



Erref / Ref: Recurso Especial LA VELOZ SANGÜESINA, S.L. contra Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 659/2021, de 2 de noviembre, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Anexos, Pliego de Bases Técnicas, Cuadro de Características Técnicas y Anexos.

Esp Zenb / N° exp: 2021/6- RE

RESOLUCION N° 1/2022

En Vitoria-Gasteiz, a 21 de enero de 2022.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Juan Carlos Salbalza Elarre, en representación de la mercantil “LA VELOZ SANGÜESINA, S.L.”, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Álava 659/2021, de 2 de noviembre, por la que se aprueba la licitación de la “concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus Anexos, el Cuadro de Características y el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “LA VELOZ SANGÜESINA, S.L.”; y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Acuerdo 659/2021, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno Foral, aprobó la contratación de la “concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”, con un plazo de 10 años y un presupuesto de 21.498.471,74 € (IVA incluido) y su expediente de contratación por procedimiento abierto.

Este expediente de contratación comprende el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus anexos, el Cuadro de Características, así como el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus anexos.



SEGUNDO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 7 de diciembre de 2021, habiéndose presentado las siguientes empresas: “Autobuses Cuadra, S.A.”, “Autobuses La Unión, S.A.”, “UTE Arriaga-Interbus”, “Avanza Movilidad Integral, S.L.” y “Vigo Barcelona, S.A.”

TERCERO.- El 25 de noviembre de 2021 tiene entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Álava escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por “LA VELOZ SANGÜESINA, S.L.” contra (i) el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Álava 659/2021, de 2 de noviembre, por la que se aprueba la licitación de la “Concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”, (ii) el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus Anexos, Cuadro de Características y el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

Fundamenta el recurso en las siguientes alegaciones:

- nulidad de pleno derecho al amparo de lo previsto en el art. 47.1 d) de la Ley 39/2015, por incumplimiento del artículo 88.2 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, porque en la licitación de la concesión C-03 no ha sido tramitada la elaboración de un anteproyecto y consiguiente apertura de un periodo de información pública. Para su acreditación acompaña como doc. nº 1 dictamen pericial, relativo al procedimiento de licitación, emitido el 25 de noviembre de 2021, por D. Javier Sánchez Romero, Ingeniero Técnico de Obras Públicas, colegiado nº 16583 de la Asociación Nacional de Peritos Judiciales.

- infracción del artículo 129.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dado que el plazo contractual de la concesión (10 años) supera el tiempo para que el concesionario recupere las inversiones realizadas junto con un rendimiento sobre el capital invertido.

- infracción del principio de igualdad, al constar como criterios de adjudicación la posesión o el compromiso de obtención de determinados certificados de calidad UNE EN ISO 13816, UNE EN ISO 39001, UNE EN ISO 50001 o CSEEA, cuestionando su vinculación con el objeto del contrato y criticando la distribución de puntos establecida para este criterio de valoración en el punto 6 del apdo. M del Cuadro de Características.

Solicita se anule y dejar sin efecto el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Álava 659/2021, de 2 de noviembre y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus Anexos, Cuadro de Características y el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

CUARTO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, fue solicitado al órgano de contratación el traslado del expediente y el informe correspondiente, en el que se opone al recurso en base a las fundamentaciones técnicas y jurídicas que constan en el mismo en el que refiere, “in fine”, la falta de legitimación de la mercantil recurrente.

QUINTO.- Previo traslado del recurso formulado a las licitadoras del contrato, con fecha 21 de diciembre de 2021 tiene entrada escrito de la representación de la mercantil AUTOBUSES CUADRA, S.A. por el que se opone a todas las pretensiones sustanciadas por la recurrente en base a la falta de legitimación de la empresa recurrente, falta de jurisdicción de este Órgano para revisar la licitación por no ser la vía procedimental adecuada, adecuación a derecho de la duración de la concesión, adecuación de la inclusión de los certificados de calidad y nulo valor probatorio del informe aportado con el recurso.



