



Recurso nº 638/2017

Resolución nº 775/2017

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D.P.G.A., en representación de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A, contra la resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 31 de mayo de 2017, por la que se acordó la exclusión de dicha empresa de la licitación del *“Contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Barcelona y Huesca”* (expediente AC-CON-04/2016), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Transporte Terrestre convocó, mediante anuncios publicados en el BOE y en el DOUE los días 6 y 9 de diciembre de 2016, respectivamente, licitación para la adjudicación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación, del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Barcelona y Huesca, cuyo valor estimado es de 1.734.222 euros.

Segundo. Previos los trámites procedimentales oportunos, el día 3 de marzo de 2017 se procedió, en acto público, a la apertura de las proposiciones económicas de los licitadores admitidos.

Tercero. La Administración contratante apreció que la oferta de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. estaba incurso en valores anormales o desproporcionados, por lo que, con fecha de 21 de marzo de 2017, se le requirió para que justificase su viabilidad económica, trámite que fue evacuado por la empresa el 7 de abril de 2017, en el sentido que obra en el expediente de contratación remitido.

Cuarto. El 31 de mayo de 2017 la Mesa de Contratación asumió el contenido del informe emitido por los servicios técnicos de la Dirección General del Transporte Terrestre, y propuso al órgano de contratación la exclusión de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. de la licitación, por entender que no quedaba suficientemente acreditada la viabilidad económica de su oferta.

Quinto. El mismo día 31 de mayo de 2017 el órgano de contratación acordó excluir a EMPRESA DE AUTOCARES CER, S.A. de la licitación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Barcelona y Huesca.

La resolución de exclusión fue notificada a la empresa recurrente el 7 de junio de 2017, con traslado del informe técnico en el que se fundamenta.

Sexto. Con fecha de 28 de junio de 2017, y previo anuncio ante el órgano de contratación, D. P. G. A., en representación de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A., interpuso recurso especial contra la resolución de exclusión.

En su extenso recurso (de 84 páginas), la recurrente considera que su exclusión de la licitación es contraria a Derecho por los siguientes motivos:

1. La viabilidad económica de su oferta se desprende claramente, a su juicio, de las alegaciones que formuló en el trámite del artículo 152. 3 del TRLCSP:

- Su oferta parte de un modelo de explotación eficiente de los recursos móviles, pues EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. sólo requiere para la prestación del servicio 3 coches durante 9 meses de un ejercicio y 4 durante 3 meses del mismo ejercicio, esto es, 3,25 vehículos sobre el total de 6 vehículos adscritos al servicio conforme a los pliegos, lo que redundaría en la reducción de los costes cuya unidad de producción es el autocar y de sus criterios de caja, calculados siguiendo los criterios sobre contabilidad analítica sobre transporte de viajeros en carretera de la Orden PRE/907/2014, de 29 de mayo, de obligado cumplimiento para todas las empresas que operen líneas regulares dependientes del Ministerio de Fomento.

- Incremento de la demanda vía tarifa en el contexto de la siguiente década para el transporte Huesca- Barcelona. Considera la recurrente que se desplazará la demanda del vehículo privado al autobús, lo que justifica una propuesta de reducción de la tarifa actual del 46,44%, con un aumento del 11,61% de la demanda según sus previsiones, que también toman en consideración la reducción del tiempo de los trayectos (que pasarán de poco más de cuatro horas a tres horas y media), y el periodo de bonanza económica que activará la economía de ambas regiones, con una bajada del precio de la tarifa como factor determinante.
- Existencia de una financiación ventajosa para su flota a través de un contrato de arrendamiento financiero con unas condiciones muy favorables.
- Organización de la compra de material móvil mediante la reutilización de equipos no perecederos.
- Su proyecto incluye mayor cantidad de servicios adicionales extra dirigidos a todos o a determinados usuarios, como el servicio de *vending* a bordo, el transporte de bicicletas en arneses especiales, transporte de animales de compañía en compartimento aislado, cobertura de seguro complementario del viajero y de equipaje, acceso a asientos VIP, control de equipaje, o disfrute de un kit de descanso.
- Debido a la ubicación de la empresa, ésta dispone de sede social e instalaciones logísticas en Barcelona, que es uno de los puntos de salida del servicio licitado. Y tendría que abrir una nueva base operativa en Huesca, lo que daría estabilidad laboral al personal que se encuentra domiciliado allí o en sus alrededores.

2. EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. ha estudiado con detenimiento la exploración que se lleva a cabo por el actual operador, así como los datos facilitados por éste a la Dirección General del Transporte Terrestre, y ha llegado a la conclusión de que el principal motivo por el que el tráfico ha ido cayendo cada año es el deficiente modelo de gestión del actual operador, que infrutiliza recursos materiales (vehículos), y personales (conductores), y parte de una mala programación del servicio, con el consiguiente aumento de costes, que afectan a las tarifas y que repercuten negativamente en los usuarios. El modelo de gestión que la recurrente recoge en su Plan de Explotación, y que

desarrolla extensamente en su recurso es, a su juicio, más eficiente que el del actual operador, que ha servido de base para redactar los pliegos.

3. Considera que, con base en el artículo 85.6 del RGLCAP, la Mesa de Contratación es soberana para considerar como realizable cualquier oferta que le parezca lógica y desarrollable, valorando la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada, siendo así que no puede haber duda sobre la solvencia de la recurrente, que es titular de una concesión regular entre Zafra (Badajoz) y Barcelona, en la que lleva soportando pérdidas durante seis años que casi ascienden al millón de euros, sin que en ningún momento haya planteado a la Administración dejar de prestar el servicio.

4. La resolución recurrida carece de motivación, pues se limita a remitir a un informe técnico que adjunta, desconociéndose los motivos de la decisión de la Mesa de Contratación, pues no se ha dado traslado del acta.

5. Reconoce la empresa recurrente que cometió un error al calcular los ingresos, pues partió de una cifra (26.388.652,67 viajeros/km) que no tenía en cuenta la supresión del tráfico de Almacelles que en la nueva concesión no tiene parada (ni, por tanto, carga de viajeros). Pero efectúa un nuevo cálculo con los datos correctos en sede de recurso para concluir que, pese al error padecido, su oferta sigue dando beneficio todos los ejercicios.

6. Por último, desarrolla detalladamente los distintos costes de su oferta, considera aplicable, con arreglo a la normativa vigente (la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), la Orden PRE/907/2014, de 29 de mayo, y el Reglamento (CE) nº 1370/2007) un modelo de contabilidad analítica que permita conocer con exactitud la corriente de ingresos y gastos imputables a cada servicio, y considera que la Dirección General de Transporte Terrestre no debería admitir la aplicación de costes inexistentes e innecesarios en cualquier contrato de gestión de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general.

Séptimo. El 5 de julio de 2017 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En dicho informe, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos.

1. Para el cálculo de la viabilidad del servicio la Administración debe tener en cuenta (Resolución 990/2015) dos variantes: los costes en que se incurra en la explotación del servicio, y los ingresos obtenidos por la venta de billetes a los usuarios.

Para fundamentar adecuadamente las ofertas, el pliego ha exigido a los licitadores la presentación, junto con el modelo de proposición económica, de un plan de explotación, un estudio de la demanda y un estudio justificativo de la tarifa propuesta.

Explica el órgano de contratación el procedimiento empleado para obtener la tarifa máxima admisible (de 0,064943 euros/viajero-kilómetro), a partir de datos tomados del Observatorio de Costes de Transporte de Viajeros en Autocar nº 24 de julio de 2016, destacando que los costes de amortización, financiación, seguros y gastos fiscales se han calculado para 6 vehículos que la Administración considera necesarios para prestar las expediciones mínimas fijadas en los pliegos y que deben quedar adscritos al contrato. Los costes de combustible, neumáticos y reparaciones se han calculado según el número mínimo de vehículos/kilómetro que figuran en el pliego. Los costes de personal constan en los Anexos VII y VIII del pliego (583.114,31 euros). El coste fiscal se ha incrementado al añadir el coste del canon de estación. El cálculo del coste indirecto es del 12,5% del coste directo descontando el coste de personal. Y se ha añadido un 15% de beneficio empresarial conforme exige la LOTT.

2. La oferta de tarifa propuesta por la recurrente (0,031108 euros/viajero-kilómetro) incurre en una bajada muy significativa (del 18% sobre la media corregida de los valores ofertados, del 52% sobre la tarifa máxima admitida en el pliego y del 46% sobre la tarifa vigente), resultando que:

- El cálculo de la recurrente en lo que se refiere a material móvil parte del uso de 3,25 vehículos, que son los que considera de media anual necesarios para prestar el servicio, al que los pliegos adscriben un total de 6 vehículos.

