



Recurso nº 789/2022 C. Valenciana 195/2022

Resolución nº1453/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. S.B.M., en representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES DE VIAJEROS DE VALENCIA (ADIVA), contra los pliegos del procedimiento "*Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-301 Valencia-Benidorm*", con expediente CMAYOR/2019/01Y29/85, convocado por la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Comunidad Valenciana, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución de fecha 20 de mayo de 2019, la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad aprobó definitivamente el proyecto de servicio público de transporte CV-301, VALÈNCIA - BENIDORM (DOGV n.º 8.555 de 24/05/2019).

No estando de acuerdo con la referida resolución, D. G.G.M. en nombre y representación de la Asociación Empresaria de Transporte de Viajeros por Carretera (ADIVA), interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que se sigue en el procedimiento ordinario nº 4/253/2019-GM, sobre el cual, todavía no se ha dictado sentencia.

Mediante resolución de fecha 23 de abril de 2021, la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible aprobó la actualización del proyecto de servicio público de transporte CV-301, VALÈNCIA - BENIDORM (DOGV n.º 9.075 de 04/05/2021)

Segundo. El 19 de abril de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos correspondientes al expediente de contratación “*Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-301 Valencia-Benidorm*”, con expediente CMAYOR/2019/01Y29/85. Con un valor estimado de 28.440.000,96 €

Tercero. Contra el anterior pliego, el 17 de junio de 2022 tiene entrada en el Tribunal el recurso interpuesto por LA ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES DE VIAJEROS DE VALENCIA (ADIVA) ante la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad, en forma de recurso de reposición, frente a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas (y documentación complementaria de los mismos).

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 8 de julio de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. El 29 de junio de 2022 por Resolución de la Secretaria de este Tribunal, por delegación del mismo, se resolvió la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Para pronunciarnos sobre la competencia de este Tribunal, debemos partir del tipo de contrato en controversia.

Tanto en el informe de necesidad e idoneidad de este expediente de contratación, como en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, se califica el contrato como concesión de servicio y se añade que Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 31.2 que la contratación de servicio público de transportes se realice, con carácter general, mediante la modalidad de concesión. Ahora bien, pese a la calificación que le ha otorgado el órgano de contratación,

habrá que comprobar que este contrato reúne los requisitos característicos que la normativa exige para que pueda calificarse como tal, siendo la característica esencial, la de la transferencia del riesgo operacional, en los términos previstos en los considerandos 18, 19 y 20 y el artículo 12 de la Directiva 23/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y artículos 14 y 15 de la LCSP.

En reiteradas resoluciones de este Tribunal se ha razonado que las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

- a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
- c) La concesión de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues requiere dotar al concesionario de la libertad de

organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

Si nos atenemos a los derechos y obligaciones que se fijan en el contrato en controversia en el PCAP, se constata que están presentes todas las características que tanto la normativa como la doctrina y la Jurisprudencia han señalado para los contratos de concesión de servicios y a las que antes se hacía referencia. Así, son de destacar las siguientes cláusulas del PCAP:

«6. EJECUCIÓN Y TRANSFERENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL

(..) 6.3. La suscripción del contrato implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional derivado de la explotación de los servicios de transporte objeto del contrato, que abarca tanto el riesgo de demanda como el de suministro, en la forma y medida que se detalla en el PSP (proyecto de servicio público).

6.4. En ningún caso, el presente contrato garantiza, aun en condiciones normales de funcionamiento, la recuperación de las inversiones realizadas ni la cobertura de los costes en que incurra como consecuencia de la explotación de los servicios objeto de esta concesión.

7. RETRIBUCIÓN AL CONCESIONARIO

7.1. El contratista será retribuido por la prestación del servicio licitado a través de los siguientes modos:

a) El derecho a explotar con exclusividad el servicio público de transporte objeto del contrato, obteniendo los ingresos económicos por la venta de los títulos de transporte a los usuarios del servicio de transporte, cuya tarifa no podrá superar las cuantías máximas aprobadas por la autoridad del transporte de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana, tarifas máximas que se fijan inicialmente en el apartado H del Anexo I. No obstante, podrán establecerse tráficos compartidos con otros servicios, en los casos permitidos por las normas sectoriales o por decisión de la Administración contratante por

motivos de interés público, siempre que esta posibilidad se permita de forma expresa en el citado apartado H del Anexo I.

b) Las compensaciones económicas que, según determine el correspondiente PSP, corresponda abonar al concesionario por la realización de las obligaciones de servicio público. Su concreción se sujetará al procedimiento que expresamente determine en el apartado E del Anexo I del presente pliego. En ningún caso, la compensación podrá exceder del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos obtenidos por el operador de servicio público y la existencia de un beneficio razonable según valoración de la Administración contratante determinada en el PSP.

