



**Erref / Ref:** \_Recurso Especial de Eulen  
Servicios Sociosanitarios contra el Acuerdo  
del Consejo de Administración del I.F.B.S.  
de adjudicación de la gestión de servicio  
público de la Vivienda Psicogerítrica  
Pablo Neruda.

**Esp Zenb / N° exp:** 2011/04- RE

### **RESOLUCION N° 4 / 2011**

En Vitoria-Gasteiz, a 2 de agosto de 2011

El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Alava, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Recurso Especial en materia de contratación N° 2011/04 RE, interpuesto por Eulen Servicios Sociosanitarios, contra el Acuerdo del Consejo del Instituto Foral de Bienestar Social, de 26 de julio de 2011, por el que se adjudica el contrato de “Gestión de servicio público de la vivienda psicogerítrica Pablo Neruda”.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. E. M. B., en representación de Eulen Servicios Sociosanitario, S.A.; y como DEMANDADO el Instituto Foral de Bienestar Social, siendo el órgano de contratación el Consejo de Administración del mismo (Expte. 8/11)

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social (en adelante, IFBS) de 29 de marzo de 2011 se inició expediente, por procedimiento abierto y trámite ordinario, para contratar la gestión de servicio público de la vivienda psicogerítrica Pablo Neruda, dirigido a personas mayores afectadas por la enfermedad de Alzheimer, se aprobó el cuadro de características técnicas, el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de condiciones administrativas particulares que servirán de base para



su adjudicación, mediante anuncio publicado en el BOTHA y en el perfil del contratante de la Diputación Foral de Álava.

**Segundo.** El importe estimado de licitación se fija en 741.614,30€ (4% IVA incluido) para el año de duración del contrato.

**Tercero.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, resolviéndose su adjudicación por Acuerdo del Consejo de Administración del IFBS el pasado día 26 de julio

**Cuarto.** Contra dicha resolución EULEN SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Organo Administrativo Foral, con fecha de entrada en el registro del órgano de contratación de 29 de julio, en el que solicita la nulidad del acuerdo de adjudicación al amparo del artículo 37 LCSP.

**Quinto.** De dicho recurso, junto con el expediente administrativo y el informe del servicio encargado de la contratación se da traslado a este organismo foral con fecha 1 de agosto, planteando la inadmisibilidad del recurso especial.

Es preciso, por tanto, por evidentes razones de economía, celeridad y eficacia resolver “*a limine*” sobre la admisibilidad o no de dicho recurso sin necesidad de proceder a la instrucción de procedimiento ni de resolver sobre las cuestiones planteadas en el mismo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, y se interpone ante este Organismo Foral, de conformidad –señala- con lo establecido en el artículo 37 de la LCSP, dedicado a los supuestos especiales de nulidad, sin mencionar ninguna de las causas ni motivos tasados establecidos en dicho artículo ni optar por el planteamiento de la cuestión de nulidad frente al recurso especial, que es el que plantea.

La nulidad del art. 37 LCSP se refiere exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de la LCSP así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros, entre los que no se encuentra el contrato de gestión de servicio público que ahora nos ocupa.

De los propios términos en que se formula el recurso se desprende con meridiana claridad que, en todo caso, estaríamos ante un eventual supuesto de disconformidad a derecho de la resolución recurrida, pero no de los especiales de nulidad previstos en la LCSP.



Respecto de la suspensión decir que el planteamiento de la cuestión de nulidad no produce efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola (art. 39.5.b) LCSP).

**Segundo.** Según determina el artículo 310.1, apartado c) de la LCSP, en la redacción dada por Ley 34/2010, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años

Examinado el expediente de contratación objeto de recurso resulta patente que nos hallamos ante un contrato de gestión de servicio público en el que no concurre ninguna circunstancia que lo haga susceptible de ser objeto del recurso especial en materia de contratación. A saber:

1. No tiene un presupuesto de gastos primer establecimiento superior a 500.000€.

En este sentido, es preciso citar el Informe 7/2008, de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación de Galicia, que al referirse a los gastos de primer establecimiento señala que:

“La falta de especificación de qué se entiende por “gastos de primer establecimiento” en la normativa de los contratos públicos exige acudir al ámbito fiscal y de la contabilidad para concretar el concepto.

