



Recurso nº 1423/2022 C. Valenciana 331/2022

Resolución nº 1579/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.C.B., actuando en nombre y representación de la mercantil BUS MADRID ALMERÍA, S.L, contra el Acuerdo de fecha 27 de septiembre de 2022 de la Mesa del procedimiento de licitación correspondiente al expediente número CV-202, relativo al contrato de “*Concesión de Transporte Público Regular de Viajeros mediante autobús Les Marines Alacant*”, por el que se resuelve que procede a la exclusión de la oferta presentada por la aquí recurrente para el antedicho procedimiento, (por entender que su oferta no está lo suficientemente justificada en relación con la baja anormal o desproporcionada de su oferta económica), y se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de la entidad LA UNION DE BENISA, S.A, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de 9 de mayo de 2019, la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad de la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad aprobó definitivamente el proyecto de servicio público de transporte CV-202 Les Marines-Alacant. El referido proyecto fue actualizado por resolución de la referida Dirección General de 8 de marzo de 2021.

Segundo. El 17 de diciembre de 2021 se publicó el anuncio de licitación del contrato concesión del transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-202 Les Marines-Alacant, por procedimiento abierto. El contrato tenía un valor estimado de 32.434.241,88 euros.



Tercero. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, en su sesión de 9-14 de marzo de 2022, acordó admitir las proposiciones presentadas por

-LA UNIÓN DE BENISA, S.A.

- BUS MADRID – ALMERÍA, S.L.

- AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOCARES ALICANTE, S.L., TERRAMAR, S.L.U., ARACIL BUS, S.L., AUTOCARES BENISSA, S.L., LUIS JUAN, S.L., AUTOCARES FRANCÉS, S.L., AUTOS GAL 1985, S.L., MEDEL OROZCO TOURS, S.L., AUTOCARES GRUPO BENIDORM, S.L.U., FERMÍN LÓPEZ E HIJOS, S.L., AUTOCARES ARABAI, S.L., Y TARRAGA MONTALBAN BUS, S.L.

Y procedió a la apertura de las ofertas de los licitadores en lo referido a los criterios evaluables mediante juicio de valor.

Cuarto. En sesión celebrada el día 15 de junio de 2022, la mesa de contratación acordó valorar los criterios de adjudicación basados en juicios de valor. Posteriormente, en sesión del día 21 de junio de 2022 procedió a la apertura de las ofertas en lo referido a los criterios evaluables mediante fórmulas, valorando los mismos y determinando que la oferta de la recurrente se presumía inviable por haber sido formulada en términos que la hacían anormalmente baja. En consecuencia, acordó requerir a la recurrente la justificación de su oferta.

Quinto. El mismo día 21 de junio de 2022 se requirió al recurrente la justificación de su oferta, concediéndole plazo hasta el 28 de junio.

El recurrente presentó la justificación de su oferta, en la que, en síntesis, incorpora una exposición del plan de explotación, un estudio de demanda de viajeros y un estudio económico de su oferta, desagregando los costes e ingresos esperados del servicio.

Con fecha 19 de septiembre de 2022 el Jefe del Servicio de Transporte Público y Coordinación Intermodal emite informe en relación con la justificación presentada por el

recurrente, en el que, en síntesis, analiza las estimaciones de costes e ingresos presentadas por el recurrente, concluyendo:

- En relación con los costes, considera justificados los costes de combustible, amortización y financiación. Entiende que no es preciso justificar los costes por kilómetro de neumáticos, en tanto son superiores a los previstos en el proyecto de servicio público. Considera no justificados los costes de personal, en tanto no incluye los costes del personal con derecho a subrogación; los costes de seguros, para los que no aporta justificación; ni los costes de reparación y mantenimiento, en tanto limita su justificación al acuerdo de mantenimiento programado con el proveedor de los vehículos, pero omite el coste de mantenimiento extraordinario por averías y otras contingencias.