(..)

31.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

31.1. Son obligaciones del contratista las siguientes:

1ª Prestar el servicio público de transporte con la continuidad convenida, asumiendo el riesgo operacional, en la forma y condiciones fijadas en el proyecto de servicio público, en el contrato y en los demás documentos contractuales.

(..)

15ª Ejecutar el servicio a riesgo y ventura del contratista, respondiendo de los daños y perjuicios que se causen, por sí o por personal o medios dependientes del mismo, a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato y de las pérdidas y deterioros que sufran los equipajes en los términos y límites previstos en el artículo 23 de la LOTT y, en su caso, los ofertados como mejoras. El contratista será responsable de la calidad técnica de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o incorrectos en la ejecución del contrato. (..)

32.- DERECHOS DEL CONTRATISTA

El concesionario, en los términos previstos la normativa de aplicación, tendrá las siguientes facultades

1ª A explotar los servicios objeto de contrato en exclusividad, en los términos previstos la normativa de aplicación.

2ª A obtener el importe de la venta de los títulos de transporte a los usuarios del servicio que explote, cuyo precio no podrá superar la tarifa aprobada por la Administración. (..)

36.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

(..)

No existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario».

En el Anexo I, del PCAP, tenemos:

«E. ASPECTOS ECONÓMICOS

EXISTE NO EXISTE. Sin compensación a cargo de la Administración X».

En definitiva, en el contrato que nos ocupa, el concesionario asume el riesgo de demanda que refleja en su retribución que recibe directamente del usuario a través de la venta de los títulos de transporte a los viajeros que utilicen el servicio, y cuyas tarifas se establecerán a partir del precio ofertado (tarifa Km, expresada en €/viajero-km) que se aplica al factor kilométrico y a las matrices de distancias tarifarias definidas en proyecto de servicio público. En este contrato no está prevista ningún tipo de compensación a cargo de la administración.

Así mismo, el concesionario asumirá el riesgo de la evolución de los costes, asumiendo los sobrecostes que se puedan producir en relación con las previsiones y estimaciones realizadas por la empresa adjudicataria para establecer el precio ofertado (tarifa Km) con el que cubrir sus costes y atender las expediciones adicionales ofertadas sobre las expediciones mínimas establecidas.

Aclarado que estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios, pasemos a analizar la competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto que nos ha sido remitido por el órgano de contratación, al entender que debemos conocer del mismo.

Este Tribunal es consciente de que en varias de sus resoluciones, algunas de ellas recientes (559/2022, de 2 de junio, 196/2022, de 10 de febrero y 229/2022, de 17 de febrero), se ha declarado incompetente y por tanto ha inadmitido recursos interpuestos con ocasión de contratos de concesión de servicios en el ámbito de transporte regular de viajeros, por entender que están excluidos de la LCSP y, por tanto, no es de aplicación el recurso especial en materia de contratación que regula el artículo 44.1 LCSP.

Revisada ahora en profundidad la doctrina que se contiene en dichas resoluciones y en algunas otras anteriores, a juicio del Tribunal, no puede mantenerse por más tiempo dicha doctrina, pues tras la vigencia de la LCSP y la regulación distinta que se hace de este tipo de contratos de concesión de servicios con respecto a la que se hacía en el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (en adelante, TRLCSP), en el que bajo su vigencia tampoco se habían traspuesto las directivas europeas en esta materia, unido a la existencia de algunos pronunciamientos judiciales (sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de Enero de 2020 – rec.250/2018- y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra –rec.405/2018-) en contra de la inadmisión del recurso especial en estos casos, resulta muy forzado actualmente seguir asumiendo la inadmisión del recurso especial en estos casos, lo que nos lleva a modificar nuestra doctrina, como ahora se desarrollará, para que sea más acorde con la actual LCSP y con la normativa vigente.