En ese ámbito, ante la falta de una referencia precisa en el recién aprobado Plan General Contable de 2007 -donde cambia su tratamiento fiscal-, debemos acudir al antiguo Plan General de Contabilidad (R. D. 1643/1990, de 20 de diciembre) vigente durante el proceso de redacción de la LCSP, en el que se definían los gastos de primer establecimiento como los necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva.

De acuerdo con lo anterior, la consulta 3 del número 56/diciembre 2003 del BOICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda) señala que los gastos de primer establecimiento son los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previas al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de capacidad de la misma, necesarias para su normal funcionamiento y cuyo importe no pueda imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos, con las siguientes características:

- a) Deben referirse al período de desarrollo previo al inicio de la actividad.
- b) Deben ser necesarios para empezar la actividad productiva
- c) Deben tener naturaleza técnico-económica.”



Es evidente que este concepto no se puede identificar con el importe de la gestión del servicio (el precio a pagar por la Administración por la gestión del servicio), ya que esto sería el “valor estimado del contrato”, no identificable ni asimilable al de “Gastos de primer establecimiento”. Contablemente, se consideran gastos de primer establecimiento los necesarios hasta que la empresa inicia su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de capacidad. En particular, dentro de esos gastos se tienen que incluir: gastos de estudios de naturaleza técnica o económica; publicidad, captación, formación y distribución de personal; operaciones destinadas a la instalación y puesta en funcionamiento de equipos técnicos; los gastos de instalación de sistemas informáticos iniciales; los gastos de acondicionamiento de inmuebles tanto propios como ajenos en régimen de alquiler; los consumos de factores (materiales, personal, servicios exteriores, amortizaciones de inmovilizados, etc...) empleados en la puesta en funcionamiento, etc...

2. El plazo de duración del contrato es inferior a 5 años.

Como se desprende de la documentación contractual obrante en el expediente administrativo el plazo de duración del contrato es de un año, desde 1 de agosto de 2011 hasta 31 de julio de 2012, prorrogable por anualidades o por períodos inferiores al año, sin que la duración total del contrato pueda exceder de 10 años.

La previsión de posibles prórrogas futuras en el pliego de contrato de gestión de servicio público no puede ser interpretada, por sí misma, como un fraccionamiento del contrato que, en todo caso, tendría la duración máxima prevista en el mismo (superior a 5 años), pues la simple expectativa de posibles prórrogas futuras no forma parte del objeto inicial del contrato, ni constituye compromiso jurídico-económico ni fracciona ni afecta la integridad de la duración de 1 año prevista en el contrato.

**Tercero.** De cuanto antecede debe concluirse que procede inadmitir el presente escrito de recurso, puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 310.1.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el recurso se refiere a un contrato que no resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, no siendo por tanto este Organismo Foral competente para su resolución.

**Cuarto.** Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de conformidad con el cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”, procede remitir el citado escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consonancia con todo lo anteriormente expuesto, se emite la siguiente,



## RESOLUCION

VISTOS los preceptos legales de aplicación, este Órgano Foral de recursos contractuales resuelve:

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por recurso interpuesto por D. E. M. B., en representación de EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A., contra la resolución del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de 26 de julio del año en curso, por la que se excluye de licitación, junto con otra empresa, a la entidad recurrente y se adjudica a BABESTEN S.L. el contrato de gestión de servicio público de la vivienda psicogeriatrica Pablo Neruda, dirigido a personas mayores afectadas por la enfermedad de Alzheimer, al no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 310.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

**Segundo.** Remitir el citado escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Tercero.** No se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

La presente resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa