

Recursos nº 101, 104, 124 y 125/2019 (acumulados)**Resolución nº 116/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 23 de mayo de 2019.

VISTO los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCAR (ANETRA), la FEDERACIÓN GALLEGA DE SERVICIOS DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS (FEGABÚS), la FEDERACIÓN GALLEGA DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (FEGATRAVI) y la FEDERACIÓN GALLEGA DE ASOCIACIONES DE TRANSPORTE DE VIAJEROS EN AUTOCAR (TRANSGACAR), como recurso 101/2019; por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), como recurso 104/2019; por la ASOCIACIÓN GALLEGA DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASGATRAVI), como recurso 124/2019 y por COMISIONES OBRERAS-Galicia y FeSMC-GALICIA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, como recurso 125/2019, contra los pliegos de la concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera (lotes XG600 a XG743) de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad, expediente 1/2019 DXM, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Consellería de Infraestructuras y Movilidad se convocó el procedimiento para adjudicación de las concesiones del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carreteras (lotes XG600 a XG743) de la

Consellería de Infraestructuras y Movilidad, expediente 1/2019 DXM, con un valor estimado declarado total de 627.725.129,8 euros.

Segundo.- El 08.05.2019 interpuso el recurso especial la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y el 09.05.2019 el resto de los mencionados en el encabezamiento de esta resolución. El expediente e informes al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), fueron remitidos el día 16.05.2019, donde se nos traslada la ausencia, en ese momento, de licitadores.

Tercero.- Los días 17.04.2019 y 25.04.2019 los recurrentes de los recursos 101 y 104/2019 solicitaron medidas cautelares previas, concediéndose las mismas el 26.04.2019 (recurso 101/2019) y el 02.05.2019 (recurso 104/2019).

Cuarto.- Procede acumular los recursos para su resolución conjunta, artículo 57 de la Ley 39/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver estos recursos,

Segundo.- Los presentes recursos se tramitaron conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el 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.

Tercero.- Los recursos 101 y 124/2019 se presentan en nombre de asociaciones de empresarios del ámbito sectorial que se corresponde con el objeto contractual y se dirigen contra los pliegos de la licitación, por lo que ostentan la debida legitimación en base a lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Siendo los recursos 104 y 125/2019 presentados por organizaciones sindicales, debemos preguntarnos si tienen la legitimación prevista en el artículo 48 LCSP. En la Resolución 37/2019 expresamos:

“el citado artículo otorga una legitimación con perfiles propios cuando se trata de las organizaciones sindicales. Así el artículo 48 señala:

“Estarán también legitimadas para interponer este recurso contra los actos susceptibles de ser impugnados las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones impugnables se pueda deducir fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato el empresario incumple las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

Por lo tanto, la LCSP vincula expresamente la existencia de legitimación a que “se pueda deducir fundadamente” que los concretos actos objeto de impugnación impliquen un incumplimiento de las obligaciones sociales o laborales en la fase de ejecución contractual, cuestión que deberá resultar del texto del recurso.”

Apuntamos en este momento la legitimación ad processum de las organizaciones sindicales, sin perjuicio de lo que analizaremos en cuanto al fondo.

Cuarto.- Existiendo una resolución del 15.04.2019 del órgano de contratación anulando la resolución de aprobación del pliego y ordenado la retroacción, los recursos están presentados en plazo.

Debemos dar, en todo caso, respuesta a las alegaciones del órgano de contratación de extemporaneidad del recurso 125/2019, el interpuesto por COMISIONES OBRERAS-Galicia y FeSMC-GALICIA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. Este recurso fue formulado telemáticamente el 09.05.2019, último día del plazo, pero en un registro electrónico diferente al del órgano de contratación y de este TACGal – fue en un registro electrónico de la Administración General del Estado-, siendo recepcionado en este Tribunal el 10.05.2019. Concretamente, considera la Administración contratante que debe ser inadmitido por no tener comunicado a este TACGal tal interposición, con cita del artículo 51.3 LCSP que merece la pena entonces reproducir:

“3. El escrito de interposición se podrá presentar en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , del procedimiento administrativo

común de las administraciones públicas. Asimismo, se podrá presentar en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolver el recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior se deberán comunicar al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

No parece desmesurado admitir la no fácil comprensión de ese segundo párrafo del precepto en relación a la nueva redacción dada a los lugares de presentación del recurso especial en la LCSP respecto del TRLCSP.

Intentando avanzar en esto, lo primero que observa el TACGal es que el mandato legal inicial es que *“El escrito de interposición se podrá presentar en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015”*. A la conclusión de admisibilidad también se llegaría si observamos cuál fue el origen de la introducción de esta posibilidad (páginas 114 y 115 del Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado al anteproyecto de LCSP, que obligó, como “observación de carácter esencial”, a cambiar el anterior modelo), así como que en el párrafo segundo no se recoja automáticamente la consecuencia de la inadmisión por la falta de comunicación.

No negamos que ese deber de comunicación al Tribunal tiene lógica que sea interpretado como dirigido al recurrente, y que ese incumplimiento pueda tener en alguna situación consecuencias -de ser esa la causa de impedir acceder entonces a la pretensión ejercitada por ejemplo y sin ánimo exhaustivo-, pero, sin ser necesario extenderse aquí al respecto, no podemos acoger la extemporaneidad de este recurso especial presentado electrónicamente en la Administración general del Estado, y que tuvo entrada en el TACGal a primera hora de la mañana siguiente como sucedió aquí.

Debemos ahora pronunciarnos sobre el hecho de que ASGATRAVI, en sucesivos días, buscara presentar múltiples y sucesivos escritos, que ahora en todo caso analizaremos. Así, presenta su recurso especial el último día de plazo a las 21:12, recurso con las explicaciones que estimó convenientes y con su documental. Y luego, en los sucesivos días busca presentar más escritos: el 14 de ese mes presenta uno y el 20 otro a mayores, lo cual no es de posible acogimiento como ahora veremos.

No se puede admitir, en primer lugar, la aportación documental posterior de ASGATRAVI de fecha 14.05.2019, una vez formalizado su recurso y ampliamente transcurrido el plazo de 15 días para la interposición del mismo. Efectivamente, no se puede admitir esa documental ulterior, en primer lugar, porque el escrito que pretende

incorporar ya reconoce que su no presentación en tiempo y forma fue debido a un error de este impugnante, por lo que siendo carga del recurrente la debida diligencia en su presentación, los errores en ese deber solo a este le serían imputables. Esa manifestación así como el hecho de que el documento datado que se acompaña recoja una fecha no posterior a la presentación del recurso, interpuesto este a las 21:12 del 09.05.2019, hace determinar que podía ser presentado en aquel momento por lo que no cabe ahora pretender completarlo.

A mayores, no es admisible porque no está previsto en la regulación del recurso especial la posibilidad de completar o emendar recurso como aquí se pretende, unido a que abrir esa posibilidad, que podría dar lugar entonces a múltiples y ulteriores intentos de aportaciones sucesivas, implicaría, su vez, sucesivos reinicios en la tramitación del recurso, lo cual, además de no estar previsto tal como dijimos, sería directamente incompatible con la tramitación directa y rápida prevista en la LCSP y los valores intrínsecos de esta vía impugnatoria nacida de las llamadas Directivas del recurso especial (Directiva 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE), más aún cuando la misma suele llevar aparejada la suspensión cautelar del procedimiento, como sucedió en este caso. Finalmente, tampoco cabe su admisión por la vía de la prueba del artículo 56.4 LCSP por cuanto que es evidente que tal posibilidad no puede estar referida a la documental de creación a instancia del propio recurrente, la cual se debe adjuntar con su recurso entonces, y más cuando, como sucede en este caso, está admitido que no se presentó por un error, solo imputable al recurrente.

ASGATRAVI, el 20.05.2019, vuelve a presentar otro escrito a mayores donde con cita del artículo 56.4 LCSP solicita una serie de pruebas. Otra vez, no cabe admitir tramitacionalmente esta extemporánea solicitud de prueba, realizada muchos días después de presentado su recurso, pues como recoge el artículo 30.1 del Real Decreto 814/2015 *“La solicitud de prueba deberá hacerse en el escrito de interposición de el recurso, si la solicita el recurrente...”* (como también recuerda, in fine, la Resolución 16/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, por citar una). A mayores, ese escrito, en realidad, vuelve a intentar completar el recurso inicial con nuevos cuadros y consideraciones, lo que nos lleva a lo ya dicho en los párrafos anteriores. En último caso, recordamos que el recurso especial es de estricto carácter revisor del procedimiento realizado por lo que no aparece como procedente lo que se formula, principalmente, como todo un interrogatorio al órgano de contratación para que este informe, a petición del recurrente, sobre lo que este considera que debería o no estar analizado. En la cuestión de la documental del expediente, recordamos que este recurrente no solicitó

el trámite del artículo 52 LCSP, que, a su vez, requeriría de tenerlo antes solicitado al órgano de contratación.

En último caso, lo solicitado no se ajusta, tal como se formula, a la regulación específica del recurso especial. Así, no existiría un trámite alegatorio para después de la práctica de la prueba, y, además, el único informe del órgano de contratación recogido en esa regulación específica sería el mencionado en el artículo 56.2, que precisamente versará sobre lo que se recogiera en la presentación (inicial y única) del recurso especial -y no como petición del recurrente de que el órgano responda a sus preguntas-, lo que vuelve a redundar en la imposibilidad de escritos sucesivos y posteriores de los recurrentes como los que nos ocupan. Finalmente, en la petición de prueba que formuló en su texto inicial del recurso (sobre la que luego nos pronunciaremos) nada se indicaba sobre esta modalidad probatoria aquí intentada el 20.05.2019.

Todo esto, sin perjuicio de que este recurrente en su presentación inicial del recurso ya incorporaba su tesis con su documental, por lo que los argumentos de este y de los otros recurrentes serán debidamente contestados en los fundamentos correspondientes. En definitiva, los intervinientes en este recurso especial presentaron lo que estimaron oportuno en su momento procedente, existiendo entonces lo relevante para debatir sobre las cuestión formuladas, en base a la doctrina de fondo que luego expondremos.

Quinto.- En los informes del órgano de contratación presentados a estos recursos se defiende la falta de competencia de este TACGal por no haber el recurso especial contra el procedimiento objeto de impugnación por las recurrentes.

Al respecto, lo primero que debemos trasladar es que el marco presente está determinado por la nueva ley, la LCSP 9/2017, que es al que se somete ya esta impugnación.

Si acudimos a su artículo 44, observaremos que en el apartado 1. c) se citan como susceptibles de recurso especial las concesiones de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, por lo que bajo esta literalidad, y una vez transpuestas las Directivas 2014/23 y 2014/24, ya no procede acudir a estas normas europeas para solventar este debate, a diferencia de como, correctamente, se hacía en el marco del TRLCSP, precisamente por haberse superado el plazo de incorporación de aquellas. Dicho de otro modo, el legislador interno ya incorporó aquellas Directivas, y lo hizo con la literalidad del artículo 44 LCSP.

