Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 70/2020

ACUERDO 89/2020, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETARA Y LOGÍSTICA (ANET) frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos reguladores del contrato de "*Servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona/Iruña-Tafalla. Zona Tafalla (NAV-002)*", licitado por la Dirección General de Transportes del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Transportes del Departamento de Cohesión Territorial del Gobierno de Navarra remitió el 7 de agosto de 2020 el anuncio de licitación del contrato de "*Servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona/Iruña-Tafalla. Zona Tafalla (NAV-002)*" al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).

El 10 de agosto de 2020 se publicó el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra, señalándose: "*Plazo presentación de solicitudes de participación u ofertas: Del 11/08/2020 a las 00:01 al 14/09/2020 a las 23:59*".

Finalmente, el 12 de agosto se publicó el anuncio de licitación en el DOUE, indicándose como plazo límite para la recepción de licitaciones o solicitudes de participación el 14 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de agosto de 2020, la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETARA Y LOGÍSTICA (en

adelante ANET) interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos de dicho contrato.

Señala, en primer lugar, que ostenta legitimación para la interposición de la reclamación, conforme a la jurisprudencia y doctrina que cita, entre la que se incluyen diversos acuerdos de este Tribunal.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1º. Incumplimiento de los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia previstos en el artículo 2 de la LFCP, dado que el plazo de presentación de ofertas difiere según el anuncio de licitación al que se tenga acceso. Señala, a este respecto, que el anuncio se publicó en el DOUE dos días después que en el Portal de Contratación, cuando el plazo ya había empezado a correr, lo que infringe el principio de igualdad de trato entre interesados y licitadores europeos, que disponen de plazos de presentación de ofertas diferentes según el anuncio al que se tenga acceso.

Asimismo, alega el incumplimiento del artículo 89.3 de la LFCP dado que el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra no señala la fecha de envío al Diario Oficial de la Unión Europea. Considera que "*esta omisión no es en absoluto baladí teniendo en cuenta que, por ejemplo, el plazo de presentación de ofertas se cuenta desde la fecha de envío del anuncio (artículo 91.1.a), o que la fecha de cómputo de las reclamaciones ante el Tribunal al que ahora nos dirigimos se corresponde con la fecha de publicación en el DOUE, (…)*".

2º. Incumplimiento de los artículos 2, 32, 40, 42, 43, 138.3, 193 y 204 de la LFCP, dado que la concesión licitada resulta inviable al haberse basado en los datos de uso y demanda correspondientes al periodo 2015-2018, datos absolutamente desfasados, desactualizados y alejados de la realidad actual derivada de la grave pandemia del COVID-19, con unas perspectivas de demanda excepcionalmente inferiores a las normales. Señala, a este respecto, que el Proyecto de Explotación del servicio se aprobó por la Resolución 510/2019, de 29 de mayo, del Director General de Obras Públicas, cuando todavía no se había acordado el estado de alarma, ni existían las gravísimas consecuencias del COVID-19.

Así, señala que el presupuesto base de licitación de la contratación, correspondiente a la compensación anual máxima que asumirá la Administración por obligación de servicio público, es de 688.153,10 euros anuales (4.128.918,60 euros para el plazo de duración total del contrato), habiéndose establecido dicho valor en el Proyecto de Explotación (anexo I del pliego de prescripciones técnicas), así como las tarifas máximas ("sin autopista" y "con autopista"). El Proyecto considera, para llegar a estos parámetros, una demanda de 10.388.142 viajeros-km para los servicios troncales, radiales y urbano de Tafalla, insistiéndose en que dicha demanda se estimó en los datos de explotación facilitados por la operadora anterior, correspondientes al periodo 2015-2018.

Señala, además, que no puede descartarse que se tengan que adoptar, en el medio o corto plazo, medidas adicionales restrictivas de la movilidad o de la ocupación para mitigar la eventual transmisión de la pandemia, lo que ahondaría aún más en el desfase entre la demanda referenciada en el proyecto y la real.

Alega que la incidencia del COVID-19 en la contratación pública y en las necesidades y demandas de cada contrato o concesión se explican por sí mismas, siendo prueba de ello el artículo 5 del Decreto-ley foral 5/2020, de 20 de mayo, que aprueba medidas urgentes para responder del impacto generado por la crisis del coronavirus (COVID-19), conforme al cual los licitadores han podido retirarse de licitaciones incluso ya adjudicadas por insostenibilidad de los contratos licitados antes de marzo de 2020.

Alude igualmente, respecto al ámbito concreto de transporte de viajeros, al artículo 17 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Señala que las estadísticas de viajeros son también muy concluyentes, incorporando enlaces a páginas web del Instituto Nacional de Estadística (INE) y de la Confederación Española de Transporte en Autobús (CONFEBUS), así como que a día de hoy la web de información de la Dirección General de Transportes del Gobierno de

Navarra se encuentra temporalmente sin servicio hasta el restablecimiento total de los servicios.

Respecto al apartado 2.3.8 del Proyecto de Explotación, conforme al cual "*Estas estimaciones no vincularán a la Administración. Así las licitadoras deberán presentar un estudio de demanda, junto con su oferta*", señala que "*es evidente que estas estimaciones sí vinculan a la Administración y no son meras referencias, toda vez que estas mismas estimaciones son las que sirven para fijar las tarifas de usuario y la compensación por servicio público de la contratación*".

Señala, por último, que los pliegos no hacen referencia alguna a los importantísimos gastos que tendrá que asumir el contratista como consecuencia de las prescripciones legales de limpieza y desinfección de vehículos e instalaciones y las medidas de protección de trabajadores y clientes, como consecuencia del COVID-19, lo cual supone un incumplimiento del art. 19.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

3º. La inexistencia de un estudio de viabilidad que analice el periodo de recuperación de la inversión, el rendimiento, la sostenibilidad y la rentabilidad de la concesión, lo que supone un incumplimiento de los principios de concurrencia y transparencia conforme al artículo 2 de la LFCP, y de su artículo 40, y de los artículos 9 y 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Alega, a este respecto, que el Proyecto de Explotación recogido en el anexo I del pliego de prescripciones técnicas no tiene los contenidos exigidos por los artículos 40 o 183 de la LFCP, ya que en su apartado 3 de "Estudio Económico", se limita a definir el régimen tarifario de la futura concesión y a aportar unos datos referenciales de demanda y explotación. Señala que su contenido es claramente insuficiente si con ello se pretendiera cubrir la exigencia de un estudio previo de viabilidad económica y financiera, no efectuándose análisis alguno de la rentabilidad del futuro contrato, ni de sus previsiones de ingresos y gastos, ni del periodo de recuperación de la inversión.

Señala que la Administración es consciente de esta carencia, "*pero traslada esta obligación únicamente a los licitadores, al exigírseles la presentación junto con la oferta económica de un completo estudio económico con un detalle y nivel de información del que carece a todas luces el estudio económico del Proyecto de Explotación*".

Señala, asimismo, que el pliego de prescripciones técnicas impone muchas más obligaciones al nuevo contratista que las incluidas en el Proyecto de Explotación, "*existiendo por tanto evidencias claras de que el presupuesto de licitación va a resultar insuficiente para cubrir todos los costes derivados del cumplimiento del contrato*", entre las que se señalan las siguientes:

"*Obligación de inversión en vehículos nuevos, que además tendrán una dedicación exclusiva a los servicios del contrato.*

Gastos derivados del cumplimiento del Anexo 5 "Operativa del sistema de modernización".

Gastos derivados de las infraestructuras y paradas a utilizar.

Inversiones y gastos derivados de los sistemas tecnológicos que impone el pliego.

Gastos derivados de la realización de servicios de refuerzos, intensificaciones y servicios adicionales.

Gastos derivados de la operativa del servicio de transporte a demanda, conforme a las especificaciones técnicas y funcionales del pliego.

Coste de los requisitos de cumplimiento de puntualidad y reembolsos previstos por el pliego.

Coste de la venta de billetes al público por los diferentes canales que exige el pliego.

Costes asociados a los requisitos de calidad del servicio que impone el pliego.

Costes de gestión de la información para dar respuesta a las obligaciones del pliego."

4º. Incumplimiento del artículo 64 de la LFCP, en tanto que el compromiso de disponibilidad de un tacógrafo como criterio social no está vinculado al objeto del contrato ni tiene una naturaleza social.

