artigo 87 do TRLCSP, esta Administración, á hora de fixar o prezo do contrato fixo un estudo de custos, que figura no EEF obrante no expediente, coidando de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato, e atendendo ao prezo xeral do mercado. Aínda que hai que ter en conta que neste caso, non hai un prezo fixo e certo, senón que o prezo que reciba o contratista dependerá da diferenza entre os ingresos e os gastos reais da explotación do servizo, e da porcentaxe deste saldo, en caso de resultar positiva a diferenza, que teña que abonar á administración en concepto de canon, tal e como se deduce das cláusulas 6, 7 e 8 do PCAP, porcentaxe que variará en función da oferta económica, pois o incremento desta porcentaxe é un dos criterios de adxudicación recollidos na cláusula 16.2.3 do PCAP. Por iso, os datos do EEF son meras previsións. Respecto dos gastos, serán os licitadores os que no plan económico-financeiro (PEF) presentado no sobre C (cláusula 14.5.c do PCAP), os que determinen os mesmos. Regulándose o contido do PEF e a súa revisión na cláusula 33 do PCAP. E consignándose tamén como criterio de adxudicación o feito de que os gastos do servizo sexan inferiores aos previstos no EEF (cláusula 16.2.1). E esta é a razón pola que o valor estimado do contrato, que non deixa de ser outra previsión, o importe que como máximo desembolsará a Administración para o pago do prezo do contrato, faise coincidir co prezo do contrato.

- A VULNERACIÓN DA LIVA

Tal e como se deduce do prego, o contrato que nos ocupa ten por obxecto a prestación do servizo de aparcadoiro regulado na vía pública aos cidadáns, os cales deberán abonar unha taxa pola utilización do servizo. O concesionario deberá xestionar e explotar o servizo, para o que desenvolverá as prestacións incluídas na cláusula 2 do PCAP, entre as que se atopa a xestión da recadación das máquinas expendedoras de tickets (apartado b). O concesionario por tanto é o que cobra aos usuarios do servizo a taxa municipal. Leste, á hora de cobrar a taxa aos usuarios deberá incluír o IVE. Deste xeito o contratista convértese no suxeito pasivo do imposto, tendo a obrigaçión de ingresar á Facenda Pública o importe do mesmo, e deducindo en todo caso os gastos soportados deducibles, que son todos menos o persoal que non está suxeito a IVE. Como se pode apreciar, non hai ningún tipo de defraudación fiscal. Este é o criterio mantido pola Dirección Xeral de Tributos na súa consulta vinculante V-1215-10.

Á vista do argumentado, en opinión da informante, procede desestimar a alegación do recorrente.

-VI-

Medidas cautelares

Solicita o recorrente, en otrosí do recurso especial, que se imponha a medida cautelar de suspensión do procedemento. Dado que o presente recurso impugna o prego de cláusulas administrativas particulares, fundamentándoo na posible concorrencia da nulidade de determinadas cláusulas do mesmo, parece razoable suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TA-CRC, en aras da seguridade xurídica.

-VII-

Acordo

En mérito ao exposto, propónse á Xunta de Goberno Local, en calidade de órgano de contratación do Concello de Vigo (disposición adicional segunda do TRLCSP) e en uso das facultades que lle confire a lexislación vixente, a adopción do seguinte acordo:

“1º.- *Aprobar o presente informe.*

2º.- *Dar traslado do mesmo ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.*

3º.- *Suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TACRC” .*

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

3(577).- INFORME SOBRE O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPOSTO POR INDIGO PARK S.A.U. CONTRA O PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARA A CONTRATACIÓN DA CONCESIÓN DE SERVIZOS DE ESTACIONAMENTO REGULADO E CONTROLADO NA VÍA PÚBLICA MEDIANTE PARQUÍMETROS. EXPTE. 90514/210.

Examinadas as actuacións do expediente, dáse conta do informe-proposta da xefa do Servizo de Contratación, do 10.06.16, conformado polo concelleiro delegado de Contratación, que di como se transcribe de seguido:

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL).
- Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL).
- Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (LRJAP).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de Organización, Funcionamento e Réxime Xurídico das Entidades Locais (ROF).
- Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PCAP).
- Prego de prescricións técnicas que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante

parquímetros aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PPT).

- Lei 37/1992, de 28 de decembro, do Imposto sobre o Valor Engadido (LIVA).

ANTECEDENTES

Primeiro.- D. Antonio Vila Almazán, en nome e representación da empresa INDIGO PARK, S.A.U., (en diante INDIGO, ou o recorrente), mediante escrito con data de entrada no Rexistro Xeral deste Concello interpón recurso especial en materia de contratación ante o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (en diante, TACRC ou o Tribunal), contra o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016, xunto coa aprobación do expediente e o gasto, e a apertura da licitación. O anuncio de licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante o día 12 de maio de 2016 e no Diario Oficial da Unión Europea de 14 de maio do mesmo ano.

Segundo.- En data 8 de xuño de 2016, o TACRC dá traslado do recurso a esta Administración, solicitando a remisión do expediente e do informe previsto no artigo 46.2 do TRLCSP.

Terceiro.- Recibido o recurso, o servizo de contratación solicita informe sobre o mesmo ao xefe de área de Seguridade, responsable do contrato, que o emite en data 9 de xuño de 2016.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

-I-

Obxecto deste recurso especial en materia de contratación

É obxecto da presente impugnación o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016.

-II-

Lexislación aplicable

É preciso comezar por determinar a lexislación aplicable ao presente contrato. Os contratos réxense en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, polo establecido no propio contrato e no prego de cláusulas administrativas particulares e pola lexislación vixente no momento en que foron celebrados (disposición transitoria primeira do TRLCSP e disposición transitoria segunda do Código Civil). En consecuencia, o presente contrato réxese polas seguintes disposicións:

- Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.

-III-

Competencia do TACRC para a resolución do recurso

A lexislación de contratos (artigos 40 a 49 TRLCSP) regula un recurso especial en materia de contratación, que substitúe aos recursos administrativos comúns para a impugnación de determinados actos adoptados nos procedementos de adxudicación de contratos suxeitos a regulación harmonizada, contratos de servizos de contía igual ou superior a 209.000 euros ou contratos de xestión de servizos públicos suxeitos a regulación harmonizada (suposto no que pode encadrarse o presente procedemento).

A interposición previa deste recurso é potestativa (artigo 40.6 TRLCSP), podendo os interesados interpor directamente recurso contencioso-administrativo.

No ámbito das Corporacións Locais, a competencia para resolver os recursos será establecida polas normas das Comunidades Autónomas cando estas teñan atribuída competencia normativa e de execución en materia de réxime local e contratación (artigo 41.4 TRLCSP), como é o caso da Comunidade autónoma galega, á que pertence este Concello.

En virtude do Convenio de Colaboración entre o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e a Comunidade Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuais, de 7 de novembro de 2013, atribúese pola citada Comunidade ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais “a competencia para a tramitación e resolución dos recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionais e cuestións de nulidade dos actos do procedemento de adxudicación e contratos a que se refiren os artigos 40.1,43 e 47 do TRLCSP (...)”.

-IV-

Exame da concorrencia dos requisitos esixidos pola lei para a admisión do recurso

Aínda que a tarefa de analizar si concorren no presente recurso os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais para a admisión do mesmo correspóndelle ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, é de interese para o órgano de contratación coñecer esta circunstancia a efectos de formular alegacións non presente informe no caso de que non concorran e, no seu caso, solicitar do Tribunal a inadmisión do recurso.

En canto os **requisitos obxectivos**, son susceptibles deste recurso especial os seguintes actos citados no curso dos procedementos citados no parágrafo anterior (artigo 40.2 TRLCSP):

- a) Os anuncios de licitación, os pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación.
- b) Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Consideraranse actos de trámite que determinan a imposibilidade de continuar o procedemento os actos da Mesa de Contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores.
- c) Os acordos de adxudicación adoptados por pódelos adjudicadores.

En relación aos requisitos subxectivos, a lei concede legitimación activa para interpor este recurso ás persoas físicas e xurídicas cuxos dereitos ou intereses lexítimos víronse prexudicados ou poidan resultar afectados as decisións obxecto de recurso (artigo 42 TRLCSP). É dicir, en ma-

teria de legitimación activa non se recoñece unha acción pública, senón que é preciso que exista unha determinada relación coa cuestión debatida, unha legitimación ad causam. Para precisar esta cuestión é preciso acudir a xurisprudencia e a doutrina elaborada polos Tribunais Central e Territoriais de recursos contractuais, segundo a cal para determinar si o recorrente con motivo do recurso interposto pode obter algún beneficio ou evitar prexuízo dalgún tipo é requisito imprescindible que este ostente a capacidade necesaria para subscribir o correspondente contrato atendendo ao obxecto do mesmo (Resolución do TACRC 170/2011). No caso que nos ocupa o recorrente é un posible licitador, que ten interese en concorrer ao procedemento, pero que considera que a súa participación se ve afectada os pregos que recorre na medida que os considera restritivos da libre concorrencia, polo que, á vista do exposto, ostenta legitimación activa para recorrer.