Efectivamente, los contratos de gestión de servicios públicos, terminología aún usada en la LOTT, existían al amparo del TRLCSP, si bien en el momento donde se superó el plazo de la transposición de las Directivas 23 y 24/2014 – que es el momento temporal de las Resoluciones TACRC donde este se declaraba incompetente para estos supuestos-, había que acudir a aquellas Directivas y a su efecto directo pues estas no contemplaban esa figura. Añadir, a mayores, que en el TRLCSP el acceso al recurso especial en las concesiones de servicios pivotaba sobre si estaban dentro del ámbito de los contratos armonizados. Ahora, con la incorporación de estas Directivas por la LCSP el legislador optó por no recoger la figura del contrato de gestión de servicios públicos, sino redireccionarla hacia las concesión de servicios, si hay riesgo operacional, o al contrato de servicios, de no haberlo, por lo que también por este camino vemos un cambio de situación que nos vuelve a conducir a no poder apreciar un impedimento de acceso al recurso especial al amparo del artículo 44.1. c) LCSP – no ligado ya a los umbrales de los armonizados-.

Cierto es que el órgano de contratación desarrolla una exposición para defender la falta de competencia de este TACGal, con argumentos que, no siendo irrelevantes, no es posible acogerlos. Vemos y veremos como esa tesis, perfectamente idónea en aquel marco temporal de esa fase del TRLCSP, ahora choca con una literalidad cuando menos no impeditiva en la LCSP, e incluso en esa Ley 9/2017 existen menciones, como apuntaremos, que no hacen sino confirmar esa dirección no impeditiva de este recurso especial.

No se nos escapa tampoco que la tesis del órgano de contratación choca con lo que están a concluir otros en sus pliegos (por ejemplo, Ministerio de Fomento), o con lo que nos aparece como un cambio de postura, al amparo de la LCSP, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como fuentes interpretativas de relevancia de reciente aparición, por ejemplo la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15.02.2019, Recurso contencioso-administrativo 405/2018, que revoca una Resolución del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra por el que se inadmitía el recurso especial contra una concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera, o las Sentencias TJUE de 28.11.2018 y de 20.09.2018. Todo esto son aspectos que, en el estado presente de la cuestión, este TACGal no puede obviar.

Por ejemplo, frente las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) donde este se declaraba incompetente (por todas, Resolución 738/2017) debemos mencionar el dato objetivo de que era una doctrina previa a la LCSP, y que en la actualidad lo que se nos aparece es que tal Tribunal

Administrativo acepta el recurso especial contra concesiones de transporte público referidas a las del Reglamento (CE) 1370/2007, por estar en el artículo 44.1. c). Así sucede en Resoluciones TACRC de número 742/2018, 526/2018, 184/2019, o la reciente 382/2019.

Por otra parte, los pliegos a los que se refieren esas Resoluciones TACRC 184/2019, 742/2018, 526/2018, 328/2019 denotan que órganos de contratación diferentes (Ministerio de Fomento, Consorcio de Transportes, Ayuntamiento...) ya hicieron un análisis en sus pliegos divergente con la postura defendida aquí de incompetencia.

La tesis del órgano de contratación de que para ser admisible el recurso especial es necesaria una determinación explícita del legislador es una línea que este TACGal no puede acoger como mero aplicador de la misma. Si tras la transposición de la Directivas 23 y 24/2014 la literalidad del artículo 44.1.c) no lleva a la imposibilidad de acceso, unido a que, por ejemplo, el artículo 19.2.g) cite a estas concesiones de servicios de transporte de viajeros en la propia LCSP, impiden esa dirección interpretativa. Por ejemplo, tal artículo 19.2.g) lo que alude es solo a que no tendrán la consideración de armonizados por lo que la interpretación coherente de esa cita es que no son ajenas a la LCSP, sino solo que no lo están para las reglas destinadas a los armonizados, siendo oportuno en este punto recordar que el recurso especial ya no va ligado a tal umbral, todo lo cual no lleva a interpretar que el legislador quisiera que no estuvieran en el ámbito del recurso especial, sino al contrario. No es un dato menor al respecto el hecho de que este procedimiento de adjudicación que nos ocupa es reconocible como el abierto de la LCSP, como, por otra parte, se observa del apartado 2.6 del pliego de condiciones y del indicado en los proyectos de explotación, que señalan ese procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación de la LCSP como el tipo de adjudicación y, además, citan los artículos 15, 197 y 285 LCSP en lo referente al régimen de explotación; así como, en general, del conjunto del pliego. Todo esto, evidentemente con las especialidades del Reglamento CE 1370/2007 o las de la LOTT, que de existir lo hacen como norma especial efectivamente. Finalmente, la referencia del informe del órgano de contratación a que aquí no hay un valor estimado no puede ser asumido cuando ese es el concepto utilizado en la presente documentación contractual.

Por último, como avanzamos, son elementos de reciente aparición, pero de indudable valor hermenéutico, que la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª) núm. 35/2019 de 15 febrero, Recurso contencioso-administrativo 405/2018 revocara el Acuerdo

85/2018, de 8 de agosto, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra por lo que se inadmitía el recurso especial contra un anuncio de licitación y pliegos de concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera. También que los apartados 39 y siguientes de la Sentencia TJUE de 28.11.2018, asunto c-328/17 (y el fundamento 55 de la S.TJUE 20.09.2018, asunto c-518/17) recojan:

“ Sobre la falta de identificación de la naturaleza del contrato en cuestión en el litigio principal

39 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 n.o 1370/2007, mientras que, en el segundo supuesto, debería serlo atendiendo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13.

40 Sin embargo, sin que sea necesario determinar la naturaleza de dicho contrato, lo que corresponde de oficio al órgano jurisdiccional remitente, basta con señalar, al igual que el Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 y el artículo 5, apartado 7, del Reglamento n.o 1370/2007 establecen unos regímenes de recurso análogos al régimen correspondiente de la Directiva 89/665, a la que se refiere la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

41 En estas circunstancias, habida cuenta de que el derecho a la tutela judicial goza de una protección equivalente en los tres instrumentos de Derecho derivado que se mencionan en el anterior apartado, la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada no diferirá según la calificación del contrato de que se trata en el litigio principal.”

Todo lo cual hace que no podamos acoger nuestra falta de competencia en el estado presente de la cuestión.

Ahora bien, nuestra declaración de competencia hacia la admisibilidad del recurso especial, desde el punto de vista de la tramitación de este, debe ser completada con otra reflexión ligada a que estamos en un recurso especial en materia de contratación, como su propio nombre indica. En este aspecto, sí consideramos ilustrativa la mención del órgano de contratación de que no se puede convertir a este

en un “recurso especial en materia de transporte”, lo cual será luego aplicado en relación a los diferentes debates que se pretenden incorporar.

Efectivamente, hacemos nuestra la doctrina fijada por el TACRC, en resoluciones muy actuales (con cita de otras), alguna precisamente ante debates de la materia de los transportes.

La Resolución TACRC 37/2019 expresó:

“Sexto. Empezando el análisis por el examen de la primera alegación relativa a la contravención por los pliegos de la normativa sobre transporte sanitario, al posibilitar que el mismo se lleve a cabo no sólo mediante ambulancias sino también, y según los casos, por medio de otros vehículos, este Tribunal debe poner de relieve que la problemática planteada en torno a esta cuestión excede de las facultades que por Ley tiene reconocidas.

Lo que ocurre en relación con esta alegación, es que, el ámbito del recurso especial establecido en la LCSP se acota no solo por los actos recurribles y la legitimación, sino también por el sector del ordenamiento jurídico que se infringe eventualmente por dichos actos y acuerdos recurribles, que no es otro que la normativa contractual del sector público o vinculada a esta de forma directa. Esto es, el Tribunal no tiene el mandato legal de contrastar la legalidad del acto o acuerdo impugnado con todo el ordenamiento jurídico. Así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones, como la número 756/2016 y la número 151/2016, disponiéndose en esta segunda:

“Tal recurso no puede configurarse como mecanismo universal de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública. Como hemos reiterado en nuestras resoluciones, este Tribunal es un órgano especializado en materia de contratación administrativa que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nadan tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones del TRLCSP o de su normativa complementaria”. En el presente caso, las razones invocadas para la impugnación corresponden estrictamente al ámbito laboral y por tanto el examen de su legalidad está vedado al Tribunal por corresponder a otros órganos e instancias, cuyas competencias resultarían infringidas, debiendo inadmitirse el recurso por este motivo”.

La alegación del recurrente, sobre el incumplimiento por los pliegos de la normativa del transporte sanitario, de conformidad con la doctrina expuesta, no corresponde a este Tribunal. En efecto, se trata de cuestiones fuera de la competencia del Tribunal, al que la LSCP le atribuye las funciones de fiscalizar

exclusivamente la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Así, el Tribunal debe controlar el cumplimiento de los preceptos legales de carácter procedimental en orden a salvaguardar, como dice el artículo 1 LCSP “los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos’ de modo que se salvaguarde ‘la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

El respecto a la normativa del sector del transporte sanitario es un presupuesto previo a la licitación, pero no forma parte de ella, y podrá ser verificado, en su caso, por medio de otros recursos a formular ante distinto órgano.

En la misma línea, en las Resoluciones 776/2018 de 7 de septiembre, Recurso 702/2018, así como en las nº 84/2014 y 57/2013 señalábamos que nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, según el caso.

No nos compete aquí por tanto resolver acerca de la alegada vulneración de las normas relativas al transporte sanitario, por ser materia ajena al ámbito de la competencia de este Tribunal.”

Y la aún más reciente Resolución TACRC 369/2019:

“Añadiremos además que no corresponde a la competencia de este Tribunal determinar si en función de las características exigidas para la ambulancia la misma haya o no de calificarse como de una concreta clase conforme al Real Decreto citado, al no venir referida a la aplicación de la normativa de contratación pública.

Conviene recordar aquí lo que indicábamos en nuestra Resolución nº 314/2017:

“Así las cosas nuestro ámbito de actuación se constriñe estrictamente a velar por el correcto cumplimiento las vigentes Directivas de contratación, números 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 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; 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y

por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, todo ello velando por el cumplimiento de las normas nacionales que las transponen, los vigentes TRLCSP, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, así como las demás normas legales y reglamentarias que completan aquel bloque de legalidad. Así, en modo alguno este Tribunal extiende su competencia a cualquier cuestión urbi et orbe, ajena a aquel estricto contenido, por el mero hecho de que tenga relación o desemboque en un procedimiento de contratación.

Así las cuestiones que, como motivos o causas, tanto jurídicos como de oportunidad, preceden a la toma de decisión de los órganos de contratación a la hora de iniciar un procedimiento de licitación nos son, en principio, ajenas, salvo que se hayan infringidos los preceptos de la legislación de contratación pública.” En la misma línea, en las Resoluciones nº 084/2014 y 57/2013 señalábamos que nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, según el caso.”