Señala, a este respecto, que el tacógrafo es un aparato ubicado en los vehículos para registrar información sobre la marcha del vehículo y las actividades del chófer, por lo que no se alcanza a entender de qué forma pueda estar vinculado con el objeto del contrato "*en el sentido de que mejore sus prestaciones o la calidad de la oferta*".

Alega que el tacógrafo es un instrumento de control de "*obligada legalidad (…) ampliamente implantado e incluso obligatorio en gran parte de los tráficos, por lo que no se alcanza a ver de qué modo mejora la oferta o tiene un carácter social*".

5º. Incumplimiento del artículo 64 de la LFCP y del principio de transparencia, toda vez que el denominador de la fórmula para el cálculo de la mejor oferta económica resulta confuso y poco preciso.

Alega que "*no se comprende la operación matemática "(BMO,BS)", ni se define qué es baja significativa, todo lo cual supone una infracción al artículo 64.1.b), que exige que los criterios de adjudicación (y por ende su modo de cálculo) sean formulados de modo preciso, lo que no es el caso.*"

6º. El incumplimiento del artículo 80.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que regula el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (ROTT), en tanto que la adjudicataria de la concesión no puede ser una UTE, tal y como prevé la cláusula 10.1 de las condiciones particulares del contrato y su anexo IV, sino únicamente una persona jurídica.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita que se declare la invalidez del anuncio de licitación y de la documentación que lo acompaña, y la consecuente invalidez del procedimiento de contratación.

TERCERO.- Con fecha 20 de agosto de 2020, se requirió a la Dirección General de Transportes la aportación del expediente de contratación así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 25 de agosto, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 31 de agosto de 2020 la citada Dirección General presentó un escrito de alegaciones a la reclamación interpuesta y, con fecha 1 de septiembre, aportó el expediente de contratación requerido. En el citado escrito se formulan las siguientes alegaciones:

1º. Señala, en primer lugar, que de los requisitos establecidos en el artículo 89.3 de la LFCP el único incumplido ha sido la indicación en la publicación del Portal de Contratación de la fecha de envío del anuncio al DOUE. Sin embargo, dicha fecha sí se incluyó en el anuncio publicado en el DOUE, al cual la legislación contractual otorga prevalencia.

Asimismo, señala que el plazo de licitación es superior al mínimo de 30 días previsto en el artículo 91.1.a) de la LFCP, debiéndose realizar el cómputo del plazo desde el envío del anuncio de licitación al DOUE, citando a este respecto la Resolución 47/2019, de 1 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias. Concluye, por ello, que los anuncios se publicaron en fechas distintas, pero dichas publicaciones no afectan al plazo de presentación de ofertas, que se rigen por la fecha de envío del anuncio al DOUE.

2º. Alude, en segundo lugar, al proceso de renovación de las concesiones de este tipo de servicios, exponiendo los trámites procedimentales más relevantes que condujeron a la licitación del contrato.

Respecto a su precio señala que, conforme a la cláusula 4.1 de las condiciones particulares, está formado por la estimación de ingresos por tarifas y por la compensación por obligación de servicio público. Dicho precio se basa en los

parámetros e importes de costes recogidos en el informe económico de 2 de julio de 2020, que obra en el expediente de contratación, y que continúan siendo plenamente vigentes y adecuados al mercado, habiéndose tomado como referencia para su cálculo el informe del Observatorio de costes de transporte de viajeros del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Acotravi) nº 32, de julio de 2020, por ser el primero que refleja en sus costes el impacto del COVID-19.

Compara, a continuación, los costes directos valorados en el informe económico del contrato con los previstos en el citado informe del Observatorio (correspondientes a la amortización y financiación de los vehículos, seguros y precio de gasoil), concluyendo que los previstos en aquel son superiores a los de este, habiéndose incluido además otros costes directos no considerados por el Observatorio. Respecto a los costes de personal se señala que se han considerado los derivados de la aplicación del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra.

Respecto a los costes indirectos, se señala que también estos son superiores a los estimados por el Observatorio.

Por todo lo expuesto, "*no comparte las alegaciones formuladas por la reclamante respecto a que el contrato no es sostenible desde el punto de vista económico y funcional ni está ajustado a las características del mercado*".

Asimismo, "*tampoco se comparten las alegaciones de ANET respecto a que no se han tenido en cuenta las consecuencias del COVID-19 y su incidencia en la demanda de viajeros*", conforme a lo que a continuación se expone.

Señala a este respecto, en primer lugar, que las medidas decretadas durante el estado de alarma relativas a las limitaciones a la libertad de circulación de los ciudadanos, las reducciones de la oferta de los servicios de transporte público de viajeros por carretera, las restricciones a la ocupación máxima de las plazas de los vehículos y las obligaciones de limpieza de los mismos, han quedado sin efecto en la nueva normalidad, con excepción de estas últimas.

Así, el Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de junio de 2020, por el que se declara la entrada de la Comunidad Foral de Navarra a la nueva normalidad y se dictan medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, establece en el apartado 7 de su Anexo las medidas en relación a la ocupación, uso y limpieza de los vehículos en el transporte terrestre de competencia de la Comunidad Foral de Navarra y en relación con las estaciones de autobuses.

El apartado 7.5 permite ya la ocupación de la totalidad de las plazas de los vehículos y el apartado 7.9 señala que los operadores deberán ajustar los niveles de oferta a la evolución de la demanda, de tal forma que las empresas concesionarias han ido recuperando voluntariamente los servicios y, con ellos, la demanda. Señala, asimismo, que la correlación directa entre el incremento de los servicios y la recuperación de la demanda refuerza la necesidad de licitar este servicio, así como que, en algunos casos, el retraso en el restablecimiento de la oferta, pese al incremento de la demanda, se ha debido a cuestiones derivadas de la propia gestión interna de las empresas, habiéndose comunicado por distintas operadoras la prestación de nuevos servicios a partir del 1 de septiembre de 2020.

Señala que los datos de demanda disponibles para la licitación fueron los datos anuales de viajeros facilitados por las empresas concesionarias correspondientes a los años 2015 a 2018. Respecto a los datos del año 2019 señala que se consideró procedente no incluirlos, ya que los mismos "*suponían un incremento de la demanda muy sustancial respecto a la tendencia de los años anteriores y podían desvirtuar la realidad actual, conllevando a su vez, una reducción excesiva de la compensación máxima teniendo en cuenta la situación en la que nos encontramos*".

Alega que los datos de demanda "*no tienen por qué ser utilizados por la licitadora, puede tomarlos como referencia o en base a un estudio de demanda propio estimar una demanda de viajeros-km diferente a la presentada en el pliego*".

Con cita de la Resolución 1102/2019, de 30 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, insiste en que la Administración utiliza los datos de los que dispone, que han sido facilitados por las empresas

concesionarias, asumiendo la contratista el riesgo operacional de la demanda, conforme al artículo 204.2 de la LFCP.

Continúa señalando que "*en relación con el COVID-19, además de lo expuesto sobre los datos de demanda, se han tenido en cuenta los costes de limpieza de los vehículos*", dado que el apartado 7.8 del Anexo del Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de junio de 2020, establece que en los transportes públicos de personas viajeras deberá realizarse una limpieza diaria de los vehículos. El importe de dicho coste se ha establecido a la vista de los datos facilitados por las empresas "*que se han presentado a las compensaciones económicas extraordinarias reguladas por el Decreto-ley Foral 6/2020, de 17 de junio, en el que en el artículo 3.1, se establecía un coste de limpieza por desinfección de vehículo usado día de mínimo 10 euros y máximo 20 euros*", tomándose como coste el mínimo de 10 euros, ya que lo habitual es que la limpieza la realicen los conductores utilizando productos adecuados de desinfección.

Por lo tanto, la limpieza diaria del vehículo usado es la única circunstancia que puede implicar un coste adicional, "*no existiendo limitaciones a la ocupación, ni otras circunstancias que conlleven gastos extraordinarios al operador tal y como indica ANET en su reclamación*".

Por otro lado, señala que otras de las medidas adoptadas por la Administración en aras de minimizar el posible impacto del COVID-19 a futuro, fue la de fijar la tarifa a abonar por las personas usuarias y no incluirla dentro de la oferta económica de la licitación.

