



Erref / Ref: Recurso Especial interpuesto por AUTOBUSES LA UNION SA.” contra el acuerdo de exclusión del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona

Esp Zenb / N° exp: 2022/09- RE

RESOLUCION N° 17/2022

En Vitoria-Gasteiz, a 28 de setiembre de 2022.

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 AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A, en adelante ALU, contra el Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, por el que se acuerda excluir del procedimiento de licitación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona, la proposición presentada por AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A. debido a la inviabilidad de la oferta económica presentada.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE la empresa ALU.; y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el Órgano de contratación (OC) el Consejo de Gobierno Foral.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por Acuerdo 659/2021, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno Foral, se 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. C03 Bilbao-Pamplona” con un plazo de 10 años y un presupuesto de 21.498.471,74 € (IVA incluido) y su licitación por procedimiento abierto.

SEGUNDO. - Con fecha 26 de enero de 2022, la Mesa de Contratación procede a la apertura de los Sobres A de las proposiciones económicas presentadas por los licitadores. Tras su valoración resultó que la oferta económica presentada por AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A. se encontraba en baja temeraria según los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas



Particulares y en el Cuadro de Características. Con fecha 4 de febrero de 2022 se requirió a la interesada para que en el plazo de cinco días hábiles desde el envío de la notificación justificara la suficiencia de su oferta económica para la realización de la totalidad de los servicios requeridos con arreglo a su oferta técnica. La interesada presentó la justificación solicitada en el plazo otorgado al efecto. Con fecha 25 de marzo de 2022 el Servicio de Movilidad y Transportes emite un informe que concluye con la inviabilidad económica de la oferta presentada por AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A. Con fecha 8 de abril de 2022 la Secretaría de la Mesa de Contratación extiende Acta por la que acepta el informe técnico emitido por el Servicio de Movilidad y Transportes y acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión del procedimiento de la proposición presentada por ALU. En consecuencia, el Consejo de Gobierno Foral adopta el correspondiente Acuerdo, que es notificado el 26 de abril de 2022, aunque el informe que iba anexo a esa resolución se notifica el 27 de abril de 2022.

TERCERO. - El 18 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Álava escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de exclusión de la licitadora recurrente adoptado por Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral.

En dicho recurso la recurrente solicita que se anule y deje sin efecto el acuerdo de exclusión de ALU y, por otrosí, la adopción de las medidas cautelares consistentes en la suspensión del procedimiento de contratación.

CUARTO. - Con fecha 1 de junio de 2022 se dio traslado del Recurso al OC en solicitud del expediente y del informe correspondiente, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.2 LCSP, si bien, ante la falta de remisión de los anexos que acompañaban al RE, se procedió al día siguiente a la remisión de los documentos omitidos.

QUINTO. - El día 7 de junio de 2022 se recibió en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el expediente administrativo, mientras que el informe del OC en el que se propone la desestimación del recurso fue remitido el 22 de junio de 2022.

SEXTO. - Con fecha 1 de junio de 2022 este Órgano Administrativo dictó y notificó al OC la Resolución 14/2022, relativa a las medidas cautelares solicitadas por la recurrente, acordando la suspensión del procedimiento de contratación hasta tanto se resuelva sobre el fondo del recurso especial, si bien la notificación a los licitadores se realizó a través de la plataforma de notificación electrónica el 23 de junio de 2022.

SEPTIMO. - Con fecha 27 de junio de 2022 se dio traslado del Recurso al resto de licitadoras, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.3 LCSP, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



OCTAVO. - Con fecha 1 de julio de 2022 se recibió en este Órgano Administrativo escrito de alegaciones de AUTOBUSES CUADRA SA, que había presentado oferta en el mismo procedimiento de contratación, solicitando la inadmisión del recurso o subsidiariamente su desestimación. Otra licitadora, VIGO-BARCELONA SA, presentó sus alegaciones con fecha 4 de julio de 2022, solicitando que se dicte una resolución ajustada a derecho.

NOVENO. – El día anterior a la fecha fijada para la votación y fallo de la resolución del RE, la recurrente presenta el 21 de julio de 2022 un escrito de alegaciones finales, a modo de réplica del informe técnico elaborado por el órgano de contratación en el seno del presente procedimiento, y aportando un nuevo informe jurídico de la firma Iparbilbao Rocajunyent, de 19 de julio de 2022, con documentos anexos, ampliando así las consideraciones jurídicas referidas a la ausencia de normativa legal o convencional que obligue a retribuir los periodos de descanso obligatorio, además de resultar contrario a la jurisprudencia consultada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente procedimiento la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad ALU contra el Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, por el que se acuerda excluir del procedimiento de licitación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona.

