



EB 2017/135

Resolución 138/2017, de 15 de diciembre de 2017, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, por la que se resuelve la reclamación interpuesta por la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. contra la adjudicación del contrato “Inserción de publicidad exterior en los autobuses del servicio de transporte público colectivo urbano (BILBOBUS)”, adjudicado por la empresa AUTOBUSES URBANOS DE BILBAO, S.A.U (BIOBIDE).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de octubre de 2017, la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. (en adelante, COMUNITAC) interpuso, ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un escrito denominado “recurso especial” contra la adjudicación del contrato “Inserción de publicidad exterior en los autobuses del servicio de transporte público colectivo urbano (BILBOBUS)”; el citado escrito entiende que el Ayuntamiento de Bilbao es quien “realmente” ha resuelto la adjudicación del contrato, a pesar de que, en apariencia, el “poder adjudicador” ha sido la empresa Autobuses Urbanos de Bilbao, S.A.U. (en adelante, BIOBIDE).

SEGUNDO: Con fecha 31 de octubre se solicitaron al Ayuntamiento de Bilbao el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), recibándose un escrito el día 3 de noviembre, firmado por el Jefe de la Subárea jurídica de circulación y transportes. Posteriormente, la Subdirectora de gestión del Área de Movilidad y Sostenibilidad remitió (entrada en el registro del OARC / KEAO



del 28 de noviembre) una copia de la documentación que obra en dicha unidad administrativa en relación al contrato de referencia, en concreto, la siguiente:

- pliego de prescripciones administrativas y técnicas.
- anuncio de “procedimiento abierto” publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia del 26 de julio de 2017.
- acta de apertura de los sobres “A” y “B” del contrato.
- informe de valoración técnica del concurso.
- proposiciones económicas de empresas que optaban al contrato.
- acta de la sesión que da cuenta del resultado del contenido de los sobres “B” y de la apertura de los sobres “C”.
- “encomienda” suscrita por el teniente de alcalde y concejal delegado del Área de Movilidad y Sostenibilidad del Ayuntamiento considerando que “la empresa con la que Autobuses Urbanos de Bilbao, S.A. debe suscribir el contrato antes mencionado, es la mercantil PM Trans.”

Asimismo, con fecha 27 de noviembre se recibió el “Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato de concesión del servicio de transporte público colectivo urbano en la villa de Bilbao”.

TERCERO: Con fecha 28 de noviembre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución EI 03/2017, en la que se acordaba conceder a los interesados (Ayuntamiento de Bilbao y COMUNITAC) un plazo de cinco días hábiles para que expongan su criterio sobre si BIOBIDE es o no una entidad contratante sujeta a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, “Ley 31/2007”), cuestión que no ha sido expresamente alegada por los interesados que hasta ahora han comparecido en el procedimiento, si bien este Órgano la considera relevante para su resolución. A fecha de hoy, no se ha recibido contestación alguna al respecto.

CUARTO: La Resolución EI 02/2017 de la Titular del OARC / KEAO, de 28 de noviembre, comunicaba a BIOBIDE la interposición de la reclamación,



solicitaba a dicha empresa cuanta documentación obre en su poder en relación con el contrato debatido, en particular, la identidad y datos de contacto de las empresas aspirantes al mismo y la adjudicación del contrato y el documento en el que éste se formaliza, y le concedía un plazo de cinco días hábiles para pronunciarse sobre su sujeción a la Ley 31/2007 y alegar lo que estimara oportuno en relación con el presente procedimiento.

