



EB 2017/152

Resolución 007/2018, de 16 de enero de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AUTOBUSES CUADRA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Concesión de la gestión del servicio público de transporte colectivo de Irún”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de noviembre de 2017, la empresa AUTOBUSES CUADRA, S.A. (en adelante, CUADRA) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Concesión de la gestión del servicio público de transporte colectivo de Irún”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún.

SEGUNDO: Con fecha 21 de noviembre se solicitaron al poder adjudicador 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), los cuales se recibieron en el OARC / KEAO el día 23 de noviembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de noviembre, se han recibido la alegaciones de SUBÚS GRUPO DE TRANSPORTE, S.L., y de SEMURA BUS, S.L. el 5 de diciembre y las de AUTOBUSES URBANOS IRUN-FUENTERRABÍA, S.L. el día 11 de diciembre.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Con carácter previo a cualquier otra cuestión, por ser el primer requisito de admisibilidad a estudiar, este OARC / KEAO debe decidir sobre su propia competencia, improrrogable a la vez que irrenunciable (ver, en este sentido la STSJ PV 352/2015, de 20 de julio de 2015), para instruir y resolver la impugnación de AUTOBUSES CUADRA, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Concesión de gestión del servicio público de transporte colectivo de Irún”, debido a que todas las partes implicadas dudan que el recurso especial sea el procedente.

La recurrente afirma que acude al recurso especial en materia de contratación sobre la base del ofrecimiento de este medio impugnatorio efectuado en la cláusula 26, apartado 1, de los pliegos rectores de la licitación al igual que en el pie de recurso facilitado por el poder adjudicador en la notificación de la adjudicación. No obstante, pone en duda que éste sea el adecuado a la vista de la Resolución nº 738/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), conforme a la cual los actos de los poderes adjudicadores relativos a servicios públicos de transporte de viajeros sometidos al Reglamento CE nº 1370/2007 deben ser revisados a través de las fórmulas ordinarias.

Por su parte, el poder adjudicador alega que el plazo de duración del contrato, al que califica de gestión de servicios públicos, es de cinco años por lo que, según lo dispuesto en el art. 40.1.c) del TRLCSP, no se trata de un contrato comprendido en el ámbito del recurso especial. Achaca el ofrecimiento del recurso especial a que se incluyó erróneamente esta vía impugnatoria en el acuerdo plenario de 26 de julio de 2017, de adjudicación, lo cual no puede ser impedimento para que se tramite y resuelva como un recurso ordinario debido al carácter indisponible de la competencia.



Finalmente, las dos empresas interesadas en el procedimiento, AUTOBUSES URBANOS IRÚN-FUENTERRABÍA, S.L., adjudicataria impugnada, y SUBUS GRUPO DE TRANSPORTE, SL, segunda clasificada, alegan la falta de competencia del OARC/KEAO para conocer este asunto debido a que el régimen especial de revisión de las actuaciones de los contratos de concesión de servicios de transportes de viajeros a que hace mención el artículo 5.7 del Reglamento 1370/2007, no puede identificarse con el régimen de los recursos especiales en materia de contratación.

El Reglamento (CE) 1370/2007 regula la adjudicación de los contratos de servicio público, según se definen en su artículo 2, letra i), en el ámbito del transporte público de viajeros por ferrocarril y carretera. No obstante, estos contratos de servicio público también pueden entrar en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública (Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE). En cuanto a la relación entre este Reglamento 1370/2007 y las citadas Directivas de contratación pública y la Directiva 2014/23, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, es importante distinguir, en lo que al objeto del recurso concierne, entre contrato público de servicios y contrato de concesión de servicios, dado que el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/23 dispone que ésta no se aplica a las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros, los cuales se rigen exclusivamente por el Reglamento 1370/2007. A su vez, de forma concordante, el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 1370/2007 establece que los contratos de servicio (público) de transporte de viajeros en autobús se adjudican con arreglo a las Directivas 2004/17 (derogada y sustituida por la Directiva 2014/25) y 2004/18 (derogada y sustituida por la Directiva 2014/24), salvo cuando dichos contratos adopten la forma de contratos de concesión de servicios, tal y como éstos se definen actualmente en la Directiva 2014/23. Si no nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios, la adjudicación del contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús se rige exclusivamente por las Directivas 2014/24 y 2014/25.



Para la comprensión de lo relatado, resulta muy gráfico el cuadro sinópsis que figura en la Comunicación de la Comisión (2014/C 92/01) relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que resume los fundamentos jurídicos aplicables a las adjudicaciones de contratos según el tipo de acuerdo contractual y modo de transporte, de la siguiente forma:

Servicios públicos de transporte en	Contratos de servicio (público) según se definen en las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE	Concesiones de servicios según se definen en la Directiva 2014/23/UE
Autobús y tranvía	Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE	Reglamento (CE) no 1370/2007
Ferrocarril y metro	Reglamento (CE) no 1370/2007	Reglamento (CE) no 1370/2007

Consecuentemente, resulta necesario calificar el contrato para determinar si nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios, en cuyo caso quedaría excluido de la aplicación de la Directiva 2014/23, de concesiones, y consiguientemente del recurso especial, dada la identidad entre el ámbito objetivo de una y otro, y se regiría por las disposiciones del Reglamento 1370/2007 o, ante un contrato público de servicios, en cuyo caso estaría sujeto al recurso especial en materia de contratación en virtud del artículo 40.1 a) del TRLCSP.