Solicita: (i) se inadmita el recurso especial por falta de legitimación (ii) subsidiariamente, a) respecto de la alegación primera se inadmita o subsidiariamente, se desestima b) respecto de las alegaciones segunda y tercera, se desestimen (iii) condena a la recurrente a una multa por mala fe y temeridad en la interposición del recurso especial.

En dicha fecha también tiene entrada escrito de la representación de la mercantil AUTOBUSES LA UNION, S.A. por el que pone de manifiesto la preocupación por la inseguridad jurídica que la interposición del recurso provoca a los operadores de transporte que han tomado parte en la licitación que se impugna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso la aprobación de la licitación de la “concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus Anexos, el Cuadro de Características y el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

Tratándose de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado asciende a 21.498.471,74 € (IVA incluido), se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 44 de la LCSP para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En concreto, según el artículo 44.1.c) de la LCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a las concesiones de servicios cuyo valor estimado sea superior a los tres millones de euros. Y son actos recurribles, entre otros, “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” (art. 44.2. a).

SEGUNDO.- El recurso se ha interpuesto en forma y dentro del plazo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

TERCERO.- La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias, establece que “corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”

CUARTO.- Sobre la legitimación para recurrir de la que carece la recurrente según la administración contratante y CUADRA, hemos de partir de que el concepto de legitimación recogido en el artículo 48 de la LCSP “podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso”, es amplio pero no universal.



Como señalamos en nuestra Resolución 14/2019, de 24 de julio, <<para precisar el alcance del “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores, como es el caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

Existe consolidada jurisprudencia (por todas, en SSTs de 27 de enero de 1998 y de 11 de febrero de 2003) y doctrina (Resoluciones del TCRC 279/2012, de 5 de diciembre; 269/2013, de 10 de julio; 162/2013, de 24 de abril; o 238/2014, de 21 de marzo, entre otras muchas) que concluyen que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

A este respecto, entre otras, la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 269/2013, declara que concurrirá dicho interés legítimo cuando “la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite”.

En otro orden, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado el interés legítimo como “una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnada), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto” (entre otras, SSTC 65/1994, de 28 de febrero, 105/1995, de 3 de julio y 122/1998, de 15 de junio). El interés legítimo es la “titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializará de prosperar ésta, vale decir, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida” (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, 173/2004, de 18 de octubre, 73/2006, de 13 de marzo, 52/2007, de 12 de marzo, 28/2009, de 26 de enero y 218/2009, de 21 de diciembre).

Dentro del análisis de la legitimación que realizamos en la Resolución de este OAFRC 3/2017, de 14 de febrero, cabe traer lo siguiente:

(...)

En aplicación de la doctrina expuesta, con carácter general, la legitimación se presume del recurrente que ha participado en el concurso, pues ha demostrado ese interés que le es exigible y se niega, sin embargo, de quien impugna los pliegos de una licitación a la que no ha concurrido.

Ahora bien, dicha conclusión quiebra cuando el recurrente impugna las cláusulas de unos pliegos que han impedido su participación, o lo que es lo mismo, cuando habiendo podido participar en el concurso no lo ha hecho porque los pliegos incluyen condiciones que le sitúan en desigualdad frente a otras empresas, pues en ese caso su interés se concreta en el de participar en el concurso en condiciones de igualdad, a cuyo efecto pretende remover dichas condiciones. En este sentido, es la Sentencia de 5 de junio de 2013, del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 2013/5057), que al respecto dice: “Dicho de otro modo, no es de aplicar la jurisprudencia que excepcionalmente ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pues en tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones que, habiendo sido publicados en la correspondiente convocatoria como rectores de la contratación objeto de la misma, fueron los que impidieron a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación” (Fº Jº5).



Y en idéntico sentido, la del mismo Tribunal de 5 de julio de 2005 (STS 4465/2005) que reconoce de la legitimación para impugnar la convocatoria de un concurso a la empresa que “puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinadas empresas, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad”.