Como **requisitos formais** a lei esixe que o recurso se anuncie previamente e preséntese por escrito.

O escrito anunciando o recurso deberá especificar o acto do procedemento que vaia ser obxecto do recurso, e presentarse ante o órgano de contratación no prazo de interposición do recurso (artigo 44.1 TRLCSP). Neste caso, a esta Administración non lle consta que o recorrente presente escrito anunciando a interposición do recurso. No entanto, é doutrina do TACRC que “Si o REMC interponse ante o órgano de contratación a falta de presentación do anuncio previo enténdese emendada pola presentación do recurso especial no rexistro de devandito órgano” (Resolución TACRC 203/2013), circunstancia que concorre no presente caso.

O escrito de interposición deberá presentarse no rexistro do órgano de contratación ou no do órgano competente para a resolución do recurso (artigo 44.3 TRLCSP). No recurso farase constar o acto recorrido, o motivo que fundamente o recurso, os medios de proba de que pretenda valer-se o recorrente e, no seu caso, as medidas provisionais, cuxa adopción solicite (artigo 44.4 TRLCSP) e deberá acompañarse da seguinte documentación:

- O documento que acredite a representación do comparecente.
- O documento ou documentos que acrediten a legitimación do actor cando a ostente por haberlla transmitido outro por herdanza ou por calquera outro título.
- A copia ou traslado do acto expreso que se recorra, ou indicación do expediente en que recaia ou do xornal oficial ou perfil de contratante en que se publicou.
- O documento ou documentos en que funde o seu dereito.
- O xustificante de dar cumprimento ao establecido non apartado 1 deste artigo.

Circunstancias que concorren no escrito de recurso presentado polo recorrente.

Por último, respecto aos **requisitos temporais**, a lei fixa un prazo de interposición do recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir do seguinte a aquel en que se remita a notificación do acto impugnado. Aínda que aclara que “Cando o recurso interpóñase contra o contido dos pregos e demais documentos contractuais, o cómputo iníciarase a partir do día seguinte a aquel en que os mesmos sexan recibidos ou postos a disposición dos licitadores ou candidatos para o seu coñecemento conforme se dispón no artigo 158 desta Lei”. Neste prazo deberá presentarse o preceptivo escrito anunciando o recurso (artigo 44.1 e 2 LCSP).

A efectos de determinar o día inicial do cómputo do prazo, cando, como neste caso, facilitouse o acceso aos pregos por medios electrónicos, o TACRC estableceu que se ha de tomar como referencia a efectos de determinar o dies a quo do seu cómputo, o criterio manifestado pola Audiencia Nacional (Sección Sexta da Sala do Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011), na súa sentenza de 30 de outubro de 2013, seguida doutras posteriores, con arranxo ao cal o momento inicial do cómputo sería o de publicación dos anuncios de licitación, pois se entende que a partir de dita data os pregos puideron recollese no lugar indicado nos anuncios. (...) No caso de distintas publicacións de devandito anuncio, como sucede no presente suposto, haberase de estar á última das publicacións, segundo conclúe a Sentenza da Audiencia Nacional (Sección Cuarta, recurso 177/2014) de 11 de marzo de 2015 que complementa a anteriormente ditada” (Resolución do TACRC 1121/2015).

No caso que nos ocupa, o recorrente presenta o recurso en data 1 de xuño de 2016. Dado que o anuncio de licitación até a data só publicouse no DOUE o 14 de maio, o recurso interponse dentro do prazo concedido ao efecto.

Podemos concluír, a xuízo da informante, e sen prexuízo do seu ulterior exame polo Tribunal, que o recurso reúne os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais esixidos pola lei, polo que non procede solicitar do mesmo o seu inadmisión.

Nos fundamentos xurídicos seguintes analizarase o fondo da cuestión exposta polo recorrente.

-V-

Motivos de impugnación da resolución recorrida: **falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido no contrato**

INDIGO, no seu escrito de recurso, alega un único motivo de impugnación, a falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido no contrato.

O recorrente comeza a alegación citando varias cláusulas do PCAP (relativas ao obxecto, natureza xurídica e réxime económico do contrato), para concluír que o contrato que nos ocupa é de xestión de servizo público na modalidade de concesión, e que o contratista percibirá a súa retribución directamente do importe recadado dos usuarios. Dado que o prego equipara o prezo do contrato ao valor estimado do mesmo, de aquí deduce o recorrente que o prezo do contrato non inclúe o imposto sobre o valor engadido. Este feito lévalle a considerar a falta de viabilidade económica do contrato, *“tanto para o contratista como para a Administración (...) tendo en conta que o impacto de devandito tributo sobre as condicións económicas do contrato é de tal magnitude que a súa falta de inclusión distorsionaria o mencionado réxime económico”*. E en apoio da súa tese, cita unha consulta vinculante da Dirección Xeral de Tributos, V0083-16, que determina que *“estarán suxeitos ao IVE os servizos prestados a un Concello pola empresa adjudicataria dun contrato de xestión do servizo municipal de estacionamento regulado de vehículos con limitación horaria nas vías públicas”*. E a continuación cita outra consulta vinculante da DXT, V1215-10, sobre a imputación do imposto. Para concluír solicitando a modificación do PCAP *“incluíndo no prezo do contrato o IVE na porcentaxe correspondente con expresa determinación do suxeito sobre o que ha de recaer dita imposición”*.

Como se pode apreciar da lectura da alegación, o recorrente imputa a esta Administración:

- A falta de equilibrio económico-financeiro da concesión.
- A vulneración da LIVA por esta mesma razón.

- A FALTA DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DA CONCESIÓN:

O EFF ao recoller os datos relativos aos gastos anuais fai a dobre columna, unha inclúe os totais sen IVE e a outra os totais con IVE, e nesta última inclúese o imposto en todas as partidas excepto na de persoal, pois o certo é que estes gastos non están suxeitos a IVE segundo o artigo 7.5 da LIVA "5.º Os servizos prestados por persoas físicas en réxime de dependencia derivado de relacións administrativas ou laborais, incluídas nestas últimas as de carácter especial". En cambio, á hora de consignar os ingresos, o EFF non ten en conta o IVE. En consecuencia, para comparar ambas as magnitudes é preciso homoxeneizalas. E o lóxico resulta homoxeneizalas sen ter en conta o IVE, posto que os tipos impositivos poden variar, á alza ou á baixa, durante a vida da concesión.

Si comparamos ambas as magnitudes sen IVE obteríamos o seguinte dato:

- Total gastos: 1.828.275,64 €
- Total ingresos: 2.075.012,42 €

Como se pode apreciar, en contra do que manifesta o recorrente, o resultado é positivo e a concesión é viable por canto os ingresos superan aos gastos.

En cumprimento do artigo 87 do TRLCSP, esta Administración, á hora de fixar o prezo do contrato fixo un estudo de custos, que figura no EFF obrante no expediente, coidando de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato, e atendendo ao prezo xeral do mercado. Aínda que hai que ter en conta que neste caso, non hai un prezo fixo e certo, senón que o prezo que reciba o contratista dependerá da diferenza entre os ingresos e os gastos reais da explotación do servizo, e da porcentaxe deste saldo, en caso de resultar positiva a diferenza, que teña que abonar á administración en concepto de canon, tal e como se deduce das cláusulas 6, 7 e 8 do PCAP, porcentaxe que variará en función da oferta económica, pois o incremento desta porcentaxe é un dos criterios de adxudicación recollidos na cláusula 16.2.3 do PCAP. Por iso, os datos do EFF son meras previsións. Respecto dos gastos, serán os licitadores os que no plan económico-financieiro (PEF) presentado no sobre C (cláusula 14.5.c do PCAP), os que determinen os mesmos. Regulándose o contido do PEF e a súa revisión na cláusula 33 do PCAP. E consignándose tamén como criterio de adxudicación o feito de que os gastos do servizo sexan inferiores aos previstos no EFF (cláusula 16.2.1). E esta é a razón pola que o valor estimado do contrato, que non deixa de ser outra previsión, o importe que como máximo desembolsará a Administración para o pago do prezo do contrato, faise coincidir co prezo do contrato.

