



Recurso nº 26/2022 C. Valenciana 5/2022

Resolución nº 196/2022

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de febrero de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. B.F.L. en representación de ASOCIACION GESTIÓN TRANSPORTE DE VIAJEROS (GTV) contra los pliegos de la licitación de concesión de servicio público convocada por la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad, para la “*Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-202 Les Marines-Alacant*”, expediente nº CMAYOR/2019/01Y29/80, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En 17 de diciembre de 2021 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación que nos ocupa.

Se publica concesión de servicios con un valor estimado de 32.434.241,88 € y una duración de 10 años.

El contrato se considera no sujeto a regulación armonizada, sin que se haya producido, por ello, publicación en el DOUE.

Del anuncio se desprende que la selección del licitador adjudicatario se produce a través de procedimiento abierto, siendo criterios para la selección del adjudicatario de carácter objetivo (automático, mediante aplicación de fórmulas): compromisos para el servicio objeto del



contrato (ponderación de 10 puntos), expediciones anuales adicionales (10 puntos), y tarifa kilométrica ofertada (tarifa base, 40 puntos) y subjetivos, evaluables por un juicio de valor, en 40 puntos la memoria técnica.

Segundo. Cabe recoger en la presente, del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), una serie de disposiciones, recogidas en el Anexo I (cuadro de características):

Se establece, en relación con la solvencia económica o financiera (apartado L, A): “Criterios de selección:

a) El volumen anual de negocios en el ámbito del transporte de viajeros por carretera, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos 1,1 veces el valor anual estimado del contrato.

Medios de acreditación de la solvencia:

a) El volumen anual de negocios se acreditará mediante la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o en el Registro Oficial que corresponda. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil deberán acreditarlo mediante la presentación de los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Para las proposiciones presentadas conjuntamente, las condiciones de solvencia económica y financiera deberán cumplirse por al menos una de las empresas integrantes con participación igual o superior al 25% en la agrupación.

En relación con la solvencia técnica o profesional (apartado L, B), se establece: “Criterios de selección:

a) Experiencia en la prestación de servicios de transporte público regular de viajeros por carretera de uso general o especial en el curso de los tres últimos años naturales concluidos,



con al menos una flota de vehículos igual o superior al 50 % de los vehículos mínimos a adscribir para la prestación del servicio, previstos en el PSP.

b) Cumplimiento de la Norma UNE EN ISO 9001 Gestión de calidad, o cualquier otro certificado equivalente expedido por un organismo establecido en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, o cualquier documento que acredite medidas equivalentes de garantía de calidad.

c) Cumplimiento de la Norma UNE EN ISO 14001 Sistema de gestión ambiental, o cualquier otro certificado equivalente expedido por un organismo establecido en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, o cualquier documento que acredite medidas equivalentes de gestión medioambiental.

d) Cumplimiento de la Norma UNE EN ISO 45001 Sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Durante el período de transición para migrar las certificaciones anteriores a la Norma UNE EN ISO 45001 se admitirá también la Norma OHSAS 18001.

Medios de acreditación de la solvencia:

(...)

Para las proposiciones presentadas conjuntamente, las condiciones de solvencia técnica y profesional deberán cumplirse por al menos una de las empresas integrantes con participación igual o superior al 25% en la agrupación.”

Los criterios de selección del adjudicatario, antes mencionados, se desarrollan en el apartado LL del cuadro de características. Dentro de los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas (máximo de 60 puntos) regula el pliego la puntuación del criterio de precio -Tarifa Kilométrica ofertada (tarifa base)- (PCP): máximo 40 puntos, la puntuación por Expediciones Anuales Adicionales (PEA): máximo 10 puntos y la “Puntuación de los criterios relacionados



con la calidad evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas (PCF): máximo 10 puntos.”

Este criterio establece que: “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.

(...)

En relación con la subrogación de trabajadores, el apartado S establece “se incluye en el anexo XII, la información que han facilitado los antiguos contratistas que vienen efectuando los servicios que se integran total o parcialmente en la prestación del servicio objeto del contrato definida en el PSP”, distinguiendo entre conductores y otro personal, con remisión a los convenios colectivos de aplicación. El incumplimiento de la obligación de subcontratación, dará lugar a una penalidad.

El Anexo XII contiene la relación de conductores y de restante personal al que puede afectar la subrogación, en su caso.

