



**Recursos nº 252/2012, 268/2012 y 269/2012-C.A. Extremadura 23,25 y 26/2012
Resolución nº 284/2012**

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012.

VISTOS los recursos interpuestos por D. F. M. F. L. (recurso nº 252/2012), en representación de la UTE formada por las entidades GRUPO ENATCAR, S.A., TRANSPORTES ADAPTADOS REGIONALES, S.L.U., AUTOCARES CASTILLA LEON, S.A.U., NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U., AUTOCARES DISCRECIONALES DEL NORTE, S.L.U., LA UNION DE BENISA, S.A. y TIBUS, S.A., (en adelante UTE ENATCAR), D. A. G. B. en representación de la mercantil RUTAS DEL CANTÁBRICO, S.L. (recurso nº 268/2012) y D. M. A. M. R. en representación de la mercantil TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS, S.A. (recurso nº 269/2012), contra las resoluciones de la Directora del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios (en lo sucesivo EPESEC), de excluir de la licitación las ofertas presentadas por las citadas entidades en diversas rutas del contrato de transporte escolar para los cursos académicos 2012/13 a 2015/16 (Expediente TRANS 12070071), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 8 de agosto de 2012, EPESEC convocó licitación para la contratación de "*Nuevas rutas de transporte escolar, para los cursos escolares 2012/2013 a 2015/2016*", dividida en 478 lotes e importe global (IVA excluido), de 47.499.925 euros. A varios de esos lotes presentaron oferta las sociedades recurrentes.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto y tramitación urgente, de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de

la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. En las ofertas presentadas por las entidades recurrentes, la Mesa de contratación considera que el precio, en 44 rutas de la UTE ENATCAR, 3 rutas de la empresa RUTAS DEL CANTÁBRICO y 24 rutas de la empresa TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS, podría ser desproporcionado o temerario, de acuerdo con los criterios señalados en el apartado 6 del Cuadro resumen de características, Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). De conformidad con lo establecido en esa cláusula y en el artículo 85 del RGLCAP, EPESEC solicitó a las licitadoras que aportaran las justificaciones y alegaciones que considerasen oportunas sobre la desproporción de su oferta, cosa que hicieron en el plazo habilitado.

Cuarto. Con fecha 1 de octubre de 2012, la Dirección de EPESEC, acordó excluir de la licitación las ofertas presentadas por la UTE ENATCAR en un total de 39 rutas (dos de ellas, dobles), por RUTAS DEL CANTÁBRICO en un total de 2 rutas, y por TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS en un total de 23 rutas. El acuerdo, tras resumir las justificaciones aportadas por las citadas entidades, indica los argumentos de contrario del informe técnico aportado por la Sección de Servicios Complementarios del EPESEC, de acuerdo con los cuales considera *“acreditado que las justificaciones aportadas por el licitador no hacen posible que se garanticen técnicamente con carácter general, ofertas por debajo de los porcentajes de desproporcionalidad”*. Concluye por ello que las ofertas de esas 39, 2 y 23 rutas *“no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, quedando en consecuencia excluidas del procedimiento”*. Dicho acuerdo fue notificado a la UTE ENATCAR el 17 de octubre de 2012 y a las empresas RUTAS DEL CANTÁBRICO y TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS el 24 del mismo mes. El 19 de octubre de 2012, la Dirección de EPESEC firma el acuerdo de adjudicación, que se notifica a las recurrentes el 25 de octubre.