- En lo referido a los ingresos, indica que mantiene las hipótesis contempladas en el estudio de demanda anexo a su oferta económica. Expone las referidas hipótesis contempladas por el recurrente y concluye que las mismas no están justificadas. En concreto, para la conexión con el aeropuerto de las localidades turísticas de Les Marines se refiere a estudios realizados por INECA y AENA, aunque no los aporta; para las conexiones de los Municipios de Les Marines con la Universidad de Alicante asume que captará la demanda de transportes regulares de uso especial, cuando tales transportes continuarán prestando servicio, por lo que, en cualquier caso, la captación de esa demanda sería progresiva en función de las ventajas que pueda aportar a los estudiantes usuarios; en lo que se refiere a las líneas 2, 4, 5, 6 y 7 considera una cifra media de viajeros por habitante, utilizando estudios de movilidad de zonas análogas de la provincia de Alicante, pero no cita las fuentes que permitan corroborar sus hipótesis, teniendo en cuenta, además, que el área de prestación presenta una potente actividad turística y un particular reparto modal entre el autobús y el TRAM d'Alacant.

Concluye que la diferencia entre las estimaciones contempladas en el proyecto de servicio público y las que aporta el recurrente es del 41,57% en términos absolutos, y del 29,13% en la ratio de viajeros por kilómetro.



Adicionalmente, entiende el informe que, a partir del año 3 se aplica a la demanda un crecimiento no justificado en los factores de evolución que ha contemplado como hipótesis, crecimiento que tiene un efecto exponencial sobre el modelo.

Concluye que la licitadora no ha justificado de forma suficiente el valor de su oferta para que el contrato pueda ser cumplido en las condiciones ofertadas, y propone rechazar la justificación.

Sexto. En sesión celebrada el 27 de septiembre de 2022 la mesa de contratación acuerda,

“Visto el informe emitido por los técnicos en fecha 19 de septiembre de 2022, y su complementario subsanando el error en la denominación del licitador de fecha 26 de septiembre de 2022; concluyendo que la empresa BUS MADRID ALMERÍA, S.L no ha justificado suficientemente su oferta, por lo que se puede considerar que, en esas condiciones económicas, no puede ejecutarse el servicio con la calidad requerida en el contrato y proponiendo el rechazo de la justificación presentada. La mesa aprueba los mencionados informes, y de conformidad con el apartado M, punto 3 del PCAP, acuerda rechazar la oferta de la empresa BUS MADRID ALMERÍA, S.L, que queda excluida del procedimiento de selección”.

Séptimo. Estando disconforme con el Acuerdo de la mesa de contratación, arriba referido, que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 3 de octubre de 2022, se presentó contra él, de acuerdo con el artículo 50 LCSP, en fecha 24 de octubre siguiente, ante este Tribunal, por vía electrónica, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación.

Octavo. Junto con el expediente de contratación, se remitió por el órgano de contratación, en relación con el recurso, el pertinente informe, fechado el 31 de octubre último.

Noveno. En fecha 31 de octubre de 2022, la Secretaría del Tribunal 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.



Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 4 de noviembre de 2021 acordando la denegación de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pudiera continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE del 2 de junio).

La competencia de este Tribunal en relación con los contratos de concesión de servicios de transporte regular de viajeros en autobús ha sido declarada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2020 (Roj SAN 282/2020) y, acogiendo el criterio establecido en la misma, por nuestra Resolución 1364/2022 de 27 de octubre, cuyos argumentos, dada la identidad sustancial de los contratos considerados, son plenamente trasladables a la presente Resolución.

Segundo. Se recurre la exclusión del recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de concesión de servicios de valor estimado superior a los 3.000.000 de euros. El acto es por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 44.2.b) y 44.1.c) de la LCSP.

Tercero. En lo referido a la legitimación del recurrente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 de la LCSP,

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.