Señala, asimismo, que existen mecanismos para reequilibrar el contrato en el caso de que rebrotes o nuevas oleadas del COVID-19 pudieran invertir la tendencia y requerir la adopción de nuevas medidas, tal y como se prevé en el apartado 4 de la cláusula 20.4 de las condiciones particulares del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 211 de la LFCP.

"*Además no puede desconocerse el precedente constituido por el Decreto-ley Foral 6/2020, de 17 de junio, en el que entre otras medidas, se aprobaron unas compensaciones económicas extraordinarias para compensar los déficits de los*

contratos de los servicios de transporte público regular de uso general de viajeros por carretera de titularidad de esta Administración, cuyos destinatarias son empresas asociadas a la reclamante".

Señala que, según la opinión de los expertos, la situación producida durante el estado de alarma no va a volver a repetirse, "*sino que los confinamientos y reducción de movilidad van a afectar a ámbitos más particulares y geográficamente reducidos, siendo los modos de transportes los que deberán contar con las medidas necesarias para garantizar los viajes con seguridad, cuestión en la que se ha venido trabajando ampliamente durante todo este tiempo*".

Asimismo, señala que el servicio objeto de este contrato no empezará a prestarse hasta bien avanzado el año próximo, momento en el cual la situación puede ser bien diferente a la actual, aludiéndose a la investigación para la obtención de una vacuna, "*por lo que puede suponerse que dentro de un año el servicio en autobús haya recuperado demanda. Sin olvidar que la duración del contrato es de 6 años, periodo durante el cual la demanda puede recuperarse llegando a los niveles previos al COVID-19*".

Respecto a la alusión de la reclamante al artículo 5 del Decreto-ley Foral 5/2020, de 20 de mayo, señala que el mismo resultaba de aplicación a las ofertas presentadas con anterioridad a la declaración del estado de alarma.

Señala, por último, que diferentes Administraciones públicas han continuado con licitaciones convocadas con anterioridad al estado de alarma o han convocado nuevas licitaciones de concesiones de servicios de transporte público de viajeros por carretera, en términos similares al que es objeto de esta reclamación, señalándose alguna de ellas.

3º. En tercer lugar señala que, en contra de lo alegado por la reclamante y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 de la LFCP, previamente a la tramitación del contrato se realizó, con fecha 2 de julio de 2018, el estudio de viabilidad del servicio, en el que se incluyó el contenido requerido en dicho artículo, valorándose la sostenibilidad y rentabilidad económica, financiera y social de la inversión y, en particular, el impacto de género.

Señala que dicho estudio de viabilidad se tramitó con el expediente del Acuerdo de Gobierno, de 25 de julio de 2018, por el que se autorizó al Director General de Obras Públicas para la celebración del contrato y se estableció su régimen financiero.

"*Los estudios de viabilidad se conciben como instrumentos de análisis cuya finalidad no es otra que determinar la forma más sostenible y eficiente de la gestión del servicio*", siendo una actuación previa a la decisión de contratar y explotar el servicio, citando la Resolución 303/2020, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Alude al contenido del citado estudio de viabilidad, que consta de cuatro apartados principales: 1. Finalidad del servicio y características esenciales; 2. Situación actual; 3. Demanda de uso y rentabilidad de la actuación; 4. Informe de género.

Por último, señala que en el informe económico del contrato "*se justifica que el presupuesto base de licitación es suficiente para cubrir todos los costes derivados del cumplimiento del contrato y en él están recogidos los costes que ANET aduce que no lo están*", indicando en qué partes del citado informe se reflejan estos costes.

4º. Señala que en el sector del transporte por carretera, el tacógrafo o aparato de control es el instrumento que registra la marcha del vehículo, su velocidad, los kilómetros recorridos, los tiempos de conducción y descanso, así como otras actividades del conductor, teniendo su utilización como objetivo, según la normativa que lo regula, garantizar la legal competencia entre empresas, mejorar las condiciones laborales y sociales de los trabajadores, y garantizar la seguridad vial.

Alude a la normativa reguladora de los tacógrafos digitales, que son los requeridos por cuanto los vehículos a adscribir a la concesión deben ser nuevos. Señala, asimismo, que el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, excluye de su aplicación los supuestos en que el trayecto del servicio no supere los 50 kilómetros, siendo así que ninguno de los itinerarios previstos en el contrato supera dicha distancia.

Por lo tanto, "*con el compromiso que se asume con dicho criterio de adjudicación se mejoran, entre otros aspectos, el control de la jornada laboral del personal de conducción y la información que obtiene la Administración sobre la prestación del servicio, puesto que el tacógrafo refleja de forma fiable datos de los que de otra forma carecerían, por lo que se considera que redundará en una mejora tanto de las condiciones laborales del personal de conducción como de la seguridad vial*."

Alude, por último, a las reivindicaciones de las organizaciones sindicales que han venido demandando la extensión de la utilización del tacógrafo a lo servicios más allá de los requeridos por el Reglamento comunitario.

5º. Respecto a la fórmula prevista en la cláusula 11.2 de las condiciones particulares, señala que es una fórmula utilizada regularmente en las licitaciones de esta Administración, que cumple con los criterios establecidos por los tribunales de contratos respecto de las fórmulas matemáticas, que atribuye una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y guarda la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias.

Señala, asimismo, que la no comprensión de la operación matemática no equivale a que la misma sea confusa o imprecisa, puesto que no se trata de una fórmula compleja y, en concreto, los valores a los que se refiere el reclamante (BMO,BS) están indicados con una anotación básica *Max* utilizada generalmente en matemáticas y que determina que debe considerarse como denominador el máximo de los dos valores entre paréntesis. Nos hallamos ante una fórmula, señala, ante la que cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente puede comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma.

Señala que es evidente que la baja significativa es la baja mínima a realizar para obtener la puntuación total, siendo dicha fórmula acorde con el principio de transparencia, conforme a lo señalado en el fundamento de derecho décimo del Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, de este Tribunal.

Por último, señala que, en cualquier caso, el reclamante pudo haber solicitado la aclaración correspondiente respecto a los conceptos de la fórmula, conforme a lo previsto en la cláusula 9ª de las condiciones particulares.

6º. Alega, por último, que la licitación en participación conjunta está prevista en el artículo 13 de la LFCP, así como que dicha Ley Foral es de aplicación prevalente al Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, conforme a lo dispuesto en la cláusula 1.3 de las condiciones particulares del contrato, que prevé su sistema de fuentes.

Por lo tanto, dado que la LFCP permite contratar con uniones temporales de empresas, concluye que establecer en el pliego la obligación de constituir una persona jurídica contravendría aquella.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme al artículo 123.1 de la LFCP., que señala que esta "*podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*".

Tal y consta en el art. 3 de sus Estatutos, ANET es una institución que "tiene como misión la representación mayoritaria del sector en todos los ámbitos y frentes, defendiendo los intereses legítimos y comunes de sus miembros asociados". Asimismo, el art. 4.a) señala entre sus fines "la tutela y defensa de los intereses económicos y profesionales comunes de sus miembros ante cualquier organismo y jurisdicción".

La legitimación de esta asociación para interponer reclamaciones frente a pliegos de contratos de servicios de transporte ya ha sido examinada y admitida por este Tribunal con anterioridad, tal y como se alega en la reclamación: Acuerdos 25/2017, de 25 de mayo, y 56/2017, de 25 de septiembre.

QUINTO.- Constituye el objeto de esta reclamación el anuncio y el Pliego Regulador de la licitación del contrato de "Servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona/Iruña-Tafalla. Zona Tafalla (NAV-002)".

La reclamación contiene los siguientes motivos:

-Infracción de los artículos 2 y 89.3 LFCP por falta de publicación en el anuncio del Portal de Contratación, de la fecha de envío del anuncio al DOUE, así como por el hecho de que el plazo de presentación de proposiciones difiere según se tenga acceso al anuncio de licitación del Portal de Contratación o al del DOUE.

-Infracción de los artículos 2, 32, 40 y 43 LFCP por inviabilidad de la concesión al estar basada en datos desfasados, y contener un precio insuficiente al no haberse considerado todos los costes en que tendrá que incurrir el contratista.

-Infracción de los artículos 2 y 40 LFCP y 9 y 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, por inexistencia de estudio de viabilidad.

-Incumplimiento de artículo 64 LFCP al incorporar como criterio social el compromiso de disponibilidad de un tacógrafo, sin que éste esté vinculado al objeto del contrato.