También, por apuntar una más de las muchas en este sentido, la Resolución TACRC 248/2018:

“Por otra parte, debe recordarse que la competencia del Tribunal se limita al estricto ámbito de la contratación pública por lo este Tribunal ha de circunscribir su examen a la determinación de si existe o no en el presente caso algún incumplimiento de la normativa sobre contratación pública. De esta manera, no corresponde a este Tribunal la función de dirimir sobre cuestiones tales como la planteada por los recurrentes.

Por otra parte, debe recordarse que la competencia del Tribunal se limita al estricto ámbito de la contratación pública por lo este Tribunal ha de circunscribir su examen a la determinación de si existe o no en el presente caso algún incumplimiento de la normativa sobre contratación pública. De esta manera, no corresponde a este Tribunal la función de dirimir sobre cuestiones tales como la planteada por los recurrentes.

En efecto, se trata de cuestiones fuera de la competencia del Tribunal, al que el TRLSCP atribuye las funciones de fiscalizar exclusivamente la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. El Tribunal debe controlar el cumplimiento de los preceptos legales de carácter procedimental en orden a salvaguardar, como dice el artículo 1 TRLCSP “los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos” de modo que se salvaguarde “la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Si los recurrentes consideran que la norma autonómica en la que se fundamenta el objeto de este contrato y a la que se ajustan los pliegos, tiene por objeto eludir las Sentencias del Tribunal Supremo que anularon la Orden 14/2010, de 1 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana que regulaba el procedimiento de autorización y funcionamiento de unidades farmacéuticas de adaptación de dosis, deberán plantear esta cuestión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero no ante este Tribunal. Por ello, procede la desestimación de este motivo de impugnación”

Sexto.- Dada la multiplicidad de consideraciones vertidas en los recursos, procederemos a la agrupación de las similares, para la mejor comprensión de esta resolución, evitando además reiteraciones, así como dividiéndolas entre las que trataremos en este y en el siguiente fundamento.

En primer lugar analizaremos diversas consideraciones que se vierten sobre la configuración de este procedimiento y aspectos de su tramitación.

Así, en el recurso 101/2019 la primera crítica es que se van a integrar servicios de transporte escolar que en la actualidad son objeto de contratos de gestión de servicios públicos en vigor hasta el 31.12.2020, sobre los que se dice que se van a dejar sin efecto por la referida integración sin que se procediera a su previa resolución anticipada mediante el procedimiento legalmente establecido.

Esta alegación debe ser inadmitida y, en todo caso, desestimada. Se alude aquí a licitaciones con realidad jurídica propia, sin que pueda ser la impugnación de los pliegos de la que nos ocupa donde debatir sobre una futura o no resolución de determinados contratos. Añadir que ni siquiera el recurso especial, de carácter precontractual (con las excepción de las modificaciones y rescate de concesiones), puede entrar en lo que son las resoluciones contractuales, dicho esto sin ánimo exhaustivo.

Solo apuntar que el órgano de contratación expresa que la integración de los contratos de transporte escolar con la finalidad de que exista una red autonómica única de transporte público regular de viajeros por carretera de uso general es una medida concreta de racionalización adoptada por la ley gallega 2/2017 para la optimización de los servicios, con la finalidad de lograr los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como concreción de la regulación más general del artículo 88 de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre y que en su momento la Administración procederá, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, a la suspensión y posterior resolución de dichos contratos con carácter previo a la implantación de los nuevos servicios de transporte público regular de viajeros por carretera de uso general que son objeto de esta licitación.

Siguiendo con el recurso 101/2019 también se considera que no existe riesgo operacional transferido a los adjudicatarios, por lo que no estaríamos ante un contrato de concesión, sino en uno de servicios.

La definición del riesgo operacional en la LCSP viene dada en el artículo 14 (al que se remite el artículo 15 sobre concesión de servicios), cuando recoge:

“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes en que incurriera a 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 desdéniable.”

A mayores son referencias de interés en la Directiva 2014/23/UE:

- considerando 18:

“La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone 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, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”

- considerando 19:

“El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión.”

- considerando 20

“Un 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. 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.”

- artículo 5, apartado 1

“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;”

Pues bien, dos notas de inicio son oportunos:

i) el órgano de contratación aporta amplios razonamientos justificativos de la transferencia del riesgo operacional, incluidos cuadros y cálculos de diversas hipótesis.

ii) esta cuestión fue tratada de forma desestimatoria por el TACRC (cuando este resolvía los recursos especiales de esta Comunidad Autónoma) en la Resolución 738/2017, también con referencia al transporte escolar:

“Sin lugar a dudas y teniendo en consideración ya las nuevas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE el objeto contractual ha de ser calificado como un contrato de concesión de servicios.

(...)

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

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

Acudiendo a las cláusulas del pliego de condiciones impugnado, con claridad meridiana se infiere que nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios, pues se transfiere a los contratistas-concesionarios el riesgo operacional en la explotación del servicio, sin que sea óbice el hecho de que las plazas reservadas para el transporte escolar, sus tarifas sean abonadas directamente por la Administración autonómica (cláusula 3ª. Condiciones económicas).

De una interpretación literal de las condiciones económicas del contrato (cláusula 3ª) se desprende la manifiesta traslación del riesgo operacional al concesionario en la explotación de los servicios, abarcando: el riesgo de demanda, o el riesgo de suministro, o ambos. Riesgo de demanda es aquél que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato; y riesgo de suministro o de oferta el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (considerando 20 de la DC).

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

En fin, la verdadera naturaleza jurídica de las prestaciones objeto del contrato son las propias de un contrato de concesión de servicios (artículo 5.1 b) DC).”

Como decíamos, son extensas y prolijas las explicaciones del órgano demostrativas de la transferencia del riesgo operacional, incluyendo en lo referente al transporte de los escolares. Sin ánimo de ser exhaustivo respecto a tales explicaciones, para evitar una extensión desproporcionada de esta resolución, son de interés, por ejemplo, las siguientes que se nos trasladan:

“ 1 Riesgos de demanda:

a. Recaudación por venta de billetes a las personas usuarias. El riesgo más evidente que se aprecia al considerar el esquema según lo que se configuran los contratos es que el volumen de la demanda de movilidad por parte de las personas usuarias no coincida con las estimaciones que, a ese respecto, ha realizado la Administración y el propio operador para la presentación de su proposición.

b. Recaudación por reservas de plaza realizadas por parte de la Administración. La estimación de recaudación por reservas de plaza realizadas por parte de la Administración a favor de escolares también está sometida a riesgos, toda vez que la evolución demográfica de la población en edad escolar a lo largo de todo el plazo de duración de las concesiones (que está establecido en 10 años) puede variar de manera significativa con respecto a las previsiones realizadas por la Administración y por el propio operador para la presentación de su proposición. Además, la previsión de reservas de plaza a favor de escolares no depende únicamente de la simple evolución demográfica de la población en edad escolar, sino que también está condicionada por cuantos de esos futuros escolares se matriculan en centros escolares públicos (los únicos con derecho a transporte escolar gratuito) o incluso por la propia distribución geográfica de sus domicilios (dado que solo los que

tienen su residencia a más de una determinada del centro escolar tienen ese derecho a transporte escolar gratuito). Por último, dado que una parte significativa de la recaudación por los escolares con pleno derecho la reserva de plaza (el 40% de las compensaciones por personas usuarias con reserva de plaza) está condicionada a que estos hagan uso efectivo del servicio, el propio absentismo escolar (o simplemente el hecho de que, en ocasiones, aunque tengan derecho a transporte escolar gratuito, no hagan uso de él) provocaría también una disminución de los ingresos previstos en este concepto (de hecho, en los contratos integrados que actualmente están operativos, aproximadamente el 15% de las reservas de plaza no llegan a ser empleadas por los escolares a favor de los que se realizaron). En resumen, aunque, a primera vista, pueda parecer una hipótesis bastante fiable, la recaudación por reservas de plaza realizadas por parte de la Administración también puede ser altamente variable a lo largo de todo el plazo de duración de las concesiones.

c. Recaudación por otros ingresos comerciales. La Administración, en los correspondientes proyectos de explotación, y los concesionarios, para la elaboración de sus proposiciones, hicieron estimaciones relativas a la recaudación que se podría obtener en concepto de otros ingresos comerciales al margen de la relativa a la comercialización de los propios servicios de transporte. Por ejemplo, en ese concepto se incluyen posibles ingresos por el empleo de los vehículos adscritos a la prestación del servicio como soporte publicitario o por la comercialización de productos en el interior de los vehículos. Evidentemente, esa previsión de recaudación también está fuertemente influenciada por la demanda que pueda existir de esos servicios. Además, como en este caso se trata de conceptos novedosos, que no fueron tenidos en cuenta en contratos anteriores, la incertidumbre con respecto a los importes estimados puede ser incluso más alta, en términos relativos, que en otros casos.

En general, la transferencia al concesionario de todos los riesgos asociados a la demanda del servicio implican que, en los casos en los que la recaudación por cada una de esas categorías de ingresos no consiga las previsiones en las que se fundamentaba el plan económico financiero del concesionario para obtener un determinado beneficio por la explotación del contrato, las minoraciones de ingresos (y las pérdidas que, en consecuencia, se le generarían) deberán ser asumidas por él contra su cuenta de pérdidas y ganancias.

2 Riesgos de suministro o de oferta:

a. Exposición a la competencia con otros operadores. En contraste con la mayor parte de los servicios que se venían prestando hasta lo de ahora, los contratos de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera que ahora se licitan prevén un régimen de tráficos compartidos que fomenta la competencia entre

operadores, en línea con el criterio establecido a ese respecto en el Plan de Transporte Público de Galicia aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia en su reunión de 28 de noviembre de 2018. En ese sentido, esa exposición a la competencia implica un riesgo evidente de que los servicios prestados no se adapten a las expectativas de la demanda de movilidad de las potenciales personas usuarias (es decir, un riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda y que, a consecuencia de eso, se produzca un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios), que dispondrían de otras alternativas para satisfacer su demanda. Eso provoca una mayor incertidumbre en relación al volumen de ingresos que se generará a consecuencia de la explotación de la concesión.

b. Costes de prestación de los servicios. Aunque en los estudios económico financieros que forman parte de los proyectos de explotación de los contratos a los que se refiere este informe se realizaron hipótesis razonables del régimen de explotación de los servicios, con el fin de obtener una estimación del coste de prestación lo más precisa posible, es evidente que existen infinidad de circunstancias que, afectando a la estructura de costes de la explotación de los servicios, no pueden ser conocidos con precisión por la Administración, dado que dependen de aspectos de la organización empresarial del concesionario que están al margen del control de aquella. Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo:

i. La realización de las inversiones necesarias para poner el servicio a disposición de los usuarios (en particular, la adquisición de material móvil y otros elementos necesarios para la explotación del servicio) y la carga de la amortización de esas inversiones que, en función de las circunstancias coyunturales de los mercados pueden variar de manera significativa en relación a las hipótesis realizadas.

ii. La configuración de la flota de vehículos de la que disponga el operador para la prestación del servicio (número de vehículos, modelos, tamaños, capacidades, antigüedades, consumos,...) condicionará por sí misma gran parte de los costes de explotación de los servicios: consumo de combustible, reposición de neumáticos, gastos de mantenimiento y reparaciones, amortización de los vehículos, financiación de los vehículos, seguros, costes fiscales,...

iii. Del mismo modo, los mecanismos que emplee el concesionario para disponer de su flota de vehículos (en propiedad, en arrendamiento,...) también afectará a algunos elementos que forman los costes de explotación del servicio: financiación de los vehículos, gastos de mantenimiento y reparaciones,...

iv. La manera en el que organiza a su personal (por ejemplo, en lo que se refiere a los tipos de contratos laborales según los que los emplee, o a la organización de los turnos de trabajo y de vacaciones,...) también afectará de manera

apreciable a otros conceptos que componen los costes de explotación del servicio: gastos en personal de conducción y de acompañamiento, dietas,...