El recurrente ha sido excluido del procedimiento de licitación, por lo que la eventual estimación del recurso le permitiría reintegrarse al mismo, manteniendo así una expectativa razonable de alzarse con el contrato. Tiene, por tanto, el interés legítimo requerido por el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en el plazo contemplado en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. Con carácter previo al análisis del fondo del asunto hemos de considerar la solicitud del recurrente de que el procedimiento sea recibido a prueba, que, de acuerdo con su solicitud, deberá versar sobre los siguientes extremos,

“-Carácter justificado y conforme a Derecho de todos los parámetros y partidas de gastos y costes identificados en la oferta presentada por la empresa que represento, incluidas las partidas consideradas dudosas o no justificadas por el informe de la unidad técnica de apoyo a la Mesa de Contratación de 26 de septiembre de 2022 respecto a lo dispuesto en los pliegos y con base en la justificación de la oferta realizada por BUSMA en junio de 2022 y la documental aportada en la presente licitación, por todos, el Documento número cuatro.

-Carácter justificado y conforme a Derecho de las justificaciones realizadas por BUS MADRID ALMERÍA, S.A en punto al requerimiento inicial de justificación de su baja por parte de la Mesa de Contratación de fecha 21 de junio de 2022 y al informe técnico evacuado por la Mesa el 26 de septiembre de 2022, del que esta parte no ha tenido conocimiento hasta la formulación del presente Recurso Especial y la notificación de su exclusión del procedimiento

-Absoluta viabilidad de que la oferta formulada por BUS MADRID ALMERÍA, S.A sí puede ser cumplida en los términos en que ha sido propuesta y ha quedado justificada de acuerdo con las justificaciones aportadas y ello en relación con lo dispuesto en los pliegos que rigen la presente licitación y la normativa de contratación.

-Inconsistencias e incongruencias del informe técnico evacuado por la Mesa el 26 de septiembre de 2022, puestas de manifiesto en el Documento número cuatro de este recurso”.



En lo referido a la prueba documental solicitada por la recurrente, el Tribunal acuerda la incorporación al procedimiento de la aportada junto con el escrito de recurso, que ha sido tomada en consideración para la resolución del mismo.

El informe técnico en base al que la mesa de contratación adoptó el acuerdo recurrido obra en el expediente administrativo, por lo que no procede hacer pronunciamiento específico sobre su incorporación al procedimiento.

Por último, y en lo que se refiere a los apartados 3º y 4º de la solicitud formulada por el recurrente, no se propone medio de prueba específico, por lo que procede su inadmisión, sin perjuicio de lo manifestado anteriormente para la prueba documental aportada por el recurrente.

Sexto. Considerando ya el fondo del asunto, como hemos adelantado en los antecedentes, el recurrente entiende que (i) ha solicitado acceso al expediente administrativo y no le ha sido concedido por el órgano de contratación, ocasionándole indefensión (ii) el requerimiento de justificación de su oferta realizado por la Mesa de Contratación resulta inadecuado e insuficiente, en tanto se limita a reproducir lo dispuesto por el artículo 149.4 de la LCSP, y que, en particular *"(...) generó en BUSMA el convencimiento y la confianza legítima que el único aspecto que debía justificar era el de su tarifa económica situada por encima del umbral de temeridad (26,35%) de su oferta respecto los 20,35% del umbral de temeridad"* (iii) el órgano de contratación no le ha permitido aportar aclaraciones respecto de las cuestiones puestas de manifiesto en el informe técnico que valoraba la justificación presentada, (iv) la decisión de la mesa de contratación no motiva debidamente su exclusión, al remitirse a un informe que no desvirtúa la justificación realizada por el recurrente, (v) la justificación presentada razona detalladamente todos los parámetros de costes de la oferta, y el informe técnico incurre en incongruencias que son analizadas en el informe que el recurrente adjunta a su recurso.

A efectos de sistematizar la prolija exposición realizada por el recurrente, trataremos en primer lugar el motivo (i), a continuación, nos ocuparemos del motivo (ii), abordaremos conjuntamente los motivos (iv) y (v), que son, sustancialmente, el mismo y terminaremos considerando el motivo (iii).



Séptimo. Alega en primer lugar el recurrente que no le ha sido otorgado acceso al expediente de contratación, ocasionándole con ello el órgano de contratación indefensión. Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que los documentos que conforman el expediente de contratación han sido publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. No obstante, dice, *“(...) mediante escrito con entrada en el Servicio de Contratación en fecha 14.10.2022 y dentro del plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP, la recurrente solicita el acceso al expediente, petición que es atendida emplazándole para que el próximo día 4.11.2022 comparezca en las dependencias de este Servicio para consultar el expediente”*.