A la vista del valor estimado del contrato y de las previsiones del art. 44 de la LCSP que dispone en su apartado 1.c) que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones que refieran a contratos de concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, puesto en relación con la letra c del apartado 2) del mismo precepto que indica que podrán ser objeto de recurso, entre otras actuaciones, “*los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas*”, puede concluirse que la decisión del órgano de contratación es susceptible de recurso especial.

SEGUNDO.- 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 44/2010, de 28 de septiembre, del Consejo de Gobierno Foral , 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.”

TERCERO. - El recurso se ha interpuesto el 18 de mayo de 2022, y se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP, a contar a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de su exclusión del procedimiento.

CUARTO. - La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala en su párrafo primero que “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 del recurso”.

QUINTO. MOTIVOS DEL RECURSO.

Los motivos del recurso especial de ALU frente a la decisión recurrida se distribuyen en seis apartados. Para empezar, se denuncia la existencia de un error de cálculo en la hoja 12 del informe del OC, porque la cifra del aumento total de coste no está bien calculada, al mezclar los costes absolutos con el aumento del coste de personal. De acuerdo con lo expuesto en el RE, el resultado negativo antes de impuestos para toda la duración de la concesión sería, siguiendo las hipótesis del OC, de 1.515.451 euros y no 1.674.435 euros.

En segundo lugar, se discuten los cálculos llevados a cabo por el OC para rechazar la estimación de la demanda que hacía la licitadora en su oferta, y se apoya en un informe pericial que acompaña al RE como doc. Nº 3. En principio la diferencia con el OC para los 3 primeros años era de 96.502 viajeros. No parece haber discrepancia en la evolución para los años 4 al 10. Se muestra conforme en aplicar la evolución real de la demanda en la línea C-02, pero adaptando los periodos anuales a los periodos interanuales en función del momento de puesta en marcha de la concesión. También refiere a que la rebaja de tarifa en la C-03 sería más importante que en la C-02. Todo ello para justificar la bondad de los cálculos inicialmente realizados sobre la demanda esperada.

En tercer lugar, se trata el cálculo del coste de conducción, donde contrasta los 8,88 conductores/año calculados por ALU frente a los 10,36 que estima el OC que serían necesarios para llevar a cabo su propuesta. La discrepancia reside en si los tiempos denominados “tiempo viajero” y “tiempo de regulación” son trabajo efectivo o tiempo de presencia o disponibilidad. En cuanto al tiempo de descanso obligatorio, niega que pueda considerarse tiempo de trabajo efectivo o de presencia. La conclusión a la que llega es que los tiempos que no son considerados de trabajo efectivo no deben computarse para determinar el número de jornadas necesarias para prestar los



servicios. No obstante, acepta que deban computarse los tiempos de toma y deje, pero ajustando el tiempo necesario para acometer tales labores, por lo que termina aumentando el número total de personal de conducción necesario a 9,14.

Seguidamente se trata el tema de los refuerzos, criticando la forma de calcular los refuerzos necesarios que ha utilizado el OC, pues entiende que la proyección de necesidad de refuerzos no puede ser lineal a todos los días del año, sino que deben aplicarse elasticidades diferentes por tipo de día. Igualmente dudan de la demanda esperada por el OC para las fiestas de San Fermín, y por ende del número de refuerzos previstos. En cuanto a la semana tipo utilizada por el OC para calcular los refuerzos, entiende que las cifras promedio del primer semestre de 2019 son más realistas que la semana del 4 a 10 de febrero utilizada por el OC, en la que hubo una alta ocupación, por encima de la media. En resumen, entiende que los refuerzos estimados en semanas ordinarias pueden reducirse a la sexta parte y los refuerzos previstos para la semana de San Fermín (76) se ajustan a la demanda estimada a 16.000 personas en 2026. Por lo demás, entiende que el calendario de servicios y horarios es susceptible de ser modificado durante el periodo de vigencia de la concesión. Critica el criterio de la ocupación máxima del 90% de los autobuses y finaliza este apartado alegando que no se puede atribuir al coste de los refuerzos el 50% del coste fijo de los vehículos, porque supone una doble imputación del mismo coste.

Finaliza el recurso alegando el hecho nuevo de la finalización del cobro de los peajes de la AP68 a partir del vencimiento de la concesión, hecho que tendrá lugar en nombre de 2026 y que supondrá un ahorro de 378.000 euros.

En el escrito de alegaciones finales, la empresa recurrente se ratifica en sus posiciones, ampliando su argumentación en los datos controvertidos, a saber, la demanda estimada, el número de conductores necesarios y los costes de personal, los convenios colectivos de aplicación, los refuerzos necesarios y su coste y, finalmente, el posible ahorro de coste por la supresión de peaje de la autopista vasco-aragonesa.

SEXTO. -ALEGACIONES DEL ORGANO DE CONTRATACIÓN.