Quinto. Los informes técnicos que fundamentan la exclusión de las ofertas de las ahora recurrentes resumen las justificaciones realizadas por éstas de la forma siguiente: las empresas que las constituyen están integradas en el grupo ALSA, líder nacional en el

transporte de viajeros por carretera, lo que conlleva importantes economías de escala; tienen un gran conocimiento y experiencia en servicios similares y son titulares de explotaciones de servicios públicos regulares de uso general en Extremadura cuya mayor demanda se genera principalmente los fines de semana, así como los meses de julio y agosto, lo que permite la plena complementariedad de los recursos citados con el transporte escolar. Frente a estos argumentos los citados informes señalan que:

- *“No aportan datos concretos del beneficio de escala, ni de la estructura de medios y gestión del transporte que dicen poseer.*
- *Los precios de licitación que aparecen en el concurso son los mismos que la Administración educativa ofertó en el anterior concurso en el año 2008,...”. De acuerdo con la estructura de costes de ese año, que se detalla, “...que ha sufrido desde entonces una evolución al alza,... aunque en los costes directos en euros referidos al personal de conducción, pudieran rebajarse relativamente mediante la minoración del porcentaje de dedicación imputable al transporte escolar, el mantenimiento de los precios máximos de licitación en el presente concurso, haciendo las precisiones que sean pertinentes respecto a los tipos de categoría de los vehículos, nos permite inferir que, no hacen posible que se garanticen técnicamente con carácter general, ofertas por debajo de los porcentajes de desproporcionalidad establecidos en el cuadro resumen, salvo justificaciones muy particulares.*
- *No acreditan documentalmente ser titulares de los servicios públicos regulares de uso general que dicen explotar. Por consiguiente, no es posible comprobar el contenido de dichas concesiones, especialmente sus itinerarios concretos y sus horarios. Y esto tiene una importancia fundamental en la cuestión que se trata de dilucidar. Debemos recordar que la cláusula 5.5 del Pliego de Cláusulas Técnicas establece, por excepción que en aquellos casos que el adjudicatario de la ruta de transporte escolar sea concesionario de una línea regular con coincidencia de itinerario, paradas y horarios, previo reconocimiento por la administración educativa de tal circunstancia, podrá ser autorizado el traslado de los escolares en el vehículo que realice el servicio de la línea regular de viajeros. Por tanto si no es posible que nos pronunciemos sobre*

dicha "coincidencia", no puede valorarse la complementariedad de las supuestas concesiones con las rutas de transporte escolar licitado. Más teniendo en cuenta que la Administración educativa, se viene posicionando que dicha coincidencia es exigible de la totalidad de la ruta, al objeto de garantizar en todo momento el derecho fundamental a la educación de todos los alumnos matriculados en enseñanzas obligatorias beneficiarios de la ruta sin excepción.

- *En definitiva, si la complementariedad de la oferta presentada era la base de la licitación, no acreditada ésta, debemos calificar la misma de injustificada al no tener el resto de alegaciones presentadas entidad suficiente para sostener como viable las ofertas presentadas”.*

Sexto. Las ahora recurrentes formularon ante el órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP, anuncio previo a la interposición del recurso especial en materia contractual, recursos que interpusieron mediante escritos que tuvieron entrada en este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales los días 5 de noviembre, el de la UTE ENATCAR y 12 de noviembre, los de RUTAS DEL CANTÁBRICO y TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS.

Séptimo. Los días 13 y 20 de noviembre se reciben en el Tribunal los expedientes de contratación acompañados del informe del órgano de contratación. Los días 16, 20 y 21 de noviembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores, para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que considerasen oportunas en el plazo de cinco días hábiles. Muchas de ellas solicitaron una ampliación del plazo para acceder a diversa documentación del expediente y poder formular sus alegaciones con fundamento suficiente. Así se acordó y comunicó los pasados 3 y 4 de diciembre. Finalmente, en el plazo habilitado, han presentado alegaciones las siguientes empresas: Transportes Aula, S.L.; ANÍBAL, S.L.; Autocares Ansa, S.A.; Autocares Zalamea, S.L.; EMIZ, S.L.; Durán Bus, S.L.; Autocares Juanjo y Miguel, S.L.; Jaime Conde S.A.; Ángel Paniagua Morato, Autocares Palacios, S.L., Autocares Canito, S.L., Guillermo Pérez Guillén, Autocares Hermanos Luengo Martín, S.L., Manuel López Muñoz, S.L., Autocares Zalamea, S.L., Solís Autocares, S.L.U. y Hermenegildo Galán Gutiérrez, S.L. La primera de las empresas solicita la desestimación;

