



Erref / Ref: Recurso Especial Autocares del Zadorra, S.L. contra el anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliegos de condiciones del proceso de gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-01Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango. (Expediente nº 18/C-6).

Esp Zenb / N° exp: 2018/2- RE

RESOLUCION Nº 3/2018

En Vitoria-Gasteiz, a 31 de mayo de 2018

“El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. José Ignacio Barredo Tobalina, en representación de la mercantil “AUTOCARES DEL ZADORRA, S.L” contra el anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliegos de condiciones publicados en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava el 21 de febrero de 2018, relativo al proceso de gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el territorio histórico de Álava. C-01- Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango (expediente nº 18/C-6).

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “AUTOCARES DEL ZADORRA, S.L” y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA (en adelante DFA), siendo el órgano de contratación el Departamento de Infraestructuras Viarias y Movilidad y el tramitador del expediente de contratación el Servicio de Movilidad y Transportes (OC).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 68/2018, de 13 de febrero, se aprueba la gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-01- Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango, para un periodo de diez años, con un coste estimado de 9.736.814,00 €, unos ingresos estimados de 7.010.595,10 euros y, una compensación estimada máxima del contrato de 2.726.218,90 €.

SEGUNDO.- El 15 de marzo de 2018 tiene entrada en el registro de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales (en adelante OAFRC) el escrito de recurso interpuesto por D. José Ignacio Barredo Tobalina, en representación de “Autocares del Zadorra, S.L.”, contra el anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliego de



condiciones publicados en el BOTHA de 21 de febrero de 2018 , relativo al proceso de gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Alava, C-01- Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango (expediente 18/C-6).

El recurso señala como cuestión previa la indebida calificación del contrato como “gestión de servicio público” y se funda en los siguientes argumentos:

1. Nulidad de la Resolución por falta de publicación del Anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión europea.
2. Incumplimiento del deber de información en lo que a subrogación del personal se refiere.
3. Los pliegos recurridos son contrarios a derecho por establecer como criterios de adjudicación posibles certificaciones de calidad en la prestación de los servicios.
4. Los pliegos recurridos son contrarios a derecho por incurrir en errores no susceptibles de subsanación. En particular, contradicciones en la identificación de zonas de tráfico y paradas, contradicción en cuanto al número de plazas PMR disponibles necesarias para la prestación del servicio, indeterminación y ambigüedad sobre la asignación de puntuación en lo que a criterios no evaluables mediante fórmulas se refiere, contradicciones en los datos arrojados sobre el volumen actual de demanda de pasajeros.

En base a estos motivos expuestos sucintamente, la recurrente solicita la nulidad de la resolución recurrida y, como medida provisional, la suspensión cautelar del proceso de licitación.

TERCERO.- En cumplimiento del artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el 21 de marzo de 2018 se remitió al OC copia del recurso especial, reclamando el expediente de contratación junto con el informe correspondiente.

CUARTO.- Con fecha 26 de marzo de 2018 se recibe en este OAFRC el informe emitido por el OC en el que sostiene la calificación jurídica del contrato como “gestión de servicios públicos” y señala que al estar el contrato objeto de recurso expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, no está sujeto al recurso especial en materia de contratación por lo que se propone su inadmisión por falta de competencia revisora de este OAFRC.

QUINTO.- El plazo de presentación de solicitudes finalizó el día 11 de abril de 2018, habiéndose presentado las siguientes empresas: “Autobuses Cuadra, S.A.”, “Autobuses La Unión, S.A.” y “Ute Sercobus y Angel Herrera”.

SEXTO. – Con fecha 7 de mayo de 2018 se recibe en este OAFRC escrito de Dña. Estibaliz Ruiz de Eguino Gamarra Mayor, vocal del Órgano, de abstención en este recurso por haber desempeñado el cargo de Vocal de la Mesa de Contratación del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso el anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliegos de condiciones publicados en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Alava el 21 de febrero de 2018, relativo al proceso de gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el territorio histórico de Alava. C-01- Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, corresponde a este OAFRC el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte, entre otros, la Diputación Foral de Álava.

