

Recurso 47/2016**Resolución 119/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de mayo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRANSPORTES UREÑA, S.A.** contra la resolución, de 22 de febrero de 2016, de la Viceconsejera de Fomento y Vivienda por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión de servicios públicos, modalidad concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre Jaén–Torredelcampo–Córdoba con Hijuelas (VJA-401)”, promovido por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía (Expte. 2014/000052), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 9 de abril de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 67 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado en igual fecha en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. El 23 de abril de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TRANSPORTES UREÑA, S.A. contra el pliego de condiciones que rige la licitación del contrato. Dicho escrito de interposición dio lugar al procedimiento de recurso 100/2015, que fue desestimado por este Tribunal mediante la Resolución 267/2015, de 23 de julio.

CUARTO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, con fecha 22 de febrero de 2016, se dicta Resolución por la que se adjudica a la empresa LA SEPULVEDANA, S.A. el contrato de gestión de servicios públicos indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante con fecha 4 de marzo de 2016. En cuanto a la remisión a la ahora recurrente, consta en el expediente escrito remitiendo la resolución de adjudicación a la misma, con fecha de registro de salida de 4 de marzo de 2016, pero no se acredita cuando fue efectivamente remitida.

QUINTO. El 21 de marzo de 2016 se presentó en el Registro del órgano de contratación y el 23 de marzo de 2016 en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TRANSPORTES UREÑA, S.A. (en adelante TRANSPORTES UREÑA), contra la citada resolución de adjudicación, de 22 de febrero de 2016.



SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, de 28 de marzo de 2016, reiterado el 4 de abril, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le requiere para que aporte el expediente de contratación, el informe al recurso, las alegaciones a la solicitud de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento instado por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento por parte del órgano de contratación a todo lo solicitado el 4 de abril de 2016.

SÉPTIMO. Vista la solicitud de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación instada por la recurrente y las alegaciones a la misma efectuadas y suscritas por el órgano de contratación en las que solicita el levantamiento de la citada suspensión, este Tribunal en Resolución, de 7 de abril de 2016, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

OCTAVO. Con fecha 7 de abril de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo la entidad LA SEPULVEDANA, S.A. (en adelante LA SEPULVEDANA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de



2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Seguidamente debe analizarse si la recurrente ostenta legitimación, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, para la interposición del presente recurso contra la adjudicación, toda vez que la oferta presentada por la misma ha quedado posicionada en quinto lugar en la clasificación de las ofertas y tal clasificación no la combate en su recurso por lo que no puede resultar adjudicataria de la presente licitación.

En este sentido, al no poder ya resultar la recurrente adjudicataria del contrato, viene siendo doctrina consolidada de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales que la misma no ostenta un interés legítimo para la interposición del recurso, más allá de lo que sería la satisfacción moral de ver estimadas sus pretensiones.

Al respecto, en numerosas resoluciones de este Tribunal (entre las más recientes, la 7/2016, de 20 de enero y la 77/2016, 21 de abril) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso, invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, en la que se señala que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener de una u otra forma la adjudicación.



Al respecto, la empresa recurrente alega que sí ostenta legitimación activa conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del TRLCSP.

Por su parte, el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación no se manifiesta sobre la posible falta de legitimación de la recurrente.

LA SEPULVEDANA, como entidad interesada, manifiesta que la recurrente carece de legitimación para recurrir y ello aboca a la inadmisión del recurso. Alega que habiendo quedado en el quinto -último- lugar la oferta de la ahora recurrente, en el supuesto de que se anulase la actual adjudicación, el contrato se adjudicaría a la oferta valorada en segundo lugar y nunca a la peor oferta.

Pues bien, en el presente recurso la recurrente solicita, en dos de sus motivos, la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación, por lo que es evidente que, si prosperase la pretensión deducida en el recurso, conforme al segundo párrafo del artículo 36.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el órgano de contratación para poder proceder a la adjudicación del contrato deberá convocar una nueva licitación, y es en esa nueva licitación donde la ahora recurrente puede participar conservando sus expectativas de que se le adjudique la licitación.