En relación con el derecho de acceso al expediente hemos manifestado que *“(...) el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso”* (Resolución 1235/2022 de 13 de octubre).

Resulta evidente, de la lectura del prolijo escrito de recurso, que el recurrente ha tenido cumplido acceso a los informes técnicos en base a los que la mesa de contratación ha adoptado el acuerdo controvertido. Por otro lado, no solicita a este Tribunal el acceso al expediente en los términos que le habilita el artículo 52.3 de la LCSP. En definitiva, no extrae consecuencia alguna de la falta de acceso al expediente de contratación, lo que abona la conclusión de que, tras su invocación no subyace un motivo real de recurso por lo que procede rechazarlo.

Octavo. Entrando ya a conocer el segundo de los motivos invocados por el recurrente, esto es, que el requerimiento de justificación de su oferta realizado por el órgano de contratación es inconcreto, en tanto se limita a reproducir lo dispuesto por el artículo 149.4 de la LCSP, debemos comenzar considerando el precepto referido,

“Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al



licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

(...)"

El requerimiento de justificación (documento 52 del expediente administrativo) reproduce, efectivamente, lo dispuesto por el artículo 149.4 de la LCSP. Sin embargo, esta circunstancia no determina, per se, la indefensión del recurrente. Como dijimos en nuestra Resolución 1667/2021 de 19 de noviembre, para determinar la suficiencia del requerimiento es preciso considerar las circunstancias concretas del procedimiento. En el caso que nos ocupa el recurrente conocía (y así lo expresa en su recurso) que su oferta se consideró formulada en términos que la hacían anormalmente baja por aplicación del criterio “tarifa kilométrica”, del apartado M (Ofertas anormalmente bajas) del Anexo I del PCAP (documento 17 del expediente administrativo). El referido criterio establece, en lo que interesa ahora, lo siguiente,

“Se entenderán, como ofertas desproporcionadas o inadecuadas por su bajo importe, aquéllas cuyas BO correspondientes superen los siguientes valores:

a) Para un número n de ofertas “contemplables” mayor o igual que cinco (5):

$$BO > BR + 5$$

b) Para un número n de ofertas “contemplables” menor que cinco (5) y mayor o igual a dos (2):

$$BO > BM + 5$$

c) Para un número n de ofertas “contemplables” igual a uno (1):

$$BO > 25$$

Dónde: BO: Baja de la oferta económica (%)

BR: Baja de referencia, calculada como se indica a continuación (%)

BM: Baja Media, calculada como se indica a continuación (%)

Se denominan ofertas “contemplables”, excluidas las ofertas con calidad técnica insuficiente, según los intervalos establecidos en la cláusula 22.4 del PCAP, así como



aquellas que, a estos efectos, no deban ser consideradas, según lo previsto en el art. 149.3 de la LCSP y el art. 86 del R.G.L.C.A.P, en relación con las ofertas presentadas por empresas de un mismo grupo (solas o en agrupación de empresas), en cuyo caso, únicamente será considerada la oferta de menor importe de cada grupo”.

Puesto que la presunción de anormalidad se basa en el importe de la tarifa kilométrica ofertada, un licitador medianamente diligente no puede sino concluir que lo que se le exige en el requerimiento de justificación es que demuestre al órgano de contratación que, aplicando dicha tarifa kilométrica, está en condiciones de ejecutar la prestación que conforma el objeto del contrato. Lo cual supone, por un lado, acreditar que su estructura de costes lo permite y, dado que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios, que sus estimaciones sobre la demanda futura del servicio se basan en hipótesis razonables.

Resulta, por otro lado, evidente que el recurrente así lo entendió, puesto que la justificación presentada (documento 53 del expediente administrativo) presenta un pormenorizado análisis de los costes del servicio (apartados 4.1 y 4.2) y de los ingresos (apartado 4.3), estos últimos fundamentados en el análisis de la demanda de viajeros que se recoge en el apartado 3.