Existen, incluso, costes de prestación del servicio que ni siquiera dependen exclusivamente de la organización empresarial del concesionario, sino que, total o parcialmente, dependen de circunstancias relativamente ajenas a su control, como por ejemplo:

i. Costes asociados a la prestación de servicios con reserva previa. En los estudios económico financieros que forman parte de los proyectos de explotación de los contratos a los que se refiere este informe se estimó que una parte significativa de los servicios en los que el hecho de que se presten o no depende de que exista o no una reserva previa y confirmada para su prestación, no deberán ser finalmente prestados, dado que no se producirán esas reservas. En base a datos estadísticos de los servicios que se están prestando actualmente bajo esa modalidad, se estimó que en torno al 95% de los servicios de ese tipo no serán prestados en la práctica. Eso trae como consecuencia que, al no producirse la circulación de los vehículos que deberían prestar el servicio, aunque los costes horarios se mantengan (porque tanto los vehículos como el personal de conducción debían estar disponibles para la prestación del servicio, para el caso de que se materializara una demanda en ese sentido), no se llegarían a materializar los costes que dependen de la distancia recorrida (consumo de combustible, reposición de neumáticos, gastos de mantenimiento y reparaciones,...). En esos casos, esos costes no fueron, lógicamente, repercutidos en los proyectos de explotación, dado que es la hipótesis más apropiada a una explotación racional de esos servicios. Ahora bien, al tratarse de hipótesis basadas en datos medios y pasados, es previsible que, en cada uno de los contratos futuros, exista una divergencia, posiblemente significativa, entre el porcentaje de servicios bajo reserva que se estimó que será necesario prestar y la que realmente se deba prestar, en aplicación de las reglas establecidas para eso en el Pliego de Condiciones. Esa diferencia dará lugar a variaciones en lo costes de explotación del servicio que, en todo caso, no puede controlar el concesionario.

ii. Averías y otros incidentes: es evidente que la explotación de un servicio de transporte regular de viajeros de uso general por carretera supone la exposición a diversos riesgos (averías, accidentes,...) de una serie de activos (principalmente los vehículos) que suponen un coste de inversión elevado y que, aunque se puedan cubrir parcialmente mediante determinados instrumentos (por ejemplo, seguros), nunca quedan completamente cubiertos. En ese sentido, la posibilidad de perder todas o parte de las inversiones realizadas, con la consiguiente necesidad de financiación adicional para volver a afrontar las inversiones necesarias para poder prestar el servicio contratado es un riesgo cierto y muy presente, y que puede suponer una muy apreciable pérdida económica para el concesionario. En todo caso, riesgos difícilmente controlables por el concesionario (como por ejemplo el de

averías), pueden suponer significativos incrementos de determinados conceptos que componen la estructura de los costes de explotación del servicio (como es el caso de los gastos de mantenimiento y reparaciones).

c. Riesgo de inflación. En los estudios económico financieros que forman parte de los proyectos de explotación de los contratos a los que se refiere este informe se realizó una estimación de la inflación prevista durante todo el plazo de ejecución de los contratos (10 años, como se comentó previamente), en base a su pasada en los últimos años. Así, los costes de explotación del servicio se estimaron en base a esa previsión. Por otra parte, no está previsto que a estos contratos se les aplique mecanismo alguno de revisión de precios. En ese sentido, el riesgo derivado de la evolución futura de la inflación le es transferido al concesionario que, en caso de que esta crezca a un ritmo superior a la estimada, debería hacer frente a unos costes mayores a los inicialmente previstos por la Administración o por el propio operador para la presentación de su proposición.

d. Responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. También se le transfieren al concesionario todos los riesgos asociados a los casos en los que, a consecuencia de una irregularidad en la prestación del servicio de la que fuera responsable, si le causan perjuicios a terceros, siendo este un riesgo que, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio prestado, con vehículos de gran tonelaje circulando continuamente por vías de comunicación abiertas al tráfico, y flanqueadas por elementos de gran valor, no es en absoluto menor. “

Existe un aspecto final de relevancia, incluso para los casos señalados por los recursos, como es que de las condiciones de esta licitación aparece que el importe máximo de la compensación por obligaciones de servicio público de cada contrato es fijo y que en ningún caso de las fórmulas recogidas en la cláusula 4.3 del pliego de condiciones resulta una configuración de las mismas en función de la evolución de los ingresos o de los gastos o por la existencia de posibles pérdidas durante el período de la concesión, todo lo cual descarta que sea irreal la transferencia del riesgo operacional.

De hecho, el informe del órgano de contratación analiza el resultado de aplicar hipótesis en los diferentes lotes, también en los que hace referencia el recurso 101/2019 por entender este que en estos no existe riesgo operacional dada la preponderancia en los mismos de los servicios escolares. Así, analiza tal informe que en caso de que alguna de las variables difiera de las estimadas inicialmente, esto supone la entrada en pérdidas del negocio concesional, lo que determina que se pueda concluir que nos encontremos ante la existencia de una exposición real a las

incertidumbres del mercado, con unas posibles pérdidas no simplemente nominales o desdeñables.

También es necesario hacer referencia a la existencia de distorsiones en el discurso del recurrente respecto al transporte de uso escolar, en el que se expone que la retribución se divide en una parte fija y en una variable en concepto de prima por la calidad de la prestación, que supone el 40% de la tarifa. Así, a pesar de pretender argumentar la inexistencia de riesgo operacional, señala la relevancia de factores “ajenos a la manera en que se presta el servicio” como “las faltas puntuales de asistencia de los alumnos a los centros educativos o el hecho de que éstos utilicen en alguna ocasión otros medios de transporte”, aspectos que nos sitúan en el marco precisamente de ese riesgo operacional. Y además destaca la relevancia en el contrato de esa parte variable para defender su ilegalidad pero, al mismo tiempo, indica que no tiene la “entidad suficiente como para producir la transferencia del riesgo operacional”, aunque como ya señalamos, alcanza el 40% de la retribución en este ámbito del transporte la demanda.

En cuanto a la cláusula 4.1.1.3 sobre esa prima por la calidad de prestación del servicio, no se nos aporta en qué sentido la misma, como tal, se aparta del artículo 46.3 de la Ley gallega 1/2015, por lo que en nuestro juicio revisor no podemos llegar entonces, a una conclusión de ilegalidad. Por otro lado, existen referencias a la calidad en los servicios de transporte de viajeros en el considerando 4 del Reglamento (CE) 1370/2007. El informe del órgano de contratación aporta en este punto explicaciones razonables, que desvirtúan la tesis del recurrente del recurso 101/2019 en este aspecto:

“Lo cierto es que sí existe una relación entre la calidad de la prestación del servicio y el uso que los escolares hagan del mismo. Es evidente que, aunque tengan derecho al transporte gratuito, lo que no tienen los escolares es el deber de utilizarlo (pese a que en el recurso llegue a afirmarse lo contrario). En consecuencia puede suceder, por ejemplo, que la prestación del servicio en vehículos de elevada antigüedad (el pliego permite la prestación del servicio en vehículos de hasta 16 años de antigüedad) o sin elementos de confort (la mayor parte de ellos no son obligatorios; se valoran como parte de la oferta de los licitadores pero es previsible que no todos los licitadores ofertarán el nivel de confort máximo en todos los vehículos adscritos al servicio), disuada a determinados escolares (o a sus padres o tutores) del uso del servicio. En esos casos pueden optar voluntariamente por no utilizar el servicio público y trasladar a los escolares en su vehículo particular (si bien es evidente que no todos los escolares disponen de esa alternativa lo cierto es que una parte significativa de los usuarios sí disfrutan de esa posibilidad -Galicia tiene un

índice de motorización muy alto y una gran proporción de población inactiva viviendo en las zonas rurales, que son las que más utilizan el sistema público de transporte escolar).

En consecuencia, el caso de que el servicio no reúna la calidad deseada a juicio de los padres o tutores de los escolares usuarios puede determinar una menor utilización del servicio mientras que en el caso contrario los niveles de fidelización de los usuarios serán mayores, incrementando la eficiencia del sistema público de transporte de Galicia y permitiendo así cumplir el objetivo perseguido por la Ley 2/2017 al imponer la integración de los servicios de transporte contratados por la Xunta de Galicia ...”

En este punto del análisis debemos aludir a un conjunto de consideraciones contenidas en el recurso 101/2019, como son las que traen bajo el título de vulneración de las competencias estatales y de otras Comunidades Autónomas, de las normas de régimen tarifario de los servicios de transporte público o de la normativa sobre las condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, a las que debemos aplicar lo ya expresado de que este es un recurso especial de contratación, del que queda extramuros del mismo debates como estos. Esto obliga a rechazar las mismas, sin perjuicio de aportar, solo a mayor abundamiento, las siguientes consideraciones.

Concretamente, en lo relativo a la referencia a las competencias de otras Administraciones en dos muy concretas paradas en el conjunto de esta licitación, hay que acoger primeramente lo recogido en la Resolución TACRC 526/2018:

“Por ello esta primera alegación debe ser desestimada de plano. La determinación de las líneas que tendrán la consideración de servicio público regular de transporte es previa al procedimiento de licitación, sin que este Tribunal tenga competencia para fiscalizar la legalidad de ese tipo de resoluciones, de modo que si se estima por la recurrente que no debió ser objeto el itinerario concreto de este contrato de un servicio público permanente de transporte por no reunir los requisitos que el Reglamento (CE) 1370/2007 establece para ser considerado “obligación de servicio público”, debió dirigir su recurso frente a este acuerdo previo a la licitación, no impugnabile ante este Tribunal ni fiscalizable por él.”