En consecuencia, la empresa TRANSPORTES UREÑA obtiene un beneficio inmediato con la interposición del recurso, más allá de la pura satisfacción de ver estimada su pretensión. Es por ello que justifica la existencia de un interés legítimo conforme a la doctrina analizada y debe concluirse que posee legitimación activa con arreglo a los términos previstos en el artículo 42 del TRLCSP, debiendo admitirse el recurso por tal motivo.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

El contrato objeto de licitación es un contrato de gestión de servicios públicos, publicándose la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación el 9 de abril de 2015. Al respecto, el artículo 40.1 c) del TRLCSP dispone que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

En el supuesto analizado, estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos con un plazo de duración de diez años según establece el apartado 2.1.2 del pliego de condiciones. En cuanto a los gastos de primer establecimiento, entendidos estos como aquellos gastos e inversiones que el futuro adjudicatario deberá asumir para la puesta en marcha del servicio, nada dice expresamente el pliego sobre su cuantía, si bien su apartado 2.2.2 prevé un número mínimo de diecinueve autobuses para la prestación del servicio, lo que nos permite entender que los gastos de primer establecimiento superarán los 500.000 euros, IVA excluido.



Por tanto, hemos de concluir -en el mismo sentido que se manifestó este Tribunal en su Resolución 267/2015, de 23 de julio-, que se dan los requisitos previstos en el artículo 40 apartados 1.c) y 2.c) para la admisión del recurso especial interpuesto, toda vez que el mismo se formaliza contra la resolución de adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos de duración superior a 5 años y cuyos gastos de primer establecimiento superan la cantidad de 500.000 euros, IVA excluido.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

En el expediente consta escrito del órgano de contratación, de fecha de registro de salida de 4 de marzo de 2016, de remisión de la resolución de adjudicación a la ahora recurrente, pero no se acredita cuando la misma fue efectivamente remitida, por lo que teniendo en cuenta que el recurso se interpuso el 21 de marzo de 2016 en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado, incluso en el supuesto de que la remisión se hubiese realizado el mismo día 4 de marzo de 2016.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se declare:

1º. La nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación, y en consecuencia, del procedimiento de licitación origen de la misma, por quebrantamiento de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, conforme al artículo 24 de la Constitución Española, así como



por haberse dictado dicho acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

2º. La nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación y, en consecuencia, del procedimiento de licitación origen de la misma, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 37 del TRLCSP, al haberse incumplido la obligación del requisito de previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

3º. Subsidiariamente, de no ser tenido en cuenta lo solicitado en los motivos anteriores, se acuerde por el Tribunal la suspensión *sine die* de la resolución de adjudicación del presente contrato, entre tanto no se haya dictado sentencia judicial firme en el proceso ordinario número 65/2016, seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por considerar que su ejecución pudiera vulnerar derechos fundamentales del administrado así como los principios del *periculum in mora* o del *fumus boni iuris*.

En el primer motivo del recurso la recurrente afirma la invalidez de la resolución de adjudicación por indefensión y la vulneración del procedimiento legalmente establecido. Alega la recurrente la concurrencia, al amparo de los datos contenidos en el propio pliego concesional así como en su posterior resolución de adjudicación, de un vicio o defecto de nulidad por vulneración de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La recurrente sustenta tal pretensión en una posible omisión por parte del órgano de contratación en la identificación o determinación de uno de los elementos determinantes en el proceso de contratación como es el "precio estimado del contrato" o en su caso el "modo de cálculo para su determinación", lo que habría llevado a generar una verdadera situación de indefensión, al dificultar y limitar la disposición de información suficiente referente a la



naturaleza y características del mismo, y a partir de la cual poder delimitar la naturaleza y tipología del contrato, así como ocasionar el quebranto de los principios fundamentales que rigen el proceso de contratación, tales como los principios de transparencia, igualdad y concurrencia.

Seguidamente, y para reforzar su alegato, la recurrente transcribe los artículos 22 y 139 del TRLCSP para afirmar que dichos mandatos no se han tenido en cuenta toda vez que la oscuridad observada en el planteamiento de uno de los elementos esenciales del contrato como es el precio, ha soliviantado considerablemente las opciones de todos los licitadores a la hora de determinar sus ofertas, máxime si a ello se añade -tal y como se puso de manifiesto en el recurso formulado en fecha 23 de abril de 2015 por esta parte-, que los valores presentados por el órgano de contratación en nada se asemejan a los datos e informes presentados por la ahora recurrente en cuanto "explotadora" directa del servicio hasta la fecha.