- A VULNERACIÓN DA LIVA

Tal e como se deduce do prego, o contrato que nos ocupa ten por obxecto a prestación do servizo de aparcadoiro regulado na vía pública aos cidadáns, os cales deberán abonar unha taxa pola utilización do servizo. O concesionario deberá xestionar e explotar o servizo, para o que desenvolverá as prestacións incluídas na cláusula 2 do PCAP, entre as que se atopa a xestión da recadación das máquinas expendedoras de tickets (apartado b). O concesionario por tanto é o que cobra aos usuarios do servizo a taxa municipal. Leste, á hora de cobrar a taxa aos usuarios deberá incluír o IVE. Deste xeito o contratista convértese no suxeito pasivo do imposto, tendo a obrigaçión de ingresar á Facenda Pública o importe do mesmo, e deducindo en todo caso os gastos soportados deducibles, que son todos menos o persoal que non está suxeito a IVE. Como se pode apreciar, non hai ningún tipo de defraudación fiscal. Este é o criterio mantido pola Dirección Xeral de Tributos na súa consulta vinculante V-1215-10.

Á vista do argumentado, en opinión da informante, procede desestimar a alegación do recorrente.

Medidas cautelares

Solicita o recorrente, en otrosí do recurso especial, que se imponha a medida cautelar de suspensión do procedemento. Dado que o presente recurso impugna o prego de cláusulas administrativas particulares, fundamentándoo na posible concorrencia da nulidade de determinadas cláusulas do mesmo, parece razoable suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TA-CRC, en aras da seguridade xurídica.

-VII-

Acordo

En mérito ao exposto, propónse á Xunta de Goberno Local, en calidade de órgano de contratación do Concello de Vigo (disposición adicional segunda do TRLCSP) e en uso das facultades que lle confire a lexislación vixente, a adopción do seguinte acordo:

“1º.- *Aprobar o presente informe.*

2º.- *Dar traslado do mesmo ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.*

3º.- *Suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TACRC” .*

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

4(578).- INFORME SOBRE O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPOSTO POR DORNIER S.A. CONTRA O PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARA A CONTRATACIÓN DA CONCESIÓN DE SERVICIOS DE ESTACIONAMIENTO REGULADO E CONTROLADO NA VÍA PÚBLICA MEDIANTE PARQUÍMETROS. EXPTE. 90514/210.

Examinadas as actuacións do expediente, dáse conta do informe-proposta da xefa do Servizo de Contratación, do 10.06.16, conformado polo concelleiro delegado de Contratación, que di como se transcribe de seguido:

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL).

- Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL).
- Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (LRJAP).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de Organización, Funcionamento e Réxime Xurídico das Entidades Locais (ROF).
- Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PCAP).
- Prego de prescricións técnicas que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016 (PPT).
- Lei 37/1992, de 28 de decembro, do Imposto sobre o Valor Engadido (LIVA).

ANTECEDENTES

Primeiro.- D. Manuel Antonio Barrios Bel, en nome e representación da empresa DORNIER, S.A, (en diante o recorrente), mediante escrito con data de entrada non Rexistro Xeral do Concello de Vigo, de 30 de maio de 2016, interpón recurso especial en materia de contratación contra o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016, xunto coa aprobación do expediente e o gasto, e a apertura da licitación. O anuncio de licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante o día 12 de maio de 2016 e no Diario Oficial da Unión Europea de 14 de maio do mesmo ano.

Segundo.- En data 8 de xuño de 2016, o TACRC dá traslado do recurso a esta Administración, solicitando a remisión do expediente e do informe previsto no artigo 46.2 do TRLCSP.

Terceiro.- Recibido o recurso, o servizo de contratación solicita informe sobre o mesmo ao xefe de área de Seguridade, responsable do contrato, que o emite en data 9 de xuño de 2016.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

-I-

Obxecto deste recurso especial en materia de contratación

É obxecto da presente impugnación o Prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o procedemento aberto para a contratación da concesión de servizos de estacionamento regulado e controlado na vía pública mediante parquímetros, aprobado por acordo da Xunta de Goberno Local o 6 de maio de 2016.

-II-

Lexislación aplicable

É preciso comezar por determinar a lexislación aplicable ao presente contrato. Os contratos réxense en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, polo establecido no propio contrato e no prego de cláusulas administrativas

particulares e pola lexislación vixente no momento en que foron celebrados (disposición transitoria primeira do TRLCSP e disposición transitoria segunda do Código Civil). En consecuencia, o presente contrato réxese polas seguintes disposicións:

- Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (RLCSP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RLCAP), de aplicación non que non se opoña ao TRLCSP.

-III-

Competencia do TACRC para a resolución do recurso

A lexislación de contratos (artigos 40 a 49 TRLCSP) regula un recurso especial en materia de contratación, que substitúe aos recursos administrativos comúns para a impugnación de determinados actos adoptados nos procedementos de adxudicación de contratos suxeitos a regulación harmonizada, contratos de servizos de contía igual ou superior a 209.000 euros ou contratos de xestión de servizos públicos suxeitos a regulación harmonizada (suposto no que pode encadrarse o presente procedemento).

A interposición previa deste recurso é potestativa (artigo 40.6 TRLCSP), podendo os interesados interpor directamente recurso contencioso-administrativo.

No ámbito das Corporacións Locais, a competencia para resolver os recursos será establecida polas normas das Comunidades Autónomas cando estas teñan atribuída competencia normativa e de execución en materia de réxime local e contratación (artigo 41.4 TRLCSP), como é o caso da Comunidade autónoma galega, á que pertence este Concello.

En virtude do Convenio de Colaboración entre o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e a Comunidade Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuais, de 7 de novembro de 2013, atribúese pola citada Comunidade ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais "a competencia para a tramitación e resolución dos recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionais e cuestións de nulidade dos actos do procedemento de adxudicación e contratos a que se refiren os artigos 40.1,43 e 47 do TRLCSP (...)".

-IV-

Exame da concorrencia dos requisitos esixidos pola lei para a admisión do recurso

Aínda que a tarefa de analizar si concorren no presente recurso os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais para a admisión do mesmo correspóndelle ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, é de interese para o órgano de contratación coñecer esta circunstancia a efectos de formular alegacións non presente informe no caso de que non concorran e, no seu caso, solicitar do Tribunal a inadmisión do recurso.

En canto os **requisitos obxectivos**, son susceptibles deste recurso especial os seguintes actos citados no curso dos procedementos citados no parágrafo anterior (artigo 40.2 TRLCSP):

- a) Os anuncios de licitación, os pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación.
- b) Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Consideraranse actos de trámite que determinan a imposibilidade de continuar o procedemento os actos da Mesa de Contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores.
- c) Os acordos de adxudicación adoptados por pódelos adjudicadores.

En relación aos requisitos subxectivos, a lei concede legitimación activa para interpor este recurso ás persoas físicas e xurídicas cuxos dereitos ou intereses lexítimos víronse prexudicados ou poidan resultar afectados as decisións obxecto de recurso (artigo 42 TRLCSP). É dicir, en materia de legitimación activa non se recoñece unha acción pública, senón que é preciso que exista unha determinada relación coa cuestión debatida, unha legitimación ad causam. Para precisar esta cuestión é preciso acudir a xurisprudencia e a doutrina elaborada polos Tribunais Central e Territoriais de recursos contractuais, segundo a cal para determinar si o recorrente con motivo do recurso interposto pode obter algún beneficio ou evitar prexuízo dalgún tipo é requisito imprescindible que este ostente a capacidade necesaria para subscribir o correspondente contrato atendendo ao obxecto do mesmo (Resolución do TACRC 170/2011). No caso que nos ocupa o recorrente é un posible licitador, que ten interese en concorrer ao procedemento, pero que considera que a súa participación se ve afectada os pregos que recorre na medida que os considera restritivos da libre concorrencia, polo que, á vista do exposto, ostenta legitimación activa para recorrer.

Como **requisitos formais** a lei esixe que o recurso se anuncie previamente e preséntese por escrito.

O escrito anunciando o recurso deberá especificar o acto do procedemento que vaia ser obxecto do recurso, e presentarse ante o órgano de contratación no prazo de interposición do recurso (artigo 44.1 TRLCSP). En cumprimento deste requisito DORNIER anunciou a esta Administración, en escrito con data de entrada no Rexistro Xeral deste concello de 30 de maio de 2016, a intención de interpor recurso especial. Escrito que reúne os requisitos esixidos pola lei.

O escrito de interposición deberá presentarse no rexistro do órgano de contratación ou no do órgano competente para a resolución do recurso (artigo 44.3 TRLCSP). No recurso farase constar o acto recorrido, o motivo que fundamente o recurso, os medios de proba de que pretenda valerse o recorrente e, no seu caso, as medidas provisionais, cuxa adopción solicite (artigo 44.4 TRLCSP) e deberá acompañarse da seguinte documentación:

- O documento que acredite a representación do comparecente.
- O documento ou documentos que acrediten a legitimación do actor cando a ostente por haberlla transmitido outro por herdanza ou por calquera outro título.
- A copia ou traslado do acto expreso que se recorra, ou indicación do expediente en que recaia ou do xornal oficial ou perfil de contratante en que se publicou.
- O documento ou documentos en que funde o seu dereito.