-Infracción del principio de transparencia a consecuencia de términos confusos y poco precisos en la fórmula para el cálculo de la puntuación económica.

- Incumplimiento del artículo 80.2 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

SEXTO.- En relación con el primero de los motivos planteados, se observa a la vista del expediente que, en efecto, como señala el reclamante, no consta en el anuncio del Portal de Contratación de Navarra la fecha de envío del anuncio al DOUE.

Asimismo, se aprecia que en dicho anuncio figura como fecha de inicio del plazo de presentación de proposiciones el día 11 de agosto, y fin del mismo el día 14 de septiembre, constando en la publicación del DOUE únicamente el día 14, es decir la fecha final de la presentación de las proposiciones.

Por otra parte, en el expediente consta que la fecha de envío al DOUE fue el 7 de agosto, la publicación en el dicho medio el día 12, habiéndose publicado en el Portal de Contratación de Navarra el día 11.

A los efectos de resolver sobre si las consecuencias jurídicas de estos hechos son las alegadas por la entidad reclamante, debemos comenzar por la lectura del artículo 91 LFCP, no citado por el reclamante, que establece la fecha de inicio de los plazos de licitación en el tipo de procedimiento al que pertenece el que es objeto de esta impugnación.

Así en este artículo se establece lo siguiente:

"Artículo 91. Plazos mínimos de licitación en contratos de valor estimado igual o superior al umbral europeo.

1. En los contratos de valor estimado igual o superior al umbral europeo se deberán respetar los siguientes plazos mínimos:

a) En los procedimientos abiertos, el plazo de presentación de ofertas será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio."

La literalidad de este precepto invalida la fecha inicial que figura en el anuncio del Portal de Contratación de Navarra y desvirtúa por sí mismo la existencia de un diferente plazo de presentación de proposiciones según se acceda a una u otra publicidad, habida cuenta que el plazo comienza en todo caso en la fecha de envío del anuncio al DOUE, fecha que sí figura en el anuncio enviado y publicado en el DOUE.

Como es sabido este artículo trae causa del artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, razón por la que ninguna duda puede caber tampoco, a los licitadores europeos, sobre el comienzo del plazo a partir de la fecha del envío del anuncio al DOUE.

"Artículo 27 Procedimiento abierto

1. En los procedimientos abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación.

El plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de 35 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación. La oferta irá acompañada de la información para la selección cualitativa que solicite el poder adjudicador.

(…)

(…)

4. El poder adjudicador podrá reducir en cinco días el plazo para la recepción de ofertas establecido en el apartado 1, párrafo segundo, del presente artículo cuando

acepte que las ofertas pueden presentarse por medios electrónicos de conformidad con el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, y con el artículo 22, apartados 5 y 6.

Así las cosas, en relación con la aducida infracción de los principios contenidos en el artículo 2 LFCP (igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia), encontramos que no puede apreciarse como tal el hecho de que en el diario europeo figure solo la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el portal de contratación figure además una fecha inicial y ello, por cuanto siendo coincidentes las fechas de finalización, ni la fecha de publicación en el DOUE, ni la fecha inicial que figura en el portal de contratación tienen efecto sobre el inicio del plazo, siendo que la fecha de inicio viene determinada por el envío del anuncio al DOUE, como con meridiana claridad se desprende de la literalidad del artículo 91.1 a) LFCP, en este caso el día 7 agosto.

En este sentido se pronuncia igualmente el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuya Resolución nº 148/2016, de 28 de julio, establece que "*De acuerdo con lo establecido en el artículo 159.1 del TRLCSP, "En procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea.*

Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria.

La primera conclusión que cabe extraer de la redacción literal del precepto es que los plazos para la presentación de ofertas comienzan a contar desde la fecha del envío del anuncio a la Comisión y no desde su recepción como si se tratase de una especie de notificación."

En relación con la ausencia de cita del envío del anuncio al DOUE, en el publicado en el Portal de Contratación de Navarra, hecho que la administración contratante reconoce, señalando que no hay espacio para ello en el formulario correspondiente, como así se ha comprobado que acontece, procede valorar su carácter y alcance, en relación con las consecuencias que para el procedimiento pudiera tener esta infracción del artículo 89.3 LFCP, cuyo tenor es:

“3. El envío del anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea” deberá preceder a cualquier otra publicidad. El anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo.”

De lo expuesto, en particular de la existencia de un plazo superior a 30 días para la presentación de proposiciones, así como de la constancia de la fecha de envío del anuncio al DOUE en la publicación en dicho diario, se deduce que la infracción, consecuencia de la falta de espacio en el formulario del Portal, no tiene incidencia en la licitación, en cuanto que a pesar de ella es perfectamente posible que los licitadores cuenten con el plazo debido para la formulación de propuestas.

Así pues, en la medida en que el defecto procedimental que la alegada infracción conlleva no evita que el anuncio pueda alcanzar su fin, ni produce indefensión, constituye una irregularidad de carácter no invalidante, lo que unido a que una hipotética anulación conduciría al mismo resultado, especialmente por el señalado defecto del formulario, conduce a la ineludible aplicación del principio de economía procesal y en consecuencia a la desestimación de la alegación.

Así resulta de la jurisprudencia aplicable al caso, de la que es muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1985, al confirmar la sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial de Valladolid, de 23 de noviembre de 1982, en cuyo considerando segundo se manifiesta “*Que las tres infracciones expuestas constituyen vicios de forma o de procedimiento y, por ello, son subsumibles en el artículo 48-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone: «No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados», precepto del que se desprende que el vicio de forma carece en sí mismo de virtud invalidante, su naturaleza es estrictamente instrumental y que sólo adquiere relieve cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración; por otro lado, el*

procedimiento administrativo y la vía de recurso ofrecen al particular oportunidades continuas de defenderse y de hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o de una infracción procedimental -así lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo en multitud de ocasiones pudiendo servir de ejemplo las sentencias de 13 de enero de 1961 (RJ 1961\138) y 17 de marzo de 1964 (RJ 1964\1131)-; pero en lo que interesa sobre todo insistir es en ese aludido carácter instrumental de las formas y su relación con la resolución de fondo, para ponderar, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1963 (RJ 1963\4310), «sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido», ya que, como añade a continuación, «... un elemental principio de economía procesal impide que se anule la resolución y las actuaciones administrativas, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula», doctrina reiterada, entre otras, por las sentencias de 6 de junio de 1960 (RJ 1960\2645), 13 de enero, 11 de marzo y 15 de junio de 1961 (RJ 1961\2471), 23 y 29 de octubre de 1962 (RJ 1962\4030yRJ 1962\4161), 17 de marzo, 29 de septiembre de 1964 (RJ 1964\1131yRJ 1964\3976), 28 de febrero de 1969 (RJ 1969\945) y 1 de junio de 1973 (RJ 1973\2683).

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- El segundo de los motivos de impugnación, infracción de los artículos 2, 32, 40 y 43 LFCP por inviabilidad de la concesión y contener un precio insuficiente e inadecuado al mercado, está basado, fundamentalmente, según resulta de los antecedentes, en que ambos conceptos han sido elaborados tomando los datos de explotación correspondientes al período 2015-2018 proporcionados por la anterior concesionaria, al margen, por tanto, de las importantes consecuencias que la situación originada por la Covid-19 ha tenido sobre la demanda del servicio, así como sobre los gastos que ha de soportar la empresa adjudicataria, de modo que se ha producido un importante descenso en la primera y un incremento considerable de los segundos.

Al respecto, la entidad contratante ha alegado que, precisamente para la determinación del precio considerando la incidencia de la COVID-19 ha omitido los

datos correspondientes a 2019, en que se había producido un incremento sustancial de la demanda, respecto a los años anteriores, e incorporado el referido incremento de gastos de limpieza y desinfección extraordinarios.

Junto a ello, ha señalado que la concesión tiene un período de ejecución de 6 años, estando previsto su comienzo bien avanzado el 2021, así como que se cuenta con la figura del restablecimiento económico para paliar, en su caso, los efectos derivados de los riesgos de ruptura de la economía de la concesión.

El marco legal en que ha de resolverse la cuestión es el señalado por la entidad reclamante y así, el artículo 40 LFCP hace referencia a la obligatoriedad del estudio de viabilidad en los contratos de concesión; el 42 establece que en la determinación del valor estimado del contrato debe atenderse a los precios habituales en el mercado; el 43 señala que el precio del contrato debe ser adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante su estimación atendiendo al precio del mercado y, por último, el 138.3 hace referencia de nuevo a la adecuación del precio al mercado.