Acto seguido la recurrente transcribe el artículo 87 del TRLCSP relativo al precio de los contratos y parte del contenido del artículo 67.2 del RGLCAP, en concreto los apartados b) y c), relativos a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y al presupuesto base de licitación, para concluir que en el pliego de condiciones objeto del presente procedimiento es manifiesto el oscurantismo y la poca claridad en la delimitación de los elementos definidores del contrato, y en particular respecto al precio estimado del mismo, lo que constituye, según el parecer de la recurrente, causa y/o motivo suficiente para determinar la nulidad del proceso de adjudicación por quebranto de los principios informadores del proceso de contratación a que se ha hecho alusión al comienzo de este fundamento y que consecuentemente traen consigo la indefensión de los licitadores concurrentes, así como el quebranto del procedimiento que legal y reglamentariamente ha sido establecido.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que con respecto al fondo del asunto, lo que en realidad hace la recurrente es realizar



una serie de objeciones al pliego de condiciones, que no serían objeto del presente recurso sino del que pudiera haberse interpuesto en el plazo correspondiente frente al pliego de condiciones, como de hecho hizo la ahora recurrente, no alegando, sin embargo, en aquél lo que ahora viene a alegar en este nuevo recurso.

Al respecto, puntualiza el órgano de contratación, conforme a reiteradísima jurisprudencia, como ese Tribunal ha manifestado en distintas Resoluciones (por todas la 77/2015, de 24 de febrero), los pliegos son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día por este motivo, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

LA SEPULVEDANA, como entidad interesada, se manifiesta en un sentido parecido al órgano de contratación para señalar que no nos encontramos ante el momento procesal pertinente para impugnar dicho pliego de bases, lo que por otro lado ya hizo la recurrente, obteniendo una resolución desestimatoria por parte de ese Tribunal.

Vista las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de este primer alegato del recurso en el que la recurrente solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación, y en consecuencia, del procedimiento de licitación origen de la misma, al entender que es manifiesto el oscurantismo y la poca claridad en la delimitación de los elementos definidores del contrato, y en particular respecto al precio estimado pues, a su juicio, existe una posible omisión por parte del órgano de contratación en la identificación o determinación del "precio estimado del contrato" o en su caso del "modo de cálculo para su determinación".

Pues bien, la recurrente en su *petitum* pretende que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación y de todo el procedimiento de licitación por entender



que las cláusulas del pliego de condiciones que delimitan los elementos definidores del contrato, y en particular las relativas al precio estimado del mismo, son oscuras y poco claras, y ello con motivo de la impugnación, no del citado pliego, sino de otro acto distinto como es el de adjudicación.

Al respecto, este Tribunal ha desarrollado en varias de sus resoluciones una extensa doctrina sobre la impugnación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, al recurrir el acto de adjudicación o el de exclusión, doctrina que se recoge en su Resolución 108/2016, de 20 de mayo, y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. La regla general en estos casos (v.g. resoluciones 39/2015, de 10 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 389/2015, de 17 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril, entre otras muchas) ha sido estimar que los anuncios de licitación, los pliegos o los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, por lo que, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, y teniendo en cuenta que la recurrente no los impugnó en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

Esta regla general admite una serie de excepciones que han de concurrir para poder anular un anuncio de licitación, un pliego o un documento en el que se establezcan las condiciones que deban regir la licitación con motivo de la impugnación de otro acto distinto como la adjudicación o la exclusión. Estas excepciones han sido puestas de manifiesto por este Tribunal en diversas resoluciones (v.g. resoluciones 270/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 342/2015, de 14 de octubre, 45/2016, de 18 de febrero y 72/2016, de 1 de abril, entre otras).

2. Es posible, previa interposición del correspondiente recurso, declarar la



nulidad de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación cuando, con ocasión de la exclusión o de la adjudicación, una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente solo pudo comprender las condiciones de la licitación en el momento en que, tras haber evaluado las ofertas, el órgano de contratación le informó de los motivos de su decisión, siempre que de forma acumulativa se den las siguientes circunstancias:

- Que en la estipulación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que deban regir la licitación concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
- Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 del TRLCSP.
- Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del órgano de contratación a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

3. En todo caso, el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva, por ello, en los supuestos en que exista un vicio de nulidad en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, el Tribunal solo podría apreciar la nulidad de los mismos en la resolución de un recurso contra la adjudicación o contra la exclusión, cuando aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del mismo, sino que se ponga de



manifiesto con posterioridad a lo largo del procedimiento de adjudicación.