El OC ha emitido el 21 de junio el correspondiente informe, a la vista de las alegaciones contenidas en el recurso especial. En primer lugar, asume el error de cálculo en la tabla del folio 12 del informe de exclusión. La fila donde se recoge el aumento de los costes no contemplados por ALU se compone de los costes suplementarios que supone el gasto de personal extra y el aumento de gasto en refuerzos planificados, no el gasto total en refuerzos, porque ya hay parte de ese gasto que está contemplada por ALU. Esto se traduce en que se debe sumar la fila f y la g, no la f y la h. A pesar del error, el OC se ratifica en la conclusión originalmente alcanzada, por el déficit acumulado durante los diez años de concesión sería de 1.515.451 euros de pérdidas y no de 1.674.435 euros.



En cuanto a la demanda prevista, el OC insiste en que no es creíble un incremento de 78.000 viajeros en un solo año, para luego prever un incremento de 19.000 personas viajeras en los 9 años restantes. En cualquier caso, considera posible alcanzar la cifra de 261.307 personas viajeras para 2026 y acepta la propuesta contenida en el informe pericial que acompaña el RE de recalculer la senda de la progresión de la demanda de acuerdo con los incrementos apreciados en la concesión C-02 tomando los años por periodos interanuales de junio a mayo. De esta forma el aumento de personas viajeros es más lento al principio, pero al final en términos acumulados la cifra es muy similar a la prevista inicialmente por ALU. En la tabla de la página 22 se aprecia la diferencia con respecto a la tabla de la página 2. Si al principio el ajuste en ingresos realizado por el OC respecto a lo calculado por ALU era de -571.426 euros, ahora el ajuste es positivo, añadiéndose 29.745 euros a las previsiones de ingreso de ALU.

Con respecto a la forma de calcular las necesidades de personal de conducción. Según el OC, el “tiempo de viajero” y “tiempo de regulación” no son tiempo de trabajo efectivo, sino tiempo de presencia. Coincide en este punto con el recurrente. Sin embargo, discrepa con que estos tiempos, aunque no sean parte del tiempo de trabajo efectivo, no deban computar para formar el tiempo total de servicio. A tal fin reproduce el art. 8 del RD 1561/1995, de 21 de setiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, el art. 6 del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por carretera de Bizkaia y el art. 6 del Convenio Colectivo de la empresa La Burundesa SA. A partir de lo expuesto, considera que las horas de presencia deben retribuirse al mismo precio que las horas ordinarias de trabajo efectivo, y sin superasen un determinado límite, como horas extraordinarias. ALU, sin embargo, no computa las horas de presencia para determinar el número de conductores necesarios para prestar el servicio, y los costes de personal adicionales para la puesta en marcha de la concesión (24.254,12€) tampoco incluyen el coste de las mencionadas horas de presencia. Después se incluyen varios parámetros extraídos de la oferta de ALU, en comparación con las ofertas del resto de licitadores y en comparación con la oferta de ALU en licitaciones anteriores. La conclusión es que el número de horas comerciales imputadas a cada conductor es netamente superior al resto de ofertas realizadas, incluso de la propia ALU en licitaciones de otras concesiones de servicios de transporte (Alava Central, Ayala, Corredor Miranda de Ebro-Durango y Corredor Bilbao Logroño). No obstante, tanto ALU como el OC están de acuerdo en computar los tiempos de toma y deje, si bien ALU lo hace aplicando tiempos más reducidos. El OC en su informe al RE acepta que los tiempos de toma y deje cuando el vehículo no se toma o se deja en cocheras sea de dos minutos, en vez de diez y cinco minutos, respectivamente. De esta forma los tiempos de toma y deje del resto de expediciones pasan de quince minutos a cuatro minutos, reduciéndose el tiempo estimado anual de 642h 45´ horas a 532h 45´. De esta forma el número total de conductores estimado por el OC es de 10,29, alejado aún de los 9,14 conductores que acepta ALU en el RE. Finalmente estima el OC que los descansos obligatorios en la conducción insertos en una jornada de trabajo continua deben ser retribuidos y formar parte de los costes de personal, criterio seguido por ALU en otras licitaciones anteriores, como se deja reflejado en los anexos 2 y 3 del informe.