Por otra parte, en lo que a la doctrina aplicable se refiere, hemos de traer a colación el Acuerdo 100/2018, de 4 de octubre, de este Tribunal, en cuyo fundamento quinto se establece lo siguiente:

"*Expuesto el marco legal de aplicación procede ahora recordar nuestra doctrina relacionada con el asunto que ahora analizamos (Acuerdos 56/2017, de 25 de septiembre, 19/2018, de 28 de febrero y 39/2018, de 7 de junio).*

En ellos indicábamos que "*es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la contratación. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato.*

De igual modo aludíamos a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 760/2017, de 8 septiembre, sobre el presupuesto o tipo de licitación que nos recuerda que *"Para su fijación, el órgano de contratación (a quien hemos reconocido un amplio margen de estimación; cfr.: Resoluciones 420/2013 85/2015, 336/2015, 782/2015, 1030/2015, 159/2016, 940/2016, 134/2017, 589/2017, entre otras muchas), deberá partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (cfr.: Resolución 237/2017, y todas las en ella citadas), atendiendo al precio general de mercado (cfr.: artículos 87.1 y 88.2 TRLCSP). Sobre la exigencia de ajustarse a los precios del mercado, hemos dicho, en fin, que "tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa" (cfr.: Resoluciones 66/2012, 694/2014, 360/2017, 576/2017, entre muchas otras). La importancia de este principio fue resaltada por el Consejo de Estado al dictaminar el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 30/2007, de 30 de octubre, respondiendo su inclusión en el texto al parecer del Alto Cuerpo Consultivo (cfr.: Dictamen de 25 de mayo de 2006 expediente 514/2006-). De ahí que, también hemos señalado que cualquier impugnación de la cuantía establecida como presupuesto del contrato ha de probar que con dicha cifra no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato (cfr.: Resoluciones 214/2016, 1027/2016 y 589/2017), aunque, obviamente, la acreditación de que el tipo es inferior a los costes del contrato supondrá una infracción del artículo 87 TRLCSP y, por lo tanto, causa de invalidez del Pliego (cfr.: Resoluciones 614/2015 y 365/2017, entre otras), Sentado lo anterior, podemos admitir que, en principio, una licitación basada exclusivamente en el criterio del precio, en la que el tipo estuviera fijado de manera tan ajustada que impidiera los potenciales candidatos ofrecer una rebaja del mismo no sería respetuosa con nuestro Ordenamiento Jurídico, pues, como sostiene el Informe 18/1998 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, una regla esencial de la contratación pública que los contratistas puedan ofertar las prestaciones por precios inferiores al presupuesto de licitación. En ese escenario, en efecto, sería imposible llevar a cabo comparación alguna de ofertas, requisito consustancial a la licitación pública (cfr..Resoluciones 421/2014 y 468/2017) y principio básico en la materia (cfr.: Memoria del Tribunal de Cuentas del ejercicio 2005 pág. 34-)".*

La adecuada determinación del presupuesto del contrato es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones que constituyen su objeto, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Así, el desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a su resolución.

Por ello, tal y como pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, los órganos de contratación deben, tanto al determinar los presupuestos de los contratos como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación. Estudios que deben ajustarse a los sistemas de determinación del presupuesto establecido, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente, para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirá por la ejecución del contrato."

En la misma línea, la Resolución 081/2020, de 25 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, establece que *"El recurrente alega que los precios establecidos no son de mercado por ser anormalmente bajos (en concreto, se considera muy bajo el margen de beneficio 7/ 8 del 8%) y que, al no distinguirse si los precios unitarios se corresponden con horarios normales, nocturnos o festivos, no es posible saber si se cumplen los requisitos del convenio colectivo aplicable. Este Órgano ya ha señalado en ocasiones anteriores (ver, por todas, su Resolución 49/2020) que el poder dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, y que corresponde a quien sostiene su inadecuación al mandato de que dicho precio se ajuste al mercado demostrar que, más allá de las variaciones propias de dicho mercado, el presupuesto*

fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación."

En el caso analizado, la argumentación de la entidad reclamante no pone en duda la razonabilidad y falta de error o arbitrariedad en las bases que soportan el precio establecido por la entidad contratante y ello porque siendo cierto el impacto de la COVID – 19 en el servicio licitado, no lo es menos que la entidad contratante lo ha contemplado, con la exclusión del año 2019, año de incremento de la demanda, en la estimación de los datos de explotación, pero, sobre todo, porque estando previsto el comienzo de la concesión en 2021 y teniendo ésta una duración de 6 años, lo previsible es que los efectos de dicha COVID-19 resulten atenuados en los comienzos de la concesión, desenvolviéndose las previsiones en el amplio plazo posterior.

A ello debe añadirse la falta de cuantificación y concreción de las afirmaciones realizadas por la entidad reclamante, que se limitan a cuestionar los datos de explotación utilizados y los costes incluidos para la determinación del precio del contrato, por lo que no cabe sino concluir que no ha sido acreditada la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no habiendo por ello razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- En tercer lugar se alega la ausencia de estudio de viabilidad con infracción de los artículos 40 y 183 LFCP, así como del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, así como que no han sido considerados los gastos que enumera, en el proyecto de explotación, cuyas previsiones han sido asumidas para la elaboración del presupuesto base de la licitación.

En lo que se refiere al estudio de viabilidad cuya inexistencia sitúa la reclamante en el juicio que le merece el examen del pliego regulador del contrato, hemos de señalar que dicho documento obra en el expediente remitido a este Tribunal (páginas 61-90 del expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 25 de julio de 2018, que autorizó la celebración del contrato y estableció su régimen financiero), constituyendo como

señala la entidad contratante con cita de la Resolución 303/2020, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, una actuación preparatoria imperativa para el órgano de contratación, previa al procedimiento del contrato de concesión.

Así, en los documentos que conforman el expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 25 de julio de 2018, que autorizó la celebración del contrato y estableció su régimen financiero, figuran el Informe propuesta del servicio, la reserva contable, el informe económico del anteproyecto, el estudio de viabilidad y el Anteproyecto del Servicio y anexos, formando parte dicho Acuerdo del expediente de la Resolución 710/2018, de 3 de agosto, del Director General de Obras Públicas por la que se aprueba el anteproyecto del servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona y Tafalla, Zona Tafalla (NAV-002) y se somete a información pública y al informe del Consejo de Transportes de Navarra..

Por tanto, la alegación debe ser desestimada.

Por otra parte, debe rechazarse igualmente la alegación de falta de consideración de determinados gastos en el presupuesto base de la licitación, porque los citados gastos si se contemplan, a excepción de las intensificaciones y servicios adicionales que, por ser a propuesta del contratista, no deben ser reflejados en tanto que pueden no darse.

Así resulta de la comprobación del expediente, en concreto, del informe económico suscrito por la Jefa de la Sección de Transporte Público, (páginas. 60-91), con carácter previo a la Resolución 130/2020, de 7 de agosto, de la Directora General de Transportes, por la que se aprueba el expediente de contratación y que la reclamante ha obviado en dicha alegación.

NOVENO.- En cuarto lugar se alega que el criterio de adjudicación de carácter social, consistente en la disponibilidad de un tacógrafo, no está vinculado al objeto del contrato ni tiene una naturaleza social, infringiendo por ello el artículo 64 LFCP.

La entidad reclamante basa esta alegación en que el tacógrafo está incorporado a los autobuses y proporciona información sobre la actividad del chofer (kilómetros recorridos, velocidad, pausas…), así como en que se trata de un instrumento obligatorio en gran parte de los tráficos.

La entidad contratante manifiesta a este respecto que el tacógrafo es un instrumento que ayuda a controlar las horas de trabajo de los conductores, protegiendo su salud, no siendo obligatorio en trayectos inferiores a 50 kms como el que es objeto de la licitación impugnada, de modo que la incorporación del compromiso de su utilización a esta licitación mejora las condiciones laborales de los trabajadores, y con ello la prestación, estando vinculado, por tanto, al objeto del contrato y teniendo indudable carácter social .