TERCERO.- Se ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP sobre la obligación de anunciar previamente la interposición de recurso mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo.

CUARTO.- El recurso se ha interpuesto en forma y dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

QUINTO.- Especial examen merece el de la procedencia del recurso a la vista de la cuestión previa manifestada por la recurrente referida a la indebida calificación del contrato como “gestión de servicio público”, que considera como un contrato de servicio y de las alegaciones del OC que sostiene que se trata de una concesión de servicio, siendo la calificación jurídica del contrato una cuestión determinante de la admisibilidad del presente recurso.

El artículo 5.1.b) de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 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 adjudicadoras 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 de contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”, siendo esencial “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación” de dicho servicio, “abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”, conceptos que el Considerando 20 de la Directiva identifica con el riesgo vinculado a la demanda real de los servicios (riesgo de demanda) y con el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (riesgo de suministro).

La Directiva vincula el concepto de contrato de concesión de servicios a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios, siendo elemento diferenciador de los contratos de servicio y los de gestión de servicio público la concurrencia o no del riesgo operativo en el servicio, tal y como se describe en el mismo artículo: “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”.



Esta exposición a las incertidumbres del mercado consiste principalmente en un riesgo de demanda vinculado a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato por parte de los usuarios (Considerando 20).

Añade la Directiva que el “hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión” (Considerando 19), pero no nos encontramos ante una verdadera concesión “si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato” (Considerando 18).

Como ha quedado transcrito, la Directiva no exige la transferencia o la asunción *del* riesgo operacional, sino de *un* riesgo operacional, lo que quiere decir que la transferencia puede ser limitada y que la concesión no resulta gratuita para la Administración al no conllevar una transferencia total del riesgo, siendo imprescindible que el concesionario corra algún riesgo económico.

A sensu contrario, cuando no se transfiere el riesgo operacional no se está ante una concesión, sino ante un contrato de servicios, así en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10.3.2011 (asunto C-274/09), “ la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios” (FJ 26).

Expuestas estas consideraciones, corresponde a este Órgano determinar si el contrato de que se trata debe ser calificado de concesión de servicios o de contrato público de servicios, teniendo en cuenta las características del contrato.

A tal efecto, en el contrato figura en la cláusula 28 del PCAP la asunción por el concesionario del riesgo operacional de demanda, constituyendo un elemento de riesgo de la operación las variaciones de demanda que podrán ser compensadas como máximo por el importe ofertado, atendiendo al “Régimen económico del contrato” contenido en el Título III del PPT:

“27. Ingresos del Servicio

1. La retribución a percibir por la empresa adjudicataria consistirá en los ingresos derivados de la venta de billetes a los usuarios
2. Ahora bien, como el cómputo total de los ingresos derivados del servicio por la aplicación de la tarifa de usuario (ITU), se estiman menores que el coste del servicio (CS), la Diputación Foral de Álava otorgará una Compensación del Déficit (CD) limitada en su importe, de la forma que más adelante se detalla.
3. El presente pliego no considera la percepción de ingresos complementarios distintos a los de tarifa usuario y la compensación por viaje. No obstante, si a lo largo del período de la concesión, la Diputación Foral de Álava determina y autoriza el desarrollo de actividades complementarias en el marco de la concesión (por ejemplo, publicidad), éstas serán objeto de regulación por la Diputación Foral de Álava

(...)

28. Coste del Servicio (CS)



1. El Coste del Servicio (CS) se define como el producto de los Kilómetros de Servicio (KS) efectivamente realizados por el Precio por Kilómetro de Servicio (PPK).

(...)