Por lo señalado, procede desestimar el motivo.

Noveno. El recurrente se alza, a continuación, contra la motivación de su exclusión por la mesa de contratación. Señala que tal motivación es insuficiente, aunque el fundamento de esta insuficiencia lo encuentra en que el informe técnico al que se remite incurre en incongruencias y, en definitiva, no invalida las estimaciones y cálculos contemplados en la justificación de la oferta. Tan rebuscado argumento se resume en considerar que el informe técnico no desmonta la razonabilidad de las hipótesis utilizadas por el recurrente.

Sobre la justificación de las ofertas formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas, nos hemos pronunciado en reiteradas ocasiones, configurando una doctrina de la que cabe extraer las siguientes afirmaciones relevantes (por todas, Resolución 908/2022 de 21 de julio):

-No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar las explicaciones que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se justifican de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o costes propuestos y que, por tanto, se puede llevar a cabo en sus propios términos sin riesgo de ningún tipo para la Administración. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos o detallados cuanto mayor sea la desproporción o anormalidad del bajo nivel de los precios o costes propuestos, si bien siempre habrán de explicar satisfactoriamente la anormalidad o desproporcionalidad de los precios o costes ofertados y destruir así la presunción citada.

-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.

El informe técnico que fundamenta la exclusión de la recurrente considera, separadamente, la estimación de los gastos y las previsiones de demanda que la recurrente incorpora a su justificación.

En lo referente a los costes, entiende incorrectos los fijados para el personal (en tanto no toma en consideración las circunstancias específicas del personal con derecho a subrogación) y no acreditados los de seguro y los de reparación y mantenimiento. En conjunto, el informe entiende que no están justificados el 43,45% de los costes por kilómetro calculados por el recurrente.

Con respecto al primero de los defectos advertidos en el informe, hemos señalado en varias ocasiones que las vicisitudes del personal adscrito al contrato y su eventual derecho a la subrogación es una cuestión que se sitúa extramuros al contrato público (Resolución 353/2020 de 5 de marzo). Por eso mismo, no resulta aceptable que una eventual consideración de una oferta como inviable se fundamente en que no se tengan en cuenta las retribuciones específicas de tales trabajadores. Primero, porque la subrogación del personal es puramente hipotética, y dependerá de lo que la Ley o el Convenio Colectivo dispongan al efecto. Pero también, y en esto cabe dar la razón al recurrente en este punto,

porque corresponde a este, en ejercicio de su potestad de organizar los recursos de su empresa, mantener la adscripción del personal al nuevo contrato o adscribirlo a otros servicios que gestione.

En lo referido a los costes no acreditados en la justificación de la oferta, el recurrente manifiesta en su justificación que se valoran de acuerdo a las primas actuales que tiene contratadas para autobuses de las mismas características adscritos a servicios de transporte regular (página 67 de la justificación). No acredita, sin embargo, esta afirmación.

En cuanto a los costes de reparación y mantenimiento, el informe técnico de la justificación manifiesta que *“a este respecto, su justificación se limita al acuerdo de mantenimiento programado con su proveedor de vehículos, omitiendo en la estimación del coste el mantenimiento extraordinario por averías y otras contingencias, así como por la ejecución del plan de limpieza de la flota que exige el PSP”*. Adicionalmente, el informe emitido por el órgano de contratación manifiesta que *“en relación con los costes de reparación y mantenimiento, ya era conocido el acuerdo de mantenimiento programado suscrito con su proveedor de los vehículos, pero tal y como ya se indicaba en el informe de los servicios técnicos de la Consellería, la licitadora ha omitido “en la estimación del coste el mantenimiento extraordinario por averías y otras contingencias, así como por la ejecución del plan de limpieza de la flota que exige el PSP”*. Procede señalar, a la vista de las alegaciones del órgano de contratación, que la reparación de averías extraordinarias, en todo caso un suceso hipotético vinculado al riesgo y ventura inherente al contrato, no puede ser motivo suficiente para considerar no justificado en su totalidad el coste de reparaciones y mantenimiento estimado por el recurrente.