En este sentido, a diferencia de la situación existente bajo la vigencia de la TRLCSP, estimamos que ya no es necesario acudir, para solventar la cuestión de la competencia y de los recursos, a 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, a 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 (ambas no estaban transpuestas al ordenamiento jurídico español), al Reglamento (CE) nº1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (considerando 21), así como tampoco a la Directiva del

Consejo 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, pues entendemos que ha de aplicarse con carácter preferente la LCSP a estas cuestiones y tras una lectura integradora de dicha Ley, ésta resuelve las dudas, sin tener que acudir a otras normativas y más concretamente acudiendo a su artículo 44, que regula el recurso especial en materia de contratación.

Efectivamente, el artículo 44.1 c), establece que:

«Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(..)

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros».

Por tanto, el citado precepto sólo condiciona la posibilidad de interponer el recurso especial a que, de un lado, estemos ante la presencia de un contrato de concesión de servicios (no añade ningún requisito más) con todas las características que la propia LCSP (especialmente, sus artículos 14 y 15, respectivamente, para los contratos de concesión de obras y servicios), la doctrina y la Jurisprudencia han establecido para este tipo de contratos; y de otro, que se supere un determinado valor estimado, modificando o condicionando la referencia que se hacía en el TRLCSP a que fuera un contrato sujeto a regulación armonizada para poder acceder al recurso especial.

En consecuencia, cumplidos únicamente estos dos requisitos y siguiendo el viejo brocardo latino “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”, llegamos a la conclusión de que si el acto inserto en un contrato de concesión, con valor estimado superior a 3.000.000 euros,

es uno de los previstos en el artículo 44.2 LCSP, es susceptible de ser impugnado a través del recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 44 LCSP.

Además, por lo que respecta a las concesiones de servicios de transportes de viajeros, como la que nos ocupa, frente a las dudas pasadas sobre si estaban incluidas o no en la Ley de Contratos aplicable, se disipan actualmente con el artículo 19.2 g) LCSP porque aunque se refiere a ellos para excluirlos de la regulación de contratos sujetos a regulación armonizada frente a otro tipo de concesiones de servicios que sí están sujetos a dicha regulación, es evidente que al citarlos expresamente los están considerados como contratos sujetos a la LCSP, aunque no sigan el régimen de los sujetos a regulación armonizada:

«Artículo 19. Delimitación general.

1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 101, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador (...).

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes: ...”:

g) Los que tengan por objeto servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo».

En ningún otro precepto de la LCSP se pone en duda que las concesiones de servicios de transporte de viajeros no se encuentren plenamente regulados en la citada Ley. Además, la conclusión anterior se refuerza con la lectura de los artículos 4 a 11 LCSP, que regulan los contratos y negocios excluidos de la Ley, en los que no se hace ninguna mención directa o indirecta a dicho tipo de concesiones.

Y puesto que dichas concesiones no dejan de ser un tipo de las concesiones de servicios en general, es lógico concluir que también es susceptible de ser impugnadas a través del recurso especial por aplicación del artículo 44.1 c) LCSP, máxime cuando dicho precepto no distingue entre contratos sujetos a regulación armonizada o no, como se hacía en el TRLCSP, influenciado por las Directivas Comunitarias.

En definitiva, no es necesario que la LCSP haya incluido expresamente a las concesiones de servicios de transportes de viajeros como contratos susceptibles de ser impugnados a través del recurso especial, pues, como se ha razonado, ya estarían incluidos en la categoría general de concesiones de servicios a la que hace referencia el artículo 44.1 c).

En consecuencia, se declara la competencia de este Tribunal para conocer y resolver el recurso interpuesto, que ha de calificarse como de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 LCSP y el convenio suscrito el 25 de mayo de 2021, entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana (BOE de fecha 2 de junio de 2021).

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 48 de la LCSP, según cuyo tenor *«Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»*.