las restantes consideran que deben inadmitirse los recursos por tratarse de contratos de gestión de servicios públicos no susceptibles de recurso especial. Subsidiariamente, también solicitan su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común(en adelante, LRJPAC), aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 252/2012, 268/2012 y 269/2012 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al dirigirse todos ellos contra la resolución de 1 de octubre de 2012 de la Directora del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios por la que se excluye de la licitación las ofertas de las recurrentes al procedimiento referido en el encabezamiento de esta resolución, y reconocer, como luego se expondrá, una fundamentación sustancialmente coincidente.

Segundo. La competencia para resolver los recursos corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 9 de agosto de 2012.

Tercero. En la interposición de los recursos se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, toda vez que las entidades recurrentes concurrieron a la licitación, y son, por tanto, titulares de un derecho o interés legítimo afectado por las resoluciones de exclusión recurridas, en los términos exigidos por el artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Antes de pasar al examen del fondo de la cuestión planteada, hemos de examinar si los actos recurridos se refieren a un tipo de contrato susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. En efecto, tanto en

el anuncio de licitación, como en el PCAP se configura el contrato como de *“gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión”*. En tal caso, al ser el plazo de duración del contrato inferior a cinco años, no cabría el recurso especial (apartado 1.c del indicado artículo 40). Así lo considera también la mayor parte de las empresas que han presentado alegaciones.

Sin embargo, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que, como hemos manifestado en otras resoluciones, el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público. Como señalábamos en la resolución número 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”*. Aceptar la calificación que hace el PCAP *“y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”*.

Como también señalábamos en la citada resolución, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tratado sobre esta cuestión en numerosas ocasiones y, más recientemente, en los informes 42/11 y 65/11, de 1 de

marzo de 2012, referidos específicamente a la naturaleza jurídica de los contratos de transporte escolar, donde concluye que *“deberá ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, pero si no es así, y se produce por parte del órgano de contratación la intervención en el mismo en cualquiera de sus aspectos o contenidos, el contrato deberá ser calificado como de servicios”*. El propio informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre la autorización de la contratación hace referencia a estos pronunciamientos de la Junta Consultiva.

Puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

La cláusula 9 del Cuadro-resumen de características, Anexo I del PCAP, establece que el precio de la ruta será el de adjudicación y se abonará por mensualidades en los plazos que se indican en el pliego. Resulta pues evidente que el riesgo asumido por el contratista es nulo y, en consecuencia, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios.

Dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1.a) en relación con el 16.1 del TRLCSP.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 40 mencionado, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía el acto de exclusión.

Sexto. Los motivos de impugnación planteados por las entidades recurrentes se refieren a la falta de justificación de los que fundamentan la exclusión de sus ofertas. Consideran que:

- Respecto a la no aportación de datos del beneficio de escala, ni de la estructura de medios, entienden que en los escritos de justificación de sus ofertas se especifican de

forma clara *“las partidas de un escandallo teórico de costes de transportes que son absorbidas por la actividad complementaria expuesta,... o dicho de otro modo, resultando suficiente que los ingresos del transporte escolar asuman los costes variables imputables al mismo... ”*. Añaden que su *“planteamiento operativo, como ya se ha expuesto, es emplear predominantemente vehículos autobuses de los cuales ya disponemos en nuestra compañía / grupo de empresas; y que en muchos casos tenemos en explotación en servicios sinérgicos con estas rutas... A lo que se añade el hecho de que nuestras empresas de transporte tienen autorizado el uso indistinto de material entre empresas del grupo, con lo cual tenemos una gran flexibilidad para gestionar nuestra flota de autobuses en términos de RED, y conseguir así claras sinergias”*.