Así, en la Resolución 422/2015, de 10 de diciembre, se señaló que *“(...) si la redacción del pliego es clara e indubitada de modo que la ilegalidad del criterio resulta apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas, la invocación de dicha ilegalidad debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.”*

En el mismo sentido, la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, declaró que *“el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).*

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión(...)

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio (...).”

Este mismo criterio es el que, a *sensu contrario*, mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender



las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada sentencia podemos extraer el argumento de que si las condiciones de la licitación están suficientemente claras en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los documentos que deban regir la licitación, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la exclusión o la adjudicación (v.g. resoluciones 239/2015, de 29 de junio y 417/2015, de 10 de diciembre).

Expuesta la doctrina citada, en el presente supuesto la recurrente alega que las cláusulas del pliego de condiciones que delimitan los elementos definidores del contrato, y en particular las relativas al precio estimado del mismo, son oscuras y poco claras.

Pues bien, con independencia del análisis de fondo del alegato de la recurrente, los términos establecidos en el anuncio y en los pliegos que rigen la licitación son claros e indubitados, de tal forma que la recurrente pudo comprender las condiciones y estipulaciones contenidas en los mismos respecto de los elementos definidores del contrato, y en particular las relativas al precio estimado del mismo, sin tener que esperar a ningún acto posterior.

A mayor abundamiento, la recurrente presentó, el 23 de abril de 2015, escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de condiciones que rige la licitación del contrato. En uno de los motivos del citado recurso la recurrente denuncia que en el proyecto no aparece el número total de viajeros/kilómetros de la concesión, dato muy importante para el cálculo de la tarifa kilométrica, y que solo aparece una estimación a partir de datos del Ministerio de Fomento, cuando la Dirección General de Movilidad tiene los datos exactos presentados por la propia empresa que ahora recurre. Dicho motivo del



recurso fue desestimado por este Tribunal, en la citada Resolución 267/2015, argumentando que *“no acreditándose por el recurrente error en el número total estimado de viajeros-kms que se refleja en el proyecto y siendo razonable el cálculo realizado por el órgano de contratación a partir de los datos facilitados por la propia empresa recurrente que es la actual concesionaria del servicio, hemos de desestimar este primer alegato del recurso”*.

Pues bien, pudo la recurrente, con ocasión del recurso interpuesto el 23 de abril de 2015, haber impugnado las cláusulas del pliego de condiciones que delimitan los elementos definidores del contrato, y en particular las relativas al precio estimado del mismo, si las consideraba oscuras y poco claras, pero no lo hizo; solo después de comprobar que no es adjudicataria y por el mero hecho de no haberlo sido, sin esgrimir ningún argumento contra la valoración de las ofertas ni contra la propia adjudicación, decide impugnar los pliegos, pretendiendo que se anule la adjudicación y el procedimiento de licitación.

En efecto, la recurrente presentó oferta a la licitación y fue admitida por ello y valorada su propuesta por el órgano de contratación, lo que evidencia el conocimiento del contenido y alcance que la recurrente tenía de la licitación, máxime cuando según manifiesta es la actual concesionaria del servicio, sin que haya tenido que esperar a la valoración de las ofertas y a la clasificación de las mismas para poder invocar la posible ilegalidad que ahora en el acto de adjudicación alega, por lo que al haber transcurrido el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, estos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inatacable.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el segundo motivo del recurso la recurrente solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación, y en consecuencia del procedimiento de licitación origen de la misma, por vulneración de lo



dispuesto en el artículo 37 del TRLCSP, al haberse incumplido la obligación del requisito de previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Alega la recurrente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo, todos los contratos públicos de transporte de viajeros que se suscriban en el marco del territorio europeo, deberán ser objeto de previo anuncio mediante publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Dicho mandato, puntualiza la recurrente, de aplicación directa por cada uno de los Estados miembros por estar regulado mediante Reglamento comunitario, vinculará a todas aquellas autoridades públicas que, con competencia para ello, pretendan llevar a cabo la apertura de un proceso de contratación pública de transporte de viajeros por carretera, ya sea en el ámbito nacional, autonómico y/o local. Frente a esta regla general, el legislador comunitario únicamente aprecia una excepción, y será en aquellos casos en los que el contrato anualmente no supere los 50.000 kms de servicios públicos, en cuyo caso dicha publicación tendrá un carácter netamente voluntario. No se cumple, sin embargo, dicha excepción en esta ocasión pues, a partir de la información recogida en los propios pliegos para la explotación del servicio, se prevé que el recorrido anual estimado para dicho contrato alcance 1.587.153 kilómetros totales.