Tercero. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros, por lo que resulta admisible al alcanzar el umbral del artículo 44.1.c) LCSP, y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44.2.a) de la LCSP los pliegos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El recurso fue presentado ante el órgano de contratación el día 19 de mayo. En su escrito, el recurrente manifiesta que, en la referida fecha *«(...) a diferencia de los*

expedientes identificados como CMAYOR/2019/01Y29/86 y CMAYOR/2019/01Y29/80, no han sido publicados en la plataforma de contratación (...) los documentos vinculados al “acuerdo de iniciación del expediente”, ni la “memoria justificativa” (valor estimado del contrato, y otros docs), ni el “acuerdo de aprobación del expediente».

El recurrente, por otro lado, señala que *«en atención a los pliegos ahora cuestionados, y bajo el criterio de las recientes resoluciones del TACRC –nº 230/2022 de 17 de febrero de 2022, entre otras-, los pliegos que en este momento son cuestionados son susceptibles de recurso de reposición, de conformidad con el artículo 44.6 de la LCSP en su relación con el artículo 123 de la Ley 39/2015».*

Consultada la Plataforma de Contratación del Sector Público, consta que el documento de Pliegos del procedimiento de licitación de referencia fue publicado el 19 de abril de 2022 a las 9:34 horas. En el referido documento, y mediante hiperenlaces, se da acceso a los interesados a los siguientes documentos: Pliego de Prescripciones Técnicas, Pliego de Cláusulas Administrativas, 20210924 Anexo X firmado, 20210924 Anexo XI firmado, 20211020 Anexo II CV-301 firmado, Anexo I firmado y Anexo XII firmado.

En la cláusula 42 del Pliego de Cláusulas Administrativas, bajo el título *“Recurso especial en materia de contratación”* se dice:

«42.1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones que se relacionan en el artículo 44 de la LCSP, que tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes, sin perjuicio de las indemnizaciones y multas previstas en el artículo 58 de la LCSP. El plazo, forma y lugar, y acceso al expediente, efectos de la interposición, posible inadmisión y tramitación del recurso especial, se regirá por lo previsto en los artículos 50 a 56 de la misma LCSP.

42.2. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

42.3. Contra las actuaciones mencionadas en el presente pliego como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

42.4. De acuerdo con el artículo 46.2 de la LCSP y con el convenio suscrito por la Generalitat (Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE núm. 92 de 17 de abril de 2013), la competencia resolutive en materia de recursos contractuales se atribuye al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

42.5. De acuerdo con lo previsto en los artículos 114 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 191.4 de la LCSP, cabrá recurso potestativo de reposición contra los actos administrativos adoptados en el ejercicio de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución del contrato».

Por otro lado, en la Plataforma de Contratación del Sector Público aparecen publicadas el mismo día (20 de mayo de 2022) dos Resoluciones de aprobación del expediente de contratación, la primera, de 10 de marzo de 2022 y la segunda, de 20 de mayo de 2022. Ambas tienen el mismo contenido, con la única diferencia de que en la primera se establece como recurso administrativo aplicable el recurso de resolución, mientras que la segunda establece el recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

El recurso fue presentado, como hemos dicho, ante el órgano de contratación el 19 de mayo, como recurso de reposición. Con fecha 17 de junio de 2022 la Jefa del Servicio de Contratación de la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad inadmite el referido recurso, entendiendo que, debiendo haber sido formulado como recurso especial en materia de contratación, el órgano de contratación es incompetente para resolverlo. Fundamenta su decisión en la modificación del pie de recurso recogido en la Resolución de 20 de mayo de 2022.

Como ha dicho este Tribunal en varias resoluciones, el error en la calificación del recurso no ha de considerarse obstáculo a su tramitación conforme a su verdadera naturaleza y ante la duda del recurso procedente, rige, conforme a la disposición final cuarta.1 de la LCSP y al artículo 2.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales, el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que determina que *«El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter»*.

Las consideraciones realizadas en el Fundamento de Derecho Primero y las presentadas anteriormente, nos permiten concluir que el recurso ha sido interpuesto en tiempo. En efecto, el recurrente ha interpuesto el recurso que entendía procedente a tenor de la doctrina de este Tribunal. No es ocioso, por otro lado, traer a colación que en la notificación del primero de los acuerdos de aprobación del expediente de contratación se establecía la recurribilidad del acto mediante el recurso de reposición. En definitiva, el recurrente ha actuado según una interpretación razonable de los antecedentes que tenía a su disposición (visto que, por otro lado, el órgano de contratación se limitó a publicar los pliegos, sin ofrecer pautas que, en este concreto caso, hubieran sido pertinentes, sobre el recurso procedente) y, por lo tanto, tal actuación no puede perjudicarle (STS de 14 de enero de 2010 –Roj: STS 11/2010-).