En todo caso, la Consellería expresa que la Comunidad Autónoma de Galicia recibió del Estado la transferencia de la competencia plena sobre dichas concesiones, que incluían tráficos marginales en las CCAA vecinas, como los señalados en el recurso. Cita, a mayores, el artículo 4 de la Ley orgánica 5/1987, de 30 de julio que ciertamente recoge la delegación en las CCAA respecto de aquellos servicios de

transporte regular de viajeros cuyo itinerario discorra predominantemente por el territorio de una sola Comunidad Autónoma, aun cuando una parte exceda del mismo, en los supuestos de que la línea se desarrolle en su práctica totalidad en el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate, y que dicho tráfico no implique un interés relevante para la adecuada ordenación del transporte en la Comunidad Autónoma vecina. No existen datos entonces para rechazar su afirmación de que ambos requisitos se dan en el presente supuesto. Aporta el órgano de contratación, a mayores, más razonamientos sobre estas paradas, todo lo cual impide, en último caso, dar por constatado que la inclusión de las mismas sea causante de invalidez de esta licitación.

Tampoco es propio del recurso especial en materia de contratación debatir sobre el sistema tarifario de transporte ni sobre la normativa de los acompañantes.

Ahora bien, también aquí, de entrar en la cuestión, las explicaciones del órgano de contratación sirven para que veamos alejadas las consideraciones de irregularidad jurídica que se pretenden por el recurso.

Sin entonces proceder adentrarse en estas cuestiones, el órgano de contratación nos explican que el sistema tarifario establecido responde entonces a un esquema de saltos entre zonas de transporte previamente delimitados, que resultan corresponderse con el término municipal de cada uno de los Ayuntamientos que forman el ámbito territorial de cada contrato, comprobando este TACGal que el apartado 1 del artículo 82 de la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, permite que el cálculo de las tarifas podrá establecerse *"en razón del número de saltos que realice la persona usuaria entre zonas de transporte previamente delimitadas, atendiendo a las matrices aprobadas por la Administración"*, sin que el recurso aborde esa posibilidad y sin que la misma parezca incompatible con el régimen establecido en el apartado sobre las tarifas de los diferentes proyectos de explotación.

Sobre la cuestión del acompañante, unido a lo ya dicho sobre los debates de posible introducción en el recurso especial en materia de contratación, el informe del órgano de contratación explica que los servicios integrados que forman parte del objeto de los contratos sometidos a licitación se encuadrarían, en su caso, en la letra b) de ese artículo 1 del Real Decreto 443/2001. Entonces, si acudimos al artículo 8 de ese Reglamento observaríamos que en el apartado d) solo exige la presencia de una persona acompañante en aquellos casos en los que el transporte se realice en autobús, siendo que los apartados del pliego citados por el recurso, 3.8.2 y 3.12.5,

aluden a casos donde el transporte se realice en vehículos de turismo, por lo que ya no se podría avalar la tesis del impugnante entonces.

A mayores, lo que aporta principalmente aquí el recurso es la reproducción de una respuesta proporcionada por la Dirección General del Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento sobre otra letra de ese artículo, letra además que luego en el artículo 8 liga al acompañante en determinadas circunstancias, sin en definitiva que se explique más allá de la reproducción de esa respuesta del Ministerio (de hace más de siete años) una incompatibilidad con lo recogido en los pliegos.

Finalmente, se añade por la Consellería:

“No se debe dejar de poner de manifiesto que, en ese sentido, el Pliego de Condiciones no solo no incumple el Real Decreto 443/2001, sino que es más exigente que aquel dado que exige la presencia de una persona acompañante en varias circunstancias en las que lo Real Decreto 443/2001 la eximiría.

Así por ejemplo, al exigir la presencia de una persona acompañante en todas las expediciones integradas que se realicen en cualquier vehículo distinto de los de turismo (es decir, en minibuses o autobuses), el Pliego de Condiciones va más allá de lo exigido en el Real Decreto 443/2001 al exigir esa presencia en:

- Expediciones integradas en las que menos de la mitad de los viajeros sean menores de doce años (como sucede, por ejemplo, en el caso de las expediciones integradas que prestan servicio a centros de enseñanza secundaria).

- Expediciones integradas en las que menos de la mitad de sus plazas hayan sido reservadas previamente para viajeros menores de dieciséis años (como sucede, por ejemplo, en el caso de expediciones integradas con un número reducido de reservas de plaza a favor de escolares en relación al tamaño del vehículo).”

Tampoco podemos dar por acreditada la otra afirmación vertida de este apartado del recurso 101/2019 de que *“es materialmente imposible”* que las rutas duren menos de una hora, a lo que liga un incumplimiento del artículo 11 del Real Decreto 443/2001, artículo que apuntamos de inicio, permite incluso excepciones. En todo caso, junto a lo genérico de la afirmación de imposibilidad, si vamos al Anexo al que remite el texto del recurso para mostrarlo, lo que califica como *“pequeño estudio”* se limita a un solo ejemplo, ejemplo donde ya se reconoce que el tiempo del recorrido es menor a esos

60 minutos. En último caso, no estaría demostrado la referencia a esa imposibilidad aludida. Añadir que también aquí el informe del órgano de contratación ofrece explicaciones contrarias a las manifestaciones del recurso en esta cuestión.

Sobre la afirmación respecto del apartado 3.9.6 como vulnerador del artículo 14 CE, no podemos acoger la referencia a una infracción del principio de igualdad porque estamos ante cláusula clara, bien descrita, y definida con carácter de generalidad para el supuesto que se busca regular, por lo que todos los partícipes pueden acogerse a ella con iguales parámetros. Pero es que, en realidad, lo que pretende aquí este recurso es transformarse en Administración contratante para procurar que acojamos lo que tales asociaciones impugnantes entenderían como lo más correcto, extendiendo esta cláusula a más supuestos de los que se pudieran querer plasmar en ella, lo cual supondría vulnerar la libre configuración del contrato del órgano de contratación. Expresa así el Acuerdo 79/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, resulta necesario también traer a colación el hecho de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 28.1 de la LCSP. Así lo ha manifestado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que cita la Resolución 688/2015, de 24 de julio,...”

A mayores, esa es una regla para la fase posterior a la adjudicación del contrato, y que además dependería aún de un acuerdo, como recoge su literalidad.

También impugna el recurso 101/2019 el apartado 3 del pliego de condiciones relativo a las condiciones técnicas y de explotación del servicio, ya que entiende el recurrente que se permite una serie de variaciones en la prestación del servicio que supondrían la introducción de modificaciones contractuales incumpliendo lo previsto en el artículo 204 LCSP, además de que el pliego expresamente solo hace referencia, como tales modificaciones, al régimen legal de las que no fueron previstas inicialmente.

Lo primero que debemos resaltar en relación con esta alegación es la relevancia en este aspecto de la legislación sectorial, que este recurso 101/2019 no menciona en su escrito. Así, es clarificador el artículo 104.4 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los

Transportes terrestres, que señala que no tendrán la consideración de modificaciones contractuales, entre otras:

- b) El aumento o reducción de expediciones previsto en el artículo 93.*
- c) La modificación de horarios prevista en el artículo 94.*
- d) La modificación de puntos de parada prevista en el artículo 95.1.*
- f) La autorización para atender un tráfico de otro servicio de forma compartida*

Aspectos estos a los que se refiere de manera general el apartado impugnado en el recurso. También es procedente citar aquí la Ley gallega 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, que en su artículo 80 recoge:

“Artículo 80. Adaptación de la explotación de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general o mixtos por razón de integración de servicios y mejoras en la explotación

Uno. La administración podrá introducir, en cualquier momento, alteraciones y modificaciones en las condiciones de explotación de los servicios cualificados como integrados, con la finalidad de atender la demanda de transporte generada por personas usuarias con pleno derecho a la utilización de los servicios de transporte público que oferte la Xunta de Galicia.”

Así, no argumentándose por el recurrente incumplimientos de lo aquí citado, difícilmente se puede acoger ya una alegación de invalidez al respecto. En ese sentido, centrándose el recurso en el régimen de las modificaciones contractuales previsto en la LCSP, ya apreciamos que el mismo no resulta en buena medida directamente aplicable a este supuesto.

Aun así, tampoco aprecia este Tribunal la falta de claridad alegada en el recurso, que señala de forma genérica que la cláusula impugnada no está formulada de forma “clara, precisa e inequívoca”. A falta de mayor concreción por el recurrente, y admitiendo que lógicamente nos encontramos ante una actividad económica por sí misma compleja, no vemos en el contenido impugnado incoherencia o indeterminación que impida a un licitador diligente y suficientemente informado, en las palabras del TJUE, su comprensión.

Tampoco cabe aceptar la pretensión de invalidez del recurrente en base a un futuro incumplimiento del artículo 207.3 por la falta de publicidad de una posible modificación, puesto que la ausencia de mención en el pliego a ese respecto no puede en ningún caso entenderse como expresa contradicción de lo previsto en la legislación, de ser el caso.

Por otra parte, si pasamos al recurso 124/2019 este critica que exista un expediente unitario para la contratación y que no afecte a la totalidad de las concesiones, sin desarrollo argumentativo preciso hacia una irregularidad invalidante, siendo la configuración de la contratación una potestad del órgano de contratación que no se puede pretender atribuir el recurrente, como ya vimos.

También la Resolución TACRC 387/2019:

“Y sobre la segunda cuestión, nuestra Resolución 756/2014, de 15 de octubre, entre otras, señala que para la definición del objeto del contrato se ha de atender a “lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”.

En este sentido, la alusión a que implica una ventaja competitiva para los participantes de posteriores licitaciones por conocer las condiciones de esta, sería un argumento aplicable a muchas licitaciones en la contratación pública, por lo que es impensable un efecto invalidante en esta tesis. Así, no podemos olvidar que no existe en el derecho administrativo, y tampoco en la contratación pública, una plena vinculación bajo la referencia al precedente administrativo.

Por ejemplo, la Sentencia de 28.03.2017 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº2 de Santiago de Compostela en materia de contratación pública afirma: *“...debiéndose señalar que la Administración no puede verse constreñida ni obligada por el contenido de pliegos anteriores, pudiendo modificar el contenido según sus necesidades que en cada momento vaya teniendo...”*. En el mismo sentido, por

citar una, Resolución 79/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: *“En cuanto al alegato de la recurrente relativo a que la Administración ha de actuar con unidad de criterio y no valorar dicha mejora, al igual que hizo en otra licitación similar de otro órgano de contratación de la Junta de Andalucía, este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones, entre otras en sus Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto y 61/2019, de 7 de marzo, sobre el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales.”*

Tampoco podemos acoger la mención a la improcedencia de la tramitación por urgencia de este procedimiento cuando el propio recurso cita la mención en los pliegos, lo cual también se desarrolla en el informe del órgano de contratación, y que no se puede considerar arbitraria o irracional. De hecho, a los exclusivos efectos dialécticos, no podemos estimar las razones dadas en este recurso para oponerse a esta tramitación por cuanto que la referencia a la posible existencia de instrumentos para, en último caso, que el servicio continúe, sin necesidad de pronunciarnos al respecto, no ocasiona la invalidez de que con la tramitación urgente se busque el ajuste de las adjudicaciones a los plazos que la Administración entiende de regular cumplimiento. Finalmente, es oportuno citar el dato que aporta la Administración de que incluso el plazo de presentación de ofertas era de 28 días, por lo que tampoco alcanza el recurrente trasladarnos la afectación efectiva a los intereses de los posibles licitadores por la tramitación por urgencia.