- En cuanto a que los precios de licitación son los del ejercicio 2008 y no caben ofertas desproporcionadas, salvo justificaciones muy particulares, los propios informes mencionan la posibilidad de reducción del precio, *“pero referida exclusivamente al coste de personal de conducción. Necesariamente debemos establecer dos precisiones acerca de dicha afirmación:*
 - a) *Resulta claro que puede rebajarse el porcentaje de dedicación en coste de personal de conducción imputable a transporte escolar, en tanto que este ocupe parcialmente horas improductivas... Pero con el mismo argumento dicho porcentaje puede no ser únicamente rebajado sino eliminado, en tanto que el 100% de las horas inicialmente improductivas sean las empleadas en la prestación del servicio escolar.*
 - b) *El mismo criterio expuesto para el personal de conducción es extensible a la totalidad de factores de coste .., y de ahí resulta que un autobús reservado para intensificación de servicios en línea regular, siendo ésta generada en fines de semana y durante el verano, genera como costes ociosos la totalidad de costes fijos del autobús, pues es evidente que sin trabajo o no durante los días laborables lectivos, la empresa titular asume necesariamente dichos costes...”*
- Sobre que no se ha acreditado documentalmente ser titulares de los servicios públicos regulares de uso general, por el contrario *“se hace valer ante una Administración un título jurídico que es público y que además puede consultarse*

directamente en la Web del Ministerio de Fomento... Por otro lado, no se entiende bien que si el órgano de contratación entendía pertinente conocer los itinerarios concretos y horarios,... no hubiera practicado al licitador un requerimiento de solicitud de subsanación o ampliación de información sobre el citado extremo...". Por otra parte, el informe "identifica la complementariedad de los servicios de uso general y especial con la simultaneidad en su prestación, y son diferentes regímenes de prestación del servicio,... en ambos casos se produce la plena absorción de los costes fijos del servicio, dado que el recurso fijo ya existente (el autobús), asignado para la línea regular y en cuyo coste la empresa ya ha incurrido puesto que es de su titularidad, se emplea para el transporte escolar, exactamente tal y como se expone en los escritos aportados de esta parte para la fundamentación de nuestras ofertas".

Señalan también las recurrentes que en ocho casos (seis rutas de la UTE ENATCAR, una ruta de RUTAS DEL CANTÁBRICO y una ruta de TRANSPORTES TERRESTRES CANTÁBRICOS), sus ofertas se han calificado indebidamente como bajas desproporcionadas o temerarias. De acuerdo con los procedimientos de cálculo establecidos en el PCAP, en esos casos, sus ofertas suponían una baja del 25%, que no excedía del margen de 10 puntos sobre la baja media efectiva de las ofertas para esas rutas. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con las prescripciones del PCAP, la media debe volver a calcularse con exclusión de las ofertas que superen en más de 10 unidades porcentuales a la media inicial.

Por último, además de por los argumentos indicados, consideran las recurrentes que hay un exceso de discrecionalidad en la admisión o no a la licitación de una oferta temeraria o desproporcionada. Entienden que tal discrecionalidad no está justificada y, por tanto, no es conforme a derecho, por cuanto:

"a) En TODAS y cada una de las ofertas, las estructuras de coste aportadas en nuestras justificaciones son más que prudentes para un servicio de transporte escolar, habiendo tenido en cuenta su baja velocidad comercial., ya que en nuestro cálculo hemos tenido en cuenta previsiones respecto a posibles excesos de en los kilómetros reales a generar...

b) A pesar de la invocación que se hace en el informe aquí recurrido del seguimiento de un escándalo de costes determinado (no consta éste a nivel global ni de modo individualizado por ruta ...), los tipos de licitación teóricos presentan diferenciales de hasta el 2.000 % ..., analizados en términos relativos, es decir, se cifra el mismo ingreso como tipo de licitación a pesar de que las rutas presenten diferencias muy sustanciales en la longitud del itinerario a prestar ... Es revelador de la discrecionalidad de estos tipos de licitación (y tal vez la causa de no constar un estudio detallado de los cálculos de costes de cada ruta), el hecho de que el órgano de contratación asigna tipos iniciales iguales para rutas que generan veinte veces mayor volumen de kilómetros que otras... Acreditada la anormalidad en la dispersión de precios base a concursar, y siendo objetivos los criterios de la calificación inicial de una oferta como desproporcionada o temeraria, deben prevalecer siempre y especialmente en este caso, los estudios individuales que sean aportados por el licitador requerido en cada caso.