Por lo que se refiere a las estimaciones de demanda, el informe técnico pone de manifiesto que las estimaciones de demanda de viajeros-kilómetro supera en un 29,13% la demanda media prevista en el proyecto de servicio público, y la demanda de viajeros un 41,57%. Como hemos relatado en los Antecedentes, el informe técnico entiende, por un lado, que algunas de las hipótesis no están adecuadamente documentadas y que otras no son metodológicamente correctas, en tanto incorporan expectativas excesivamente optimistas (como la de que la conexión de los municipios de Les Marines con el campus de la Universidad captará a todos los usuarios de los diversos servicios regulares de uso



especial desde el primer momento de prestación del nuevo servicio) o no toma en consideración alternativas de transporte público existentes.

El recurrente, por su parte, impugna los datos de demanda contemplados en el proyecto de servicio público, de los que dice que no se conoce el año al que corresponde y que son inconsistentes con las líneas que conforman la concesión. Afirma la superioridad de su análisis sobre el del órgano de contratación y entiende que la deficiente calidad del estudio contenido en el proyecto de servicio público no puede restar credibilidad al suyo.

Invoca el recurrente, en respaldo de sus tesis, la STS de 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1203/2016), en la que se afirma, confirmando el criterio establecido en la Sentencia recurrida, que el modelo económico elaborado por el órgano de contratación no es inalterable, por lo que puede ser modificado por los licitadores de acuerdo con sus propias estimaciones.

La pretensión del recurrente no puede prosperar en este punto. La exigencia que cabe hacer a la justificación de la oferta no es tanto invalidar las estimaciones realizadas por el órgano de contratación (en tanto no es este el momento procedimental para hacerlo), como convencer a este de la razonabilidad de las hipótesis utilizadas por el recurrente para formular sus estimaciones (en este caso, de la demanda esperada del servicio). Y, en este punto, el informe técnico analiza en profundidad las referidas hipótesis, concluyendo que no resultan razonables por las razones que ya hemos expuesto. No se aprecia error de hecho ni arbitrariedad (tampoco el recurrente la acredita más allá de invocar la inconsistencia del proyecto de servicios público) que permita a este Tribunal (dentro de los límites de la estricta valoración jurídica) entender que la valoración técnica que el informe realiza no ha sido rectamente desarrollada.

En definitiva, y por resumir lo considerado hasta el momento, las conclusiones del informe pueden resumirse en (i) por un lado, las referidas a los costes de personal y de reparaciones, que se fundamentan en hipótesis no ajustadas a la Ley, lo que las invalida; y (ii) por otro, las referidas a los costes de seguros y las estimaciones sobre la demanda esperada del servicio, que hemos entendido que no incurren en arbitrariedad o error de hecho, por lo que procede mantenerlas.

Nos corresponde, llegados a este punto, emitir un juicio sobre las conclusiones alcanzadas en el informe, posteriormente respaldada por la mesa de contratación, de que se plantean *“dudas razonables acerca del cumplimiento de la oferta en el sentido de que una mínima disminución, más que probable, en sus previsiones de ingresos o un incremento de sus costes provocaría que la explotación del servicio no fuera viable desde un punto de vista económico y, por tanto, se considera que no podrá ser cumplida”*.

Es importante insistir, antes de abordar esta tarea, en que la finalidad del procedimiento regulado en el artículo 149.5 de la LCSP es la de concluir si la oferta incurso formulada con valores que la hacen anormalmente baja es o no inviable (de acuerdo con el diccionario de la RAE, *“que no tiene posibilidades de llevarse a cabo”*). No se ajusta a lo pretendido por el precepto referido, por lo tanto, un análisis que incida en errores o justificaciones insuficientes de partidas de costes y, de la mera existencia de estos deduzca la inviabilidad de la oferta. Es preciso culminar tal análisis cuantificando sus efectos sobre la oferta en su conjunto, y obtener la conclusión que corresponda sobre la viabilidad de esta. El informe técnico, en este sentido, no incorpora esta última fase del análisis, entendiendo que la mera exposición de los defectos observados y del peso de las partidas de costes defectuosamente justificadas (aunque no de sus efectos sobre el equilibrio económico del modelo de ingresos y gastos) es suficiente para fundamentar la inviabilidad de la oferta considerada.