La última referencia en ese recurso es contra la publicación de la licitación, pero junto a que este no alude a la existencia de especialidades en el artículo 7 del Reglamento (CE) 1370/2007, otra vez no se nos traslada la irregularidad invalidante en cuanto a profusión de datos y documentos que fueron objeto de publicación de este procedimiento en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, por lo que lo que se nos aparece es que los licitadores podían conocer los diferentes elementos de la misma para configurar sus ofertas.

Aprovechamos este fundamento de esta resolución para también rechazar la solicitud de apertura probatoria realizada en el recurso 124/2019, primeramente por la generalidad con que está solicitado. No se cumplen así las exigencias del artículo 30 del Real Decreto 814/2015 de identificar los concretos extremos – sin que sirva una remisión general como la que se hace- y las personas propuestas para practicarla (en

el mismo sentido, Resolución 16/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi o Resolución TACRC 919/2016). Finalmente, las periciales de parte, como tal, son de aportación documental con el recurso por lo que este ya tuvo la oportunidad de presentar la que estimara pertinente (siendo ya tratado lo referido a buscar una improcedente incorporación posterior por un error del propio recurrente), y así lo hizo, lo cual será resuelto con la cuestión debatida a estos efectos.

Séptimo.- Todos los recursos de manera principal critican una deficiente estimación del presupuesto de la licitación. En el recurso 104/2019, el sindicato recurrente argumenta que la partida de personal prevista en el presupuesto de la licitación está infradotada y no cubre los costes del personal que debe ser objeto de subrogación, acompañando lo que considera ejemplos al respecto de los diversos lotes a adjudicar. En el mismo sentido y equivalente motivo impugnatorio se pronuncian el resto de recursos, también los otros sindicatos recurrentes en el recurso 125/2019.

A esta alegación nos referiremos en primer lugar, ya que es el principal alegación de dos de los recursos presentados, y la diferencia en la estimación de los costes salariales supone, de manera muy relevante, la principal crítica al presupuesto por el resto de los recurrentes. Además, los recursos 101/2019 y 124/2019 critican los cálculos de los presupuestos de la licitación por la deficiente previsión de otros de los costes estimados, lo cual analizaremos con posterioridad.

Al respecto de las condiciones económicas de una licitación se refieren los artículos 100 y siguientes de la LCSP.

El artículo 100 de la LCSP indica respecto al presupuesto base de la licitación:

“1. A los efectos de esta ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que, en virtud del contrato, puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará y en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación se indicarán los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto

base de licitación indicará, de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

Y el artículo 101 de la LCSP se refiere al valor estimado en los siguiente términos:

“2. En el cálculo del valor estimado se deberán tener en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, se deberán tener en cuenta: a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. b) Cuando se previera abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de estos. c) En caso de que, de conformidad con el dispuesto en el artículo 204, se previera en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación a posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante a mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación. (...)

Con relación a la determinación del precio el artículo 102.3 de la LCSP, establece que:

“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, de ser el caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales, se deberán considerar los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.”

En primer lugar, debemos indicar que la mención a diversas resoluciones anteriores de este TACGal por el recurso 125/2019 no se ajustan a la realidad de lo que ahora se nos presenta.

Así, en esas resoluciones citadas, y en otras posteriores en las que este Tribunal ya se pronunció sobre la posible legalidad de las condiciones económicas de una licitación, este TACGal acordó anular las mismas bien por no ajustarse los pliegos al deber de desglose establecido en la LCSP, o bien por limitarse el órgano de contratación a trasladar las condiciones de la anterior licitación o, simplemente, por no efectuar el necesario análisis exigible para poder entender el presupuesto como correcto.

En ninguno de esos supuestos nos encontramos en este caso, ya que en el expediente, en primer lugar, se dio cumplimiento a las exigencias formales que en este ámbito prevé el artículo 100 LCSP, sin que los recurrentes efectúen alegaciones en contrario. E igualmente, constan publicados proyectos de explotación detallados de cada uno de los lotes que se licitan, que incluyen un pormenorizado estudio económico, por lo que no podemos acoger que la Administración no realizara su necesaria tarea de análisis de la licitación.

También debemos resaltar que la determinación del presupuesto de una licitación es competencia del órgano de contratación y, como tal, integrada en el ámbito de su discrecionalidad técnica, por lo que es carga del recurrente acreditar ante este Tribunal error o incongruencia clara y suficiente o que necesariamente determine la imposibilidad de cumplir la prestación contractual por no ajustarse el presupuesto de la licitación a los precios del mercado. Como señala la reciente Resolución TACRC 369/2019:

“Sexto. En segundo lugar, denuncia el recurrente que el presupuesto de licitación es insuficiente para cubrir los costes que la prestación del servicio conllevaba, aportando como justificación un estudio económico.

En esta materia se ha de estar a las actuales previsiones del artículo 100 de la LCSP, conforme al cual:

“Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto,

el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. (...)”.

Sobre esta cuestión, hemos de comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal relativa al margen de apreciación que debe reconocerse a la entidad contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, siendo de aplicación en esta materia la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. Así, este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que “... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas,...””.

Insistiendo en las consideraciones anteriores, en la Resolución nº 431/2018 insistíamos en que es forzoso reconocer al órgano de contratación un amplio margen de apreciación en esta materia.

Así las cosas, nos encontramos en este caso con que, frente a la justificación que ofrece el órgano de contratación en su informe respecto de la determinación del presupuesto del contrato, el único elemento de juicio que ofrece el recurrente para cuestionar la bondad del cálculo realizado por el órgano de contratación es un estudio económico carente de elementos de juicio o documentación de soporte que valide las cifras que incluye, y en el que además se advierte la existencia de un error material en el cálculo, conforme indica el informe del órgano de contratación. Por ello, y atendiendo a cuanto hemos reseñado acerca del margen de apreciación de la entidad contratante en este punto, sin que la recurrente haya demostrado la incorrección de su cálculo, y teniendo presente que tanto en la cláusula IV del PCAP como en el informe remitido a este Tribunal el órgano de contratación realiza el preceptivo

desglose del presupuesto, forzoso es concluir en que tampoco cabe acoger este motivo de impugnación del recurso”.

Entrando ya en el análisis de la relación entre el presupuesto de una licitación y las condiciones en las que se debe producir el derecho a la subrogación del personal existente, señalar que sobre este aspecto se pronunciaron ya con claridad diversos Tribunales Administrativos. Así, el TACRC en su Resolución 156/2019 indicó:

“es doctrina de este Tribunal que la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite, y en concreto que no está obligada a mantener el mismo personal. Por otro lado, en caso de que un contrato prevea menos personal que el anterior y el convenio aplicable prevea la subrogación, la consecuencia no ha de ser necesariamente el despido de los trabajadores, pues el adjudicatario que se subroga en sus contratos puede asignarles otras funciones; despedirlos es una decisión de dicho adjudicatario. Y en caso de que lo haga, este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato.”

Y en la Resolución 88/2015:

“En cualquier caso, y aun cuando lo anterior ya sería suficiente para desestimar el motivo, resulta conveniente recordar que, a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (...)

Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que el órgano de contratación no haya tenido en cuenta -según revela su propio informe-el coste - salarial o indemnizatorio-que entrañaría para el adjudicatario tener que asumir el personal de la actual contrata que pudiera tener derecho a la subrogación en los términos previstos en el Convenio Colectivo de referencia. Obviamente, un reproche como éste sólo tendría sentido si el número de trabajadores de la contrata anterior excediera del mínimo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, extremo que, como hemos dicho, no se ha acreditado y no resulta del expediente. Pero es que, aunque así fuera y un eventual adjudicatario hubiera de asumir más personal que el mínimo previsto para el contrato, ni los salarios ni seguros sociales ni, menos aún, las eventuales indemnizaciones por el despido de

los trabajadores que exceden del número exigido por el Pliego podrían tenerse en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación, desde el momento en que, en puridad, no formarían parte del coste de la prestación que se pretende contratar que es, como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2008, la referencia a la que obliga a estar el artículo 87.1 TRLCSP. Dicho en otros términos, los costes laborales que deben tenerse en cuenta serán los de los ocho empleados que el Pliego de Prescripciones Técnicas exige (cfr.: antecedente de hecho quinto de la presente Resolución), no los de aquellos otros que puedan estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior y que excedan de tal número.

Entender lo contrario abocaría al resultado de convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadoras de medios que no precisan para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público.”

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 93/2019 también establece:

“En efecto, a la hora de fijarse el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.

En este sentido, no es posible admitir el alegato de la recurrente en el que para la elaboración del estudio económico que plantea, conforme al listado de subrogación proporcionado, parte de la existencia de tres personas ayudantes de coordinación, pues como se ha expuesto para la elaboración del presupuesto base de licitación se ha de tener en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos.”

E, igualmente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 104/2018 indica:

“Cuestión distinta de la subrogación es el cálculo de los trabajadores necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Ese cálculo no deriva de la subrogación o no de los trabajadores actuales, sino de los requisitos de la prestación establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Evidentemente, ese cálculo se debe trasladar a la oferta económica correspondiente.”

En nuestra Resolución 46/2018 de este TACGal ya resaltábamos que:

“Cabe indicar, por lo tanto, que la fijación de los distintos elementos que hacen referencia al valor del contrato es una función esencial del órgano de contratación, con el fin de obtener “una eficiente utilización de los fondos públicos (art. 1 LCSP) y permitir así una correcta ejecución contractual.”

Añadiendo al respecto que:

“El órgano de contratación, por lo tanto, conforme a la regulación prevista en la LCSP, debió fijar las condiciones económicas de la licitación teniendo en cuenta el objeto del contrato y fundamentalmente, las definiciones de las funciones a realizar que vienen especificadas en la cláusula 2 del PPT y, en base a ellas y a la vista de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, fijar la categoría y el personal necesario para llevar a efecto el contrato, y calcular entonces el presupuesto y el valor estimado, sin que quepa partir de un mero automatismo del que derivaba de la previa prestación de este servicio, sin perjuicio de los datos de interés que ese precedente pueda aportar.”

Partiendo de esta general doctrina debemos desestimar el argumento centrado en que los gastos de personal previstos para esta licitación no son suficientes para hacer frente a los salarios del personal a subrogar. En el expediente constan publicados proyectos de explotación para cada uno de los lotes en los que se divide esta licitación, que fueron objeto de publicidad y consulta con anterioridad a esta licitación, y en los que se señala el personal mínimo estimado para la prestación del servicio, que ya aparece diferenciado de la información facilitada sobre el personal a subrogar, de manera contraria al indicado por el recurso 101/2019, existiendo un estudio individualizado del personal previsto en la ejecución de cada uno de los servicios.

Por lo tanto, se da así cumplimiento también al mandato establecido en el art. 73.2, apartado g) de la LOTT:

“El pliego de condiciones que haya de regir el contrato, que tomará como base el proyecto aprobado por la Administración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70, fijará las condiciones de prestación del servicio.