Advierte la recurrente que pudiera considerarse no obstante lo anterior que la justificación a dicha omisión de publicidad vendría dada por considerar que el contrato no se encuentra sujeto a regulación armonizada. Sin embargo -afirma la recurrente-, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, se considera que los contratos de



gestión de servicio público -calificación recogida en el presente contrato- se integran dentro del contrato de concesión administrativa, y mas concretamente en este caso particular dada la tipología del mismo, dentro del contrato de concesión de servicios.

Así las cosas -continúa la recurrente- y tomando como referencia lo dispuesto en los artículos 13.1, 16.1 y 88 del TRLCSP es posible concluir lo siguiente: por una parte, que los contratos de transporte terrestre de viajeros se incluirían dentro de la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP, por tanto el contrato objeto del presente recurso se incluye en el mismo, y por otra parte que, el precio estimado del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del TRLCSP, es superior a las cantidades a que se refiere el artículo 16.1 del citado texto refundido. Por tanto, tomando como referencia la información recogida a partir de la resolución de adjudicación es posible afirmar sin ninguna sombra de duda que el valor estimado del contrato supera y mucho, el límite cuantitativo dispuesto por el legislador en el citado artículo 16.1 que permite determinar su naturaleza como contrato de regulación armonizada.

A razón de lo manifestado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del TRLCSP, alega la recurrente que la omisión de dicha publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea determina de manera *ipso iure* la nulidad del procedimiento de adjudicación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que como se puede comprobar en el expediente contratación, el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, a los efectos previstos en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, se efectuó el 6 de mayo de 2011 (DO/S S88 06/05/2011 143356-2011-ES), por lo que no procede mayor detenimiento en este argumento ya que debe haberse tratado de un error por parte de la recurrente.

Por otra parte, el órgano de contratación manifiesta que, en cuanto a que el presente contrato está o no sujeto a regulación armonizada, se remite a la



cláusula 3.7 “Recursos” del pliego de condiciones, en la que se manifiesta con claridad absoluta que este contrato no está sujeto a regulación armonizada.

LA SEPULVEDANA, como entidad interesada, señala que la recurrente incurre en el mismo defecto que en el alegato precedente, ya que la supuesta falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea solo puede ser recurrida en el momento de la convocatoria, y no en la finalización del procedimiento con la resolución de adjudicación.

Por lo demás, añade la entidad interesada, ha de significarse que en contra de lo invocado por la recurrente, la Directiva 2014/23/UE, a tenor de lo establecido en artículo 10.3, no es de aplicación a la clase de contratos que nos ocupa, y por otro lado, los efectos directos de la misma no se inician (por falta de transposición del ordenamiento jurídico interno) hasta el 18 de abril de 2016.

Vista las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de este segundo alegato del recurso en el que la recurrente solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación, y en consecuencia del procedimiento de licitación origen de la misma, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 37 del TRLCSP, al haberse incumplido la obligación del requisito de previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Pues bien, la recurrente ejerce la pretensión expuesta con motivo de la impugnación, no del citado pliego, sino de otro acto distinto como es el de adjudicación.

Por tanto, este segundo alegato es sustancialmente idéntico al primero pues en ambos casos se impugnan los anuncios de licitación, los pliegos o los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, al recurrir el acto de adjudicación.

Así pues, se han de dar por reproducidos en este segundo alegato todos los



argumentos esgrimidos por este Tribunal en aquel primer motivo del recurso.

En efecto, la recurrente presentó oferta a la licitación y fue admitida por ello y valorada su propuesta por el órgano de contratación, lo que evidencia el conocimiento del contenido y alcance que la recurrente tenía de la licitación, sin que haya tenido que esperar a la valoración de las ofertas y la clasificación de las mismas para poder invocar la posible ilegalidad que ahora en el acto de adjudicación alega, por lo que al haber transcurrido el plazo de impugnación establecido en la ley para el anuncio y los pliegos, estos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inatacable.

Por otro lado, y como consta en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, la publicación exigida por el artículo 7.2 del citado Reglamento (CE) 1370/2007, se efectuó el 6 de mayo de 2011, circunstancia además que se recoge de forma clara e indubitada en la publicación de la presente licitación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 67, de 9 de abril de 2015, que en su apartado 10 “Otras informaciones” establece lo siguiente: *“La publicación referida en el artículo 7.2 del Reglamento CE núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, se hizo con fecha 6.5.2011. E-Sevilla: servicios de transporte por carretera, 2011/S 88-143356”*.