Resulta sobradamente conocido que la diferencia entre un contrato público de servicios y un contrato de concesión de servicios, que pueden tener un objeto contractual idéntico, radica en la contrapartida de la prestación del servicio; en el primero es un precio, mientras que en el segundo, la contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (art. 5.1.b) de la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión). La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico (el riesgo de demanda, el de suministro o ambos) que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya



sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador (considerando 18 de la Directiva 2014/23).

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

7.- CONDICIONES ECONÓMICAS DEL SERVICIO

(...)

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

(...)

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

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

(...)

7.3.- Compensación.

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

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



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

(...)

7.4.- Liquidaciones anuales.

A la conclusión del ejercicio, y dentro de los tres primeros meses inmediatamente posteriores a éste, el concesionario presentará:

- ✓ Resumen del servicio correspondiente al ejercicio terminado, con el detalle por línea del total de kilómetros recorridos, recaudación obtenida y número de viajeros.
- ✓ Análisis de las principales desviaciones producidas.
- ✓ Archivos informáticos de billetes expedidos y cancelaciones de abonos multiviaje.
- ✓ Cuentas anuales auditadas e informe de auditoría acompañado, en su caso, de la separata relativa al servicio objeto de concesión al que se refieren estos pliegos.

Igualmente, a la finalización de cada ejercicio, dentro de los tres primeros meses inmediatamente posteriores a éste, la empresa concesionaria presentará una preliquidación del concepto incentivo/penalización de gestión por número de viajeros obtenidos (G_v), definido en el apartado 7º de la presente cláusula, la cual será objeto de análisis y posterior aprobación por parte de este Ayuntamiento en virtud de Resolución de la Alcaldía-Presidencia para, en su caso, el abono de su importe a la empresa concesionaria o su reintegro a este Ayuntamiento.

(...)

7.7.- Incentivos y penalizaciones.

Se establece el siguiente incentivo/penalización de gestión:

* Incentivo/penalización por el número de viajeros obtenidos (G_v).

Vendrá determinado por la diferencia entre el número real de viajeros registrados en el ejercicio y el número mínimo de viajeros comprometidos por el concesionario, cuestión esta que es objeto de su oferta. Se establece la siguiente escala de bonificaciones y penalizaciones:

- 1) Caso de que el concesionario no alcance el mínimo de los viajeros comprometidos; será íntegramente a su costa.
- 2) Un incremento de viajeros reales de hasta el 2% sobre los viajeros comprometidos se reparte a partes iguales entre el concesionario y el Ayuntamiento de Irun.
- 3) El siguiente tramo de incremento de viajeros, entre el 2% y el 4% sobre los viajeros comprometidos, se reparte 1/3 para el concesionario y 2/3 para el Ayuntamiento de Irun.
- 4) A partir del 4% de incremento de viajeros sobre los viajeros comprometidos se reparte 1/4 para el concesionario y 3/4 para el Ayuntamiento de Irun.

Por lo que la variable G_v quedará definida por la siguiente expresión:

$$G_v = ((V_R - V_C) * T_m * a) + b$$

donde:

V_R : Número real de viajeros registrado en el ejercicio objeto de liquidación.



V_c : Número de viajeros comprometido por el concesionario para ese ejercicio en base a la oferta realizada.

T_m : Tarifa media ponderada del periodo, calculada dividiendo los ingresos por tarifas totales del periodo (sin IVA) entre el número de viajeros reales del mismo. Los ingresos por tarifas se obtienen aplicando a cada tipo de billete cancelado las tarifas vigentes que le corresponden en ese periodo.

a y b: Términos de cuantificación de la bonificación cuyos valores se calculan en función de la relación entre V_R y V_c de acuerdo con el siguiente cuadro:

Valor de V_R/V_c	a	b
Si $(V_R/V_c) \leq 1$	1	0
Si $1 < (V_R/V_c) \leq 1,02$	0,5	0
Si $1,02 < (V_R/V_c) \leq 1,04$	1/3	$V_c * 0,02 * T_m * 1/6$
Si $(V_R/V_c) > 1,04$	1/4	$V_c * 0,02 * T_m * 1/3$

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



lo cual no impide que el contrato se considere una concesión (Considerando 19 de la Directiva 2014/23).

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

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AUTOBUSES CUADRA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Concesión de gestión del servicio público de transporte colectivo de Irún”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún, por no ser este OARC/KEAO competente para su revisión y trasladar el recurso al poder adjudicador para su



tramitación y resolución conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el art. 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: 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, 2018ko urtarrilaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de enero de 2018