Esa doctrina, como ha puesto de manifiesto el TACRC, es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: “ 27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características (...). ”

En definitiva, respecto de personas o entidades que no participaron en la licitación concurrirá legitimación activa cuando sean los pliegos que se impugnan la causa que impidió su participación en un plano de igualdad, de modo que el fin del recurso sea precisamente remover tales condiciones a fin de poder efectivamente participar (Resolución del TACRC 178/2019, de 1 de marzo)>>.

QUINTO.- Traslada la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, la administración contratante refiere la falta de legitimación porque “la recurrente no se ha presentado a la licitación de la concesión C-03 ni ha cuestionado las condiciones de solvencia requeridas en los pliegos para poder optar a la misma. Esto es, no ha alegado en absoluto ni las condiciones de solvencia económica (facturación), ni la técnica (kilómetros mínimos recorridos y disposición de certificaciones de calidad 9001, 14001 y 18001 requeridas), ni tampoco se ha dirigido al Servicio de Movilidad y Transportes durante el periodo establecido al efecto para solicitar cualquier tipo de aclaración sobre los pliegos”.

Añade que “de sus alegaciones en el recurso interpuesto no se deriva beneficio alguno para la empresa recurrente, pues no solicita modificar aspectos que le permitiesen presentarse a la licitación, y al no haberse presentado a la misma, tampoco son cuestiones que le puedan perjudicar en la valoración a realizar”.

Por su parte, CUADRA sostiene que “LA VELOZ SANGÜESINA no ha presentado una oferta a la Licitación ni ha concurrido a la misma, no estando, por lo tanto, legitimada para la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra aquella”.

Alega que “al no haber concurrido a la Licitación impugnada y habiendo precluido el plazo para la presentación de ofertas a la misma sin que la recurrente haya presentado oferta alguna, LA



VELOZ SANGÜESINA no ostenta un interés legítimo específico en el resultado de la Licitación, en tanto en cuanto su prosecución o, a sensu contrario, su anulación, no le reputarían perjuicio o beneficio alguno.”

En su alegato cita a las Salas Primera y Segunda del Tribunal Constitucional, en sus respectivas Sentencias número 57/2007, de 12 de marzo (rec. 3493/2004) y número 28/2009, de 26 de enero de 2009 (rec. 10292/2006), que han interpretado lo que en el orden contencioso-administrativo ha de entenderse por interés legítimo.

También trae a colación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha analizado con carácter específico la cuestión relativa al interés legítimo en procedimientos de contratación pública, así, la Sala Sexta del TJUE en su Sentencia de 12 de febrero de 2004 (C-230/2002), considerando 27, acogida por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de julio de 2005 (rec. 2037/2002).

Añade que “LA VELOZ SANGUESINA no ha expuesto en el texto de su recurso especial ni en ninguna otra comunicación, motivo alguno que le haya impedido presentar su oferta, de tal forma que debe entenderse que no existen motivos discriminatorios que hayan obstaculizado un eventual interés de la recurrente de concurrir a la licitación, sino que dicho interés no ha sido evidenciado por la VELOZ SANGUESINA en ninguna de las actuaciones del procedimiento de licitación y ni siquiera en su recurso especial en materia de contratación, donde, si hubiera querido, habría tenido la oportunidad de desarrollar cualesquiera motivos que le hubieran llevado a actuar de esa determinada manera.”

Cita diversos pronunciamientos del TACRC como las Resoluciones 1767/2021 (recurso 1594/2021) y 1770/2021 (recurso 1619/2021), de 2 de diciembre de 2021 o como la Resolución 790/2019, de 14 de septiembre de 2019 (rec. 675/2018), que dice: “(...) *resulta que tal y como hemos expuesto en el antecedente de hecho cuarto, la entidad recurrente no ha presentado ninguna oferta de licitación, siendo el motivo de su impugnación únicamente la existencia de supuestas irregularidades legales relativas a la declaración de urgencia, ausencia de cláusulas medioambientales y sociales, tarifas, temeridad, etc., que no han impedido al recurrente la presentación de su oferta, siendo por tanto alegaciones relativas a la mera legalidad de los Pliegos.(...) y el plazo de presentación de ofertas ya ha precluido. Como consecuencia de lo anterior, el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre*”. Resolución 816/2019, de 11 de julio (recurso 743/2019), Resolución 838/2018, de 24 de septiembre (recurso 805/2018), Resolución 637/20418, de 6 de julio (recurso 503/2018).

