



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 088/2014

Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de julio de 2014 se publicó, en el Boletín Oficial de la Provincia de Teruel, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel; contrato de gestión de servicios públicos, tramitado mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, tramitación anticipada, con un presupuesto de licitación de 356 219,60 euros, un valor estimado de 3 562 197,60 euros, y un plazo de ejecución de 10 años.

Del anuncio se desprende que el plazo de presentación de ofertas finaliza a las 14:00 horas del día 22 de agosto de 2014.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Consta en el expediente un «Anteproyecto de gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel», redactado por el Estudio de Ingeniería Perfil7, S.L. de fecha 17 de junio de 2014, y aprobado por el Ayuntamiento Pleno en sesión de 7 de julio de 2014, según diligencia del Secretario General de la Corporación de 8 de julio de 2014; en el que se recoge, entre otros documentos, el estudio económico que sirve de base a la licitación del contrato, que incluye el análisis de los gastos y una relación de la cuenta de resultados estimada de la explotación en el periodo concesional.

SEGUNDO.- El 11 de agosto de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Antonio Estanislao Gracia Zubiri, en nombre y representación de AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente a la licitación del contrato.

La recurrente, anunció previamente, el 7 de agosto de 2014, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso, aunque en el inicio del escrito de interposición se manifiesta que se formula contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP), alega, en síntesis, y se fundamenta a los efectos de esta resolución, en lo siguiente:

- a) Nulidad de la licitación por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 142 TRLCSP, en cuanto no se ha realizado publicidad en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Diario de la Unión Europea, pese a ser un contrato sujeto a regulación armonizada.

- b) Nulidad de la licitación por incumplimiento del artículo 109.2 TRLCSP (aunque la remisión hay que entenderla hecha al número 3 de dicho precepto) al carecer de certificado de existencia de crédito o partida presupuestaria; y así se desprende, a juicio del recurrente, del contenido de la cláusula 26 del PCAP, sobre autorización de gastos de carácter plurianual.
- c) Nulidad de la licitación, por cuanto se han incumplido las disposiciones que regulan el equilibrio económico de la concesión, dado que las previsiones económicas de ingresos y gastos reflejadas en el Anteproyecto —en realidad se refiere al Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT)— resultan erróneas y no responden a la realidad. Según el recurrente se licita una concesión que, a todas luces, resultaría deficitaria y que no respeta el principio de equilibrio económico de la concesión establecido legalmente. Todo ello, según deduce y desprende el recurrente, de un informe pericial —elaborado por un economista, auditor censor jurado de cuentas, fechado el 6 de agosto de 2014— que se aporta como fundamento de cuanto se alega para solicitar la nulidad de la licitación; y que se resumen en:
 - a. En el cuadro de gastos, no se incluyen algunos de los que exige la licitación, o bien son necesarios para la explotación, lo que genera un déficit anual no previsto inicialmente de 1 449 331,69 euros. Entre estos gastos, que no tienen en cuenta, se mencionan específicamente:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- i. Coste de amortización de las paradas que deben construirse. El importe del gasto no se traslada a la cuenta de explotación de la concesión.
 - ii. Sueldo del personal administrativo necesario para el desarrollo de funciones de servicio de atención al público en punto fijo (artículo 8 PPT). No se contempla.
 - iii. Gastos reales de la contratación de los seguros.
 - iv. Gastos reales de contratación de servicios profesionales.
 - v. La cuenta de gastos de explotación de la concesión es incompleta y arroja un déficit en los 10 años de duración de un 1 449 311,60 euros.
- b. Las previsiones de ingresos del periodo concesional, no se ajustan tampoco, a juicio del recurrente, a la realidad puesto que no se basan en un estudio de mercado. Por su parte realiza una estimación de previsión de viajeros, sobre la base de los viajeros de los últimos tres años (y no sobre los diez del Anteproyecto), de la que se derivaría un exceso de previsión de ingresos de 1 280 725,60 euros.
- d) Nulidad parcial, subsidiariamente, del contenido del artículo 8 del PPT, en cuanto que vulnera el principio concesional contemplado y recogido en los artículos 129.3 y 149 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante RS), siendo causa de nulidad, ex artículo 116 de dicho texto legal. Vulneración, también, de los artículos 278 y 280 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO); así como del artículo 44 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLHL), y el artículo 19 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres. Todas estas infracciones llevan aparejada la nulidad del procedimiento, bien en aplicación del artículo 116 RS, o bien por aplicación de los artículos 62 y/o 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC); y 32 y 33 TRLCSP. En definitiva, a juicio del recurrente, el artículo 8 del PPT excluye el *«factum principis»*, lo que supone una modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, incurriendo de pleno en la denominada doctrina del enriquecimiento injusto.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se proceda a declarar la nulidad de la licitación del contrato denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel; o subsidiariamente se declare la nulidad parcial del contenido del artículo 18 del PPT, que literalmente dice: *«Por el lado de los gastos, los costes unitarios ofertados también se considerarán vinculantes, Únicamente podrá alegarse ruptura de equilibrio financiero por el lado de los costes si estos se vieses incrementados por circunstancias impuestas desde el Ayuntamiento. No se entenderán como tales, a título de ejemplo, aumentos tributarios (impuestos especiales, tasas ...), variaciones de los*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones salariales pactadas en los convenios colectivos de aplicación».