En todo caso, se incluirán en dicho pliego los siguientes extremos:

g) La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio”.

En ese sentido, la pretensión de los recurrentes de que el órgano de contratación deba estar en todo caso vinculado por las condiciones de la anterior licitación, no solo supondría sustraer de la competencia del propio órgano de contratación la adecuada configuración de la licitación en base a sus necesidades y a *“una eficiente utilización de los fondos públicos”* (art. 1 LCSP), sino que, como señala el TACRC en la Resolución 88/2015 antes citada:

“Entender lo contrario abocaría al resultado de convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadoras de medios que no precisan para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público”

Por otra parte, y teniendo en cuenta las referencias establecidas en los artículos 100.2 y 102.3 en relación con la debida consideración a los convenios colectivos aplicables, el órgano de contratación en sus informes a los diferentes recursos, señala expresamente que *“el coste de las horas del personal de conducción, así como el de las horas del personal acompañante, se estableció aplicando los datos de los diferentes convenios colectivos y/o acuerdos marco vigentes en cada una de las provincias de Galicia”*, acompañando prolija demostración al respecto, afirmación que es especialmente relevante en este debate sobre la suficiencia de los costes salariales y aspecto que no es cuestionado, como tal, por ninguno de los recursos presentados, lo cual supone ya un claro impedimento a que este Tribunal pueda apreciar que estos costes se encuentran indebidamente calculados. En esa prolija explicación, incluso se detalla la existencia de un margen relevante en los costes de personal estimados respecto a los establecidos en los distintos convenios colectivos.

A este respecto, en el recurso 124/2019 se reconoce que la diferencia en la estimación de los costes salariales deriva de la aplicación para ese cómputo de una metodología distinta de la utilizada en los proyectos de explotación, pero siendo ese cálculo del órgano de contratación razonable a juicio de este Tribunal, no argumenta el recurrente que el mismo infrinja la normativa o los convenios de aplicación, como vimos, existiendo únicamente genéricas referencias en el recurso al respecto de los convenios colectivos, que ni siquiera se identifican.

Respecto de las críticas referidas a la información del personal subrogado, expresar que constan publicados como anexos a los proyectos de explotación los correspondientes documentos con la “información sobre las condiciones de los contratos del personal a lo que pueda afectar la subrogación”, según expresa la cláusula 3.8.1.3 del pliego de condiciones, por lo que podemos concluir que el órgano de contratación dio cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 130 de la LCSP, que es el precepto a analizar en el ámbito de este recurso especial:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, y se deberá hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.”

Así se recoge también en la Resolución 526/2018 del TACRC, precisamente analizando un pliego de una licitación de concesión de servicio de transporte:

“Por lo demás, y en cuanto a la obligación de subrogación, como este Tribunal ha reiterado en diversas ocasiones, la obligación de subrogación en las relaciones laborales existentes en los supuestos de sucesión de empresa resulta de la legislación sectorial a aplicar, siendo claro en el caso objeto del contrato que se licita que dicha obligación existe, por lo que habiéndose suministrado la información que exige el art. 130 de la LCSP, el Pliego ha cumplido con la legislación vigente, debiendo confirmarse la validez de la cláusula 3 del PCAP.”

No se muestra en ese sentido en los recursos insuficiencia en los términos en los que se expresa esa información que impida la “exacta evaluación de los costes laborales”. Apreciado ya este cumplimiento, es indudable que el deber de subrogación de un trabajador nace, en su caso, de la aplicación de lo establecido en la normativa

laboral y en el convenio colectivo de aplicación, sin que los datos al respecto existentes en los documentos de la licitación tengan mayor carácter que lo meramente informativo que le otorga la propia LCSP.

Es relevante en este punto como la Sentencia del Tribunal Supremo 983/2017 de fecha 12.12.2017, dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina, expresa: *“A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017(...). Redacción que pone de manifiesto que la constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio”.*

En conclusión, el deber del órgano de contratación se limita a trasladar a los licitadores la información sobre los contratos de los trabajadores que sea “necesaria” para la correcta estimación de los costes salariales, sin que lo establecido en los pliegos tenga por consecuencia substantiva de modificar lo que es, en su caso, un derecho del trabajador y un correspondiente deber para la empresa adjudicataria y, por lo tanto, sin que ni siquiera una posible inexactitud en esos datos facilitados afecte a la propia figura de la subrogación. A estos efectos, el propio artículo 130.5 de la LCSP prevé que:

“5. En caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueran superiores a aquellos que se desprenden de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.”

Debemos dejar también constancia en este momento que, a este respecto, el recurso 125/2019 presentado por diversos sindicatos no se ajusta en buena medida al carácter impugnatorio que tiene este recurso especial, haciendo diversas críticas a la actuación de la Administración contratante al fijar las condiciones de esta licitación y a las posibles consecuencias derivadas para los trabajadores, sobre todo lo cual no procede pronunciamiento de este Tribunal.

El recurso 104/2019 también realiza una genérica alegación en la que señala, sin mayor desarrollo argumentativo, que:

“La mayoría de los contratos no cumplen la ratio de 1,2 conductores por vehículo, al tener un conductor por vehículo o menos, con el que incumplen el deber de los tiempos de descanso establecida en el Reglamento (CE) 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15/03/2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera.”

Al respecto, en el escrito del recurso no se identifican los preceptos del Reglamento (CE) 561/2006 que se entienden vulnerados, ni, en su caso, los lotes afectados por esa posible circunstancia, ni se efectúa un mínimo cálculo o análisis que fundamente la impugnación para permitir a este Tribunal su valoración.

En ese sentido, y siendo la configuración de las condiciones de la licitación competencia del órgano de contratación, no se muestra por el recurso 104/2019 causa de invalidez a este respecto, lo que determina la desestimación de este motivo impugnatorio.

A mayores, debemos aportar la siguiente doctrina en relación a las organizaciones sindicales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi expresa en su Resolución 22/2019, por citar la más reciente (también en sus Resoluciones 60/2018, 169/2018 o 5/2019):

“El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que «(...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses».

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión de anulación de los pliegos en nada satisfaría los intereses de los trabajadores cuya

defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar y sobre la misma existencia de la obligación de subrogación tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, podrían impugnar su inexactitud y obtener un beneficio si el recurso prospera (ver la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO). Por el contrario, los pliegos no regulan la subrogación ni su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido y fuerza vinculante no se verían en ningún caso alterados por la decisión de anular los pliegos que este Órgano pudiera adoptar, por lo que la subrogación se produciría en todo caso en los términos legal o convencionalmente previstos. Consecuentemente, el motivo del recurso debe desestimarse.”

La Resolución 289/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también considera:

“Por tanto, es constante la doctrina del Tribunal en el sentido de privar legitimación al sindicato cuando lo que se está ventilando es el derecho a la subrogación o el cumplimiento de concretos convenios colectivos. En consecuencia, no puede menos que afirmarse la falta de legitimación del sindicato en un supuesto, como el que nos ocupa, en que la vulneración de los derechos de los trabajadores es hipotética, eventual y genérica. Ello determina que no hayamos de entrar en el fondo del asunto.”

En definitiva, consta acreditado que existió en este expediente un claro análisis por el órgano de contratación del personal necesario para esta licitación, y argumentado y no discutido por los recurrentes que los costes salariales se ajustan a los convenios colectivos aplicables, solo cabe concluir que el órgano de contratación cumplió debidamente con lo establecido en la LCSP al respecto de la fijación de las condiciones económicas de la contratación. En la misma línea, es algo evidente que la existencia del derecho a la subrogación de los trabajadores que prestan un servicio objeto de licitación no supone alejar del ámbito de poder de la Administración la configuración de esa licitación y de los recursos públicos necesarios, ni determina ese derecho que la necesidad pública a satisfacer con el contrato sea inmutable sine die.

Los recursos 101/2019 y 124/2019, presentados por diversas asociaciones empresariales, impugnan además como dijimos diversos aspectos de los cálculos presupuestarios, más allá de los referidos a los costes salariales.

Debemos reiterar lo ya indicado al respecto de las condiciones de esta licitación, en la que nos encontramos con proyectos de explotación, con una extensión individual superior a las 50 páginas, en las que se analizan al por menor las distintas circunstancias que afectan a la prestación del servicio de cada uno de los 100 lotes.

En esos proyectos de explotación constan detallados aspectos tales como la evaluación de la demanda, tanto actual como prevista, la descripción del ámbito territorial del servicio y sus necesidades, un análisis de la viabilidad económica técnica u operacional, indicando las condiciones de prestación del futuro servicio y un detallado estudio económico financiero, todo lo cual permite concluir, como indicamos ya anteriormente, que el órgano de contratación realizó su función de analizar y determinar las condiciones de la licitación, debiendo este Tribunal respetar su discrecionalidad técnica, salvo que de las alegaciones del recurrente se nos muestre con claridad error o deficiencia que determinen la anulación del presupuesto por impedir la viabilidad de la licitación.

Recogiendo la argumentación de la reciente Resolución del TACRC 387/2019:

“En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) afirmó que “la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013) viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que

caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.

Por lo tanto, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

(...)

Todo lo demás, como señalamos, quedarán fuera del enjuiciamiento de este Tribunal, por ser argumentaciones de la recurrente que, más que poner de manifiesto errores patentes o vulneraciones del ordenamiento, se orientan a ofrecer una propuesta alternativa sobre la viabilidad económica de la concesión”.

Ante la existencia de esos proyectos y su contenido, debemos descartar las alegaciones del recurso 124/2019 al respecto de la falta de transparencia, oscuridad y “ausencia absoluta de análisis de los servicios”, alegaciones que no se ajustan a la realidad del expediente que observa este Tribunal.

En contraposición al contenido en esos proyectos que fundamentan las condiciones de la licitación, los recursos 101/2019 y 124/2019 presentan sus propios cálculos económicos. Centrándonos en el 101/2019, el mismo aporta informe pericial en el que se alcanzan diferenciales sustanciales con los cálculos del órgano de contratación básicamente sobre el hecho de sustituir diversos importes que constan en los proyectos de explotación por los correspondientes que resultan del “observatorio de costes de viajeros de transporte en autocar”.

Este observatorio, según su propio contenido, tiene como objetivo “orientar” sobre la cuantía y evolución de los costes de explotación en estos servicios, con la finalidad de “constituirse en punto de referencia para el conjunto de agentes y empresas..., especialmente las de tamaño más reducido”, señalando, como es lógico, que el mismo “no determina el precio del transporte”.

De hecho, los propios proyectos de explotación recogen que ese observatorio sirvió como referencia en el cálculo de los costes de explotación, si bien adaptando “alguno de sus parámetros a la realidad de la prestación de este tipo de servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, al hecho de que su régimen jurídico del Contrato

sea el de una concesión de servicio público y al régimen regular de prestación de los servicios diseñados”, indicación que así expresada no se puede apreciar en ningún caso como carente de fundamento.