En cuanto al número de refuerzos necesarios, en el informe se parte de que la ocupación media de la línea de transporte es más alta que la media, de más de 30 personas/expedición. Después de añadir algo de información general, refiere que el cálculo de los refuerzos no está basado en una semana tipo, sino que se ha hecho sobre los 365 días, distinguiendo laborables, viernes, sábados y domingos. En cuanto a los refuerzos previstos para San Fermín, aunque el OC reconoce que la previsión de refuerzos puede que no se cumpla (192) pero que para el número de personas usuarias fijado como objetivo (260.000) será necesario contemplar la parte correspondiente de refuerzos. Al parecer, ALU ha incluido en su oferta el compromiso de no dejar a ningún pasajero en tierra, y la herramienta para la gestión táctica son los refuerzos, ya que las modificaciones en calendario y horarios requieren un trámite y una antelación. Desmiente por otra parte que las ocupaciones se limiten al 90%, sino que los refuerzos se programan para las franjas de horarios más demandadas, y que los refuerzos se programan de forma razonable con ocupaciones por bloque del 90%, siendo irreal que los refuerzos se calculen con aprovechamientos por bloque del 100%. Finaliza el OC este apartado asegurando que el número de refuerzos necesarios no será inferior a 400, y que los estima en 604 a partir del 3er año de concesión según la nueva curva de demanda prevista. Y en cuanto al coste de estos refuerzos, la fórmula que se maneja es aplicar a los kilómetros comerciales una tasa de vacíos de 1,45 y un coste por km de 1,11 euros, de forma que los costes asociados a refuerzos ascienden a 156.773 euros anuales.

En cuanto al hecho nuevo alegado sobre la eliminación de los peajes en la autopista AP-68 a partir de 2026, a la vista de las informaciones contradictorias existentes en la actualidad, considera el OC más prudente no asociar esa noticia con posibles ahorros de coste en la explotación de la línea de transporte C-03.

SEPTIMO. - ALEGACIONES DE OTROS INTERESADOS.

Dos licitadoras han presentado alegaciones al recurso especial. Autobuses Cuadra SA y Vigo Barcelona SA. En primer lugar, Autobuses Cuadra SA, en adelante Cuadra, realiza las siguientes alegaciones: en primer lugar, considera que el recurso carece completamente de fundamentación jurídica, y enfatiza la existencia graves acusaciones al personal de la Diputación. Continúa aludiendo a la falta de acreditación de poderes de la persona que suscribe el recurso en nombre de la licitadora excluida. Entiende también que el recurso es inadmisibile por falta de competencia del OAFRC, invocando doctrina del TACRC. Después de incluir algunos antecedentes y otras consideraciones de carácter general, entiende Cuadra que la decisión está amparada en el margen de discrecionalidad que asiste a la administración en las valoraciones de carácter técnico. Considera que la documentación aportada con el recurso no debería ser admitida, y que el hecho nuevo alegado sobre la futura liberación de los peajes en la AP-68 no resulta prudente en la actualidad. Sin perjuicio de lo anterior, realiza una crítica tanto al informe pericial como al informe jurídico, ambos documentos aportados con el RE. Con todo, entiende que la oferta de ALU estaba fuera de mercado y fue correctamente excluida por el OC. En cuanto a los motivos que fundamentan el recurso, Cuadra alega que el error material advertido por la recurrente en el informe que sustenta la exclusión no invalida la decisión de exclusión. Tampoco acoge



favorablemente los argumentos contenidos en la alegación segunda, tercera y cuarta del recurso, ya que considera inadmisibile tratar de justificar la viabilidad de la oferta extrapolando la demanda de otras concesiones, cuando lo que debería haber aportado es un estudio de demanda sólido. Asimismo, comparte con el OC los argumentos expuestos respecto al dimensionamiento del personal de conducción de ALU y finaliza este apartado de sus alegaciones refiriéndose a que las ofertas temerarias no pueden justificarse en la posibilidad de modificación del contrato. Para terminar, solicita el levantamiento de la medida cautelar y que se aprecie temeridad y mala fe en la interposición del recurso especial, con imposición de multa según lo previsto en el art. 58.2 LCSP.

Por su parte, Vigo Barcelona SA, en adelanta VIBASA se limita a solicitar una resolución ajustada a derecho, estando dirigidas sus alegaciones a contestar algunos de los razonamientos contenidos en el RE y en los que la mercantil VIBASA se considera aludida. Alega esta licitadora que las afirmaciones sobre VIBASA vertidas por ALU son erróneas además de intrascendentes a los efectos de resolver el recurso, pues aunque se afirma que VIBASA carece de experiencia en el área geográfica objeto del servicio, razón por la cual la oferta económica por ella realizada no se ajustaba a la realidad del servicio, VIBASA insiste en que realizó su oferta tras el exhaustivo análisis y estudio de los pliegos reguladores de la licitación, tomando en consideración su condición de operador de transporte con implantación tanto en el País Vasco como en Navarra.

OCTAVO. – CONSIDERACIONES DEL OAFRC.

Se debe resolver con carácter preliminar el motivo de inadmisibilidad por falta de competencia alegado por Cuadra. Nos centraremos, por todas, en la Resolución 228/2022, de 17 de febrero, del TACRC. En ella se afirma que *“la consideración conjunta de los preceptos transcritos permite concluir que los contratos de concesión de servicios de transporte público de viajeros de uso general no conforman el ámbito material del recurso especial en materia de contratación contemplado en el art. 44.1 de la LCSP”*. Se está refiriendo al art. 20.g) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero y a los artículos 1.2 y 2 del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007. La exclusión prevista en el art. 20 g) del RDL también se reproduce con carácter previo en el art. 1.2 d) sobre el ámbito de aplicación del RDL.