Sobre el carácter social del criterio que la reclamante pone en duda, cita noticias de prensa en las que se da cuenta de que la obligación de uso del tacógrafo en este tipo de servicios, viene siendo una reivindicación de los sindicatos del sector.

El criterio cuya ilegalidad se alega se establece en la cláusula 11.2 del pliego regulador del contrato que establece lo siguiente:

"*X6 Criterios de carácter social: utilización del tacógrafo (máximo 10 puntos)*

Se valorará que la licitadora se comprometa a la utilización de tacógrafo en todos los servicios objeto de este contrato que se presten con vehículos de más de 9 plazas (incluida plaza del personal de conducción), independientemente del tipo de servicio (troncal, radial, a la demanda, intensificación, refuerzo, etc.) y de su trayecto. Este compromiso conllevará la remisión trimestral a la Administración de los ficheros en formato TGD descargados de las VU de los vehículos."

Los criterios de adjudicación se regulan en el artículo 64 LFCP, que en lo que respecta a los de carácter social contiene las siguientes disposiciones:

En el apartado 1 se señala que, "*Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:*"

a) Estarán vinculados al objeto del contrato.

b) Serán formulados de manera precisa y objetiva.

c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva".

El apartado 2º de dicho artículo dispone que "*se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualesquiera de sus aspectos y en cualquiera etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

a) En el proceso específico de su producción, prestación o comercialización.

b) En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida".

En el apartado 6 se señala que "*Los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante.*"

Este Tribunal ha manifestado en varios de sus acuerdos, por todos el Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, la necesidad de que los criterios sociales estén vinculados al objeto del contrato, de modo que estén referidos a la prestación que se contrata, a sus características o al modo de ejecución, lo que debe analizarse caso por caso y para lo que resulta importante la justificación de la elección realizada por la entidad contratante.

Así se expresa el fundamento octavo del citado Acuerdo:

"*Sobre la necesidad de que los criterios sociales respetasen el requisito de vinculación al objeto del contrato se ha pronunciado este Tribunal en el citado Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, donde indicamos que "(…) una interpretación conjunta e integradora de los preceptos transcritos nos lleva a concluir que el cumplimiento de las previsiones legales citadas en orden a la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, efectivamente, materializarse respetando las exigencias previstas en el apartado primero del artículo 64 LFCP, entre las que destaca la relativa a que los criterios sociales escogidos guarden vinculación con el concreto objeto del contrato; de forma que han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución, y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP que especifica que se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. (…)*

El órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de escoger y determinar los criterios de adjudicación que va a aplicar en orden a la adjudicación del contrato, siendo la enumeración de los criterios de adjudicación de carácter social contenida en el artículo 64.6 LFCP de carácter ejemplificativo, tal y como se desprende de la expresión de cierre del citado precepto cuando apunta a "otros de carácter semejante" a los enumerados. Si bien dicha facultad discrecionalidad encuentra su límite, por imperativo del mismo precepto, en la necesidad de que los criterios fijados se hallen vinculados al objeto del contrato; de forma que las cuestiones de carácter social a valorar deberán ser concretadas caso por caso, en función del específico objeto del contrato de que se trate. Asimismo, debemos advertir que la vinculación de los criterios de adjudicación – también de los de carácter social – debe ir, conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP, referida a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida; previsión que permite concluir que no existe tal vinculación cuando los criterios previstos se refieren a circunstancias relativas a la licitadora y no a la oferta presentada. (…)".

Así las cosas, el examen sobre la vinculación de un criterio social con el objeto del contrato debe realizarse caso por caso, a cuyos efectos resulta más que conveniente incorporar la justificación de tal vinculación en el expediente de contratación, resultando que en el caso concreto que nos ocupa no consta en la documentación que conforma el citado expediente ninguna argumentación por parte del órgano de contratación que permita atender a la vinculación entre la prestación objeto del contrato y la cláusula controvertida, careciendo el expediente de justificación alguna al respecto; careciendo los argumentos esgrimidos en el informe de alegaciones, a juicio de este Tribunal de entidad y virtualidad suficientes, según se razona a continuación."

De interés también la Resolución 14/2020, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que analiza los requisitos que han de concurrir en los criterios de adjudicación conforme a la Directiva 2014/24/UE y, concretamente, respecto a los criterios de carácter social o medioambiental señalando que:

"(…). Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. (…). De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar

comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio."

Respecto a la vinculación del criterio con el objeto del contrato, señala que "*De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto", así como que "solo podrá hacerlo si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución."*

Volviendo al caso que se analiza, encontramos que el informe propuesta del contrato justifica la utilización de este criterio de carácter social en los siguientes términos:

"*El Reglamento (CE) 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, exime de la utilización del tacógrafo a los vehículos destinados al transporte de viajeros en servicios regulares cuando el trayecto del servicio de que se trate no supere los 50 kilómetros. Dado que nos encontramos en este supuesto, se considera que la valoración del compromiso de utilización del tacógrafo como criterio de adjudicación se encuadra dentro de los criterios de carácter social, ya que supone una mejora laboral para el personal de conducción y un incremento de seguridad para las personas usuarias*".

En efecto, el artículo 1 del citado Reglamento comunitario señala que "*El presente Reglamento establece normas sobre el tiempo de conducción, las pausas y los períodos de descanso para los conductores dedicados al transporte por carretera de mercancías y viajeros, con el fin de armonizar las condiciones de competencia entre modos de transporte terrestre, especialmente en lo que se refiere al sector de la carretera, y de mejorar las condiciones de trabajo y la seguridad vial. El presente Reglamento tiene también como objetivo mejorar las prácticas de control y de*

aplicación en los Estados miembros, así como mejorar las prácticas laborales en el sector del transporte por carretera."

En el artículo 2.1.b) del mismo reglamento se señala que el mismo se aplicará al transporte por carretera de viajeros en vehículos fabricados o adaptados de forma permanente para transportar a más de nueve personas, incluido el conductor, y destinados a tal fin, y en el 3.a) que no se aplicará a vehículos destinados al transporte de viajeros en servicios regulares cuando el trayecto del servicio de que se trate no supere los 50 kilómetros.

Según se establece en los artículos 4. 3 y 5 del Reglamento (UE) nº 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 3821/85 del Consejo relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, los tacógrafos digitales que incorporarán los autobuses de esta concesión, al tratarse de autobuses nuevos por disposición del Pliego, registran y proporcionan información sobre los siguientes aspectos.

4. 3. Los tacógrafos digitales registrarán los siguientes datos:
a)distancia recorrida y velocidad del vehículo;
b)medida del tiempo;
c)posición de los puntos a los que se refiere el artículo 8, apartado 1;
d)identidad del conductor;
e)actividad del conductor;
f)datos relativos al control, calibrado y reparación del tacógrafo, incluida la identidad del taller;
g)incidentes y fallos.

Artículo 5
Funciones de los tacógrafos digitales
Mediante el tacógrafo digital se garantizan las siguientes funciones:
—medición de la velocidad y del trayecto,

—supervisión de las actividades del conductor y del régimen de conducción,

—supervisión de la inserción y extracción de las tarjetas de tacógrafo,

—registro de las entradas manuales de los conductores,

—calibrado,

—registro automático de los puntos de posición a que se refiere el artículo 8, apartado 1,

—supervisión de las actividades de control,

—detección y registro de incidentes y fallos,

—lectura, registro y almacenamiento de los datos de la memoria,

—lectura de las tarjetas de tacógrafo, y registro y almacenamiento de datos en las tarjetas de tacógrafo,

—visualización, advertencias, impresión y transferencia de datos a dispositivos externos,

—ajuste y medición de la hora,

—comunicación a distancia,

—gestión de los bloqueos introducidos por la empresa,

—autodiagnóstico y comprobaciones automáticas.

Como señala el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en su Resolución 8/2009, de 20 de enero, *"el tacógrafo es un aparato de control que se instala abordo de ciertos vehículos de carretera, para indicar y registrar de manera automática o semiautomática, los datos relativos a los kilómetros recorridos y a la velocidad de los vehículos, así como los tiempos de actividad y descanso de sus conductores"*.

De ello deriva que la inclusión del compromiso de utilización del tacógrafo en este tipo de servicios en los que no resulta obligatorio, aporta al contrato una indudable mejora de las condiciones de trabajo, en la medida en que la información que aportan permite el control sobre las horas de trabajo y descanso de los conductores, constituyendo así un criterio de carácter social que aporta garantía de respeto y cumplimiento de las condiciones laborales de los conductores.