- O xustificante de dar cumprimento ao establecido non apartado 1 deste artigo.

Circunstancias que concorren no escrito de recurso presentado polo recorrente ante esta administración.

Por último, respecto aos **requisitos temporais**, a lei fixa un prazo de interposición do recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir do seguinte a aquel en que se remita a notificación do acto impugnado. Aínda que aclara que “Cando o recurso interpóñase contra o contido dos pregos e demais documentos contractuais, o cómputo iniciárase a partir do día seguinte a aquel en que os mesmos sexan recibidos ou postos a disposición dos licitadores ou candidatos para o seu coñecemento conforme se dispón no artigo 158 desta Lei”. Neste prazo deberá presentarse o preceptivo escrito anunciando o recurso (artigo 44.1 e 2 LCSP).

A efectos de determinar o día inicial do cómputo do prazo, cando, como neste caso, facilitouse o acceso aos pregos por medios electrónicos, o TACRC estableceu que se ha de tomar como referencia a efectos de determinar o dies a quo do seu cómputo, o criterio manifestado pola Audiencia Nacional (Sección Sexta da Sala do Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011), na súa sentenza de 30 de outubro de 2013, seguida doutras posteriores, con arranxo ao cal o momento inicial do cómputo sería o de publicación dos anuncios de licitación, pois se entende que a partir de dita data os pregos puideron recollese no lugar indicado nos anuncios. (...) No caso de distintas publicacións de devandito anuncio, como sucede no presente suposto, haberase de estar á última das publicacións, segundo conclúe a Sentenza da Audiencia Nacional (Sección Cuarta, recurso 177/2014) de 11 de marzo de 2015 que complementa a anteriormente ditada” (Resolución do TACRC 1121/2015).

No caso que nos ocupa, DORNIER presenta o recurso en data 30 de maio de 2016. Dado que o anuncio de licitación até a data só publicouse no DOUE o 14 de maio, o recurso interponse dentro do prazo concedido ao efecto.

Podemos concluír, a xuízo da informante, e sen prexuízo do seu ulterior exame polo Tribunal, que o recurso reúne os requisitos obxectivos, subxectivos, formais e temporais esixidos pola lei, polo que non procede solicitar do mesmo o seu inadmisión.

Nos fundamentos xurídicos seguintes analizarase o fondo da cuestión exposta polo recorrente.

-V-

Motivos de impugnación da resolución recorrida

DORNIER, no seu escrito de recurso, alega catro motivos de impugnación, aínda que, o primeiro deles límitase a argumentar a procedencia de interposición de recurso especial contra os pregos de contratación. Dado que a esta cuestión xa nos referimos no fundamento xurídico IV, ao analizar a concorrencia de requisitos obxectivos para a admisión do presente recurso, nos fundamentos xurídicos seguintes referirémonos aos outros tres motivos:

1. Imposibilidade de constitución de sociedade instrumental para a xestión do contrato (fundamento xurídico sexto).
2. Incompetencia por razón do territorio (erro na zona de regulación) (fundamento xurídico sétimo).
3. Falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido ao persoal (fundamento xurídico oitavo).

Alegación primeira: imposibilidade de constitución de sociedade instrumental para a xestión do contrato

A cláusula 36 do PCAP recolle a posibilidade de que os licitadores poidan manifestar na súa oferta o compromiso de constituír, en caso de resultar adxudicatarios unha sociedade para a xestión da concesión. En opinión do recorrente, o TRLCSP só fai referencia a esta posibilidade para o contrato de concesión de obra pública, polo que non cabe prevela nos pregos para a concesión de servizo, motivo polo que considera que a cláusula citada debe ser anulada. Para apoiar a súa argumentación límitase a citar o artigo 57.2 do TRLCSP segundo o cal *“Quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión. A constitución e, no seu caso, a forma da sociedade deberán axustarse ao que estableza, para determinados tipos de concesións, a correspondente lexislación específica”*, de onde infere, a sensu contrario, que si a lei só prevea para a concesión de obra pública é porque non é admisible. Pero non argumenta as razóns para a imposibilidade da súa admisión neste caso concreto.

Hai que ter en conta, non obstante que o artigo artigo 133 2 do TRLCSP prevé a aplicación aos contratos de concesión de xestión de servizo público que comprendan a execución de obras, as normas relativas á concesión de obras públicas. E este contrato leva a realización de obras para a instalación dos parquímetros, aínda que, pola súa escasa entidade, non son obras que necesiten da elaboración dun proxecto de obras ao efecto. O certo é que o TRLCSP só prevé a constitución dunha sociedade para xestionar a concesión no caso de que esta sexa de obra pública, pero tampouco prohíbe a súa constitución para as concesións de servizo. En consecuencia, nada obsta a que esta administración, conforme ao principio de liberdade de pactos recolleito no artigo 25 do TRLCSP, prevexa a posibilidade da constitución dunha sociedade para a xestión da concesión que nos ocupa.

Efectivamente, o artigo 25.1 do TRLCSP consagra o principio de liberdade de pactos dos poderes adjudicadores ao dicir que *“Nos contratos do sector público poderán incluírse calquera pactos, cláusulas e condicións, sempre que non sexan contrarios ao interese público, ao ordenamento xurídico e aos principios de boa administración”*.

En aplicación deste principio, dado que a constitución dunha sociedade para a xestión da concesión non é contraria nin ao interese público, nin ao ordenamento xurídico, nin aos principios de boa administración, como se demostrará neste fundamento, non existe obstáculo na súa admisión no PCAP.

Sobre a admisibilidade das sociedades instrumentais para a xestión dunha concesión de servizos manifestouse o TACRC, na súa resolución nº 299/2014. Aínda que, parte dun suposto diferente ao que concorre neste caso. A citada resolución resolve varios recursos especiais un dos cales impugna a adxudicación do contrato por recaer en dúas empresas que se presentan conxuntamente á licitación sen o compromiso de constituír unha UTE, pero co compromiso de constituír unha sociedade instrumental. Parte a citada resolución, ao analizar esta cuestión, da premisa de que *“do disposto nos artigos 54, 57 e 59 do TRLCSP resulta con claridade que gozan de aptitude para contratar co sector público, exclusivamente, as persoas naturais e xurídicas (que teñan plena capacidade de obrar, non estean incursas en causa de prohibición para contratar e acrediten a súa solvencia), así como as unións de empresarios que se constituían temporalmente ao efecto, nos termos do artigo 59. Lóxico corolario do anterior é que os licitadores que concorran a un procedemento de adxudicación para a celebración dun contrato haberán de ser igualmente persoas físicas ou xurídicas que concorran por si mesmas ou, noutro caso, facelo baixo o compromiso de constituírse formalmente en UTE caso de resultar adxudicatarios. Non cabe pensar en principio, pola contra, en que persoas físicas ou xurídicas*

poidan concorrer a unha licitación conxuntamente baixo outro tipo de fórmulas xurídicas, xa sexa como comunidade de bens ou outra calquera fórmula asociativa, nin tampouco baixo a consideración de que a proposición se realiza na licitación co obxecto de que o contrato sexa formalizado no seu día cunha persoa xurídica distinta a aquela ou aquelas que concorren. Tan só aparece prevista esta última posibilidade, de modo excepcional, no segundo apartado do artigo 57 do TRLCSP, onde se dispón que quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión. A doutrina da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa apunta no sentido indicado, sinalando no seu Informe 12/03, de 23 de xullo de 2003 que a lexislación de contratación pública "limita a posibilidade de contratar ás persoas naturais ou xurídicas e unicamente a lexislación de contratos das Administracións Públicas admite a excepción das unións temporais de empresas".

A citada resolución do TACRC, dado que no suposto analizado o procedemento de licitación tiña por obxecto, non a adxudicación da xestión do servizo público, senón a adquisición de participacións do capital social da empresa que xestiona o mesmo, chega a admitir a posibilidade de que á licitación concorren dúas licitadores conxuntamente sen o compromiso de constituír UTE, e si co compromiso de constituír unha sociedade de capital que á súa vez sería o socio único da Administración contratante na futura sociedade de economía mixta. Pero a condición de que desta forma non se vulneren os requisitos de capacidade e solvencia esixidos para participar na licitación, e que se regulen no prego cuestións tales como: os requisitos de constitución da mesma, os medios de que dispón, os termos da responsabilidade dos licitadores respecto do cumprimento destes requisitos. Efectivamente di que *"En tales termos, cabería aceptar como posible o que para a selección do socio privado concorren á licitación varias empresas baixo o compromiso de constituír unha futura sociedade.*

(...).