c) Los argumentos aportados en respuesta a las sucesivas comunicaciones recibidas del órgano de contratación han sido IDÉNTICAS, sin que conste justificación de ese órgano de contratación del porqué la aceptación de algunas de ellas (las menos) y el rechazo de plano de la inmensa mayoría cuando... no hay sino identidad en la totalidad de los argumentos expuestos en cada una de las sucesivos escritos remitidos de esta parte sobre el particular.

d) Como colofón de lo anterior, cabría entender que la desestimación de tal volumen de ofertas viniese indicado por la voluntad del órgano de contratación de garantizar un ingreso mínimo al operador, y por tanto una rentabilidad teórica que viniese a dotar de estabilidad la prestación del servicio escolar en el tiempo, criterio que, obvio es reiterarlo, debería predicarse de la globalidad de la licitación...". Señalan también que, de modo totalmente contrario a lo que se acaba de exponer hay ofertas adjudicadas que presentan ingresos por kilómetro notoriamente inferiores a las ofertas no admitidas de las ahora recurrentes.

Concluyen las recurrentes que no ha quedado demostrado que sus ofertas no eran de viable cumplimiento y que, por el contrario, han justificado y razonado adecuadamente su viabilidad. Al excluirlas, el órgano de contratación vulnera "los principios de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores (art. 1 y 139 del TRLCSP), de

sujeción plena del Órgano de Contratación a los Pliegos y el artículo 152.4 de la expresada Ley, en cuanto que la exclusión de una oferta solamente puede acordarse si se estima razonadamente que ésta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, es decir, que no es suficiente la concurrencia de éstos, sino que además, es necesario que de forma clara resulte que la oferta no puede ser cumplida, lo que en este caso no solo no concurre, sino que, además no se ha acreditado debidamente por el Órgano de Contratación”.

Séptimo. El órgano de contratación en sus informes se ratifica en los argumentos explicitados en la resolución de exclusión de las ofertas recurridas y considera que las aclaraciones formuladas en su momento por las ahora recurrentes fueron debidamente valoradas y que *“tanto el informe técnico emitido por el Jefe de la Sección de Servicios Complementarios del EPESEC, como la Mesa de contratación y la Resolución del órgano de contratación, que toma como base dicho informe técnico, en su resolución resume las aclaraciones sobre la oferta económica presentada por (las empresas ahora recurrentes), y dan puntual contestación a las mismas”.*

De otro lado, Transportes Aula, S.L., en sus alegaciones expone que las rutas de servicios regulares que explotan las recurrentes están alejadas de las rutas escolares y que, en una de las líneas regulares, la concesión termina en abril de 2014, mucho antes del contrato de transporte escolar; además considera que los vehículos presentados para transporte escolar son muy antiguos y no aptos para las líneas regulares, por lo que no puede haber complementariedad entre ambos. Señala también que las recurrentes carecen en Extremadura de un centro de trabajo propio y no tienen tampoco talleres ni garaje. Por último, alega que en las líneas regulares sólo tienen 28 vehículos adscritos y recurren la adjudicación de muchas más rutas.

Las alegaciones de los restantes licitadores para fundamentar la desestimación de los recursos, coinciden con los argumentos de la Dirección de EPESEC y de los informes técnicos recogidos en los antecedentes cuarto y quinto de la presente resolución.