- Examinadas las justificaciones relativas a las desviaciones detectadas en los costes unitarios de algunas partidas de la oferta de la recurrente (seguros, neumáticos, reparaciones y coste fiscal), se concluyó que los costes de mantenimiento y conservación (0,01 euros/Km. frente a 0,14 euros/Km. calculados por el Ministerio de Fomento), así como los costes indirectos, no quedaban suficientemente justificados.

- En cuanto al cálculo de los ingresos, el elemento básico que permite conformar la tarifa es el índice de ocupación medio en términos de viajeros- kilómetro. Al no ser un servicio de nueva creación, el órgano de contratación ha acudido a la cifra real de viajeros-kilómetro del año 2015, descontando los viajeros-kilómetro correspondientes al tráfico entre Almacelles y Barcelona, que ha sido objeto de segregación (26.703.757 viajeros-kilómetro/año).

La proposición de la empresa recurrente parte de un error en el cálculo de viajeros-kilómetro, ya que utiliza la cifra de 28.795.929 viajeros-kilómetro frente a los 26.703.757 viajeros-kilómetro que figuran en los pliegos, lo que supone un incremento del 8% sobre la demanda estimada por la Administración.

- A partir de dicho dato, la recurrente calcula un aumento de la demanda del 11,58% en el primer año, lo que, comparado con los datos reales de los últimos años sin el tráfico ahora suprimido, conlleva que su previsión sea superior en más de un 20%.

- Las correcciones que la recurrente pretende introducir en sede de recurso son inadmisibles porque ello representaría una modificación de los términos de su proposición.

Octavo. Con fecha de 6 de julio de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, trámite que fue evacuado por la empresa ALOSA AUTOCARES Y AUTOBUSES, S.L., que con fecha de 13 de julio de 2017 formuló alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

- El recurso planteado por EMPRESA AUTOCARES CER, S.A., lejos de intentar justificar su pretensión jurídicamente, se dedica a glosar profusamente las supuestas bondades de su oferta y a introducir sorprendentes y extemporáneas críticas a los pliegos, que no fueron impugnados en su momento por la recurrente.
- El informe técnico en el que se fundamenta la exclusión de la recurrente, aceptando las explicaciones de la misma en algunos puntos, puso de manifiesto una serie de inconsistencias y errores relevantes de su oferta que la recurrente no ha rebatido en su extenso recurso, planteando ante el Tribunal una suerte de nueva fase de valoración técnica y de subsanación de errores que carece de encaje legal.
- La propia recurrente ha reconocido que determinados aspectos de su oferta no se ajustaron a los pliegos, que son la ley del contrato, y pretende subsanarlo, de manera improcedente y extemporánea, mediante la interposición de un recurso especial.
- La Administración siguió en todo momento el procedimiento legalmente establecido para las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados (artículo 152 del TRLCSP y artículo 85 del RGLCAP), y la Resolución impugnada se motivó *in allunde*, por remisión a un informe técnico debidamente motivado, posibilidad ampliamente admitida por la doctrina y por la jurisprudencia.
- La oferta de la recurrente incurrió en una baja considerable, incumbiendo al licitador destruir la presunción de temeridad, siendo exigible una mayor exhaustividad cuanto mayor sea la baja en la que se haya incurrido.
- Considera ALOSA AUTOCARES Y AUTOBUSES, S.L. que la recurrente no ha formulado en su recurso ninguna objeción a las consideraciones que en el informe técnico de la Administración se efectuaron respecto de la falta de justificación de los costes de mantenimiento de su oferta, ni respecto de la falta de inclusión en la misma de los costes indirectos correspondientes al canon de la Administración y al canon de las estaciones de servicio; la empresa recurrente reconoce que plantea un ahorro de costes al considerar sólo los correspondientes a 3,25 vehículos, frente a los 6 exigidos en los pliegos; incluye en su oferta costes de personal infravalorados, y parte de un error reconocido en el cálculo del número de viajeros-kilómetro, al incluir un tráfico entre

Almacelles y Barcelona que ha sido segregado de la nueva concesión; incluye previsiones de crecimiento de la demanda por efecto de la bajada de la tarifa excesivamente optimistas y que habrían requerido una justificación mucho más exhaustiva, previsiones que además resultan incoherentes con las pérdidas que la propia recurrente reconoce que acumula en la concesión que viene gestionando (de cerca de un millón de euros desde 2010).