Desde esta óptica, o interrogante a resolver sería entón si mediante devandita fórmula queda asegurado o que o socio privado reúna a aptitude e solvencia necesarias para a posterior xestión do servizo público a través da sociedade de economía mixta. Obsérvese, neste sentido, que neste tipo de procedemento quedarán dissociadas as persoas do adxudicatario, que se identifica co socio privado seleccionado para integrarse na sociedade de economía mixta a constituír, e a do contratista, que será precisamente esta última sociedade.

(...).

É especialmente relevante neste punto a cuestión da solvencia. Como tivemos ocasión de apuntar, nesta licitación debe asegurarse a aptitude e solvencia do socio privado, que contribuirá á adecuada prestación do servizo por parte da sociedade de economía mixta

(...) fose preciso que se establecesen no prego os requisitos de constitución e solvencia da nova sociedade a constituír polos adxudicatarios, así como as garantías de que a mesma efectivamente ía dispor dos medios ofrecidos por estes a efectos de integrar a súa solvencia, e igualmente o s termos en que esta sociedade habería de cumprir coas obrigacións de socio privado".

Pois ben, procede agora analizar a regulación que fai o prego da sociedade instrumental á luz dos orzamentos fixados na citada resolución.

Á hora de analizar a inadmisibilidade da constitución dunha sociedade instrumental para a xestión do servizo público habería que diferenciar dous supostos diferentes:

- 1) A licitación conxunta de dúas ou máis persoas físicas ou xurídicas sen o compromiso de constituírse en UTE, e co compromiso de constituír unha futura sociedade de capital.

- 2) A posibilidade de que o adxudicatario opte por constituír unha sociedade para a xestión do servizo público.

Con relación ao primeiro suposto, a resolución do TACRC é clara: non procede, salvo que se trate dunha concesión de obra pública. Sobre a segunda cuestión non se pronuncia directamente, aínda que da fundamentación xurídica empregada para poder admitir a primeira posibilidade extráesen as seguintes conclusións:

- O fundamental é que por esta vía non se vulneren os requisitos de solvencia e capacidade esixidos pola lei para concorrer a unha licitación pública.
- A necesidade de que os pregos regulen exaustivamente os requisitos que debe reunir a sociedade concesionaria, as súas obrigacións e a responsabilidade exixible tanto ao licitador inicial, como á sociedade instrumental, na execución do contrato.

O PCAP obxecto deste recurso non contempla o primeiro suposto, aínda que si o segundo. Vexamos:

- Só régúlase a concorrencia de dúas ou máis licitadores conxuntamente en UTE. Así, no Anexo I, imponse aos licitadores que concorran en UTE, a obrigación de manifestar, na declaración responsable que forma parte do sobre A, esta circunstancia, así como a porcentaxe de participación de cada un no capital da futura UTE e o nomeamento do representante da mesma: *“12. Que concorre á presente licitación en UTE coas seguintes empresas:, e de resultar adxudicatarias participarán no capital da UTE que se constituía cada unha delas nas seguintes porcentaxes, nomeando como representante ou apoderado único da unión con poderes bastantes para exercitar os dereitos e cumprir as obrigacións que do contrato derívense até a extinción da mesma a”*.
- Na cláusula 36 régúlase a sociedade instrumental que se constituía, no seu caso, para a xestión da concesión. Posibilidade que só se admite si o licitador así o manifestou na súa oferta. Da propia dicción literal do precepto dedúcese que non se está falando de varios licitadores que concorren conxuntamente á licitación, pois o apartado 1 comeza dicindo que *“No caso de que o licitador manifestase o compromiso de constituír de resultar adxudicatario, a sociedade que xestionará a concesión (...)”*. Tamén sería de aplicación si o licitador fose unha UTE constituída por varios empresarios.

Neste sentido, a cláusula 36 do PCAP impugnado neste recurso, regula detalladamente os requisitos que debe reunir a citada sociedade. Obriga ao adxudicatario a garantir a solvencia da mesma e a responder solidariamente con esta das actuacións desta última no ámbito das operacións relativas á execución do contrato. Imponlle uns requisitos rigorosos relativos a aspectos tales como:

- O capital social mínimo.
- O obxecto social límitase á execución da concesión.
- Sométense á autorización da Administración as operacións societarias de transformación, absorción, escisión ou fusión.
- Obrígaselle a adoptar o modelo de contabilidade previsto no prego.
- A súa duración vincúlase á duración do contrato.

- Regúlase o contido mínimo dos estatutos e esíxese autorización da Administración para a súa modificación.
- Establécese a obrigaón de ampliar o capital social si prodúcense perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable a unha cantidade inferior á dito capital social, para evitar así que entre en concurso, obrigaón que deberá recollese nos estatutos.

Como se pode comprobar, para a administración municipal é vantaxosa a constitución dunha sociedade concesional, posto que:

- Esíxeselle un capital social maior que o mínimo esixido pola lei para as sociedades de capital.
- Sepárase a xestión da concesión do resto do tráfico da empresa adxudicataria, evitando riscos, pois se evitan situacións de insolvencia orixinadas polas súas outras actividades.
- Evítase que se poidan producir situacións de insolvencia, pois se esixe ampliar o capital social cando a empresa estea nunha situación que poida determinar a solicitude de concurso.

Así se pode comprobar na citada cláusula:

“CLÁUSULA 36ª.- CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADE INSTRUMENTAL PARA A XESTIÓN DA CONCESIÓN

1.- No caso de que o licitador manifestase o compromiso de constituíla de resultar adxudicatario, a sociedade que xestionará a concesión deberá ser constituída no prazo dun mes desde a notificación da adxudicación e con carácter previo a formalización do contrato.

2.- O adxudicatario deberá comprometerse a garantir a solvencia económica e técnica da sociedade que se constitúe e a responder solidariamente con esta das actuacións desta última no ámbito das operacións relativas á execución do contrato durante todo o prazo concesional, circunstancias que deberán constar tanto na escritura de constitución da sociedade como nos Estatutos da mesma.

3.- A sociedade que, no seu caso, constitúase para a xestión da concesión deberá cumprir cos seguintes requisitos:

- a) Adoptar a forma societaria de sociedade de responsabilidade limitada ou sociedade anónima.
- b) O seu capital social deberá ser como mínimo do 2% do valor estimado do contrato.
- c) Ter o seu domicilio social en Vigo.
- d) O obxecto social da sociedade consistirá exclusivamente na xestión da presente concesión.
- e) A personalidade xurídica da sociedade deberá permanecer invariable durante todo o período da duración do contrato, incluídas as prórrogas que puidesen acordarse, recollendo nos seus estatutos sociais a prohibición expresa de efectuar, sen a correspondente autorización do órgano de contratación, calquera

das operacións societarias de transformación, absorción, escisión ou fusión reguladas na lexislación aplicable.

- f) A sociedade concesional deberá adoptar o modelo de contabilidade que se especifica neste prego.
 - g) A sociedade non poderá disolverse nin liquidarse ata que se extinga o contrato concesional por calquera das causas enumeradas no TRLCSP ou no presente prego.
- 4.- Nos Estatutos da nova sociedade deberá facerse constar:
- a) A normativa á que está suxeita a sociedade que se crea con expresa mención aos pregos que rexen a concesión.
 - b) A duración da sociedade, que deberá coincidir co prazo concesional.
 - c) Que a sociedade non poderá disolverse nin liquidarse ata que se extinga o contrato concesional por calquera das causas enumeradas no TRLCSP ou no prego de cláusulas administrativas particulares.
 - d) Que a personalidade xurídica da sociedade deberá permanecer invariable durante todo o período da duración do contrato.
 - e) Con respecto ao capital social deberá facerse constar o deber de ampliar o capital social si prodúcense perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable únaa cantidade inferior á dito capital social.
 - f) A prohibición expresa de efectuar, sen a correspondente autorización do órgano de contratación, calquera das operacións societarias de transformación, absorción, escisión ou fusión reguladas na lexislación aplicable.
 - g) Que se necesitará a autorización da Administración concedente para efectuar calquera modificación dos Estatutos.
 - h) A necesidade de solicitar a autorización municipal para a transmisión das participacións sociais.
 - i) Que a sociedade deberá adoptar o modelo de contabilidade que se especifica na cláusula 34 do prego de cláusulas administrativas particulares que rexe a concesión”.

Do exposto inférese, a xuízo da informante, que a cláusula 36 do PCAP non é contraria a dereito, polo que procede solicitar do Tribunal a desestimación da alegación primeira do recurso.

-VII-

Alegación segunda: incompetencia por razón do territorio (erro na zona de regulación)

O recorrente, na súa segunda alegación pon de manifesto que algunhas das prazas incluídas no ámbito da zona de aparcadoiro regulado están situadas nunha cale propiedade doutra Administración, a Autoridade Portuaria de Vigo. E na actualidade xa están reguladas conforme á autorización administrativa outorgada ao recorrente, empresa que actualmente xestiona o servizo, polo Consello de Administración da Autoridade Portuaria de Vigo.