29. Compensación por déficit (CD)

1. En el caso de que el cómputo total de los ingresos derivados del servicio (IS) sean menores que el Coste del Servicio (CS), la Diputación Foral de Álava otorgará una Compensación por Déficit (CD), igual a esa diferencia.

$$CD = (CS - IS)$$

2. La Compensación por Déficit no podrá superar un máximo (CDMax) que será indicado por el contratista adjudicatario en su oferta. Este importe se prorrateará proporcionalmente cuando se aplique a ejercicios incompletos.
3. El valor de la Compensación por Viaje Máxima (CDMax) se actualizará según se especifica en la cláusula 20.2 Revisión de precios. “

Por su parte, en el Anexo VII del PPT “Memoria Económica” se señala que “el contrato objeto de la presente memoria económica se configura jurídica y administrativamente como una concesión de servicios. La sociedad concesionaria será quien se encargue, a riesgo y ventura, de la operación, mantenimiento e inversión del servicio en base a los parámetros fijados en los pliegos. Asume completamente el riesgo de demanda y debe aplicar las tarifas establecidas por estos pliegos y las mejoras incluidas en su oferta, con los descuentos contemplados en ambos”.

Y el apartado 5.2 de este Anexo refleja el Balance Económico de la concesión deducido de la estimación de ingresos y costes que arroja un resultado negativo (déficit) de 272.621,89 euros, observándose en el cuadro de los datos del período de recuperación que no se llega a compensar en los 10 años de duración prevista del contrato.

Esto es, teniendo en cuenta que la compensación máxima nunca podrá superar el importe ofertado por la empresa que resulte adjudicataria, lo que supone un riesgo de demanda, y que según los datos de la licitación no se garantiza la cobertura de la totalidad de los costes soportados en el plazo de duración del contrato, se puede deducir la asunción del riesgo por parte del contratista toda vez que el sistema de compensación no le asegura la cobertura total del déficit.

Por ello, se aprecia que existe un riesgo operacional de suficiente entidad que permite calificar el contrato como de gestión de servicio público porque las prestaciones objeto del contrato, tal y como se recogen en los pliegos, suponen la asunción por parte del concesionario de un riesgo de explotación que no queda cubierto por las cantidades que puedan llegar a ser pagadas por la Administración en compensación del déficit.

Esta es la postura de este Órgano, coincidente con la del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 7/2018, de 16 de enero de 2018, que por su analogía con la del presente recurso se transcribe parcialmente a continuación:

“Consecuentemente, resulta necesario calificar el contrato para determinar si nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios, en cuyo caso quedaría excluido de la aplicación de la Directiva 2014/23, de concesiones, y consiguientemente del recurso especial, dada la identidad entre el ámbito objetivo de una y otro, y se regiría por las disposiciones del Reglamento



1370/2007 o, ante un contrato público de servicios, en cuyo caso estaría sujeto al recurso especial en materia de contratación en virtud del artículo 40.1 a) del TRLCSP.

Resulta sobradamente conocido que la diferencia entre un contrato público de servicios y un contrato de concesión de servicios, que pueden tener un objeto contractual idéntico, radica en la contrapartida de la prestación del servicio; en el primero es un precio, mientras que en el segundo, la contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (art. 5.1.b) de la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión). 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 (el riesgo de demanda, el de suministro o ambos) 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 18 de la Directiva 2014/23).

Debido a ello, procede analizar cual es el modo de remuneración de la prestación del servicio, que en los pliegos cuya adjudicación se impugna se desarrolla en la cláusula 7 del Pliego de condiciones económico administrativas (en adelante PCEA) y cuyas cláusulas más relevantes para la resolución de la cuestión planteada se reproducen a continuación:

7.- CONDICIONES ECONÓMICAS DEL SERVICIO

(...)

7.1.- Régimen tarifario y retribución de la empresa concesionaria.

(...)

La empresa concesionaria percibirá como retribución el importe de las tarifas que satisfagan los usuarios del servido y su cuantía podrá ser o no inferior al coste del servicio, según aconsejen las circunstancias sociales y económicas relevantes para su prestación.

En el caso de que el cómputo total de los ingresos derivados de las tarifas sea menor al coste del servicio, el Ayuntamiento de Irun compensará la diferencia tal y como queda definido en el apartado 3º de la presente clausula, con la modificación al término de la anualidad (en positivo o en negativo) por una cantidad en concepto de incentivos y penalizaciones por la gestión (Gv) que se define en el apartado 7º de la presente clausula

(...)

7.3.- Compensación.