Por último, la recurrente invoca la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Febrero de 2014, para fundamentar su alegato de que el presente contrato está sujeto a regulación armonizada y por tanto de necesaria publicación su convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Al respecto es necesario aclarar, por un lado, que la recurrente parte de la citada directiva, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, por lo que entiende que el contrato es de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, y por otro lado, argumenta su alegato fundamentándolo en los artículos 13.1 y 16.1 del TRLCSP, el primero de ellos relativo a los contratos sujetos a regulación armonizada, entre los que no se encuentra el de gestión de



servicios públicos y el segundo relativo a los umbrales comunitarios en los contratos de servicios, lo que evidencia una clara contradicción pues partiendo de una disposición que regula los contratos de concesión, concluye fundando su alegato en una norma que regula otro tipo de contratos como es en este caso el de servicios, lo que a todas luces es un dislate jurídico.

En todo caso, en el fundamento de derecho tercero de esta resolución se califica el presente contrato como de gestión de servicios públicos -circunstancia que ya se puso de manifiesto por este Tribunal en su citada Resolución 267/2015, de 23 de julio-. Además, y como se ha mencionado anteriormente, el artículo 13.1 del TRLCSP, que delimita los contratos sujetos a regulación armonizada, no lo incluye en su ámbito de aplicación. Igualmente, como ha señalado el órgano de contratación, en la cláusula 3.7 “Recursos” del pliego de condiciones se recoge que este contrato no está sujeto a regulación armonizada.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este segundo motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el tercero y último de los motivos del recurso la recurrente solicita que, subsidiariamente, de no ser tenido en cuenta lo solicitado en los motivos anteriores, se acuerde por el Tribunal la suspensión *sine die* de la resolución de adjudicación del presente contrato, entre tanto no se haya dictado sentencia judicial firme en el proceso ordinario número 65/2016, celebrado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por considerar que su ejecución pudiera vulnerar derechos fundamentales del administrado así como los principios del *periculum in mora* o del *fumus boni iuris*.

Dado que los dos motivos anteriores del recurso han sido desestimados procede, pues, entrar a conocer de este tercer alegato de la recurrente. Para probar la existencia del citado recurso contencioso-administrativo, la recurrente aporta con su escrito de impugnación copia del mismo, el cual fue interpuesto el 5 de junio de 2015 por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTES



DE VIAJEROS (ASINTRA).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de contratación hasta que se resuelva un recurso presentado contra los pliegos ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) por otro de los licitadores. Es decir, pretende un pronunciamiento de este Tribunal por el que se demore la eficacia de la resolución impugnada hasta la sentencia que se dicte en el proceso contencioso-administrativo.

Asimismo, continúa el órgano de contratación, es llamativo el hecho de que la recurrente no haya acudido a la justicia contencioso-administrativa, cosa que podría haber hecho, y haya optado por acudir a ese Tribunal Administrativo, pretendiendo condicionar el mantenimiento de la suspensión a la decisión del TSJA.

Pudiera parecer, concluye el órgano de contratación, que TRANSPORTES UREÑA acude a ese Tribunal para obtener el beneficio de la rapidez o inmediatez de la suspensión pero sin embargo pretende beneficiarse de plazos más largos aludiendo al TSJA. Además, puntualiza el órgano de contratación, el recurso interpuesto ante el TSJA es contra el pliego, que ya fue recurrido en su día ante ese Tribunal por la recurrente, siendo desestimado en todos sus puntos, mientras que el presente recurso es contra la adjudicación.

LA SEPULVEDANA, como entidad interesada, señala que la recurrente lo que realmente pretende con esta clase de peticiones -insólitas e improcedentes en derecho- es continuar prestando el servicio que por la resolución que recurre le ha sido adjudicado a LA SEPULVEDANA. Así, la recurrente interpone el presente recurso con el único ánimo de retrasar el inicio de la prestación licitada, continuando así la recurrente haciendo el servicio por una serie de meses más, con el consiguiente beneficio económico, lo que habida cuenta de la ausencia de fundamentos de tales impugnaciones, conlleva que ese Tribunal deba declarar la existencia de temeridad y mala fe.