Octavo. Aunque la cuestión de fondo planteada en los recursos es si las ofertas presentadas por las recurrentes en 64 de las rutas (39 de la UTE ENATCAR, 2 de RUTAS DEL CANTÁBRICO y 23 de TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS)

fueron correctamente excluidas por estimar que no pueden ser cumplidas por incluir valores anormales o desproporcionados, se puede analizar con distinción de dos supuestos:

- Si los argumentos del órgano de contratación para estimar que las ofertas no pueden ser cumplidas justifican su exclusión.
- Si, de estar justificada tal exclusión, en los ocho casos que aducen las recurrentes (seis rutas de la UTE ENATCAR, una ruta de RUTAS DEL CANTÁBRICO y una ruta de TRANSPORTES TERRESTRES CANTÁBRICOS), sus ofertas se han calificado indebidamente como bajas desproporcionadas o temerarias por una errónea aplicación de las fórmulas establecidas en el PCAP

Noveno. La primera y principal cuestión planteada, con independencia de si la presunción de temeridad de alguna de las ofertas se hizo correctamente, es si el órgano de contratación ha actuado con, como dicen las recurrentes, un exceso de discrecionalidad en la apreciación de que sus ofertas no pueden ser cumplidas.

En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

Como hemos señalado en otras resoluciones (entre las más recientes, la resolución 236/2012, de 31 de octubre), para *“conjugar, de una parte el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación”*, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento. *“El reconocimiento de tal principio exige de una resolución <reforzada> por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación,...”*.

De acuerdo con ello, la cuestión de fondo en este recurso se debe centrar en si la justificación de los licitadores ahora recurrentes era o no suficiente, y si los argumentos de la mesa de contratación bastan para desechar la reducción de costes de la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión del procedimiento de contratación.

Las manifestaciones de las recurrentes para justificar sus ofertas son las que el propio informe técnico y la resolución recurrida resume y que se indican en el antecedente quinto. Fundamentalmente se basan en la dimensión y experiencia del grupo de que forman parte y en que son titulares de servicios públicos de transporte regular de viajeros en Extremadura cuya mayor demanda se genera principalmente los fines de semana, así como los meses de julio y agosto, lo que permite la plena complementariedad de los recursos citados con el transporte escolar. Consideran también que los costes fijos del recurso están absorbidos en la línea regular por lo que el transporte escolar solo debe absorber los costes variables (personal; combustibles y carburantes; reparación y conservación); con los escandallos de costes de mercado y demás factores a tener en cuenta (incremento de kilómetros por avería, etc.) en todas y cada una de las rutas resultaría un escenario que arroja un porcentaje de beneficios significativo.

Frente a estas justificaciones, los informes técnicos y las resoluciones de exclusión, que los hacen suyos, esgrimen los argumentos resumidos también en el antecedente quinto:

- Que no se aportan datos de beneficio de escala ni estructura de medios.
- Que los precios de licitación, basados en la estructura de costes de 2008, no posibilitan con carácter general, ofertas por debajo del umbral de temeridad establecido en los pliegos.
- Que no acreditan ser titulares de los servicios públicos regulares que dicen explotar y, por tanto, no puede valorarse su complementariedad al no poder comprobar si hay coincidencia de itinerario, paradas y horarios, que haga posible el traslado de los escolares en el vehículo que realice el servicio de la línea regular de viajeros.

En la consideración de este Tribunal, estos argumentos no se refieren a las justificaciones de las recurrentes:

- En cada una de las rutas se aportaba la justificación de costes y la previsión de kilómetros y el escenario de beneficio resultante.
- La afirmación de que, con carácter general, no caben bajas desproporcionadas o anormales de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos no replica a ninguna de las justificaciones aportadas por los recurrentes. Las referencias a la estructura de costes de 2008 y su evolución hasta 2012, no niegan la posibilidad de realizar el servicio con el precio ofertado. Los informes técnicos no contradicen en este extremo que los recurrentes puedan trabajar con menores costes al tener que absorber solo los costes variables y, por tanto, ejecutar debidamente el contrato con precios inferiores a los de otros licitadores
- La complementariedad que justifica las ofertas de las recurrentes, se refiere, y así se explicita en los documentos aportados a la Mesa de contratación, a que las puntas de demanda en los servicios públicos de transporte regular se generan cuando no hay transporte escolar, por lo que los vehículos de que deben disponer para atender esas puntas de demanda se pueden destinar al transporte escolar. En ningún momento se sugiere, como parecen haber entendido los informes técnicos, que la complementariedad se base en la coincidencia y simultaneidad de las rutas regulares de las que sean titulares los recurrentes y las de transporte escolar. Por lo demás, la referencia de los informes técnicos a la falta de acreditación de que los recurrentes