No compartimos las conclusiones que en la resolución del TACR se alcanzan. El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. viene a completar la transposición parcial que la Ley 9/2017 realizó de las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE en lo que se refiere a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios relativos a las actividades del agua, energía, transportes y servicios postales. Es cierto que las concesiones de servicios de transporte de viajeros quedan excluidas del



ámbito de aplicación del RDL, pero no ocurre lo mismo con la Ley 9/2017, que no las incluye entre los negocios jurídicos excluidos, según lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo I del Título Preliminar. Lo que la LCSP sí prevé es que estas concesiones de servicios de transporte estén excluidas de la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada (art. 19.2 g), sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, lo que no impide que entren dentro del ámbito de recurso especial regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP, que se desvincula, a estos efectos, del concepto de contrato sujeto a regulación armonizada. Por lo demás, aunque la LCSP se aplique con carácter supletorio respecto al Reglamento 1370/2007 o a la LOTT, nada hay en esta normativa de preferente aplicación que excluya la competencia de los órganos administrativos especializados en la resolución de recursos contractuales. Al contrario. En el mandato contenido en el art. 5.7 del Reglamento 1370/2007 dirigido a los Estados miembros, con el fin de revisar eficaz y rápidamente las decisiones adoptadas de conformidad con los apartados 2 a 6 del art. 5, se trata, por una parte, de los organismos responsables de los procedimientos de revisión y, por otra, de la autoridad contratante, independencia que no se apreciaría si en vez de aplicar el régimen especial de los recursos en materia de contratación, se acudiese al régimen general de recursos, siendo en este caso que el recurso hubiera sido el potestativo de reposición frente al mismo órgano de contratación. En resumen, siendo el recurso especial en materia de contratación un recurso potestativo, ofrecido a la recurrente en el Acuerdo de exclusión, cuya resolución le corresponde a un órgano independiente del órgano de contratación, regulado para poder proceder a una revisión eficaz y rápida de las decisiones adoptadas, y que no limita el acceso a la jurisdicción ordinaria (art. 27.1 e LCSP) debe desestimarse la alegación de falta de competencia.

En cuanto a la falta de acreditación de poderes del compareciente como motivo de inadmisión, tal cual solicita Cuadra, sólo podría llegarse a semejante conclusión si la recurrente no hubiera atendido el requerimiento de subsanación, remitido por el OAFRC a posteriori, siguiendo los dictados del art. 51.2 LCSP, a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, acompañase el poder omitido, indicándose en esa comunicación que se le tendría por desistido de su recurso en caso contrario, quedando suspendida entretanto la tramitación del expediente del OAFRC con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La aportación del poder se realizó al día siguiente de la citada comunicación, por lo que el recurso especial ha quedado subsanado y su tramitación ha podido continuar. No habiendo más causas de inadmisión alegadas, proceder analizar el fondo del asunto.

El procedimiento de licitación en el que se ha producido la exclusión trata de adjudicar una concesión de servicios de transporte regular de uso general por carretera. En concesiones de servicios como ésta el poder adjudicador basa la retribución del concesionario en la explotación del servicio, a razón de una tarifa por kilómetro, que a la postre será la base de cálculo para fijar el cuadro de tarifas, con los descuentos que se establezcan, de acuerdo con lo previsto en los pliegos que rigen la licitación. Por tanto, la tarifa por kilómetro debe cubrir los costes de prestación del servicio e incluir un razonable beneficio industrial.



El modelo concesional se vincula con la prestación de aquellos servicios públicos que son susceptibles de explotación económica, pero no deja de ser un servicio esencial para la comunidad, por lo que el poder adjudicador es responsable de que el servicio se preste con regularidad, continuidad y neutralidad, tratando a su vez de alcanzar la mejor calidad del servicio posible. Por ello, las ofertas por debajo de coste que comprometen la continuidad del servicio deben ser excluidas, y no justificarían a la postre una solicitud de reequilibrio económico. Por ello el procedimiento de selección de la mejor oferta incluye límites para no poner en riesgo la correcta y regular prestación del servicio público como elemento causal del contrato. Precisamente el objetivo de la fijación de umbrales de anormalidad es detectar posibles ofertas que por su bajo precio no puedan ser cumplidas. No obstante, la normativa de contratación establece un procedimiento contradictorio en pro de los intereses de todas las partes. Primero se ha de dar la oportunidad a la licitadora incurso en una oferta anormalmente baja de justificar su bajo nivel de precios. A posteriori, si el OC considera que la oferta, pese a las justificaciones ofrecidas, no puede ser cumplida en esos términos, podrá excluirla, dictando una resolución motivada.