- Concluye ALOSA AUTOCARES Y AUTOBUSES, S.L. que la exclusión de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. de la licitación fue una decisión ajustada a Derecho y debidamente motivada y que, sin perjuicio de que dicha empresa no haya justificado adecuadamente la viabilidad de su oferta, resulta acreditado que la misma no se ajustó en varios aspectos al Pliego de Condiciones, lo que ya de por sí determinaría la procedencia de acordar su exclusión de la licitación.

Noveno. El día 13 de julio de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, por ser el órgano de contratación un poder adjudicador del sector público estatal (artículo 41.1 del TRLCSP).

Segundo. Concorre en la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP, pues ha sido excluida de una licitación a la que ha concurrido y de la que tiene interés legítimo en resultar adjudicataria.

Tercero. El presente recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. Consta en el expediente la realización por la empresa recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Se impugna la resolución de exclusión de la licitación, acto susceptible de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

La cuestión de si estamos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación (lo que condiciona la competencia de este Tribunal), requiere un análisis más detallado.

Procede traer a colación, en este punto, la doctrina de la reciente Resolución 738/2017, de 5 de septiembre, dictada en los recursos acumulados 712, 716, 718, 728, 731, 732 y 764, en la que este Tribunal abordó la calificación jurídica de un contrato sustancialmente coincidente (contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera), y en la que se efectuaron las siguientes consideraciones:

“Sobre esta materia ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello Nadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016 —entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, sensu contrario, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha



fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha—, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- *La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).*
- *Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.*

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si éstas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así los contratos de concesión de servicios —similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos—, están sujetos

a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.

La calificación de un contrato de concesión de servicios ha de ajustarse a la definición dada en el artículo 5.1 b) DC, que literalmente define el contrato de concesión de servicios como: ‘un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable’.

(...)

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de servicios.”

El examen del pliego de condiciones aplicable al contrato pone de manifiesto que estamos, al igual que en el supuesto examinado en la Resolución parcialmente transcrita, ante un contrato de concesión de servicios, pues se transfiere al contratista adjudicatario el riesgo operacional derivado de la explotación del servicio, abarcando, en la terminología del Considerando 20 de la DC, el riesgo de demanda (aquel que se debe a



la demanda real de los servicios objeto del contrato), o el riesgo de suministro o de oferta (el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda), o ambos.

Transfiriéndose el riesgo operacional al contratista, hay que concluir que las prestaciones objeto del contrato son las propias de un contrato de concesión de servicios (artículo 5.1 b) de la DC).

Así las cosas, procede examinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, aspecto en el que también resultan aplicables las consideraciones jurídicas efectuadas en la citada Resolución 738/2017, de 5 de septiembre, en la que se afirmó lo siguiente:

“En cuanto a la competencia de este Tribunal, partiendo de nuestra doctrina, y teniendo en cuenta la aplicación directa de algunas de las normas de la DC, se hace necesario determinar si nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios sujeto a la referida Directiva y por ende, sujeto al control de este Tribunal, a través del recurso especial en materia de contratación o si por el contrario, esta Directiva 2014/23/UE, excluye de su ámbito de aplicación este tipo de concesión de servicio de transportes de viajeros por carretera.

A tal efecto, hemos de traer a colación el artículo 10 DC que excluye de su ámbito de aplicación las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, entre otros, el siguiente:

‘3. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (22), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) n° 1370/2007.’

Volviendo a la esencia de las prestaciones del contrato, lo cierto es que se trata de un contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera sujeto a la normativa especial contenida en el Reglamento (CE) n° 1370/2007, por lo que

se encuentra expresamente excluido de la normativa de la DC (artículo 10.3) y, por lo tanto, del régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa contenidas en las Directivas comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE.

(...)

Puesto que nos encontramos ante una concesión de servicios de transportes configurada normativa por el régimen especial del Reglamento (CE) n° 1370/2007 con claridad patente se observa que nos hallamos fuera del ámbito de aplicación de la DC (artículos 10 y 36) y por ende, extra muros del régimen de los recursos especiales que en materia de contratación administrativa sostienen el ámbito competencial de este Tribunal ex artículo 40.1 del TRLCSP.

De esta guisa, hemos de citar expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1370/2007, cuyo tenor literal señala cuanto sigue:

‘1. Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de concesión de servicios en la acepción de dichas Directivas. No se aplicarán los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE’.

La conclusión sobre la normativa comunitaria e interna expuesta no puede ser otra que la inexistencia de competencia de este Tribunal para conocer de la legalidad de los pliegos impugnados, por encontrarnos ante unos pliegos de condiciones de un contrato de concesión de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la DC (artículo 10) con un régimen especial configurado en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1370/2007.