Esta deficiencia, sin embargo, no nos impide aceptar que las conclusiones obtenidas por el informe técnico, y hechas suyas por la mesa de contratación, son acertadas. La divergencia de la estimación de la demanda del servicio (y, en consecuencia, de los ingresos del mismo) realizada por el recurrente es de tal envergadura (supone, como hemos dicho, un 29,13% en lo que se refiere a viajeros por kilómetro y un 41,57% en viajeros más de lo estimado por el órgano de contratación) que bien puede afirmarse que el modelo económico planteado por aquel se fundamenta *“(...) en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”*. En efecto, aun prescindiendo del efecto de la partida de costes incorrecta o insuficientemente justificada (los seguros, cuyo peso, por otro lado, es modesto en la estructura de costes), si tenemos en cuenta que los ingresos estimados por el recurrente por venta de billetes se fijan en 2.580.034 € en el año 1 y se incrementan anualmente hasta culminar en 3.303.205 € en el

año 10, es fácil apreciar, incluso sin necesidad de cálculos complejos, que una reducción de estos ingresos al nivel estimado por el órgano de contratación (que, no lo olvidemos, debe prevalecer en este caso), desequilibra sustancialmente el modelo (teniendo en cuenta que el Beneficio antes de Impuestos estimado – -111.074 € el primer año, que se incrementan anualmente hasta llegar a los 117.906 €- no es, ni remotamente, suficiente para absorber tan sustancial reducción de ingresos).

Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Décimo. Debemos, por último, analizar el tercero de los motivos que expusimos en el Fundamento de Derecho Sexto, esto es, que el órgano de contratación no ha permitido al recurrente aportar aclaraciones respecto de las cuestiones puestas de manifiesto en el informe técnico que valoraba la justificación presentada.

En nuestra Resolución 581/2022 de 19 de mayo dijimos que el artículo 149.4 de la LCSP no se opone a que el requerimiento al licitador se verifique en varias fases siempre cuando se aprecie la necesidad de concretar o ampliar determinados aspectos de la justificación, pero no cuando el órgano de contratación concluya sin lugar a dudas que aquella se basa en hipótesis inadecuadas o erróneas. En aplicación de esta doctrina, en nuestra Resolución 76/2022 de 20 de enero entendimos, por ejemplo, que no se ajustaba a Derecho la exclusión de un licitador por falta de acreditación documental de determinados costes cuando tal acreditación no le había sido requerida previamente.

En el caso que nos ocupa cabe dar la razón al recurrente en lo que se refiere a la justificación de los costes de seguros, en tanto del genérico requerimiento de justificación realizado por el órgano de contratación no cabe deducir una exigencia expresa de acreditación de los extremos invocados en aquella. No obstante, en base al principio de economía procesal hemos de desestimar el motivo, puesto que, como ya hemos considerado en el Fundamento de Derecho anterior, la inviabilidad de la oferta del recurrente se deduce, sustancialmente, de la utilización de hipótesis inadecuadas en la estimación de la demanda esperada de la concesión y, consecuentemente, de sus ingresos, por lo que la eventual retroacción del procedimiento no tendría efectos sobre el sentido del acuerdo ahora recurrido.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.C.B., actuando en nombre y representación de la mercantil BUS MADRID ALMERÍA, S.L, contra el Acuerdo de fecha 27 de septiembre de 2022 de la Mesa del procedimiento de licitación correspondiente al expediente número CV-202, relativo al contrato de “*Concesión de Transporte Público Regular de Viajeros mediante autobús Les Marines Alacant*”, por el que se resuelve que procede a la exclusión de la oferta presentada por la aquí recurrente para el antedicho procedimiento, (por entender que su oferta no está lo suficientemente justificada en relación con la baja anormal o desproporcionada de su oferta económica), y se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de la entidad LA UNION DE BENISA, S.A.

Segundo. 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 multa prevista en el artículo 58 del 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.