Solicita, como medida cautelar, la suspensión del procedimiento. E interesa efectos de prueba, la celebración de vista a efectos de practicar las siguientes: a) pericial del economista, auditor censor jurado de cuentas, autor del informe de 6 de agosto de 2014 que se acompaña al recurso y b) pericial o testifical del Ingeniero de Caminos autor del Anteproyecto que sirve de base a la licitación.

TERCERO.- Por Resolución 10/2014, de 11 de agosto, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación. La Resolución fue notificada en la misma fecha al Ayuntamiento de Teruel.

CUARTO.- El 14 de agosto de 2014, el Ayuntamiento de Teruel, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el expediente de contratación completo, acompañado del preceptivo informe sobre el recurso, así como de informes de la Intervención Municipal, y del Ingeniero autor del Anteproyecto, sobre las cuestiones de orden económico.

No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre declaración de nulidad de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

licitación y parcialmente de los pliegos; y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

QUINTO.- En su informe al recurso, el Secretario General del Ayuntamiento de Teruel señala, en síntesis, lo siguiente:

- a) Sobre la ausencia de publicidad de la licitación en el DOUE, se señala que la misma no es necesaria, pues el contrato de gestión de servicios públicos no se encuentra sujeto a regulación armonizada.
- b) En cuanto a la ausencia de consignación presupuestaria, el Informe de la Intervención municipal desmiente tal circunstancia, mediante remisión a los oportunos documentos (que obran en el expediente, páginas 318 a 320) y así consta expresamente en el acuerdo de aprobación del expediente de contratación como tramitación anticipada de gasto, adoptado por el Pleno municipal en su sesión de 7 de julio de 2014. Por otra parte, afirma la Intervención municipal, la cláusula 26 del PCAP responde a las exigencias legales del artículo 110.2 TRLCSP y de la legislación presupuestaria del régimen local.
- c) En cuanto a las cuestiones que suscita el recurrente con fundamento en el Informe pericial aportado, respecto a que las previsiones económicas de ingresos y gastos reflejadas en el Anteproyecto resultan erróneas y no responden a la realidad; de manera que se licita una concesión que resultaría deficitaria y que no respeta el principio de equilibrio económico de la concesión establecido legalmente. El informe del Secretario municipal se remite al informe de fecha 12 de agosto de 2014, que suscribe el Ingeniero de la consultora autor del Anteproyecto,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en que se rebaten todas y cada una de las afirmaciones del informe pericial aportado por la recurrente.

- d) Por último, y respecto de la nulidad parcial del artículo 18 PPT (del Anteproyecto), sostiene que el equilibrio financiero de la concesión se garantiza en la cláusula 41.b) del PCAP. Que el precepto impugnado no es contradictorio con lo dispuesto en dicha cláusula, y que la dicción del artículo impugnado no contradice tampoco lo dispuesto en el RBASO.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede y tiene interés en presentarse a la licitación.

Queda también acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la aprobación de los Pliegos y documentos contractuales que establecen las condiciones de la licitación —aunque en el suplico se impugna la licitación y, subsidiariamente, el artículo 18 PPT— de un contrato de gestión de servicios públicos.

El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, puesto que los contratos de gestión de servicios públicos son susceptibles de recurso especial, previo a la interposición del contencioso administrativo,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, no porque sean contratos sujetos a regulación armonizada (como luego se indicará), sino porque el legislador español los ha incluido en el ámbito del recurso especial. En el presente supuesto concurren los dos requisitos señalados, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo del recurso, el recurrente califica erróneamente el contrato de gestión de servicios públicos como contrato de regulación armonizada, de donde deduce la nulidad del procedimiento por falta de publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (DOUE). Sin embargo, los contratos de gestión de servicios públicos, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de obras, servicios y suministros, no tienen su origen y fundamento en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, sino en la normativa estatal que regula la contratación pública (en la actualidad TRLCSP). De lo anterior se desprende que la Directiva 2004/18/CE, no regula los procedimientos relativos a los contratos de gestión de servicios públicos, circunstancia por la cual este tipo de contratos no se encuentra sujeto a regulación armonizada.