Manifesta respecto diso o xefe de área de Seguridade e Mobilidade, no seu informe de data 9 de xuño de 2016, que *“O motivo non pode ser acollido, e para iso basta con reparar en que dita rúa forma parte das que son obxecto de regulación na ordenanza municipal reguladora do servizo (BOP de Pontevedra de 11/02/11), que aos efectos da licitación ten carácter contractual (cláusula*

terceira do prego de cláusulas administrativas particulares) e cuxa vixencia non se cuestionou. Polo demais, advírtese ao recorrente que a titularidade do servizo corresponde exclusivamente aos concellos, e a súa regulación esixe a aprobación da correspondente ordenanza municipal (art. 39.4 da Lei de Tráfico aprobada polo RDL 6/2015)”.

Aínda que o certo é que, como efectivamente a titularidade da vía en cuestión pertence a outra Administración, e é un ben de dominio público, é preciso solicitar para a súa explotación autorización á Autoridade Portuaria. Neste sentido, a cláusula 37.a).c do PCAP establece, entre as obrigacións do concesionario, “Obter os permisos e autorizacións necesarias para a posta en marcha e o funcionamento do servizo”. Como acontece co actual contrato, e así o acredita o recorrente coa copia da autorización incluída como documento 3 do recurso.

Á vista do exposto, a xuízo da informante, procede propor ao TACRC a desestimación da alegación segunda do escrito de recurso.

-VIII-

Alegación terceira: falta de inclusión do imposto sobre o valor engadido ao persoal

Alega o recorrente, na alegación terceira do escrito de recurso, que “No Estudo Económico Financeiro e de Previsión de Ingresos (...) exclúese do prezo do servizo o IVE do persoal, quedando o resto de partidas que compoñen o prezo do servizo suxeito (e non exento) a devandito imposto. Isto supón, ao noso entender, unha vulneración da Lei do Imposto sobre o valor engadido (LIVA), segundo as reiteradas consultas vinculantes da Dirección Xeral de Tributos (DXT)”. E cita a continuación dúas consultas vinculantes: a primeira, da DXT de 15 de febreiro de 2011, e a segunda da Subdirección Xeral de Impostos sobre o Consumo V2620-13, de 7 de agosto de 2013. Ambas conclúen que “estarán suxeitos ao Imposto sobre o Valor Engadido os servizos prestados a un Concello pola empresa adxudicataria dun contrato de xestión do servizo municipal do estacionamento regulado de vehículos con limitación horaria nas vías públicas”. Conclúe o recorrente que “o estudo económico financeiro incorre nunha clara vulneración da normativa fiscal aplicable ao caso, máis concretamente á LIVA. Pero é que ademais, o impacto fiscal que se produciría sobre o prezo do servizo no caso de que o contrato adxudicásese nas condicións expostas, levaría ao adxudicatario a ter que incluír un custo non previsto, que é o correspondente á cota fiscal detraída, rompendo así o equilibrio económico financeiro da propia concesión. Tampouco debe perderse de vista que Plan Económico-Financeiro, esixido dentro do sobre C, ademais de incluír todo o alí previsto, debe xustificar a viabilidade económica financeira do contrato: “En calquera caso, a xustificación da viabilidade esixe que o resultado final debe ser positivo”, feito este que non se cumprirá si inclúese a cota fiscal detraída, ao ser o prezo do servizo superior á recadación prevista”.

Como se pode apreciar da lectura da alegación, o recorrente imputa a esta Administración:

- A falta de equilibrio económico-financeiro da concesión, ao non incluír o IVE do persoal no Estudo Económico financeiro do contrato (EEF).
- A vulneración da LIVA por esta mesma razón.

- A FALTA DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DA CONCESIÓN:

Efectivamente, tal e como manifesta o recorrente, no EEF á hora de consignar os gastos anuais do servizo non se inclúe o IVE do persoal. O EEF ao recoller os datos relativos aos gastos anuais faio a dobre columna, unha inclúe os totais sen IVE e a outra os totais con IVE, e nesta

última inclúese o imposto en todas as partidas excepto na de persoal, pois o certo é que estes gastos non están suxeitos a IVE segundo o artigo 7.5 da LIVA "5.º Os servizos prestados por persoas físicas en réxime de dependencia derivado de relacións administrativas ou laborais, incluídas nestas últimas as de carácter especial". En cambio, á hora de consignar os ingresos, o EEF non ten en conta o IVE. En consecuencia, para comparar ambas as magnitudes é preciso homoxeneizalas. E o lóxico resulta homoxeneizalas sen ter en conta o IVE, posto que os tipos impositivos poden variar, á alza ou á baixa, durante a vida da concesión.

Si comparamos ambas as magnitudes sen IVE obteríamos o seguinte dato:

- Total gastos: 1.828.275,64 €
- Total ingresos: 2.075.012,42 €

Como se pode apreciar, en contra do que manifesta o recorrente, o resultado é positivo e a concesión é viable por canto os ingresos superan aos gastos.

En cumprimento do artigo 87 do TRLCSP, esta Administración, á hora de fixar o prezo do contrato fixo un estudo de custos, que figura no EEF obrante no expediente, coidando de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato, e atendendo ao prezo xeral do mercado. Aínda que hai que ter en conta que neste caso, non hai un prezo fixo e certo, senón que o prezo que reciba o contratista dependerá da diferenza entre os ingresos e os gastos reais da explotación do servizo, e da porcentaxe deste saldo, en caso de resultar positiva a diferenza, que teña que abonar á administración en concepto de canon, tal e como se deduce das cláusulas 6, 7 e 8 do PCAP, porcentaxe que variará en función da oferta económica, pois o incremento desta porcentaxe é un dos criterios de adxudicación recollidos na cláusula 16.2.3 do PCAP. Por iso, os datos do EEF son meras previsións. Respecto dos gastos, serán os licitadores os que no plan económico-financeiro (PEF) presentado no sobre C (cláusula 14.5.c do PCAP), os que determinen os mesmos. Regulándose o contido do PEF e a súa revisión na cláusula 33 do PCAP. E consignándose tamén como criterio de adxudicación o feito de que os gastos do servizo sexan inferiores aos previstos no EEF (cláusula 16.2.1). E esta é a razón pola que o valor estimado do contrato, que non deixa de ser outra previsión, o importe que como máximo desembolsará a Administración para o pago do prezo do contrato, faise coincidir co prezo do contrato.

- A VULNERACIÓN DA LIVA

Tal e como se deduce do prego, o contrato que nos ocupa ten por obxecto a prestación do servizo de aparcadoiro regulado na vía pública aos cidadáns, os cales deberán abonar unha taxa pola utilización do servizo. O concesionario deberá xestionar e explotar o servizo, para o que desenvolverá as prestacións incluídas na cláusula 2 do PCAP, entre as que se atopa a xestión da recadación das máquinas expendedoras de tickets (apartado b). O concesionario por tanto é o que cobra aos usuarios do servizo a taxa municipal. Leste, á hora de cobrar a taxa aos usuarios deberá incluír o IVE. Deste xeito o contratista convértese no suxeito pasivo do imposto, tendo a obrigaçión de ingresar á Facenda Pública o importe do mesmo, e deducindo en todo caso os gastos soportados deducibles, que son todos menos o persoal que non está suxeito a IVE. Como se pode apreciar, non hai ningún tipo de defraudación fiscal. Este é o criterio mantido pola Dirección Xeral de Tributos na súa consulta vinculante V-1215-10.

Á vista do argumentado, en opinión da informante, procede tamén desestimar a alegación terceira do recorrente.

-IX-

Medidas cautelares

Solicita o recorrente, en otrosí do recurso especial, que se impoña a medida cautelar de suspensión do procedemento. Dado que o presente recurso impugna o prego de cláusulas administrativas particulares, fundamentándoo na posible concorrencia da nulidade de determinadas cláusulas do mesmo, parece razoable suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TACRC, en aras da seguridade xurídica.

-X-

Acordo

En mérito ao exposto, propónse á Xunta de Goberno Local, en calidade de órgano de contratación do Concello de Vigo (disposición adicional segunda do TRLCSP) e en uso das facultades que lle confire a lexislación vixente, a adopción do seguinte acordo:

“1º.- Aprobar o presente informe.

2º.- Dar traslado do mesmo ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

3º.- Suspender o procedemento até a resolución do recurso polo TACRC”.

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

5(579).- DECLARAR DESERTO O PROCEDEMENTO ABERTO PARA A CONTRATACIÓN DOS SERVIZOS PARA A EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA. EXPTE. 7993/307. Examinadas as actuacións do expediente, dáse conta da proposta do 8.06.16, asinada polo secretario da Mesa de Contratación, que di o seguinte:

A mesa de contratación celebrada o 08 de xuño de 2016 acordou:

2.- Apertura de documentación administrativa.

a) Procedemento aberto para a contratación dos servizos para a execución dos murais do segundo programa para arrumar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia na vía pública. (expediente 7993-307).