Tercero. El pliego de prescripciones técnicas (Proyecto de servicio público de transporte de viajeros por carretera, cfr. “Proyecto”) en relación con los medios de necesaria adscripción al contrato que “El número de vehículos a adscribir al contrato, de manera no exclusiva, deberá



cumplir con el mínimo de vehículos titulares y reservas que se determina en el apartado 8.2 del presente proyecto y ser suficientes para garantizar la cobertura correcta de las prestaciones de los servicios incluidos en el presente proyecto.

Los vehículos a adscribir al contrato, con carácter general, serán nuevos, es decir, con fecha de primera matriculación posterior a la de adjudicación del contrato.

No obstante, lo anterior, al objeto de facilitar la puesta en marcha del servicio y aprovechar el material móvil existente, en la primera adscripción de vehículos al contrato que se realice al inicio del contrato, sin menoscabo del cumplimiento de las características y la instalación de los equipos embarcados (SAE), exigidos en presente proyecto, se podrán adscribir:

- vehículos con menos de TRES años contados desde su primera matriculación, de cualquier procedencia.
- vehículos con menos de CINCO años contados desde su primera matriculación, si proceden de concesiones contratadas por la Generalitat.

En su caso, también se procederá a efectuar las adscripciones de los vehículos que presten servicios contemplados en el presente proyecto que hayan sido objeto de subcontratación.

El contratista en el documento que fije las condiciones concretas de prestación del servicio, a redactar conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de LMOV, incluirá la relación de los vehículos concretos adscritos a la prestación de los servicios, tanto titulares, como reservas, en base a las necesidades determinadas y el número mínimo a adscribir exigido en el presente proyecto. Así mismo, será responsable de mantener el fichero de vehículos adscritos actualizado en todo momento de la vida del contrato, comunicando cualquier variación en los mismos.

Para proceder a la adscripción de los vehículos por parte de la administración, el contratista



deberá incluir toda la información técnica y económica del mismo

A la finalización del contrato, los vehículos adscritos revertirán en el concesionario saliente, sin menoscabo, en su caso, de los posibles acuerdos posteriores para su transmisión al contratista que asuma la prestación del servicio en el siguiente contrato.”

Cuarto. – En fecha 26 de enero de 2022 la Asociación Gestión Transporte de Viajeros (GTV o “la recurrente”) ha presentado el presente recurso contra los pliegos rectores de la licitación invocando, en síntesis:

Que la exigencia de certificados de calidad (el compromiso de su obtención) no puede ser utilizado como criterio de valoración de la oferta. Invoca, así, una consolidada doctrina de este Tribunal en relación con este particular; así, estos certificados acreditan la aptitud para ejecutar el contrato (la solvencia técnica) de las empresas pero no pueden intervenir como criterio de selección del adjudicatario. Lo relevante es la oferta y, por tanto, no el certificado que hace referencia a una característica de la empresa, no de la prestación y, por ende, al objeto del contrato.

Invoca asimismo la nulidad de los pliegos por cuanto la exigencia de que los vehículos a adscribir sean vehículos nuevos vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación y proporcionalidad. Ello por cuanto admite vehículos con cinco años de antigüedad a los concesionarios actuales de la contratante. La exigencia está injustificada e incurre, por tanto, en vulneración de la libre competencia.

Por lo demás, las exigencias de solvencia financiera y técnica del PCAP vulneran, nuevamente, la libre competencia, por cuanto limitan la acumulación de solvencias en la licitación de empresas que acuden agrupadas. Ello por cuanto se establece que en las proposiciones presentadas conjuntamente, las condiciones de solvencia deberán cumplirse por al menos una de las empresas integrantes con participación igual o superior al 25% en la agrupación. Así las cosas, la cláusula exige que al menos uno de los integrantes de la agrupación reúna el requisito de solvencia económica y financiera, técnica y profesional, por



lo que no admite la acumulación de la solvencia económica y financiera en contra de lo establecido en el Reglamento CE nº 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.

Aún cuando a las concesiones no resulte de aplicación lo establecido en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, deberá aplicarse el Derecho comunitario, en particular los principios de transparencia e igualdad de trato. Solicita, por tanto, y en mérito al Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, que modificó el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres y otras normas (cuyo art. 80.2 tiene contenido análogo al controvertido) la primacía de los principios generales del Derecho comunitario. Y, para el caso de que al TACRC le plantee dudas, se debe instar una cuestión prejudicial al TJUE, con suspensión del proceso para que “sea éste el que determine si la modificación del art. 80 ROTT es ajustada a Derecho o si (...) es considerada contraria a la normativa comunitaria.