Con fecha 5 de diciembre se ha recibido un escrito de BIOBIDE oponiéndose a la reclamación de COMUNITEC, al que se adjunta una copia del contrato suscrito el día 1 de noviembre de 2017 entre dicha empresa y la mercantil PM TRANS EUROPE, S.L.U., cuyo objeto es la “Inserción de publicidad exterior en los autobuses del servicio de transporte público colectivo urbano de Bilbao, “BILBOBUS”.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurso dice interponerse frente a la “adjudicación presunta” del contrato. La razón es que el recurrente afirma no poder acompañar al escrito de recurso el acuerdo impugnado, aunque sí el acto de apertura del sobre “C” y varios correos electrónicos cruzados con la adjudicataria que demuestran que el hecho se ha producido. Como reconoce el propio recurso, la entidad que ha adjudicado el contrato es la mercantil BIOBIDE, concesionaria del servicio de autobuses urbanos de Bilbao, pero solo en apariencia, pues según COMUNITAC se trata de una actuación fraudulenta para encubrir al verdadero poder adjudicador, que no es otro que el Ayuntamiento de Bilbao, que ha llevado el peso del procedimiento de adjudicación y quien va a ser el beneficiario de los ingresos que se produzcan.

Por su parte, el Ayuntamiento estima que el recurso debe inadmitirse porque su objeto no es un contrato público y quien efectúa la convocatoria para elegir la empresa que gestionará la publicidad exterior es una empresa privada, Autobuses Urbanos de Bilbao, S.A., concesionaria del servicio público de transporte colectivo urbano “Bilbobus”, y no el Ayuntamiento. Esta afirmación



no se altera porque el Ayuntamiento haya exigido a dicha empresa que la adjudicación se produzca respetando los principios de publicidad y concurrencia, habida cuenta de que a la Administración titular del servicio público concesionado no le es indiferente la forma y el procedimiento por el que se contrata la publicidad insertada en los autobuses. Consecuentemente, los documentos de la licitación que la Administración tiene en su poder no forman parte de un expediente administrativo.

Finalmente, BIOBIDE alega que se trata de un contrato privado, que la convocatoria a la licitación la ha efectuado una empresa privada y no el Ayuntamiento y que no hay un procedimiento público de adjudicación.

SEGUNDO: Con carácter previo a cualquier otra cuestión, este OARC / KEAO debe decidir sobre su propia competencia para resolver la reclamación de COMUNITAC, pues ése es el primer requisito de admisibilidad de la impugnación. Para ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 115 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) señala que «El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», por lo que es irrelevante, a estos efectos, la calificación que COMUNITAC ha dado a su escrito (“recurso especial”).

En primer lugar, hay que considerar si, como afirma el recurrente, el contrato ha sido, en realidad, adjudicado por el Ayuntamiento de Bilbao, pues esta Administración es un poder adjudicador sujeto al TRLCSP y se incluye por lo tanto en el ámbito subjetivo del recurso especial previsto en los artículos 40 y siguientes de dicha norma y cuya resolución corresponde a este OARC / KEAO. El análisis debe partir de un concepto funcional de “poder adjudicador”, siendo irrelevante que en un contrato concreto aparezca formalmente con tal designación una cierta entidad (ver, en este sentido la STJUE de 29 de octubre de 2009, asunto C-536/07 ECLI:EU:C:2009:664); por el contrario, lo determinante es el análisis del negocio jurídico para fijar quiénes son,



efectivamente, las partes del contrato y cuáles son los derechos y obligaciones que adquieren en virtud de él.

A la vista de esta premisa, debe descartarse que el Ayuntamiento del Bilbao sea parte del contrato. A pesar de que en el expediente figura la participación de órganos administrativos del Ayuntamiento y de empleados públicos del mismo en el proceso de selección del contratista, no consta que la Administración haya designado al adjudicatario. Además, del contenido del contrato, suscrito por BIOBIDE, no se desprende, en contra de lo que alega el recurrente, que el Ayuntamiento sea el destinatario del pago del canon.

Dado que el artículo 2.1 del TRLCSP regula únicamente los contratos celebrados por las entidades del sector público, hay que descartar que nos encontremos ante un recurso especial. Incluso con una interpretación amplia del término “celebrar” que comprendiera no solo los contratos en los que dichas entidades son parte, sino también aquéllos en los que no son signatarios pero han elegido al proveedor de los servicios objeto de los mismos, tampoco se trataría de un contrato público en el sentido del citado artículo 2.1 del TRLCSP. A estos efectos, sería irrelevante que, a la Administración, como titular del servicio de transporte público, no le sea indiferente la publicidad exhibida en los autobuses, pues ello llevaría únicamente, como mucho, a aplicar las limitaciones o condiciones que, sobre este extremo, pudieran preverse en el régimen legal y contractual de la concesión o del servicio público objeto de la misma. Tampoco se altera esta conclusión porque el pliego del contrato impugnado contenga estipulaciones en favor del Ayuntamiento o le atribuya ciertas funciones en su ejecución (ver, por ejemplo, la cláusula 5.1.1 o las obligaciones del adjudicatario 3.15 o 3.19 del pliego).