El Ayuntamiento de Irún participará en la financiación de los costes derivados del servicio como compensación por las obligaciones de servicio público impuestas y no cubiertas por los ingresos generados, en los términos y con los límites definidos en el presente Pliego de Condiciones.

La compensación por la obligación de servicio público prestada se liquidará de la siguiente forma: Dentro de los 15 primeros días de cada mes natural, la empresa concesionaria comunicará los kilómetros realizados, el número de usuarios por línea y título de transporte y cuantos datos se estimen necesarios para el correcto cálculo de la liquidación mensual en función del precio kilómetro diurno/nocturno ofertado, relativos todos ellos al mes natural inmediatamente anterior. De este resultado se deducirán los ingresos netos correspondientes a



las tarifas abonadas por los usuarios durante dicho periodo (tanto en metálico como por la utilización de las tarjetas integradas en el sistema Mugi).

El importe que resulte de esta preliquidación se abonará al concesionario o se reintegrará a este Ayuntamiento.

(...)

Tal y como se desprende de las cláusulas transcritas, el concesionario percibirá las tarifas abonadas por los usuarios, cuya cuantía podrá ser o no inferior al coste de prestación del servicio. Mensualmente, se realizará una preliquidación en la que el número de kilómetros realizados se multiplicará por el precio kilómetro diurno/nocturno ofertado. De este resultado se deducirán los ingresos netos (cláusula 7.3 del PCEA) y el importe que resulte de esta preliquidación se abonará al concesionario o se reintegrará al Ayuntamiento. Posteriormente, a la conclusión del ejercicio, se realizará la liquidación anual (cláusula 7.7 del PCEA) en función de una fórmula que relaciona el número mínimo de viajeros comprometidos por el concesionario en su oferta y el número real de viajeros. Conforme a esta fórmula, se efectúa un reparto del riesgo entre la concesionaria y el poder adjudicador en la que la primera siempre asume una parte de él. No se observa de las citadas cláusulas que el poder adjudicador garantice la cobertura íntegra de los costes soportados por la concesionaria en el marco de la gestión de sus actividades, más bien ésta siempre asumirá parte del riesgo de los costes en los que incurra al vincular el contrato éstos a la incertidumbre de la demanda de los usuarios. De todo ello, cabe concluir que, aunque limitada, existe una exposición real a las incertidumbres del mercado, lo cual no impide que el contrato se considere una concesión (Considerando 19 de la Directiva 2014/23).

El que la naturaleza del contrato sea la de concesión de servicio público de transporte de viajeros por carretera en autobús conlleva que se sujete al Reglamento 1370/2007. Los contratos sujetos a este Reglamento se hallan excluidos del ámbito de la Directiva 2014/23 en virtud de lo dispuesto en su art. 10.3 y, por consiguiente, también de la Directiva 1989/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66. Consecuentemente, el contrato que nos ocupa no está sujeto al recurso especial en materia de contratación sino a los procedimientos ordinarios de revisión de actos y decisiones en vía administrativa (ver, en este sentido la Resolución 738/2017, del TACRC), debiéndose tramitar y resolver el recurso por el poder adjudicador conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”

Para finalizar, añadir que la Resolución 738/2017, de 5 de septiembre, del TACRC, aborda la calificación jurídica de un contrato similar -contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera-, llegando a la misma conclusión que este OAFRC.

SIXTO.- Por último, dada la posibilidad de calificación del recurso contemplada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, procede remitir el escrito de recurso al OC al objeto de que determine su posible tramitación como recurso administrativo, conforme al régimen de recursos previsto en la cláusula 21 del PCAP.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación, este OAFRC emite la siguiente



RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Inadmitir, por falta de competencia, el recurso especial presentado por D. José Ignacio Barredo Tobalina, en representación de “Autocares del Zadorra, S.L.” contra el anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliego de condiciones publicados en el BOTHA de 21 de febrero de 2018, relativo al proceso de gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano de uso general de viajeros por carretera en el territorio histórico de Alava, C-01- Miranda-Vitoria-Gasteiz-Durango, sin que proceda pronunciamiento alguno en relación con la suspensión solicitada.

SEGUNDO.- Remitir el recurso al poder adjudicador para su posible tramitación conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.