El régimen especial de revisión de las actuaciones de los contratos de concesión de servicios de transportes de viajeros a que hace mención el artículo 5.7 del Reglamento

(CE) n° 1370/2007 no puede identificarse con el régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa. Todo ello, abonado con el todavía vigente artículo 40.1 del TRLCSP nos conduce a declarar la inadmisión del recurso por falta de competencia objetiva de este Tribunal.

Para apoyar esta inadmisión, se ha de precisar la cita del apartado 70 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1370/2007 que expresa:

‘Los Estados miembros adoptarán las medidas necesaria para asegurar que las decisiones adoptadas de conformidad con los apartados 2 a 6 puedan revisarse eficaz y rápidamente, a petición de la persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato particular y que haya sido perjudicada o corra el riesgo de ser perjudicada por una supuesta infracción, cuando dichas decisiones han infringido el Derecho comunitario o normas nacionales de aplicación de dicho Derecho.

Cuando los organismos responsables de los procedimientos de revisión no tienen carácter judicial, sus decisiones habrán de motivarse siempre por escrito. Además, en este caso, deberán adoptarse medidas para que toda supuesta medida ilegal adoptada por el organismo responsable de la revisión o todo supuesto defecto en el ejercicio de las competencias que le hayan sido conferidas puedan ser objeto de revisión judicial o de revisión por otro organismo que sea un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 234 del Tratado e independiente de la autoridad contratante y del organismo responsable de la revisión’.

Estos mecanismos de revisión no son equiparables a los recursos especiales en materia de contratación administrativa, ya que dicho precepto no ha sido incorporado en nuestro ordenamiento interno (artículo 40 del TRLCSP); (...).

Por último, todo ello nos obliga a reconducir los recursos especiales interpuestos a sendos recursos potestativos de reposición ante el órgano de contratación, facultativos al auxilio ante los órganos jurisdiccionales, mediante la impugnación de los pliegos de condiciones ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 123 LPAC y 211.4 del TRLCPS).

La competencia de este Tribunal para revisar las actuaciones administrativas en los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos ex artículo 40.2 del TRLCPS es improrrogable y dado que no nos hallamos ante un contrato relacionado en el artículo 40.1 del TRLCPS y extramuros de la DC (artículo 10) hemos de declarar la inadmisión de los recursos especiales formalizados y acumulados en la presente Resolución.”

Las consideraciones anteriores son plenamente aplicables al supuesto que se examina, dado que la cláusula 1.2 del Pliego de Condiciones aplicable al contrato dispone que “en lo no previsto en el presente Pliego de Condiciones, será de aplicación a esta licitación:

- En primer lugar, el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007.

- En segundo lugar, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), y el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), en lo que no se oponga a la LOTT.

- En tercer lugar, la legislación reguladora de la contratación del Sector Público...”.

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato que no está relacionado en el artículo 40.1 del TRLCSP y que está excluido del ámbito objetivo de la DC (artículo 10), hemos de declarar la inadmisión del presente recurso especial.

Sexto. Sin perjuicio de la declaración de inadmisión del recurso, cabe añadir, *obiter dictum* y a efectos meramente dialécticos, que el Tribunal no aprecia ninguna infracción jurídica en la resolución de exclusión objeto de recurso. Así:

- Desde un punto de vista procedimental, se constata que la Administración contratante ha respetado todos los trámites exigidos por el artículo 152.3 del TRLCSP en caso de ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados.

El informe técnico en el que se sustenta la decisión administrativa está suficientemente razonado, explica motivadamente las inconsistencias y los errores advertidos en la oferta de la recurrente, y permite a ésta conocer las razones por las que la Administración no consideró suficientemente justificada la viabilidad de su oferta, y que determinaron su exclusión de la licitación. A estos efectos, el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas la Resolución 820/2016, de 14 de octubre,) *“la plena admisión y validez de la denominada doctrinalmente ‘motivación in alliunde’, que consiste en fundamentar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos que obran en el expediente administrativo, cuyo fundamento legal se encontraba en el artículo 84.5 Ley 30/1992...”*.