El Recurso especial se interpone frente a la citada exclusión, materializada en un Acuerdo del OC que asume la propuesta de la Mesa de Contratación, que a su vez asume las justificaciones y conclusiones de los técnicos del Servicio de Movilidad y Transportes, una vez analizada la información que presentó la licitadora para justificar su oferta. Frente a las conclusiones de los técnicos se alza el recurso especial, en unos términos que en ocasiones parecen querer denunciar que se ha dictado la decisión recurrida a sabiendas de su injusticia, y frente a las que se alza Cuadra en una de sus alegaciones frente al RE. Sin embargo, el órgano de contratación no hace alusiones al respecto. Por nuestra parte, consideramos que los datos aportados con el recurso no dan pie a mantener ese tipo de sospechas, cuya acreditación y análisis no pertenecen al ámbito de un recurso especial en materia de contratación ni a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, la resolución del recurso especial se limitará a analizar si, atendiendo a los elementos de hecho y derechos concurrentes, la decisión recurrida en materia de contratación es conforme a derecho, entendiendo que el resto de las sospechas y críticas incluidas en el RE son sólo el producto de la vehemencia utilizada por el recurrente en la defensa de sus propias posiciones.

El Acuerdo recurrido recoge de forma resumida las conclusiones del informe emitido el 25 de marzo de 2022 por el Servicio de Movilidad y Transportes tras evaluar la documentación aportada por la empresa en el trámite de audiencia expresamente previsto en el art. 149.4 LCSP. Por tanto, el informe, que está incorporado al expediente administrativo, sirve a su vez de motivación a la decisión de excluir a la licitadora que se ha materializado en el Acuerdo impugnado. Sin perjuicio de lo anterior, los razonamientos para excluir a ALU los resume el Acuerdo impugnado de la siguiente manera:

- Los ingresos están sobrevalorados los tres primeros años.



- Los costes de personal de conducción están infravalorados, así como las necesidades de refuerzos.

- Los efectos anteriores sobre la cuenta de resultados son de gran entidad y no son compensables con posibles márgenes excedentarios en otros apartados de la estructura prevista de costes. En particular, la partida de costes indirectos resulta muy ajustada, esto es, 0,111 euros por kilómetro, poco más de la mitad que contabilizan el resto de ofertantes.

- Las correcciones que se apuntan, consecuencia de estas desviaciones, en la cuenta de pérdidas y ganancias hacen que todos los años de la concesión presente pérdidas, con un acumulado en los 10 años de -1.674.435 euros.

En el informe técnico de 25 de marzo de 2022 del Servicio de Movilidad y Transporte se desarrollan los datos y argumentos utilizados para considerar que la oferta de ALU, redactada en términos anormalmente bajos, es inviable económicamente. Para empezar, la tarifa/km se redujo desde lo previsto en pliegos (0,085796) hasta 0,043499 euros/km, lo que supone un 49,30%, que supera el umbral establecido en pliegos de diez puntos porcentuales por debajo de la media de las ofertas presentadas menos la oferta más alta (Avanza), al superar esta por más de diez puntos porcentuales la media de todas las ofertas. Todo ello de conformidad con la regla recogida en el Cuadro de Características, apdo. N sobre ofertas anormalmente bajas. La conclusión de los técnicos informantes es que la tarifa/km es insuficiente para equilibrar la concesión.

Es conveniente tener a mano la documentación presentada por ALU en el sobre A, con la propuesta económica realizada y la documentación complementaria. Como anuncia el modelo de proposición económica presentado, se debe incluir un plan económico-financiero, que justificará la viabilidad técnica y económica de la oferta presentada. A su vez, se advierte que no se consideraría válido el estudio económico que no cuantifique de forma adecuada y coherente todos los gastos de explotación. La consecuencia sería en tal caso el rechazo de la oferta, debidamente motivado. Se puede comprobar en el folio 31 del sobre A de ALU las proyecciones realizadas de las cuentas de pérdidas y ganancias para esta concesión de servicios a diez años. En particular, a un determinado nivel de servicio (1.050.364 vehículos-km, folio 5 del sobre A, sin incluir refuerzos) y de acuerdo con los costes estimados por la empresa y la demanda esperada a lo largo de esos diez años, el resultado acumulado antes de impuestos es de 755.680 euros. A la vista de que la alegación sobre la demanda esperada se ha aceptado, en la página 22 del informe del OC no hay una corrección negativa de los ingresos esperados, sino que al contemplar una ligera subida del número acumulado de pasajeros previstos, se añaden 29.745 euros de ingreso. La cuestión va a centrarse, por tanto, en si los costes están bien calculados o deberían recoger, como mantiene el OC, un aumento en los costes de personal y un aumento de gasto por la necesidad de refuerzos programados, que hacen inviable la oferta a los precios propuestos.