Quinto. Considerando ya las cuestiones de fondo del recurso, el recurrente se alza, en primer lugar, contra el criterio relacionado con la calidad contemplado en el punto 1 del apartado LL del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) de *“Características particulares para la adjudicación de contratos de servicio público de transporte en su modalidad de concesión de servicios mediante procedimiento abierto”*, que se configura en los siguientes términos,

«La puntuación de los criterios relacionados con la calidad evaluables de forma automática se realizará sumando la puntuación obtenida conforme a los compromisos que suscriba el licitador según se expone a continuación:

a) Compromiso de obtención de la certificación del cumplimiento de la norma CSEAA del INSIA (Certificación de Seguridad de Empresas de Autobuses y Autocares) o de la norma ISO 39001 – Sistema de gestión de Seguridad Vial (SV), relativa al servicio que se licita. La certificación deberá obtenerse en el plazo máximo de catorce meses desde la fecha de formalización del contrato y deberá mantener su vigencia durante todo el plazo contractual.

Para la valoración de dicho compromiso se procederá tal y como se detalla a continuación:

- *Se asignarán 2 puntos a la proposición que oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*
- *Se asignarán 0 puntos a la proposición que no oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*

b) Compromiso de obtención de la certificación del cumplimiento de la norma ISO 50001 – Sistemas de gestión de la energía, relativa al servicio que se licita. La certificación deberá obtenerse en el plazo máximo de catorce meses desde la fecha de formalización del contrato y deberá mantener su vigencia durante todo el plazo contractual.

Para la valoración de este apartado se procederá tal y como se detalla a continuación:

- *Se asignarán 2 puntos a la proposición que oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*
- *Se asignarán 0 puntos a la proposición que no oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*

c) Compromiso de obtención de la certificación del cumplimiento de la norma UNE 170001-2 – Accesibilidad Universal. Parte 2: Sistema de gestión de la Accesibilidad, relativa al servicio que se licita. La certificación deberá obtenerse en el plazo máximo de catorce meses desde la fecha de formalización del contrato y deberá mantener su vigencia durante todo el plazo contractual.

Para la valoración de este apartado se procederá tal y como se detalla a continuación:

- *Se asignarán 2 puntos a la proposición que oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*
- *Se asignarán 0 puntos a la proposición que no oferte el compromiso de obtención de dicha certificación.*

(...)

La acreditación del cumplimiento del compromiso de las certificaciones anteriores, indicadas en los puntos a), b) y c), se realizará mediante certificado/informe emitido por un organismo de evaluación de la conformidad acreditado por el Organismo Nacional de Acreditación de cualquier estado miembro (de acuerdo con lo establecido en el Reglamento CE nº765/2008 y en las condiciones establecidas en su artículo 11). El certificado deberá incluir la marca de la entidad de acreditación, o referencia a la condición de acreditado, y el número de acreditación”.

La verificación del cumplimiento de los compromisos indicados en los puntos d) y e) se realizará por el responsable del contrato.

El incumplimiento de alguno de los compromisos anteriores se considerará como muy grave de acuerdo con el régimen de penalidades establecido en el anexo II del PCAP».

Entiende el recurrente, por un lado, que los certificados de calidad ponen de manifiesto cualidades de la empresa que presenta la oferta y nada tienen que ver con el objeto del contrato, y que, por otro lado, la exigencia de certificados concretos vulnera el principio de concurrencia. Invoca la doctrina de este Tribunal sentada en su Resolución 1102/2019, pidiendo un pronunciamiento igual en el presente caso.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que los certificados valorados acreditan aspectos referidos a la calidad del servicio, y que no se requiere que los licitadores las tengan antes del plazo de finalización de presentación de ofertas, sino que se prevé que puedan obtener en un plazo de catorce meses. Por otro lado, entiende que lo que se puntúa es el cumplimiento de estándares de calidad determinados, a cuyo efecto se permite la aportación de cualquier certificado.