Finalmente, es asimismo motivo de anulación que no concuerda la cantidad de trabajadores a subrogar indicados en el Anexo XII con los que se expresan a lo largo del PCAP y PPT: 30 conductores, 1 coordinador técnico y 1 inspector (con dedicación parcial). Con un máximo de 32 trabajadores. No coincide este número, indicado a lo largo del pliego, con el contenido en el Anexo, por lo que el pliego debe ser anulado.

Con tales fundamentos solicita la estimación del recurso y declaración de nulidad de los pliegos.

Quinto. El órgano de contratación remite, junto con el expediente del recurso, informe en que solicita la inadmisión del recurso o, en su defecto, su desestimación, con fundamento en los argumentos siguientes.

En primer lugar, en cuanto al régimen jurídico del contrato rige el Reglamento CE 1370/2007, 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) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70



del Consejo. De conformidad con el art. 5 de este Reglamento, no se aplican, al menos directamente, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sin perjuicio de su aplicación supletoria. Son también de aplicación al contrato la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), 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), la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana (LMOV).

El recurso es inadmisibile contra el proyecto de servicio público, que es el pliego de prescripciones técnicas por cuanto fue aprobado mediante resolución de 8 de marzo de 2021 de la Directora General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible, dictada por delegación de competencia del Conseller de Política Direcció General d'Obres Públiques, Transport i Mobilitat Sostenible Territorial, Obra Públicas y Movilidad, que fue publicada en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV) el día 17 de marzo de 2021. No habiendo sido impugnado, el recurso es ahora extemporáneo.

Aún, ad cautelam, procede señalar que las exigencias de antigüedad de los vehículos no suponen la vulneración de la competencia por cuanto la adscripción de vehículos no nuevos es excepcional y provisional y todos deberán llevar a cabo la renovación de la flota. Invoca la doctrina de este Tribunal en cuanto que la exigencia no vulnera el principio de igualdad, en particular la resolución nº 526/2018 y las por ella mencionadas que se refieren a la posible subrogación del material. Así, la exigencia de uno u otro material para la ejecución del servicio forma parte de la discrecionalidad del órgano de contratación.

La conformidad a Derecho de la consideración del compromiso de obtener determinados certificados de calidad deriva del ordenamiento rector del presente contrato y, en particular, del art. 79 ROTT. Señala así que en el anexo LL del anexo I del PCAP, por tanto, no se hace sino contemplar como criterios de valoración una serie de compromisos voluntarios, relacionados con la seguridad, la eficiencia energética y la accesibilidad vinculados al servicio que es objeto del contrato, haciendo uso de la potestad que establece el ROTT y referidos a materias expresamente recogidas en su artículo 79. Además tales criterios cumplen los



requisitos establecidos en el art. 145.5 LCSP, de aplicación supletoria en particular son objetivos y vinculados al objeto del contrato.

Las exigencias de solvencia financiera tienen su fundamento normativo en el art. 80 ROTT. Invoca, en aval de la juridicidad de tales exigencias, la resolución de este Tribunal nº 315/2020 (recurso 35/2020) de 5 de marzo de 2020. En consecuencia la exigencia de concurrencia de las condiciones de solvencia al menos en un 25% de las que concurren a la licitación en UTE, es ajustada a Derecho.

La discrepancia entre el personal a subrogar en el cuerpo del pliego y el Anexo resulta, también, conforme a Derecho. Tiene su fundamento en el art. 72 y 75.4 ROTT, en cuanto se debe prever en los pliegos una dotación mínima de personal y sólo de manera supletoria art. 130 LCSP, invocándose, en relación con ésta, la interpretación dada por la Junta Consultiva de Contratación Pública. En relación con este listado, el órgano de contratación no tiene otra responsabilidad que la de la ordenación y recopilación de la información.

Aún así, el número de conductores ascendería a 31 (no a 41). En cuanto al restante personal publicado, responde a la Resolución de 13 de febrero de 2015, aunque desarrolla su actividad, en parte, en el servicio concesional afectado, por lo que en el proyecto estos empleados vienen imputados dentro de los gastos generales o del concepto de reparaciones y mantenimiento.

En todo caso, el responsable de esta enumeración es el concesionario saliente.

Se opone, asimismo a la adopción de la medida cautelar argumentando el perjuicio al interés público que ocasiona la suspensión.