Deuse conta en primeiro lugar polo Secretario da Mesa que á única oferta Actividades de Construcción, Edificación y Viales S.L presentou unicamente dentro do prazo os sobres A e C, o sobre B da súa proposta o entregou o día 06-06-2016 cando o prazo de presentación de ofertas xa rematara (o fixo o 04-06-2016).

A mesa por unanimidade acorda propoñer a Xunta de Goberno a adopción do seguinte acordo:

“1º Excluir a oferta presentada pola empresa Actividades de Construcción, Edificación y Viales S.L., pis de acordo coa cláusula 13 b) do prego de cláusulas administrativas particulares é unha causa de exclusión de ofertas non presentar a documentación esixida no apartado 7.A. Das

FEC, e esta documentación neste caso foi presentada fora do prazo outorgado para a presentación de ofertas.

2º Declarar deserto o procedemento aberto para a contratación dos servizos para a execución dos murais do segundo programa para arrumbar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia na vía pública. (expediente 7993-307).”

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a precedente proposta.

6(580).- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN POR PROCEDIMENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDADE DOS SERVIZOS PARA A EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA. EXPTE. 8185/307.

Examinadas as actuacións do expediente, visto o informe xurídico e o informe de fiscalización, ambos do 10.06.16, dáse conta do informe-proposta da mesma data, asinado pola xefa de Patrimonio Histórico e a xefa da Área de Tenencia de Alcaldía, conformado pola concelleira delegada de Patrimonio Histórico e o concelleiro delegado de Facenda, que di o seguinte:

1.- ANTECEDENTES:

Con data 8 de xuño de 2016, a concelleira-delegada de Patrimonio Histórico dictou orde de inicio do expediente para a contratación POR PROCEDIMENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDADE dos SERVIZOS PARA A EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA.

No expediente inclúense os seguintes documentos:

- *Decreto de Alcaldía de data 16/12/2015, no que se resolve “delegar na Concelleira Delegada da Área de Patrimonio Histórico D. Mª Carmen Silva Rego, tódalas atribucións precisas para a dirección técnica e política, xestión, seguimento, tramitación e execución do Segundo programa para arrumbar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia sobre a vía pública, e demais espazos libres que conforman a paisaxe urbana, así como a posibilidade de utilización dos créditos existentes na partida 1510.210000 do orzamento do ano 2016 – Obras de Mantemento de Medianeiras para este fin, a través do Servizo de Patrimonio Histórico”.*
- *Resolución da concelleira delegada de Patrimonio Histórico, de data 8 de xuño para o inicio do expediente de contratación por procedemento negociado con publicidade dos servizos de mantemento e conservación das zonas de interese patrimonial do Concello de Vigo.*
- *Memoria xustificativa asinada o 8 de xuño de 2016 pola xefa de Patrimonio Histórico e a concelleira delegada de Patrimonio Histórico para a contratación por*

procedemento negociado con publicidade dos servizos para a execución dos murais do segundo programa para arrumar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia na vía pública.

- *Prego de prescricións técnicas para a contratación por procedemento negociado con publicidade de servizos asinado o 8 de xuño de 2016 pola xefa de Patrimonio Histórico.*
- *Prego de cláusulas administrativas particulares asinado pola xefa do Servizo de Contratación o 8 de xuño de 2016.*
- *Informe favorable de Asesoría Xurídica de data 10 de xuño de 2016.*

2.- CONDICIÓN DEFINITORIAS DO CONTRATO:

a.- Obxecto e natureza do contrato:

OBXECTO DO CONTRATO: a execución do “Segundo programa para arrumar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia sobre a vía pública” que consiste en decorar con expresións artísticas os seguintes espazos libres urbanos, tanto de titularidade pública como privada, co fin de mellorar a paisaxe urbana:

- *Medianeira avenida Hispanidad, 66.*
- *Medianeira rúa II República, 12.*
- *Medianeira avenida Atlántida, 67.*
- *Medianeira rúa Conde de Torrecedeira, 4-6-8.*
- *Medianeira rúa San Gregorio, 20.*
- *Medianeira rúa Eduardo Cabello, 45.*
- *Medianeira rúa Fátima, 5.*
- *Medianeira rúa Fragoso, 93.*
- *Muro rúa Florida, 30 – 32 – 34.*
- *Muro Parque Navia (á altura da rúa Teixugueiras 16 – 18, aprox.).*
- *Muro rúa López Mora, 5*
- *Muro Plaza de España (entre as rúas Manuel Olivé e San Amaro).*
- *Escaleiras entre Marqués de Valterra e Torrecedeira (entre os números 22 –24).*
- *Nave propiedade da “asociación de marineros artesanales y deportivos San Miguel de Bouzas), rúa Eduardo Cabello, s/n (zona portuaria de Bouzas, a carón do campo de fútbol Baltasar Pujales).*

Os artistas que decorarán os citados espazos foron seleccionados pola comisión técnica do citado programa, que fixou os seus honorarios.

O presente contrato atópase vinculado ás competencias propias previstas no art. 25.2.a) e 25.2.m) da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local, en redacción dada pola Lei 27/2013, de 27 de decembro.

En relación á memoria específica que esixe a normativa de contratación sobre a necesidade e idoneidade da contratación obxecto deste expediente (artigo 22 do TRLCSP), así como os aspectos relacionados coa natureza, e extensión das necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato obxecto deste expediente, atópanse relacionadas no PPT e de forma

xeral fundamentalmente a mellora dos espazos urbanos, que pode encadrarse dentro das competencias propias dos municipios relativas a "Urbanismo: planeamento, xestión, execución e disciplina urbanística. Protección e xestión do Patrimonio histórico. Promoción e xestión da vivenda de protección pública con criterios de sustentabilidade financeira. Conservación e rehabilitación da edificación" (artigo 25.2.a da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local).

O contrato, polo seu obxecto, será un contrato de servizos, previsto no artigo 10 do Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, que aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (no sucesivo, TRLCSP).

b.- Procedemento de adxudicación e forma de tramitación.

O procedemento de adxudicación previsto no PCAP é o procedemento negociado con publicidade, en virtude do artigo 170.c) do TRLCSP, recaendo a adxudicación no candidato xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato cun ou varios deles, de acordo co artigo 169.2 TRLCSP.

A forma de tramitación do expediente é, segundo o PCAP, urxente, segundo o previsto no artigo 112 do TRLCSP, fundamentada en motivos de necesidade inaprazable e de interese público baseados nas seguintes causas:

A Xunta de Goberno Local, en sesión ordinaria de 23 de decembro de 2015, acordou aprobar o SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA SOBRE A VÍA PÚBLICA, coa finalidade de contribuir ao proceso de recuperación e revitalización do entorno urbano e comercial e da paisaxe urbana, a posta en valor do patrimonio da cidade, e á mellora da calidade de vida tanto dos habitantes destas zonas coma do resto de cidadáns, así como dar a coñecer e valorar a obra dos artistas urbanos.

Con data 02/03/2016, a Concelleira de Patrimonio Histórico resolve seleccionar os espazos nos que se vai actuar, os artistas que van a pintar, así como os espazos que lle corresponde a cada artista (dita resolución é modificada posteriormente por resolución de 31/03/2016).

Así, dende a primeira resolución da Concelleira, o servizo de Patrimonio Histórico comunica a todos os artistas a súa selección para participar no programa, o espazo adxudicado a cada un deles, así como os honorarios que lles corresponden.

Ademáis, os artistas requiren a concreción das datas de realización dos murais, por causas de organización do seu traballo, tendo en conta que en moitos casos participan en festivais nacionais e internacionais de arte urbano, polo que é necesario fixar unhas datas aproximadas de realización dos traballos para garantir a súa participación neste programa.

Por outra banda, o obxecto do “Segundo programa para arrumbar medianeiras e outros elementos verticais con incidencia sobre a vía pública, e demais espazos libres que conforman a paisaxe urbana” é:

- tratar con pintura ou murais decorativos as medianeiras das edificacións, isto é aquelas superficies verticais que se sitúan sobre lindeiros da parcela que non reúnen a condición de aliñación oficial e son cegas, así como aqueles paramentos exteriores cegos visibles dende a vía pública, tanto de titularidade pública como privada.
- embelecer, decorar, tratar con espresións artísticas os espazos libres de titularidade pública co fin de mellorar a paisaxe urbana.
- coa colaboración dos colexios e institutos da cidade, decorar aqueles paramentos exteriores a través da composición que un artista seleccionado pola Concellería, realice con tódolos debuxos ofrecidos polo alumnado da institucións educativa, baixo o lema “como vexo ó meu barrio”.
- durante a fase de execución dos murais desenvolver en tódala cidade unha serie de actividades artístico-culturais: talleres de pintura na rúa, tanto para nenos como para adultos, performances, proxeccións en espazos públicos da cidade de imaxes sobre tratamentos de medianeiras noutras urbes, actividades de danza urbana ou calqueira manifestación artística con recursos plásticos, lingüísticos ou sonoros.