Añade que, sin perjuicio de las afirmaciones anteriores, la ley sectorial (la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y su reglamento de desarrollo, 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) es preferente sobre la LCSP, por lo que la valoración de características propias de los licitadores en la adjudicación del contrato sería conforme con lo dispuesto por el artículo 79 del Reglamento.

La cuestión controvertida ha sido considerada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2022 (recurso 2432/2019), dictada en el recurso formulado contra la Resolución 1103/2019 de 30 de septiembre, en la que se dice,

«Los contratos de concesión de servicios de transporte regular de viajeros de uso general por carretera, como el que es objeto del presente recurso, se encuentran regulados por el Reglamento (CE) 1370/2007, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

El art. 5.1 del Reglamento (CE) 1370/2007, dispone “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 contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas”.

El Reglamento excluye, por tanto, la aplicación de las Directivas de contratación cuando se trate de contratos de concesión de servicios. Dicha exclusión se encuentra igualmente recogida en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo art. 10.3 dispone “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) nº 1008/ 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo¹, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/ 2007”.

Por su parte el art. 71 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) establece: “Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración, pudiendo ser utilizados, sin discriminación, por cualquier persona que lo desee en las condiciones establecidas en esta ley y en las normas dictadas para su ejecución y desarrollo. (...) En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la

ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos”.

De lo expuesto resulta, como mantiene el Abogado del Estado, que a los contratos de concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera, le resulta de aplicación, en primer lugar, su regulación sectorial, esto es, Reglamento (CE) 1370/2007, la LOTT, y de forma supletoria la normativa reguladora de la contratación del Sector Público.

Para los criterios de adjudicación debe estarse a los establecido en la legislación sectorial, así el art. 74.1 LOTT dispone “Los criterios señalados a tal efecto en el pliego deberán estar relacionados, en todo caso, con el régimen económico y tarifario, la seguridad, la eficacia o la calidad y frecuencia del servicio objeto del contrato y tendrán especialmente en cuenta factores ambientales y la mejor integración con la red de servicios públicos de transporte de viajeros que vertebran el territorio. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en el propio pliego”. Y el Real Decreto 1211/1990, Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (ROTT), en su art. 79.1 establece “Para la adjudicación del contrato podrá valorarse, de conformidad con las reglas señaladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, el compromiso del licitador de obtener una certificación, expedida por una entidad certificadora acreditada, que demuestre la calidad de su gestión en la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros”.

Siendo de aplicación preferente la legislación de transporte terrestres, sobre la legislación contractual del sector público, que se aplica con carácter supletorio, debe entenderse que la cláusula 19.2 PCAP en los apartados c) d) y e), en cuanto valora certificaciones previstas en el ROTT, resulta ajustada a derecho, sin que pueda apreciarse que dicha previsión sea contraria a las Directivas comunitarias, pues como hemos indicado anteriormente, no resultan aplicables a los contratos de concesión de servicio público de transporte de viajeros por carretera, de acuerdo con el art. 5.1 del Reglamento (CE) 1370/2007, y el art. 10.3 de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Además, se debe señalar que el art. 145.2 de la Ley 9/2017, de contratos del Sector Público prevé que “Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato...”.

La obtención de los certificados que se valoran se encuentran referidos a la calidad del servicio, gestión de incidentes, y reducción de emisiones de gases, supuestos que se encuentran vinculados al objeto del contrato, sin que pueda entenderse que se valoran condiciones subjetivas de los licitadores, pues no se exige que estén en posesión de los mismos, sino que se comprometan a su obtención, lo que redundan en la mejor prestación en cuanto a calidad y respeto medioambiental de los servicios de transporte de viajeros objeto del contrato».

La aplicación prevalente de la LOTT y su reglamento de desarrollo permite, por lo tanto, la utilización como criterio de adjudicación de certificados que acrediten la calidad de la gestión del adjudicatario. Por otro lado, no es ocioso resaltar que en el último inciso del texto transcrito se hace hincapié en el hecho de que, como es el caso tratado aquí, no puede entenderse que los certificados valorados tomen en consideración circunstancias personales de los licitadores, en tanto no se exige su posesión actual sino un compromiso de obtención, al servicio de la mejor gestión del servicio.

Por lo señalado, el motivo debe ser desestimado.