Así está considerado en el artículo 64.6 LFCP que, en la enumeración de criterios sociales que realiza, cita expresamente la mejora de las condiciones laborales y "*otros de carácter semejante*."

Por otra parte, esta garantía de cumplimiento de jornadas y descansos de los conductores, lo es también de la seguridad vial y de la de los viajeros, incrementando con ello la calidad de la prestación objeto del contrato.

De todo ello resulta que, conforme al marco expuesto, el criterio relativo a los tacógrafos de los autobuses del servicio, es un criterio de carácter social y vinculado al objeto del contrato, siendo determinante de ambos aspectos, no que los éstos estén incorporados a los autobuses como parece haber interpretado la entidad reclamante al hacer referencia a la cláusula**,** sino el compromiso de utilización de los mismos que, según expresa la misma "*conllevará la remisión trimestral a la Administración de los ficheros en formato TGD descargados de las VU de los vehículos***".**

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- En quinto lugar se alega que en la fórmula para calcular la mejor oferta económica no se comprende la operación matemática (BMO,BS) ni se define qué es baja significativa, por lo que el denominador de la misma es confuso y poco preciso, por lo que se incumple el art. 64 de la LFCP y el principio de transparencia.

Esta fórmula se contiene en la cláusula 11.2 del pliego del contrato que establece, entre los criterios valorables mediante fórmulas, la "Oferta económica", de la siguiente manera:

"Compensación económica anual de la Administración", a la que se le atribuye un máximo de 35 puntos. Su redacción es la siguiente:

"*1. La valoración de la oferta económica se obtendrá de la valoración de la compensación económica anual de la Administración ofertada. La puntuación de la compensación económica anual ofertada se obtendrá mediante la siguiente expresión:*

$$PCoi = Max\ P\ x\ \frac{Boi}{Max\left(BOM\ ,BS\right)}$$

A los efectos de aplicar la fórmula, se considera:

PCoi: puntuación de la oferta i.
MaxP: puntación máxima, 35 puntos.
Boi: baja de la oferta i.
BMO: baja de la mejor oferta.
BS: baja significativa, 10%

Las ofertas que superen la compensación anual máxima de la Administración por la prestación de los servicios establecida en el apartado 21.2 de estas Condiciones Particulares, 688.153,10 euros, serán desestimadas.

La puntuación se redondeará al segundo decimal."

De nuevo nos encontramos ante uno de los criterios de adjudicación, respecto de los que el artículo 64.1 de la LFCP señala que deberán ser formulados de manera precisa y objetiva.

El apartado 4º del mismo artículo dispone que "*cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, al menos el 50% de la puntuación deberá calcularse mediante la aplicación de fórmulas objetivas que se establecerán en los pliegos, que determinarán la ponderación relativa de cada uno de ellos. (…)*".

En el plano doctrinal, respecto de la claridad y concreción de los criterios de adjudicación, la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala lo siguiente:

"*En relación con este precepto, este Tribunal ha elaborado una sólida y abundante doctrina que, en lo que afecta a la cuestión objeto de debate, cabe resumir en los siguientes puntos:*

a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, (…).

f) En el caso de los criterios evaluables mediante fórmulas, la aplicación de la fórmula ha de estar claramente descrita en los pliegos, ya sea mediante una fórmula matemática o una descripción lingüística clara y además que tenga por objetivo la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, permitiendo la ordenación decreciente de las ofertas de forma proporcional (resoluciones 272/2015, 228/2015).”

En el presente caso se alega que la fórmula empleada es confusa e imprecisa, ya que no se comprende la operación matemática (BMO, BS) incluida en el denominador ni se define qué deba ser considerado como una baja significativa.

Consideramos que esta alegación debe ser desestimada, dado que los términos del denominador son claros. Así, cuando se señala “Max (BMO,BS)”, debe entenderse que se refiere al valor máximo entre BMO (que se identifica con la “baja de la mejor oferta”) y BS (que se refiere a la “baja significativa” que, a su vez, se identifica con un 10% de baja).

Así, la puntuación de la oferta a valorar será el resultado de multiplicar la puntuación máxima atribuida en este criterio (35 puntos) por el resultado de dividir la baja de la oferta que se valora entre la cifra que resulte superior entre la baja de la mejor oferta y el 10% de baja.

La inteligibilidad de esta fórmula no precisa de mayores aclaraciones, no resultando por ello confusa e imprecisa, tal y como se alega por el reclamante.

UNDÉCIMO.- **.** El último de los motivos de impugnación señala que la cláusula 10.1 de las condiciones particulares del contrato y su anexo IV vulneran el art. 80.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se regula el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (ROTT), al permitir la presentación de proposiciones en participación conjunta sin la exigencia contenida en dicha norma, de hacer constar expresamente el compromiso de constituir una persona jurídica que

cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y 36 de este Reglamento.

La citada cláusula 10.1 del Pliego, establece que:

"*c) En el supuesto de que se presenten proposiciones suscritas por uniones temporales de empresas (constituidas temporalmente al efecto) o por personas que participen conjuntamente, se incorporará un escrito (…).*

El documento se ajustará a lo establecido en el modelo que se adjunta como Anexo IV a las presentes Condiciones Particulares."

El anexo IV establece el modelo de participación conjunta, o unión temporal estableciéndose la obligación de compromiso de constituirse en escritura pública únicamente respecto de la segunda y sin referencia a las exigencias contenidas en el artículo 80.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se regula el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres.

Así, la cláusula y el anexo IV referidos son acordes con al artículo 13.1 de la LFCP que regula la licitación en participación conjunta, estableciendo lo siguiente:

"1. Los órganos de contratación podrán contratar con Uniones Temporales de Empresas o con personas que participen conjuntamente. Dicha participación se instrumentará mediante la aportación de un documento privado en el que se manifieste la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación de cada una de las personas licitadoras y se designe una representación o apoderamiento único con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de facultades mancomunadas para cobros y pagos.

2. En cualquier caso, los contratistas responderán solidariamente de las obligaciones contraídas.

3. No será necesaria la constitución en escritura pública de la Unión Temporal de Empresas hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor."

Por último, en el artículo 80.2 del ROTT, se dispone que:

"Varias empresas podrán presentar una proposición conjunta, sin necesidad de constituir una unión temporal ni ninguna otra forma de colaboración empresarial, siempre que hagan constar expresamente su compromiso de constituir una persona jurídica que cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la LOTT y 36 de este Reglamento antes de la adjudicación del contrato, en caso de que su oferta sea la mejor valorada."

El art. 43.1.b) de la LOTT se señala:

1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Tener nacionalidad española o la de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o, en caso contrario, contar con las autorizaciones exigidas por la legislación reguladora del régimen general de extranjería para la realización de la actividad profesional de transportista en nombre propio.

b) Cuando no se trate de una persona física, tener personalidad jurídica propia e independiente de la de aquellas personas que, en su caso, la integren.

Y el Artículo 36. Del ROTT:

1. A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.1.b) de la LOTT, habrá de resultar acreditado que la persona jurídica titular de la autorización reúne las siguientes condiciones:

a) Que se encuentra inscrita en el Registro Mercantil o, en su caso, en el registro público que corresponda.

b) Que tiene personalidad jurídica propia e independiente de la de aquellas personas que, en su caso, la integren.

De la comparación del artículo 80.2 del ROTT, con la cláusula 10.1 y el anexo IV del Pliego, resulta, en efecto, la alegada diferencia de regulación al exigirse en la primera de las normas un compromiso de constitución de persona jurídica no exigido en las segundas.

A este motivo la entidad contratante opone que en el sistema de fuentes establecido en el Pliego la LFCP tiene carácter prevalente, figurando el ROTT con carácter supletorio, ello en virtud del artículo 149.3 de la Constitución Española, que dispone que "el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho de las comunidades autónomas", así como que no habiendo reclamado sobre ello la interesada, la alegación que se examina debe ser desestimada.

A la vista de las alegaciones formuladas por las partes, procede abordar la cuestión a partir del régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión de servicios, a los efectos de valorar la relación entre las normas de contratación y las sectoriales que lo regulan.