En todo caso, la simple referencia a que alguno de los costes recogidos en esta licitación tengan diferencias con los previstos en ese observatorio, que tienen un evidente carácter de costes medios, no es suficiente para destruir la presunción iuris tantum de razonabilidad que corresponde al órgano de contratación, que como reiteramos en esta resolución, realizó un innegable análisis individualizado de las condiciones de esta licitación, lo cual impide a este Tribunal sustituirla por otros estudios de naturaleza orientativa. Resaltar además que el recurso 124/2019, al contrario del defendido por el 101/2019, critica precisamente que se tome como referencia lo que denomina “*explotación-tipo en que se basa el Observatorio*”, por no entenderla ajustada a la realidad de la licitación en esta Comunidad Autónoma, cuando es esta la operación que la Consellería alude se hizo.

En esa misma línea, el recurso 124/2019 ofrece a este Tribunal sobre diversos aspectos, cálculos alternativos a los recogidos en la licitación que no demuestran una imposibilidad en los impugnados que determine que el presupuesto previsto necesariamente se aleje del que sería un precio de mercado. Igualmente, debemos señalar que los informes del órgano de contratación a los diferentes recursos presentados son, en este sentido, extensos y fundamentados, y los mismos rebaten los cálculos presentados por los recurrentes en sus escritos, sin que el Tribunal aprecie en ningún caso arbitrariedad o incoherencia que pueda determinar una anulación.

Así, por ejemplo, si nos referimos a los costes de amortización a lo que el recurso otorga considerable relevancia, resulta que la diferencia alegada se centra en dos únicos motivos:

- El distinto porcentaje del valor residual a considerar, que el recurrente entiende debería ser próximo a cero “por la obsolescencia tecnológica que hará que en unos años la fiscalidad verde del gasóleo y las limitaciones de entrada a las ciudades... dejen sin posibilidad de compra los autobuses”, y que señala, ese porcentaje en este expediente es diferente a la considerada en otros casos por la misma u otras Administraciones.

- Y por el hecho de que se realice una imputación parcial del autobús a la concesión, por entender el recurrente que ese sistema no es correcto.

Es claro que ambos supuestos nos muestran apreciaciones técnicas diferentes a las del órgano de contratación, pero sin acreditar ningún motivo invalidante al respecto. Así, este Tribunal no puede admitir una errónea configuración de la licitación sobre la base de predicciones futuras del recurrente, ni entender, en sí mismo, ilógico un sistema de imputación de costes que no resulta prima facie alejado de lo que resulta de la propia normativa contable al respecto. Además de que, reiteramos, el informe del órgano de contratación contiene a este respecto una argumentación amplia y razonable.

En realidad, lo mismo sucede con las críticas a la evolución de los costes e ingresos efectuados en los recursos, y en las que simplemente se pretenden desvirtuar los cálculos del órgano de contratación para sustituirlos por las estimaciones propias de los recurrentes.

La Resolución TACRC 369/2019 mencionaba precisamente:

“Sobre esta cuestión, hemos de comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal relativa al margen de apreciación que debe reconocerse a la entidad contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, siendo de aplicación en esta materia la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. Así, este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que “... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas...”

Insistiendo en las consideraciones anteriores, en la Resolución nº 431/2018 insistíamos en que es forzoso reconocer al órgano de contratación un amplio margen de apreciación en esta materia.”

Recordemos, del mismo modo, como la Resolución del TACRC 387/2019 indicaba: *“Por lo tanto, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.(...) Todo lo demás, como señalamos, quedarán fuera del enjuiciamiento de este Tribunal, por ser argumentaciones de la recurrente que, más que poner de manifiesto errores patentes o vulneraciones del ordenamiento, se orientan a ofrecer una propuesta alternativa sobre la viabilidad económica de la concesión”.*

En esa misma línea, impugna también el recurso 124/2019 la estimación de beneficio industrial recogida para esta licitación.

Al respecto, es de interés aportar de inicio que ya este TACGal en su Resolución 91/2019 explicaba que el ámbito de aplicación del artículo 131 del RD 1098/2001 de 12 de octubre, por lo que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, es solo para el contrato de obras, por lo que no es un mandato normativo de mínimo para el resto de contratos. De todas formas, el recurso ya alude a que en esta contratación se prevé un 6% para tal beneficio industrial, por lo que difícilmente puede entonces tener recorrido una crítica contra ese cálculo.

Igualmente, no se puede acoger que ese porcentaje no pueda ser considerada un *“razonable beneficio empresarial”*, en los términos del artículo 19.2 de la LOTT, en base únicamente a que en otros expedientes ese porcentaje es diferente, cuando nos encontramos ante un nivel de beneficio generalmente aceptado en el ámbito de la licitación pública.

A mayores, frente a consideración de que este beneficio, en realidad, en la tesis de los impugnantes es menor a ese porcentaje del 6% por la errónea consideración de costes del órgano de contratación, esa conclusión se fundamenta únicamente en los propios cálculos de los recurrentes, lo cual ya es objeto de análisis en esta resolución. Además, no operando aquel artículo 131 RD 1098/2001 como un mandato normativo de mínimo para contratos diferentes a los de obras, ni siquiera existiría, en nuestro juicio revisor, elementos para decretar la invalidez en este punto.

Por ejemplo, participa de esto el Informe 12/2014 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, al concluir: *“Las reglas por*

las que se establecen los porcentajes a aplicar sobre el presupuesto de ejecución material de las obras, en concepto de gastos generales o beneficio industrial, contenidas en las normas reglamentarias en materia de contratación -actualmente, en el artículo 131 del vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre- son aplicables en la elaboración de proyectos para determinar el presupuesto base de licitación del contrato de obras, no siendo exigible ni obligatoria su aplicación general fuera de ese contexto o para otra finalidad”.

Por otra parte, podemos citar también las siguientes Resoluciones TACRC en la misma dirección:

- Resolución 159/2016:

“En relación con este último extremo, debe destacarse, primeramente, la improcedencia de hacer implícita traslación de los valores reflejados en el citado artículo 131, como así lo hace la actora en el punto tercero de su recurso (página 5), pues, como fácilmente puede comprobarse, el citado precepto se refiere al contrato de obras, siendo así que, en lo que atañe a los contratos de servicios, el artículo 197 del mismo Reglamento solo alude a la toma en consideración de los gastos generales y beneficio industrial del contratista al referirse a la determinación del precio por administración, otorgando una amplia libertad valorativa al órgano de contratación, al indicar que se incrementará el precio calculado con base en el coste directo indirecto de las unidades empleadas “en un porcentaje o cantidad alzada”, sin mayores detalles o precisiones.”

- Resolución 1144/2018:

“Por último, el recurrente considera infringido el artículo 131 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el cálculo de los gastos generales, ya que censura que esta partida ha sido dotada con una cuantía de 5.479,20€, lo que supone un 0,68% del importe obtenido del cálculo de los costes derivados del contrato, a su entender: 19 veces inferior a lo que se indica en el Reglamento.

En primer lugar cabe indicar sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, que como el propio precepto indica está referido a los contratos de obras y no a los de servicios, por lo que la horquilla de los porcentajes que establece no son de aplicación en el contrato que nos ocupa. En efecto, en los contratos de servicios, no existe norma expresa que establezca los

conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación, a semejanza de lo que determinan los artículos 130 y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial.

El precio de mercado no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que debe ser respetado por el presupuesto base de licitación. Uno de los componentes de este último es la partida correspondiente a los gastos generales que se caracteriza por la dificultad de su concreción.”

Tampoco podemos acoger la argumentación de que los gastos generales están indebidamente calculados por incluir personal de oficina o talleres, algo que aparece justificado en el informe del órgano de contratación, además de una clara explicación de la inclusión de estos costes en el presupuesto de la licitación en cuantía suficiente, sin que la alegación de que en alguna licitación de otra administración se configuran de diferente manera sea, de por sí, motivo invalidante.

Finalmente, señalar que las alegaciones de los recurrentes que pretenden acreditar, no esos cálculos alternativos, sino errores e incoherencias en la configuración de la licitación con incidente en el cálculo del presupuesto son desvirtuadas en los informes del órgano de contratación, o como mínimo, ofrecen una explicación que por su verosimilitud impide apreciar la realidad del error alegado. Así sucede, por ejemplo, con lo señalado en el Anexo III del recurso 101/2019 respecto al lote 24 XG-632, en lo que el informe expone una argumentación convincente con específica referencia, en cuanto a los medios materiales, de lo dispuesto en el apartado último de la cláusula 3.13.2 del pliego de condiciones. También, como ejemplos, en los lotes XG-630 y XG-642 citados por el recurso 124/2019, con explicación y detalle incluso de error fáctico del recurrente.

En definitiva, este Tribunal no puede sustituir el pormenorizado análisis efectuado por el órgano de contratación al respecto de las condiciones de la licitación y del presupuesto de la misma por los considerandos propios de los recurrentes en la defensa de sus legítimos intereses como asociaciones empresariales, al no mostrarse por estos infracción jurídica determinante de invalidez, sino únicamente la pretensión de una diferente configuración de la licitación más favorable a su postura empresarial. Como señala la Resolución 270/2018 del TACRC:

“pese al esfuerzo argumental desplegado, lo cierto es que nos encontramos con meras afirmaciones de parte, carentes de respaldo probatorio y que no pueden prevalecer frente al criterio expresado en los informes emitidos por los servicios técnicos de la Administración, al que debe estarse en aplicación de la presunción de validez de los actos administrativos que establece el artículo 39.1 LPAC, mientras el mismo no sea desvirtuado (cfr.: en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2011 –Roj STS 8541/2011-; Resoluciones de este Tribunal 737/2014, 276/2015, 58/2016 y 1052/2017), para lo que no bastaría tampoco con la aportación de un dictamen pericial que mantuviera una tesis distinta a aquél, sino que sería preciso justificar la existencia de un error inequívoco, claro y patente”

O como también recoge la Sentencia 405/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia:

“En definitiva, y como se ha dicho, pretende sustituir el criterio del órgano técnico por el propio del perito de parte, cuya objetividad e imparcialidad no ponemos en duda pero que, desde luego, no es la que puede predicarse de los órganos técnicos de la Administración o de sus funcionarios”

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** los recursos interpuestos por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCAR (ANETRA), la FEDERACIÓN GALLEGA DE SERVICIOS DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS (FEGABÚS), la FEDERACIÓN GALLEGA DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (FEGATRAVI) y la FEDERACIÓN GALLEGA DE ASOCIACIONES DE TRANSPORTE DE VIAJEROS EN AUTOCAR (TRANSGACAR), como recurso 101/2019; por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), como recurso 104/2019; por la ASOCIACIÓN GALLEGA DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASGATRAVI), como recurso 124/2019 y por COMISIONES OBRERAS-Galicia y FeSMC-GALICIA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, como recurso 125/2019, contra los pliegos de la concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carreteras (lotes XG600 a XG743) de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad, expediente 1/2019 DXM.

2. Levantar las suspensiones acordadas en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.