Sexto. Se alza a continuación el recurrente contra la cláusula 2.1.3 del apartado LL del Anexo I del PCAP, que establece el siguiente criterio de adjudicación sometido a juicio de valor,

«Aspectos sociolaborales del servicio: se valorarán con hasta un máximo 7 puntos, distribuidos según se indica en los subapartados siguientes:

3.1 Inclusión / Calidad del empleo: hasta un máximo de 2 puntos.

Se presentará aquella documentación que incida especialmente en:

- *Número y tipología de la contratación laboral: total de puestos adscritos al servicio, régimen de los contratos de trabajo y procedencia del personal.*
- *Medidas concretas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que se compromete a aplicar para la plantilla adscrita a la prestación del servicio.*

Se valorará la calidad en el empleo y las medidas de conciliación que sean adicionales a las mínimas exigidas por la legislación o convenio colectivo aplicable».

En su informe, el órgano de contratación manifiesta que *«(...) la cláusula 2.1.3 contenida en la letra LL del Anexo I del PCAP especifica claramente que los aspectos a valorar se circunscriben en cada caso a la adopción de medidas específicas en el marco de la prestación del servicio y relativas a la plantilla adscrita a la prestación del servicio que se licita».*

El análisis de la cláusula impugnada requiere considerar, en primer lugar, los requisitos que el artículo 145.5 de la LCSP impone a los criterios de la adjudicación. Son los siguientes:

«a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores».

Por su parte, la exigencia de que los criterios de adjudicación se vinculen al objeto del contrato se concreta en el artículo 145.6 de la LCSP, según cuyo tenor:

«Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».*

Sobre la vinculación al objeto del contrato nos hemos pronunciado en varias ocasiones. Por todas, en Resolución 456/2019 de 30 de abril, dijimos,

«No obstante, tales criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato; entendiendo que esta vinculación existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas».

Centrándonos ya en la valoración del criterio de adjudicación impugnado, debemos considerar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2022 (recurso 2432/2019), parcialmente trascrita en el Fundamento de Derecho anterior. En ella se establece la diferencia entre requisitos que debe reunir el licitador al presentar su

proposición, que no son susceptibles de conformar los criterios de adjudicación, y los compromisos que aquel adquiriera para el supuesto de que se alzara con el contrato y en relación con la prestación que conforme su objeto. Estos compromisos, prima facie, reúnen una condición básica para conformar un criterio de adjudicación, sin perjuicio de que les sea exigible el cumplimiento de las condiciones reguladas en el artículo 145.5 de la LCSP, antes citado.

Si bien, a tenor de lo dicho, el criterio de adjudicación impugnado reúne, en principio, las condiciones básicas para ser considerado conforme a Derecho (en tanto no se plantea como un requisito que deben reunir los licitadores en el momento de presentar sus ofertas y se vincula, al menos nominalmente, a la prestación (en tanto se establece para el personal “afecto al servicio”), es necesario considerar, adicionalmente, si reúne los requisitos contemplados en el artículo 145.5 de la LCSP.

Y, en este punto, hemos de concluir que el criterio impugnado no reúne tales requisitos: (i) porque se formulan de forma ambigua, en demérito de su objetividad. Y es que, en los términos en los que establece confiere al órgano de contratación una libertad de decisión prácticamente ilimitada, tanto en la determinación de los factores a valorar (la “tipología de la contratación laboral” permite al órgano de contratación ponderar tipos de contratos y procedencia del personal adscrito, e incluso en este segundo caso, priorizar a voluntad determinados colectivos o incluso configurar colectivos específicos a efectos de su valoración) como en la ponderación de cada factor; y (ii) no se recoge en el expediente justificación alguna sobre la elección de este criterio (según exige, por otro lado, el artículo 116.4.c) de la LCSP) y, específicamente, sobre su vinculación a la prestación contratada y en qué forma va a redundar en una mejor calidad-precio de la misma. Vinculación que, por otro lado, debe ser directa y objetiva, sin que sea posible considerar justificaciones genéricas que vinculen, en abstracto, la mejora del clima laboral con el de la calidad de la prestación.

Por lo señalado, procede la estimación del motivo.