Es suficiente con apreciar la regulación que el TRLCSP efectúa del valor estimado, para comprobar que no contempla la posibilidad de cálculo de dicho valor para los contratos de gestión de servicio público. La finalidad que persigue la concreción de la referida magnitud, se centra en determinar qué contratos se encuentran sujetos a regulación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

armonizada (artículo 13 TRLCSP) y cuando procede la publicidad en el DOUE (artículo 144 TRLCSP), circunstancia que no se dará en los contratos de gestión de servicio público, puesto que no son objeto de regulación armonizada derivada de la Directiva 2004/18/CE, en tanto que no se transponga 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. En este sentido este Tribunal en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, tiene declarado que el contrato de gestión de servicio público no es un contrato sometido a regulación armonizada. De manera que en los contratos de gestión de servicios públicos, en la actualidad, no resulta obligatoria la publicación de la licitación en DOUE.

Procede en consecuencia, por lo expuesto, rechazar la declaración de nulidad de la licitación por falta de publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

TERCERO.- El recurrente advierte, también erróneamente, la ausencia de consignación presupuestaria que deduce de la dicción literal de la cláusula 26 del PCAP. Pues bien, en las páginas 318 a 320 del expediente, se contiene el Informe de la Intervención municipal, que lleva fecha de 16 de junio de 2014, en el que se informa el expediente como de tramitación anticipada de gasto.

De otra parte, la cláusula 26 del PCAP —de la que deduce el recurrente que da a entender, de manera paladina, la inexistencia de crédito para la contratación, y que le lleva a exigir la declaración de nulidad radical— no es sino expresión de las exigencias de la legislación presupuestaria y de las bases de ejecución del presupuesto del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Ayuntamiento de Teruel. Hay que tener en cuenta, que la contratación se refiere a un servicio público cuya prestación se iniciará, por quien resulte adjudicatario, en el ejercicio de 2015. De ahí que la Intervención municipal fiscalice e informe el procedimiento, como un expediente de tramitación anticipada de gasto.

En el Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto, de este Tribunal, ya se puso de manifiesto que el artículo 110.2 TRLCSP permite la tramitación anticipada del procedimiento de contratación *«incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente»*. Este precepto es el que habilita la tramitación del procedimiento de contratación sin la incorporación del certificado de existencia de crédito al expediente que, con carácter general, se exige en el segundo párrafo del artículo 109.3 del mismo TRLCSP (según este artículo *«deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya...»*).

Bien es cierto, según dispone el mismo artículo 110.2 TRLCSP, que a tales efectos pueden comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas.

Sin embargo, la normativa reguladora del régimen presupuestario de las entidades locales no establece ninguna previsión en relación con la contratación anticipada de las mismas, cuando el contrato deba iniciar su ejecución en el ejercicio siguiente al de su tramitación. De manera que son las bases de ejecución del Presupuesto de cada entidad local las que deben establecer el régimen de dicha contratación anticipada.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Es cierto que el artículo 174 TRLHL, al regular los compromisos de gasto de carácter plurianual, requería para los gastos de ese carácter derivados de contratos que su ejecución se iniciara en el propio ejercicio de su tramitación, de manera que debía aportarse al expediente la certificación relativa a la consignación presupuestaria del ejercicio de tramitación. Sin embargo dicho precepto debe entenderse derogado, para estos supuestos, por el TRLCSP, en cuanto a la exigencia de inicio de la ejecución del contrato en el ejercicio de su tramitación.

En el expediente, además, se ha incorporado un Informe de la Interventora municipal, al que ya se ha hecho referencia, en el que se afirma la existencia habitual de crédito adecuado y suficiente, en el Presupuesto general del Ayuntamiento, para este tipo de gastos en los últimos 10 años; y se asume el compromiso de consignar en el proyecto de presupuestos correspondiente al ejercicio de 2015 el importe necesario. Todo ello de conformidad con la Base 19 del Presupuesto General del Ayuntamiento de Teruel de 2014, que regula la tramitación anticipada de expedientes de gasto.

Resulta evidente, en todo caso, que no puede existir certificado de consignación presupuestaria en el expediente de un procedimiento de contratación anticipada, cuya ejecución se inicie en el curso del ejercicio siguiente al de su tramitación.

De otra parte, conviene recordar, que en la normativa presupuestaria de la Administración General del Estado, se establece en las reglas 41 a 43 de la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996, las reglas a seguir en estos casos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Mientras que en el ámbito de las Corporaciones Locales, su regulación puede perfectamente efectuarse a través de las Bases de Ejecución de los Presupuestos.