son titulares de líneas regulares, tendría sentido sólo si se hubiera requerido tal acreditación.

Como señalamos antes, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionados se puedan rechazar sin comprobar antes su viabilidad. De acuerdo con ello, una vez examinadas las justificaciones de los recurrentes, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en los informes técnicos y en las resoluciones de exclusión, no contradicen esas justificaciones por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión de las recurrentes del procedimiento de licitación.

Décimo. Las alegaciones de Transportes Aula deben desestimarse, por cuanto su afirmación de falta de complementariedad de los servicios regulares y los de transporte escolar se limita a discutir las dificultades para que algunos de los vehículos ofertados puedan dedicarse también al transporte regular o hace referencia a asuntos como si las recurrentes disponen o no de centros de trabajo o talleres en Extremadura, ajenos a la cuestión planteada.

Respecto a las restantes alegaciones, en cuanto que, como ya hemos señalado, son coincidentes con los argumentos de la Dirección de EPESEC y de los informes técnicos recogidos en los antecedentes cuarto y quinto de la presente resolución deben desestimarse en base a los argumentos expuestos en esta resolución, en concreto en los fundamentos quinto y noveno.

Undécimo. Respecto a la segunda cuestión, si hay ofertas que se han conceptuado indebidamente como anormales o desproporcionadas, aunque deja de ser relevante una vez resuelto que no está justificada la exclusión de las así calificadas, conviene, aun a los meros efectos dialécticos, considerar analizar su fundamento.

El análisis de esta cuestión exige tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP, según el cual: *“Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o*

desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”.

A este respecto, el PCAP, en el Anexo 1 (Cuadro resumen de características), en la cláusula 6.2 indica que:

“Se considerarán desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto de base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

b) Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

c) Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía (I).

Nota: cuando el órgano de contratación lo estime oportuno, podrá fijar cuantas unidades porcentuales por debajo de la baja media servirán para determinar que una oferta es anormal o desproporcionada

(I) La indicación en 10 unidades porcentuales podrá ser reducida hasta un máximo de 5”.

La Mesa de contratación, una vez analizadas las ofertas económicas acordó proponer la aplicación de la facultad prevista en la nota final de la cláusula 6.2 transcrita. El órgano de contratación, mediante resolución de 29 de agosto, acordó que, cuando concurrieran cuatro o más licitadores y hubiera ofertas con baja igual o superior al 25%, se consideraran desproporcionadas las ofertas superiores a la media en más de 5 unidades porcentuales, en lugar de las 10 unidades previstas en el pliego.

El TRLCSP es bien preciso en el artículo 152 transcrito antes parcialmente, cuando señala que los umbrales para apreciar que una oferta puede ser desproporcionada o anormal se definan de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente (cuando el precio es el único criterio de adjudicación) o que se expresen en los pliegos (cuando haya más de un criterio de valoración). Pero es contrario, entiende este Tribunal, a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación que, a la vista de las ofertas presentadas, el órgano de contratación pueda modificar los parámetros establecidos en los pliegos, aun cuando –como es el caso- lo permita el propio pliego, pues ello resulta contrario a lo dispuesto en el TRLCSP.