Vista las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de este tercer alegato del recurso en el que la recurrente solicita la suspensión *sine die* de la resolución de adjudicación del presente contrato, entre tanto no se haya dictado sentencia judicial firme en el proceso ordinario número 65/2016, celebrado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Sorprende a este Tribunal, cuanto menos, este alegato de la recurrente pues el recurso especial en materia de contratación es un recurso regulado en el TRLCSP -artículos 40 a 49- absolutamente independiente del recurso contencioso-administrativo regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el recurso especial en materia de contratación, el artículo 45 del TRLCSP, establece la suspensión automática del expediente de contratación cuando el acto impugnado sea la resolución de adjudicación, como ocurre en el presente supuesto. Su tenor literal es el siguiente: *“Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.”*

Asimismo, el artículo 46.3 del citado Texto Refundido establece que el órgano encargado de resolver el recurso, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del mismo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 45, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. En el presente supuesto este Tribunal acordó en resolución, de 7 de abril de 2016, el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución, hasta la resolución del recurso.

Una vez finalizado el procedimiento de recurso especial en materia de contratación por este Tribunal, se procede por medio de la presente a dictar



resolución conforme el mandato previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP que obliga a este órgano, una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de prueba, en su caso, a resolver el recurso.

Dicha resolución del recurso deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, como es el caso, y todo ello conforme exige el artículo 47.4 del TRLCSP que es claro, concreto e indubitado al afirmar que *“La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera”*. Siendo su aplicación por este Tribunal de obligado cumplimiento y no de libre disposición como pretende la recurrente.

Procede, pues, la desestimación de este tercer y último motivo del recurso.

OCTAVO. El examen del recurso, que ha sido desestimado en la presente resolución con base en las consideraciones realizadas en los anteriores fundamentos de derecho, lleva a este Tribunal a apreciar la existencia de mala fe en su interposición, toda vez que la recurrente no ataca sustantivamente la adjudicación, es decir, no combate que su oferta y/o la oferta adjudicataria hayan sido valoradas incorrectamente -una por defecto y otra por exceso-, lo que nos lleva a concluir que considera válida la adjudicación del contrato a otra entidad licitadora, pretendiendo no obstante su anulación y la de todo el proceso de licitación por la exclusiva razón de que su oferta no ha sido la seleccionada.

Al respecto, en los dos primeros motivos del recurso se cuestionan por la recurrente aspectos del pliego de condiciones, tales como que las cláusulas del mismo que delimitan los elementos definidores del contrato, y en particular las relativas al precio estimado del mismo, son oscuras y poco claras y que se ha



incumplido la obligación del requisito de previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Pues bien, la recurrente no impugno con ocasión de la publicación de los pliegos los aspectos que ahora impugna, sino que presentó oferta a la licitación y fue admitida por ello y valorada su propuesta por el órgano de contratación, lo que evidencia el conocimiento del contenido y alcance que la recurrente tenía de la licitación, máxime cuando según manifiesta es la actual contratista del servicio, sin que haya tenido que esperar a la valoración de las ofertas y la clasificación de las mismas para poder invocar la posible ilegalidad que ahora en el acto de adjudicación alega.

Además en cuanto a la falta de previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, como se ha expuesto más arriba, la publicación exigida por el artículo 7.2 del citado Reglamento (CE) 1370/2007, se efectuó el 6 de mayo de 2011, circunstancia además que se recoge de forma clara e indubitada en la publicación de la presente licitación en el apartado 10 del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 67, de 9 de abril de 2015.

Por último, el alegato de la recurrente de suspensión *sine die* de la resolución de adjudicación del presente contrato, entre tanto no se haya dictado sentencia judicial firme en el proceso ordinario número 65/2016, celebrado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, carece de las más mínima fundamentación fáctica y jurídica y evidencia que con dicho actuar la recurrente solo busca paralizar la actividad de la Administración en su propio beneficio, pues la misma es hasta la fecha la actual concesionaria del servicio.

Este proceder evidencia absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.5 del TRLCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa por importe de 3.000 euros.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRANSPORTES UREÑA, S.A.** contra la resolución, de 22 de febrero de 2016, de la Viceconsejera de Fomento y Vivienda por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión de servicios públicos, modalidad concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre Jaén–Torredelcampo–Córdoba con Hijuelas (VJA-401)”, promovido por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía (Expte. 2014/000052).

SEGUNDO. Imponer a TRANSPORTES UREÑA, S.A. una multa de 3.000 euros, por apreciar mala fe en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 7 de abril de 2016.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1



de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