Así as cousas, desenvólvense unha serie de actividades paralelas ao pintado de murais e medianeiras que, no caso dos colexios e institutos, deben realizarse con anterioridade ao 22 de xuño, data de finalización do curso escolar.

Polo tanto, propúxose a segunda quincena de xuño como período aproximado de execución dos murais e medianeiras, polo que si non se cumpren esas datas acordadas, algúns artistas teñen que atender outros compromisos adquiridos e non poderían executar a obra proposta para o programa que se pretender executar na cidade de Vigo.

O procedemento de adxudicación previsto no PCAP é o procedemento negociado con publicidade, recaendo a adxudicación no candidato xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato cun ou varios deles, de acordo co artigo 169.2 TRLCSP.

c.- Orzamento base de licitación/partida orzamentaria. En cumprimento do artigo 87 do TRLCSP, o prezo que servirá como base para a execución deste contrato, determinado en base aos servizos a realizar, que resulta adecuado para o efectivo cumprimento do obxecto do contrato e de acordo cos prezos xerais do mercado, ten un importe máximo 224.000 euros, dos que 38.876,03 euros se corresponden co IVE.

Dito importe deberá ser de aplicación aos créditos do orzamento do Concello de Vigo do ano 2016, en concreto na partida 1510.210000 – Obras de Mantemento de Medianeiras dos orzamentos municipais vixentes.

d.- Materias obxecto de negociación e criterios que sirven de base para a súa valoración e xustificación:

d.1.- Redución do prezo de preparación dos espazos e realización de tarefas de apoio ós artistas para a execución da súa obra: valorarase con ata 70 puntos.

Para valorar este criterio utilizaranse as seguintes fórmulas:

$$\begin{aligned} &\text{--Para baixas (Bi) cuxo valor se atope comprendido entre: } 0,55*Be < Bi \leq 0,8*Be \\ &Pe = 58 + 7 * \left(\frac{Bi - (0.55 * Be)}{0.25 * Be} \right) \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} &\text{--Para baixas (Bi) cuxo valor se atope comprendido entre: } 0 * Be \leq Bi \leq 0,55 * Be \\ &Pe = 58 * \left(\frac{Bi}{0.55 * Be} \right) \end{aligned}$$

Sendo:

Pe = Puntuación sobre a oferta económica: entre 0,00 puntos e 70,00 puntos.

Bi= Baixa da oferta para a que se quere determinar a puntuación calculada coma a porcentaxe que represente a diferenza entre o orzamento base de licitación (IVE excluído) do contrato, e o orzamento da oferta presentada (IVE excluído) para o contrato, expresado en tanto por cento, sobre o orzamento base de licitación do contrato (IVE excluído).

Be= Baixa da oferta máis económica, en tanto por cento, sobre o orzamento base de licitación da parte fixa do contrato (IVE excluído), de todas as admitidas, non tendo en conta as ofertas que se declaren anormais ou desproporcionadas que quedan excluídas da clasificación dacordo co artigo 151 do TRLCSP.

d.2.- PROXECTO ORGANIZATIVO E PRESTACIÓN DOS SERVIZOS: valorarase con ata 30 puntos.

A puntuación distribuirase nos seguintes apartados:

a) Organización do persoal: valorarase con ata 10 puntos

Neste apartado valorarase o organigrama do persoal que adscribirase ó programa, as súas categorías profesionais, e a organización e distribución do traballo entre o mesmo.

b) Plan de traballo: valorarase con ata 5 puntos

Valorarase o nivel de detalle na organización e distribución dos traballos que se describen no prego de prescricións técnicas.

c) Plan de amoreamentos e instalacións auxiliares: valorarase con ata 5 puntos

Valorarase a localización proposta para os amoreamentos, as instalacións auxiliares, e a custodia dos materiais empregados polos artistas.

d) *Plan de seguridade: valorarase con ata 5 puntos*

Valorarase as medidas propostas de sinalización e seguridade que se adoptarán en cada un dos espazos obxecto do contrato.

e) *Plan de seguimento e control das actuacións: valorarase con ata 5 puntos*

Valorarase as medidas propostas para o seguimento e control das actuacións.

e.- Prazo de execución e prórroga:

O prazo de execución é de un mes, e non poderá ser prorrogado.

f.- Solvencia económica e financeira e técnica: non

g.- Medios persoais e materiais a adscribir á execución do contrato: Non se fixan.

h.- Modificación do contrato: sí.

A) ASPECTOS A MODIFICAR: eliminación dalgún espazo de actuación ou a substitución por outro diferente

B) CIRCUNSTANCIAS QUE DETERMINAN A MODIFICACIÓN: a aparición de circunstancias non contempladas no "Informe sobre as actuacións preparatorias orientadas ao desenvolvemento do 2º programa para o pintado de medianeiras e outros elementos verticais con incidencia na vía pública", que motiven a imposibilidade de execución do tratamento previsto nalgún dos espazos obxecto do contrato, como consecuencia de vicios ocultos ou de anulación do permiso da propiedade do espazo no que se pretende actuar.

C) LIMITES DA MODIFICACIÓN: 10% do prezo do contrato

i.- Responsable do Contrato: A responsable do contrato será a Xefa de Servizo de Patrimonio Histórico.

j.- Seguro: Procede constituir un seguro específico de responsabilidade civil por un importe mínimo de 1.000.000 euros.

k.- Subcontratación: si, de ata un 60%

Deberá subcontratarse ós artistas seleccionados pola "comisión técnica do II programa de tratamento de medianeiras, e outros elementos verticais con incidencia sobre a vía pública, e demais espazos libres que conforman a paisaxe urbá". A subcontratación destes artistas supón un 41,05 % do prezo do contrato, polo que non supera o límite previsto no artigo 227.7 do TRLCSP.

En canto a autorización do gasto, hai que indicar que a Xunta de Goberno Local, en sesión ordinaria de 13 de maio de 2016, en relación co EXPTE 7993-307: INFORME PROPOSTA DO CONTRATO MAIOR DE SERVIZOS DE EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA”, no punto 4º recolle o seguinte:

“Autorizar o gasto:

A) Presuposto total: 224.000 € .

B) IVE a soportar pola Administración: 38.876,03 euros euros.

C) Valor estimado do contrato: 203.636,36 euros.

Aplicación orzamentaria: 1510.210000 – Obras de Mantemento de Medianeiras dos orzamentos municipais vixentes.”

Finalmente sinalar que, en relación coa consideración realizada pola Asesoría xurídica, no seu informe de 10 de xuño, figuran no expediente as resolucións da Concelleira de Patrimonio Histórico, adoptadas en execución das bases aprobadas pola Xunta de Goberno Local de 23/12/2015, polas que se seleccionaron os artistas e os espazos; así como a acreditación da dispoñibilidade dos espazos sobre os que se vai actuar.

3.- PROPOSTA:

Previamente a efectuarse a proposta ao órgano de contratación, debe emitir informe favorable de fiscalización a Intervención Xeral, de conformidade co previsto no artigo 109.3 do TRLCSP.

Por todo o exposto, proponse á Xunta de Goberno Local que adopte o seguinte:

1º.- Aprobar a contratación polo procedemento NEGOCIADO CON PUBLICIDADE e tramitación URXENTE do SERVIZO DE EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA .

2º.- Aprobar o Prego de Prescrición Técnicas Particulares coa regulación dos aspectos técnicos sobre EXECUCIÓN DOS MURAIIS DO SEGUNDO PROGRAMA PARA ARRUMBAR MEDIANEIRAS E OUTROS ELEMENTOS VERTICAIS CON INCIDENCIA NA VÍA PÚBLICA, asinado pola xefa de Patrimonio Histórico con data 8 de xuño de 2016.

3º.- Aprobar o Prego de Prescricións Administrativas Particulares, asinado pola xefa do Servizo de Contratación con data 8 de xuño de 2016.

4º.- Abrir o procedemento licitatorio para selección do contratista na forma prevista na lexislación vixente.

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a precedente proposta.

E sen ter máis asuntos que tratar, o Sr. presidente rematou a sesión ás catorce horas e cincuenta minutos. Como secretaria dou fé.

me.

O ALCALDE

O CONCELLEIRO-SECRETARIO
DA XUNTA DE GOBERNO LOCAL,

Abel Caballero Álvarez.

Cayetano Rodríguez Escudero