Concluye que “LA VELOZ SANGÜESINA no ha puesto de manifiesto que en la Licitación existan requisitos o condiciones que le hayan impedido concurrir a la misma o presentar una oferta viable y con visos de resultar la mejor clasificada. Al contrario, LA VELOZ SANGÜESINA no ha explicado el motivo por el que no concurre el procedimiento de licitación.

Ni siquiera ha explicado la recurrente los motivos por los que se considera activamente legitimada para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Así, no cabe entender que la recurrente tenga un interés legítimo en el resultado de la Licitación fundado en la alegación de meras cuestiones sectoriales y supuestas irregularidades de los pliegos,



puesto que no ha acreditado el interés que ostenta en que se acuerde la anulación de la Licitación o la subsanación de esas presuntas irregularidades.

Y es que en concreto, LA VELOZ SANGÜESINA no ha acreditado dicho interés porque, en realidad, la anulación de la Licitación o, por el contrario la prosecución del procedimiento de contratación en todos sus extremos pendientes -como procede- no le reputará beneficio o perjuicio alguno.

(...)

Sobre la base de todo lo expuesto, la conclusión de considerar que LA VELOZ SANGÜESINA carece de la legitimación activa necesaria para la interposición de un recurso especial en materia de contratación no puede ser otra que la inadmisión del recurso interpuesto contra la Licitación”.

Así pues, cuestionada la falta de legitimación en base a los argumentos expuestos y dado que es necesario que la recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a restricciones introducidas en los pliegos, correspondiendo al que invoca su legitimación la realización de la argumentación acreditativa de esta circunstancia, consideramos que no se da en la recurrente ese interés legítimo necesario para interponer el recurso fundado en la imposibilidad de haber podido presentar su propia oferta al tiempo de anunciarse la licitación o en la existencia de una discriminación en los requisitos exigidos en los pliegos que le hubiera permitido participar.

Esto es, su situación objetiva respecto a la capacidad para participar en la licitación sería la misma fuera o no estimado el recurso, toda vez que la recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto en la hipótesis de una estimación del recurso más allá de la eventual restauración de la legalidad del procedimiento de licitación -cuestión por otra parte ajena a la competencia de este tribunal-, al estar vetada la legitimación a aquellos, que como la recurrente, formulan el recurso en aras de velar por la legalidad, confundiendo interés por la legalidad con interés legítimo (RTACRC 482/2014, de 18 de junio de 2014 y Resolución 18/2013, de 18 de enero) que no puede venir dado, en este caso, porque la licitación de esta concesión afectaría a la afluencia de viajeros para otras concesiones como la que discurre entre Pamplona-Sangüesa y Caseda, por ella gestionada, lo que no va más allá de un interés difuso e hipotético que no justifica la legitimación activa de la recurrente porque las simples expectativas o previsiones no pueden considerarse suficientes a estos efectos.

En definitiva, no se da en este caso la posibilidad excepcional de admitir la legitimación de la recurrente no licitadora por impugnación de las condiciones rectoras de la contratación que impiden su participación en un plano de igualdad porque no se impugna cláusula alguna que impidiera participar a la recurrente.

Por ello y como quiera que a juicio de este tribunal resulta evidente la carencia del requisito, siempre exigible para interponer el recurso especial en materia de contratación, de legitimación activa que lleva a la inadmisión del recurso presentado contra la licitación impugnada, no procede examinar los motivos en los que basa su impugnación.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal emite la siguiente

RESOLUCIÓN



Primero.- Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Juan Carlos Salbalza Elarre, en representación de la mercantil “LA VELOZ SANGÜESINA, S.L.”, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Alava 659/2021, de 2 de noviembre, por la que se aprueba la licitación de la “Concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus Anexos, el Cuadro de Características Técnicas y el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del tribunal superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.