Una vez determinado que el objeto de la presente resolución no es un contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Bilbao sujeto al recurso especial, sino que se ha celebrado por BIOBIDE y no está por lo tanto incluido en el ámbito de dicho recurso por no ser esta mercantil un poder adjudicador, debe analizarse si es aplicable la regulación de la reclamación prevista en los artículos 101 y



siguientes de la Ley 31/2007. Este régimen sería el procedente si previamente se llegara a la conclusión de que BIOBIDE está sujeta a dicha norma en virtud de sus artículos 3.1, 4 y 10. De estos preceptos se deduce que son entidades adjudicadoras las empresas privadas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos en el campo de la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por autobús. Se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos cuando sean concedidos por los órganos competentes de una Administración Pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 7 a 12 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad; esta definición incluye los servicios públicos prestados en régimen de gestión indirecta (ver, por ejemplo, el informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en adelante, “informe 12/2016”, en concreto su página 6¹). Por otro lado, existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente referidas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia.

Contrastada la normativa citada en el párrafo anterior con la documentación que obra en el expediente y con la recogida en la página web de la empresa,² consta que BIOBIDE es la concesionaria del servicio público del transporte colectivo urbano en Bilbao. Por otro lado, en el documento “Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato de concesión del servicio de transporte público colectivo urbano en la villa de Bilbao” se afirma que el objeto de dicho contrato es “la gestión indirecta del servicio del transporte público colectivo urbano en autobús en la Villa de Bilbao” (artículo 1) y que “El Excmo. Ayuntamiento de Bilbao establecerá, por razones de interés público, las

¹ Disponible en el siguiente enlace:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/122016.pdf

² <http://www.bilbobus.com/empresa/empresa.asp>



características del servicio, fijando el número de líneas, los itinerarios, las paradas, las unidades en servicio, las características de los vehículos, los intervalos de paso, los horarios y demás variables que afecten al desarrollo de aquél” (artículo 2). De todo ello se deduce que BIOBIDE cumple los requisitos para ser considerada como entidad adjudicadora sujeta a la Ley 31/2007 (ver el ya citado informe 12/2016, cuyo objeto es un caso muy similar al de esta resolución y cuya argumentación se comparte sustancialmente por este OARC / KEAO). Consecuentemente, la impugnación presentada por COMUNITAC debe recibir el tratamiento procedimental de las reclamaciones recogidas en los artículos 101 y siguientes de esta norma.

TERCERO: Según el artículo 101.1 de la Ley 31/2007, las reclamaciones solo pueden interponerse en relación con contratos cuyos procedimientos de adjudicación se recogen en dicha Ley. Expresado de otro modo, no caben reclamaciones contra procedimientos de adjudicación de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007. Este OARC / KEAO estima que esta exclusión concurre en este caso, ya que el contrato no se celebra para un fin relacionado con la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la Ley (ver el artículo 18.1 de la Ley 31/2007); téngase en cuenta que el objeto contractual no es la adquisición de un servicio que BIOBIDE necesite para la prestación del servicio público de transporte que indirectamente gestiona, sino el aprovechamiento económico de la flota de autobuses como soporte publicitario explotado por un tercero. Por todo ello, la reclamación debe ser inadmitida, según dispone el artículo 22.2.3º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 101.1 de la Ley 31/2007 y 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la



Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso interpuesto por la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. contra la adjudicación del contrato “Inserción de publicidad exterior en los autobuses del servicio de transporte público colectivo urbano (BILBOBUS)”.

SEGUNDO: Notificar la presente resolución a todos los interesados.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko abenduaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de diciembre de 2017