En cuanto a los gastos de personal, a la vista de la normativa aplicable y convenios colectivos sectoriales alegados, las horas de presencia, si bien no son computables a efectos de la jornada de trabajo efectivo, sí que suponen un coste para la empresa, por un salario equiparable al coste de las horas ordinarias. En cuanto a la mecánica de cálculo del coste de personal, en el folio 58 de los anexos al PPT se incluye que al número de horas necesario para realizar el servicio se aplica un coeficiente de ponderación de 1,455 para saber el número de horas totales de servicio necesarias por vacíos, regulación, carga y descarga, etc. El número de horas que puede prestar un conductor sería 1749 horas, que es la media de las del Convenio de Bizkaia y el convenio de Navarra. El cociente entre el número total de horas de servicio y las horas prestables por conductor es el equivalente al número de conductores necesarios, que multiplicado por el coste medio anual por conductor resulta la cifra computable por gastos de personal. Por tanto, establecida una correspondencia fija entre el coste medio anual del conductor perceptor y el número de horas de trabajo retribuidas a ese coste medio, es razonable considerar que los tiempos de presencia que exceden de ese número de horas inicialmente retribuidas deben computarse en la estructura de costes de la concesión como un mayor número de conductores requeridos. Por tanto, este órgano administrativo asume, por aplicación de la discrecionalidad técnica del OC en la evaluación de la información económica que sirve de base, las conclusiones reflejadas en el informe, que supone la necesidad de contabilizar 10,29 conductores para poder realizar las expediciones ofertadas por ALU. Esto se traduce en 1,41 conductores adicionales a los contemplados en la oferta (recordemos que ALU asume ya en el RE que 8,88 conductores resultaban insuficientes, y modifica el cálculo hasta los 9,14 conductores), lo que supone un coste adicional de 59.368,98€ anuales, o 593.690 euros en diez años respecto a las previsiones de coste contempladas originalmente por ALU en su oferta. No obstante, respecto a la retribución de las pausas y tiempos de descanso, el OC no recoge cuál es la obligación legal o convencional para que el tiempo de pausa o descanso deba ser retribuido. En la página 14 del informe del OC al RE constan los sumatorios de las horas por tipología, y los descansos suponen 483h 5´ anuales respecto a las 17626 horas consideradas, por lo que el descarte de esas horas a efectos de coste implicaría una reducción en torno al 2,74%.

Es el momento de analizar la cuestión de los refuerzos. En el informe del OC se ofrecen algunas aclaraciones respecto a los cálculos recogidos en el informe técnico de 25 de marzo de 2022 que sirvió para justificar la decisión de exclusión de la licitadora por inviabilidad de su oferta. En lo que se refiere a los refuerzos, en el informe de marzo se aportaron varias matrices, por mes y día que, a partir de los datos de demanda real recogidos en 2019, se aplicaban unos incrementos según las elasticidades propuestas por ALU por tipo de día, en franjas de servicio de mañana y de tarde. Así, en otra matriz consta la demanda estimada en 2026 para cada día del año, acumulando un total de 255.810 viajeros. A continuación, se recoge el número de expediciones ofertadas por ALU, por cada tipo de día, en franja de mañana y tarde. De esta forma, sabiendo que la capacidad de los autobuses adscritos es de 58 plazas, se conoce la capacidad máxima para cada día. En el momento de calcular el exceso de demanda, dato clave para determinar el número de refuerzos a planificar, se utiliza el criterio de aplicar un 90% de ocupación o aprovechamiento *por bloque* de expediciones o servicios de mañana o tarde, considerando que por encima de esa ocupación media



es probable que surjan excesos de demanda en alguna de las expediciones del bloque, en particular las intermedias. De esta forma en la última matriz se estiman las necesidades de refuerzos, a razón de 58 plazas por autobús, lo que resulta un total de 544 expediciones anuales de refuerzo. Todo ello queda explicado en el anexo 2 del informe de 25 de marzo, complementado con las explicaciones del informe del OC al RE. En este último informe el OC cifra las necesidades de refuerzos en 605, atendiendo a la nueva curva de demanda esperada, en línea con lo alegado por ALU en su recurso especial, con 268.250 viajeros esperados en el tercer año de la concesión. Incluso asumiendo que las necesidades de refuerzo en San Fermín sean inferiores a las inicialmente calculadas, en el mejor de los casos el número de refuerzos no sería inferior a las 400 expediciones anuales, en línea con las cifras observadas en 2019 en la concesión C-02 Bilbao Logroño (folio 18 del informe del OC) y por tanto muy superior a las 90 expediciones de refuerzo estimadas por ALU en su oferta.