Al respecto, el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha recogido este régimen jurídico, en su Resolución nº 315/2020, de 5 de marzo, estableciendo lo siguiente:

"*Pues bien, comparte este Tribunal los acertados argumentos expuestos en el informe de la Abogacía del Estado ante el Ministerio de Fomento evacuado con ocasión del pliego que nos ocupa y que, por lo que aquí interesa, señala: "En primer lugar, es aplicable el Reglamento CE 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo. En su artículo 1, el citado reglamento declara que su objeto es "definir las modalidades según las cuales, en cumplimiento de las disposiciones del Derecho comunitario, las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar."*

En su artículo 5 regula la adjudicación de contratos de servicio público estableciendo las siguientes normas: "1. Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a

los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE." Es decir, a "sensu contrario", cuando tales contratos adoptan la forma de concesión de servicios, no se aplican, al menos de forma directa, las Directivas europeas sobre contratación pública. Esa exclusión está confirmada por la actualmente vigente Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (las dos Directivas que cita el artículo 5 del Reglamento CE 1370/2007 ya están derogadas), que en su artículo 10.3 establece: Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras [...] 3. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) no 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (22), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) no 1370/2007.

Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) declara en su propio título que tiene por objeto "transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014".

La exclusión de la aplicación directa de las directivas europeas a estos contratos de concesión de servicios determina, por tanto, que la LCSP no sea aplicable de modo directo, aunque sí supletorio como observamos a continuación.

En efecto, la norma especial y sectorial aplicable preferentemente a estas concesiones de transporte es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; cuyo artículo 71 establece:

"Artículo 71. Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración [...]

En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos."

Por tanto, al establecer la regulación aplicable en la cláusula 2 del Pliego sometido a informe, debemos precisar que rige, en primer lugar, la legislación sectorial y especial (El Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 y la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, así como, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOTT, en lo que no se oponga a la misma.)

De forma supletoria, resulta aplicable la normativa reguladora de la contratación del sector público, integrada por la LCSP, y en lo que no se oponga a la misma, el Real Decreto 1098/2001 y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo".

Además, una vez determinado el régimen jurídico aplicable al pliego que nos ocupa, en lo que a la configuración de la solvencia se refiere, se afirma que (el énfasis es nuestro): *"TERCERA. -La preferencia de la legislación sectorial y especial determina que, en cuanto a la solvencia técnica y profesional exigible a las empresas que concurran agrupadas, deba estarse en primer lugar a la LOTT y a su desarrollo reglamentario, concretamente al artículo 80 del Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre, en la nueva redacción dada por el Real Decreto núm. 70/2019, de 15 de febrero, que establece:*

"1. Podrán presentar proposiciones todas aquellas empresas que cumplan las condiciones mínimas de solvencia técnica, profesional y económica exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato.

No obstante, lo dispuesto en el artículo 69.1.a), se admitirá la presentación de proposiciones por empresas que no estén en posesión de la oportuna autorización de transporte siempre que hagan constar su compromiso de obtenerla antes de la adjudicación del contrato, en caso de que su proposición sea la mejor valorada.

2. Varias empresas podrán presentar una proposición conjunta, sin necesidad de constituir una unión temporal ni ninguna otra forma de colaboración empresarial [...]

En el supuesto regulado en este apartado, deberá resultar acreditado que cada una de las condiciones de solvencia técnica y profesional exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato se cumple al menos por una de las empresas que participan en la proposición conjunta. Asimismo, deberá resultar acreditado que al menos una de tales empresas cumple las condiciones mínimas de solvencia económica exigidas en dicho pliego."

De manera supletoria a esta normativa especial podrá aplicarse el régimen de acumulación de solvencia de las uniones de empresas previsto en la LCSP.

De acuerdo con este criterio, se considera adecuada la redacción de la cláusula 13 (acreditación de la capacidad y la solvencia) del pliego sometido a informe, al establecer en cuanto a las empresas que concurran agrupadas lo siguiente: "Si los licitadores participaran en el procedimiento en agrupación de empresarios cada uno de los requisitos anteriores deberá ser cumplido por, al menos, uno de sus integrantes."

En efecto, puesto que la acumulación de la solvencia en las uniones temporales de empresas se rige preferentemente por el artículo 80.2 del ROTT, la acumulación es posible, si bien en las condiciones especiales previstas en dicho artículo: es decir, cada una de las condiciones de solvencia técnica y profesional exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato deberá ser cumplida al menos por una de las empresas que participan en la proposición conjunta.

Se estima que la interpretación expuesta es coherente con lo siguiente: -Con el principio de especialidad de las normas, que hace prevalecer la norma especial sobre la general. -Con las Directivas europeas sobre contratación pública que, al excluir de su ámbito estas concesiones de servicios, reconocen esa preferencia de la legislación sectorial sobre concesiones de transportes. -Con los principios generales relativos a la acumulación de la solvencia: el ROTT no es que impida la acumulación de la solvencia; sino que la permite expresamente, si bien estableciendo una condición que, se estima, es proporcionada y se justifica por la especialidad de este tipo de contratos".

Argumentos que este Tribunal asume como propios, de tal manera que, a modo de recapitulación, podemos decir que a los contratos de concesión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general por carretera les es aplicable, en primer lugar, el Reglamento (CE) Nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, de cuyo artículo 5, relativo a la adjudicación de contratos de servicio público se puede extraer como conclusión que a los contratos de servicios públicos de transporte de viajeros en autobús que adoptan la forma de concesión de servicios, no se les aplican las Directivas sobre contratación pública.

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, excluye de su ámbito de aplicación en el artículo 10.3 a "las concesiones de servicios de transporte

aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007".

Esta exclusión determina, por un lado, la preferencia de la legislación sectorial sobre las concesiones de transportes y, por otro lado, que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 [LCSP] no sea aplicable de modo directo, aunque sí supletorio. Así lo establece el artículo 71 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres [LOTT]:

"En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos."

Esta preferencia de la legislación sectorial y especial determina que, en cuanto a la solvencia exigible a las empresas que concurran agrupadas, deba estarse en primer lugar a la LOTT y a su desarrollo reglamentario, concretamente al artículo 80 del Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre [ROTT].

De manera supletoria, podría aplicarse el régimen de acumulación de solvencia de las uniones de empresas previsto en la LCSP, como así se hace en la cláusula 13 del Pliego, que permite expresamente la acumulación de la solvencia técnica o profesional, al establecer en su apartado 6 lo siguiente:

"Si los licitadores participaran en el procedimiento en agrupación de empresarios cada uno de los requisitos anteriores deberá ser cumplido por, al menos, uno de sus integrantes." Es decir, la acumulación de la solvencia técnica es posible con las condiciones previstas en el artículo 80.2 del ROTT.

En definitiva, debe desestimarse el concreto motivo de impugnación que se invoca y con él, dado el exacto cumplimiento de la normativa española, acorde a la normativa comunitaria, tampoco procede acceder al planteamiento de la cuestión prejudicial que se interesa."

De la preferencia de las normas sectoriales y especiales sobre las de contratación que conforme a lo expuesto por el TARC resulta para las concesiones de transporte de viajeros, deriva que, en el caso que se analiza, no es la LFCP la norma de aplicación preferente sino el ROTT, de modo que no cabe sino concluir que la cláusula y el anexo impugnados, en efecto, infringen dicha norma, en tanto que no incorporan la exigencia contenida en el artículo 80.2 del ROTT, de que las empresas que presenten una proposición conjunta *"hagan constar expresamente su compromiso de constituir una persona jurídica que cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la LOTT y 36 de este Reglamento antes de la adjudicación del contrato, en caso de que su oferta sea la mejor valorada."*

Por todo ello el motivo ha de ser estimado.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETARA Y LOGÍSTICA (ANET) frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos reguladores del contrato de "*Servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona/Iruña-Tafalla. Zona Tafalla (NAV-002)*", licitado por la Dirección General de Transportes del Gobierno de Navarra, anulando la cláusula 10.1 y el anexo IV de dicho Pliego, relativos ambos a las condiciones de participación conjunta de las entidades licitadoras, por la falta de incorporación, en ambos casos, de la exigencia contenida en el artículo 80.2 del ROTT, de incorporación a las proposiciones del compromiso de constitución de persona jurídica que cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la LOTT y 36 del propio ROTT, en caso de resultar la oferta mejor valorada, estimación que conlleva la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento.

2º. Notificar este acuerdo a la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETARA Y LOGÍSTICA (ANET), a la Dirección General de Transportes del Gobierno de Navarra, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 9 de octubre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.