Sexto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre,



por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 27 de enero de 2022 acordando la concesión de la medida provisional 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

Único. Hemos de considerar, en primer lugar, si el contrato cuyos Pliegos son objeto del presente recurso está contenido entre los contemplados por el art. 44.1 de la LCSP.

Para ello debemos considerar la regulación de los contratos de transporte de viajeros tanto en el derecho de la Unión Europea como en nuestro derecho (sustancialmente tributario del primero).

a) Regulación del derecho de la Unión Europea.

La interpretación del art. 44.1 de la LCSP debe hacerse a la luz de lo dispuesto por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, 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. De acuerdo con lo dispuesto por su art. 1,

La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.



La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por “contratos” los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

Por su parte, el art. 5.1 del Reglamento (CE) nº 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) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo determina,

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.

No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.



El precepto transcrito debe ser considerado en relación con lo dispuesto por el art. 10.3 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, que determina que:

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 Consejo, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007

El diferente régimen jurídico aplicable en la legislación europea a los contratos de servicios y a los contratos de concesión del servicio público de transporte de viajeros ha sido recogido por la La STJUE de 28 de noviembre de 2018 (C-328/17 “Amt Azienda Trasporti e Mobilità y otros”), que señala,

Es cierto que, como sostiene el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, la resolución de remisión no permite determinar con certeza si la licitación convocada por la Agencia tenía por objeto adjudicar una concesión de servicios de transporte o un contrato de servicio público. En el primer supuesto, el interés en ejercitar la acción de las demandantes en el litigio principal debería apreciarse a la luz del artículo 5, apartado 7, del Reglamento nº 1370/2007, mientras que, en el segundo supuesto, debería serlo atendiendo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13.

b) Regulación en el derecho español.

De acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Octava de la LCSP, en su apartado 1º,

La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la presente Ley, resultando de aplicación la



mencionada legislación vigente únicamente para determinar que contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

La previsión señalada debe ponerse en relación con lo dispuesto por el art. 20.g) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que excluye de su regulación a los 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.

Las exclusiones referidas deben matizarse, en lo que se refiere a las “concesiones de servicio de transporte de viajeros”, puesto que el Real Decreto-ley 3/2020, al vincular la exclusión a la aplicación del Reglamento 1370/2007 exige que consideremos su ámbito objetivo. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.2 del referido Reglamento,

El presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se explotan esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística (...).

Por su parte, el art. 2 define el “transporte público de viajeros” como “servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua”. Esta definición concuerda con la que el art. 67 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres hace de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general, que son “(...) los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado”.



La consideración conjunta de los preceptos transcritos permite concluir que los contratos de concesión de servicios de transporte público de viajeros de uso general no conforman el ámbito material del recurso especial en materia de contratación contemplado en el art. 44.1 de la LCSP.

Esta es la conclusión, por otro lado, alcanzada en nuestra Resolución 738/2017 de 5 de septiembre, posteriormente reiterada en las Resoluciones 842/2017 y 588/2018.

c) Contratos de concesión de servicios.

La aplicación de las conclusiones alcanzadas anteriormente sobre el ámbito material del recurso especial en materia de contratación al contrato objeto del presente recurso exige considerar cuando un contrato debe ser calificado como de concesión de servicios.

Como ya señalamos en la Resolución 738/2017 de 5 de septiembre, la calificación del contrato de concesión de servicios debe ajustarse a la definición del mismo contenido en el art. 5.1.b) 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 en adelante), según el cual es,

(...) 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;

La definición del contrato de concesión de servicios contenido en la DC ha sido trasladado a nuestro derecho por el art. 15 de la LCSP, según el cual:

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

El riesgo operacional se regula el art. 14.4 de la LCSP, en los siguientes términos,

El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.



El concepto de riesgo operacional como elemento definidor de las concesiones ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Sus conclusiones resumidas en los Considerandos 18 a 20 de la DC, pueden resumirse en los siguientes términos:

a) El riesgo operacional es un riesgo de naturaleza económica, vinculado a la explotación de la obra o servicio. Los riesgos de naturaleza financiera o técnica, aunque vinculados al primero, conforman lo que en nuestro derecho ha sido considerado el riesgo y ventura del contrato y, por tanto, su transferencia no califica al contrato como concesión.

b) Consustancial al riesgo operacional es “(...) *la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento*” (DC, § 18).

c) El riesgo operacional “(...) *debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión*” (DC, § 20).

d) Debe entenderse como “exposición a las incertidumbres del mercado”. Señala el § 20 de la DC.

Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo 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. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera



coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

e) El hecho de que el riesgo sea limitado no impide que el contrato pueda considerarse una concesión (DC, § 19).

La conceptualización del contrato de concesión de servicios ha sido también abordada por el Tribunal Supremo (durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) que, en su Sentencia de 30 de mayo de 2019 (Roj STS 1795/2019) e invocando doctrina de este Tribunal, señala:

La distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, y el contrato de servicios, es la forma de establecer la contrapartida para el contratista, si éste asume o no el riesgo de explotación. En reiteradas resoluciones del T.A.C.R.C., así las número 204/2013, 80/2013; 176, 172 y 116/2011, se ha razonado: "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 la tantas veces mencionada Directiva 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 (art. 1.4). 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 e/ pago por la utilización de/ 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 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.

d) Aplicación al contrato objeto del recurso.

Considerando ya el contrato objeto de nuestro análisis, cabe adelantar la conclusión de que existe una efectiva y sustancial transferencia del riesgo operacional. En efecto,

1. La cláusula 7 (Retribución al concesionario) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala,

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.

El apartado E (Aspectos económicos) del Anexo I, por su parte, establece lo siguiente,

Según lo dispuesto en el PSP, el cómputo total de los ingresos derivados de la venta de billetes a los usuarios o ingresos por tarifa al usuario (ITU) son suficientes para cubrir los costes del servicio (CS), por lo que, no se contempla una compensación de servicio público a cargo de la Administración en el PSP.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la LMOV, el establecimiento de títulos de integración o la realización de campañas de utilización del transporte público (por ej. con motivo de la Semana Europea de la Movilidad) con incidencia en las tarifas establecidas en el contrato conllevará la fijación de una contraprestación la empresa contratista de manera que no se alteren las condiciones económicas del contrato, sin que ello, pueda suponer la minoración del riesgo operacional del contrato, por lo que, para dicho supuesto, se determinará el resultado (positivo o negativo) de la incidencia de la política tarifaria (DT).

Así pues, la retribución a percibir por el contratista (I) consistirá en los ingresos por tarifa al usuario (ITU) según lo dispuesto en el apartado H del presente anexo, y en su caso, la incidencia de la política tarifaria (DT).

2. El proyecto del servicio público (documento 14 del expediente administrativo) regula en su apartado 8.2 los recursos adscritos al servicio, que se cifran en 13 autobuses, cuyo coste estimado, según se deduce del apartado 8.3.2 del referido proyecto asciende a 2.099.313,72 € y cuya amortización anual se calcula en 222.142,87 € anuales.

Puede concluirse, de lo señalado, que el adjudicatario del contrato se verá expuesto de modo efectivo a las incertidumbres del mercado. La inversión necesaria para la prestación del servicio supone, según los cálculos recogidos en el proyecto y trasladados al Anexo I,



apartado E del PCAP, para el cálculo del valor estimado del contrato un 8,22% de los costes directos del contrato. De los términos de la cláusula 7 antes transcrita se concluye que el adjudicatario no recibirá ayudas o garantías de ingresos por parte de la Administración. Sus ingresos, con los que deberá hacer frente a los costes del contrato, serán exclusivamente los que perciba de los usuarios del servicio. Estas consideraciones permiten concluir que la Administración transfiere sustancialmente el riesgo de demanda al adjudicatario del contrato.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato de concesión de servicios en el ámbito del transporte regular de viajeros. Este contrato, como se ha razonado anteriormente, está excluido de la LCSP, por lo que cabe concluir que, no estando incluido en el ámbito material del recurso especial en materia de contratación conformado por el art. 44.1 de la LCSP, este Tribunal no es competente para la Resolución de las controversias que se planteen en torno a él, sin perjuicio de que, conforme a lo dispuesto por el apartado 6º del referido precepto, puedan ser recurridos de conformidad con lo establecido por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

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. B.F.L. en representación de ASOCIACION GESTIÓN TRANSPORTE DE VIAJEROS (GTV) contra los pliegos de la licitación de concesión de servicio público convocada por la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad, para la "*Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-202 Les Marines-Alacant*", expediente nº CMAYOR/2019/01Y29/80, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 55.a) de la LCSP.

Segundo. Levantar la medida cautelar acordada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 multa prevista en el artículo 58.2 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.