Por tanto, en lo referido al número de refuerzos, la decisión del OC parece razonable: si se estiman unos determinados crecimientos de demanda, deben asumirse también una determinada tasa de refuerzos, ello a pesar del crecimiento en la oferta de kilómetros, pues el crecimiento de la demanda no será homogéneo y la propia recurrente reconoce que *“la demanda se distribuye como quiere en cada momento con arreglo a factores muy diversos”*, lo que hace aún más necesario planificar correctamente los refuerzos, inevitables aunque exista capacidad no utilizada en el conjunto de las expediciones de la línea y con el límite de capacidad de los autobuses establecido en 58 plazas en pro de la calidad. El OC plantea la necesidad de refuerzos en una horquilla entre los 400 y los 605 refuerzos anuales.

En cuanto al coste de los refuerzos, en el informe de 25 de marzo del Servicio de Movilidad, ya se cuestionaba el coste imputado por ALU. A razón de 161 km de servicio por expedición, los 90 refuerzos implicarían 14.490 kilómetros comerciales, pero los km reales son superiores, a razón de una tasa de 1,45, que el informe del OC dice partir de los datos de la propia ALU. Es cierto que en el informe de ALU de justificación de la baja, de 18 de febrero de 2022, en el folio 28, el coste de combustible se hace aplicando esa tasa de vacíos, así que debemos tomarlo como un dato aceptado por ambas partes. No obstante, aunque el coste por kilómetro comercial según el informe de justificación de ALU es de 1,015 €, posteriormente en el recurso especial se centra únicamente en la imputación del 50% que el OC hace de los costes fijos al coste de los kilómetros de refuerzo, por lo que entiende que el coste por kilómetro comercial no sería de 1,61 euros, como asegura el OC, sino que habría de reducirse 0,1255 euros por ese concepto de coste, de lo que resultaría por tanto un coste de 1,4845 euros por kilómetro comercial frente al 1,61. A la vista de los razonamientos expuestos por las partes, en pro de una adecuada imputación de costes, parece más razonable el criterio expuesto por el OC de imputar, al menos, el 50% de los costes fijos del vehículo, a los servicios de refuerzo, en vez de considerar que los costes fijos del vehículos deben imputarse únicamente a las expediciones del calendario anual de servicios de la concesión.

En cualquier caso, con los 400 refuerzos anuales considerados como mínimo necesario por el OC, el coste de realizarlos superaría igualmente la diferencia entre los ingresos obtenidos de la



explotación de la línea —a razón el precio por kilómetro ofrecido por ALU— y el resto de los costes considerados. El TJUE ha considerado anormal la oferta que no incluye la totalidad de los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta seleccionada (sentencia de 15 de octubre de 2013, European Dynamics Belgium y otros/EMA, T-638/11, apartado 68), no siendo admisible, por otra parte, que la viabilidad del servicio se base en una hipotética modificación a futuro de calendario y horarios.

Tampoco podemos considerar como hecho nuevo las informaciones relativas a la eliminación de los peajes de la AP-68 a partir de 2026. Son informaciones o noticias que advierten de un hecho futuro que aún no puede tomarse como hecho cierto y que, por principio de prudencia, no puede ser base para contabilizar en este momento ahorros de costes.

Concluyendo, y a pesar de nuestra objeción respecto al cómputo de los periodos de descanso, por su escasa incidencia a efectos de coste, entendemos que el margen de discrecionalidad que asiste a la administración a la hora de valorar técnicamente la viabilidad de la oferta anormalmente baja va a ser decisivo en este caso. Y es que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico (STS de 14 de marzo de 2018, rec. 2762/2015). La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en Sentencia de 13 Mar. 2019, Rec. 1118/2016, lo refleja de esta forma, que la hacemos nuestra:

“no existe concordancia entre los peritos sobre la incidencia de los costes e ingresos de la oferta de la adjudicataria en la viabilidad de la concesión, y el examen de los distintos informes nos lleva a la conclusión de que existen distintas interpretaciones posibles de los datos de la oferta, en función de los elementos que tengan en cuenta, una de las cuales fue la realizada por el órgano de contratación que no se ha revelado, así, manifiestamente equivocada, irracional o arbitraria.”

En consideración a lo expuesto, este órgano emite la siguiente

RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Claudio Lesaka Olóriz, en representación de AUTOBUSES LA UNION SA, frente a la exclusión adoptada en el Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, por el que se acuerda excluir del procedimiento de licitación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona la proposición presentada por AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A. debido a la inviabilidad de la oferta económica presentada.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión cautelar acordada por este OAFRC.



Arabako Foru Aldundia
Diputación Foral de Álava

Diputatu Nagusiaren Saila
Departamento del Diputado General

Kontratu Errekurtoen Foru Organo Administrazioa
Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales

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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia 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.