El artículo 152 del TRLCSP en su apartado 2, antes transcrito, permite que, si –como es el caso- el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, puedan indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales. Ahora bien, ejercitada esta opción, el citado artículo no permite que, para determinar esa presunción en las ofertas, el órgano de contratación pueda establecer en el pliego un doble parámetro que descansa en su propio criterio o en el de la mesa de contratación; ello supondría una clara arbitrariedad en su aplicación, pues es el órgano de contratación –directamente o a propuesta de la mesa- el que, como es el caso, a la vista de las ofertas económicas presentadas decide el parámetro que ha de considerarse para determinar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas.

Es evidente que la situación descrita en el párrafo anterior, y empleada en el expediente de referencia, afecta a los principios de igualdad y no discriminación, que deben presidir la contratación pública, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, pues no es un criterio objetivo con el que se establece la presunción de anomalía o desproporción de una oferta, en la medida que su cuantificación (10% o 5%), se determina de forma

arbitraria por el órgano de contratación una vez conocidas las ofertas de los licitadores, lo cual permite discriminar la ofertas de unos frente a las de otros. A estos efectos, hay que recordar que los principios indicados implican que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior de su valoración por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia”*.

El objetivo de que en los pliegos deban establecerse los criterios o parámetros objetivos para determinar la presunta anormalidad o desproporción de las ofertas no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración contratante en su aplicación, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento, principios todos ellos incumplidos por la *“Nota”* antes transcrita -y aplicada por el órgano de contratación- que se contiene en el Anexo 1 (Cuadro resumen de características), cláusula 6.2 del PCAP.

En consecuencia, este Tribunal entiende que la *“Nota”* del pliego que permite al órgano de contratación modificar el parámetro objetivo inicialmente previsto en el pliego para determinar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no es ajustada a Derecho. Como hemos declarado en numerosas resoluciones de este Tribunal una cláusula contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio ha de calificarse como nula de pleno derecho. Valga como referencia la resolución 69/2012, en la que, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis; informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009-, se concluía que *“...no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

Como en el caso citado, la nulidad no tiene por qué extenderse al resto de cláusulas de los pliegos afectados que pueden permanecer invariables y, conforme con el artículo 66 de la LRJPAC, conservar lo restantes actos y trámites. En consecuencia, sólo debe

declararse la nulidad de pleno derecho de la nota de la cláusula 6.2 del PCAP, incluida la resolución del órgano de contratación de 29 de agosto de 2012 dictada con base a la misma, que no debió ser tomada en cuenta para considerar si una oferta es presumiblemente anormal o desproporcionada.

No obstante lo anterior, este Tribunal, en su fundamento noveno, ha considerado adecuadamente justificadas las ofertas de las ahora recurrentes, tanto las que estaban en presunción de anormalidad por aplicación de la nota anulada, como aquellas que lo estaban aun cuando la misma no se hubiera aplicado. Por ello, en aras de la economía procesal, la retroacción del procedimiento de licitación solo debe hacerse hasta el momento previo a la valoración de las ofertas, al objeto de que se incluyan en el mismo y consiguientemente se valoren las ofertas de las empresas ahora recurrentes.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por los argumentos contenidos en los fundamentos de esta resolución, los recursos interpuestos por D. F. M. F. L. (recurso nº 252/2012), en representación de la UTE formada por las entidades GRUPO ENATCAR, S.A, TRANSPORTES ADAPTADOS REGIONALES, S.L.U., AUTOCARES CASTILLA LEON, S.A.U., NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U., AUTOCARES DISCRECIONALES DEL NORTE, S.L.U., LA UNION DE BENISA, S.A. y TIBUS, S.A., D. A. G. B. en representación de la mercantil RUTAS DEL CANTÁBRICO, S.L. (recurso nº 268/2012) y D. M A. M. R. en representación de la mercantil TRANSPORTES TERRESTRES CÁNTABROS, S.A. (recurso nº 269/2012), contra las resoluciones de la Directora del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios, de excluir de la licitación las ofertas presentadas por las citadas entidades en diversas rutas del contrato de transporte escolar durante los cursos académicos 2012/13 a 2015/16 (Expediente TRANS 12070071).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.