Séptimo. Invoca, por último, el recurrente, que el presupuesto base de licitación (PBL en adelante), no se ajusta a las prescripciones del artículo 100.2 de la LCSP. Señala, en este sentido que en el apartado 8º del PPT se analizan los costes del servicio, y advierte en este

dos incorrecciones: que se utiliza el Observatorio de costes del transporte de viajeros en autocar de enero de 2020, cuando existen publicadas versiones posteriores del referido Observatorio (tres, según manifiesta, de Julio 2020, Enero 2021 y Julio 2021) y que el precio del gasóleo es el publicado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico como media del año 2019.

Señala, específicamente, que la Administración no motiva las razones que justifican la adopción de los datos del Observatorio de enero de 2020 y no de otro posterior al que ha podido tener acceso y que, con tales datos, la tarifa establecida permita el equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, entiende que la cifra estimada de viajeros es la suministrada por el actual adjudicatario del servicio, incrementada en un 17%, por lo que entiende que no se ha realizado un estudio de demanda. Adicionalmente, el proyecto del servicio es de 2018, y afirma, tras la pandemia de COVID-19, la cifra de viajeros se ha reducido sustancialmente.

Por su parte, el órgano de contratación afirma que el Proyecto de Servicio Público incluye el estudio económico-financiero en el que queda acreditada la viabilidad del servicio. En lo que se refiere a la estructura de costes señala que el recurrente se limita a cuestionarla, pero no aporta ningún elemento que permita dilucidar qué precio concreto no sería acorde con el mercado, salvo el caso del precio del gasóleo para el que indica dos precios no homogéneos que, una vez homogeneizados, permiten concluir que el empleado en la estructura de costes es ajustado al mercado.

En lo que se refiere a la demanda, entiende que no entra dentro del objeto de un proyecto de servicio público contemplar situaciones predecibles o extraordinarias, como la generada por el COVID-19, invocando pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Contratos de Navarra y Galicia. Por otro lado, afirma, se han licitado contratos similares para otras líneas a los que han concurrido varias empresas, ofreciendo bajas sobre las tarifas kilométricas y kilómetros adicionales sobre los establecidos en los Pliegos.

El artículo 100.2 de la LCSP determina que *«en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado»*. Hemos señalado, en este sentido, que la determinación del presupuesto

base de licitación requiere de una valoración técnica y, por lo tanto, está amparado por la discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017 de 3 de marzo, 984/2018 de 26 de octubre, 1263/2019 de 11 de noviembre o 1187/2022 de 6 de octubre). No es ocioso recordar que, como dijimos en nuestra Resolución 1229/2022 de 13 de octubre, *«(...) las valoraciones de los informes técnicos están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»*.

Considerado el expediente de contratación, consta en el mismo el proyecto del servicio, en el que se analiza en profundidad la estructura de costes del mismo, la demanda esperada y se concluye la tarifa de equilibrio (documento 14).

Frente a tal análisis, el recurrente invoca que el cálculo de costes no toma en consideración las últimas publicaciones de referencia para su determinación, con la pretensión de que sea este Tribunal el que saque las conclusiones oportunas. Llegados a este punto es conveniente invocar la naturaleza cuasi jurisdiccional de este Tribunal, que limita inexorablemente su ámbito de actuación al del análisis jurídico de los hechos aportados por las partes (*“da mihi factum, dabo tibi ius”*). Según esta premisa, el recurrente no ha realizado el menor esfuerzo probatorio que permita a este Tribunal concluir que el órgano de contratación ha actuado arbitrariamente en la fijación de los costes del servicio y, por ende, en la del PBL, teniendo en cuenta, además, que dicha prueba no podría dirigirse a combatir puntualmente los costes calculados (salvo el caso de los costes laborales) sino a impugnar la conformidad del PBL con el precio de mercado.

Igual conclusión puede alcanzarse en relación con la censura que el recurrente hace del cálculo de los viajeros estimados. Invoca la pandemia de COVID-19, pero no aporta prueba alguna de que tal circunstancia haya reducido el número de viajeros, ni que, en su caso, tal reducción vaya a mantenerse en el futuro.

Por lo señalado, procede la desestimación de este motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. S.B.M., en representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES DE VIAJEROS DE VALENCIA (ADIVA), contra los pliegos del procedimiento “*Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-301 Valencia-Benidorm*”, con expediente CMAYOR/2019/01Y29/85, convocado por la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Comunidad Valenciana, y anular la cláusula 2.1.3 del apartado LL del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 Valenciana 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.