Bajo las anteriores premisas, ninguna infracción jurídica cabe apreciar por el hecho de que la resolución de exclusión impugnada remita expresamente, a efectos de motivación, a un informe técnico del que se ha dado traslado a la empresa interesada al tiempo de notificársele la propia resolución de exclusión. Los motivos en los que se fundamenta la decisión administrativa están suficientemente claros por remisión expresa a un informe técnico que se cita y se adjunta a la propia resolución de exclusión, sin que sean admisibles las alegaciones de la recurrente de que desconoce los motivos de la decisión administrativa por no haberse adjuntado el acta de la Mesa de Contratación, quien, como es sabido, no adopta, sino que propone, la decisión de exclusión.

- Desde un punto de vista material o sustantivo, el informe técnico asumido por la Mesa y por el órgano de contratación pone de manifiesto que la oferta de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A. incurrió en una baja considerable (del 18% sobre la media corregida de los valores ofertados, del 52% sobre la tarifa máxima admisible en el pliego y del 46% sobre la tarifa vigente), por lo que la justificación aportada por el licitador debería haber sido muy detallada y exhaustiva. Pese a las extensas alegaciones formuladas en el trámite del artículo 152.3 del TRLCSP (todas ellas reproducidas en el recurso), la empresa recurrente no desvirtúa las inconsistencias y errores detectados en su oferta por el informe técnico de continua referencia, que de forma razonada plantea los motivos que impiden apreciar la viabilidad económica de su oferta.

Por otra parte, no corresponde a este Tribunal sustituir las valoraciones técnicas efectuadas por los órganos competentes de la Administración por juicios jurídicos, sino constatar si las decisiones técnicas administrativas están suficientemente motivadas, y no incurrir en ilegalidad o arbitrariedad.

Tanto en la licitación como en sede de recurso, resulta acreditado que:

- Aunque el Pliego de Condiciones exige claramente la adscripción de seis vehículos al servicio concesionado, la licitadora afirma en su plan de explotación (y reitera en las alegaciones emitidas en el trámite del artículo 152.3 del TRLCSP y en el propio recurso) que sólo se requieren 3,25 para la correcta prestación del servicio. Y no calcula todos los costes en función de esos seis vehículos de necesaria adscripción, sino de los 3,25 que en su oferta considera necesarios. Ello no sólo supone que no explica satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes propuestos, sino que tampoco justifica, en consecuencia, la posibilidad de normal cumplimiento de la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados en sus propios términos, y además pone de manifiesto un incumplimiento que afecta a los requisitos materiales exigidos como mínimos en el Pliego de Condiciones.

- La empresa recurrente admite expresamente (página 70 del recurso) la existencia de un error en el cálculo de viajeros-kilómetro, al utilizar una cifra (28.795.929 viajeros-kilómetro), cuando en el pliego de la nueva concesión se han descontado los viajeros de un tramo (Almacelles- Barcelona) que ha sido segregado, siendo el dato correcto de 26.703.757 viajeros- kilómetro/año. No resultan en modo alguno atendibles las argumentaciones que, en sede de recurso, plantea la recurrente a efectos de recalcular su oferta partiendo de los datos correctos, pues ello iría en contra del principio de inmodificabilidad de la oferta, y atentaría contra los principios de igualdad y no discriminación en los que se asienta la contratación pública.

- La recurrente también reconoce expresamente (página 72 del recurso) que no tuvo en cuenta en su oferta el importe correspondiente al concepto de canon (canon a la Administración, y canon a las estaciones de autobuses), sin que sean admisibles nuevos cálculos efectuados en sede de recurso.

Las argumentaciones de la recurrente en cuanto a la mala programación del servicio y en cuanto a lo que considera un modelo de explotación eficiente de los recursos materiales y personales de la concesión, vienen a poner de manifiesto una crítica al contenido de los pliegos que resulta de todo punto extemporánea, toda vez que la recurrente concurrió a la licitación sin impugnar ni formular objeción alguna a unos pliegos que ahora cuestiona, y a cuyo contenido ha quedado vinculada, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP.

En fin, sin ánimo de prejuzgar el fondo del asunto, al carecer este Tribunal de competencia para ello, cabe señalar, *obiter dictum*, que la decisión de exclusión de la oferta de la empresa recurrente por no justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes propuestos y, por tanto, que puede ser cumplida normalmente en sus propios términos, se considera motivada y basada en datos y razonamientos suficientes, razonables y objetivos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.P.G.A., en representación de EMPRESA AUTOCARES CER, S.A, contra la resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 31 de mayo de 2017, por la que se acordó la exclusión de dicha empresa de la licitación del “*Contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Barcelona y Huesca*” (expediente AC-CON-04/2016).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.