Finalmente, para estos supuestos, y como señalan los Informes de la Intervención General de la Administración del Estado de 14 de octubre de 2002 (Boletín IGAE nº 68) y de 28 de febrero de 2002 (Boletín IGAE nº 62) en relación a la normativa contable de aplicación en el Estado, es suficiente sustituir el certificado de existencia de crédito preceptivo por el certificado expedido por la oficina presupuestaria en que se ponga de manifiesto la existencia normal de crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, o bien que esta previsto en el proyecto de Presupuesto correspondiente al ejercicio en que se deba iniciar la ejecución del gasto. Criterio perfectamente aplicable a las entidades locales.

Procede en consecuencia, por lo expuesto, rechazar la declaración de nulidad de la licitación por falta de consignación presupuestaria.

CUARTO.- El recurrente solicita también, la declaración de nulidad de la licitación, por cuanto se han incumplido las disposiciones que regulan el equilibrio económico de la concesión, dado que las previsiones económicas de ingresos y gastos reflejadas en el Anteproyecto resultan erróneas y no responden a la realidad. Según el recurrente se licita una concesión que, a todas luces, resultaría deficitaria y que no respeta el principio de equilibrio económico de la concesión establecido legalmente. Todo ello, según deduce y desprende el recurrente, de un informe pericial —elaborado por un economista, auditor censor jurado de cuentas, fechado el 6 de agosto de 2014— que se aporta como



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

fundamento de cuanto se alega para solicitar la nulidad de la licitación. La cuestión de fondo es pues, si el precio del contrato es adecuado para el efectivo cumplimiento del mismo, si su estimación ha sido correcta, y atiende al precio general del mercado, como exige el TRLCSP.

Es oportuno recordar, que la principal función de los Tribunales Administrativos de contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Pero, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico de quien establece y determina el precio de un contrato, ni de quien lo valora y aprueba, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y resulte racional y razonable.

Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 10/2011, 19/2011, 63/2013 y, el mas reciente, 45/2014), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En concreto, el artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que *«Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados»*. El concepto *«precio general de mercado»* utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. El artículo 87 TRLCSP únicamente establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no determina con exactitud los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto. Por su parte, el artículo 1 TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del sector público tiene por objeto, entre otros, el de *«...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios»*. Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios es un criterio interpretativo del artículo 87 TRLCSP.

Pues bien, el Anteproyecto de explotación para la gestión del transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Teruel fue redactado por una consultora y modificado, conforme a las indicaciones de la Intervención municipal, los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Teruel y la Policía Local, con carácter previo a su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aprobación por el Pleno municipal en su sesión ordinaria del 7 de julio de 2014.

El Anteproyecto de explotación parte de una estimación de ingresos y gastos en función del cálculo de distintas hipótesis. Por su parte el recurrente sostiene hipótesis de cálculo distintas; y para ello se apoya en un informe pericial que parte de las manifestaciones del recurrente (actual concesionario) *«basando este su criterio en la experiencia y evidente conocimiento de la gestión del servicio»*, que le llevan a una estimación diferente de los gastos y de los ingresos.

Toda estimación, por definición, incluye elementos de intuición que no responden a realidades ciertas y veraces de las magnitudes sobre las que se proyectan, y menos cuando se trata de conocer el comportamiento de esas magnitudes en el futuro.

La estimación es siempre una valoración aproximada. Evaluar y cuantificar el futuro de los viajeros que tendrá un transporte público a lo largo de 10 años, y en consecuencia la cuantía de los ingresos que recibirá el concesionario de ese servicio, no es una cuestión que pertenezca al mundo de las ciencias exactas. La evolución, de los ingresos y gastos, en todo anteproyecto de explotación es una mera hipótesis; como también lo es la del informe pericial que sirve de base al recurso de quien reclama. De hecho las divergencias entre ambos estudios, radican en la distinta forma de calcular los datos históricos sobre los que se realiza la proyección. El Anteproyecto lo hace sobre los 10 años anteriores, y el informe pericial sobre los últimos 3 años, sin considerar, además, los cambios y mejoras en el servicio que se incorporan en la licitación impugnada. A partir de esos datos, las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

estimaciones de ingresos y gastos son diferentes, obviamente. Sin embargo, todas y cada una de las estimaciones del Anteproyecto, aparecen justificadas de forma razonable en el Informe de 7 de agosto de 2014, suscrito por el Ingeniero autor del Anteproyecto, que se acompaña al oficio de remisión del expediente. Sin que este Tribunal tenga nada que añadir, ni reprochar, a cuanto en él se contiene.

Así pues, no procede admitir la pretensión de la recurrente en cuanto a las estimaciones del Anteproyecto de explotación, ni tampoco está obligado el órgano de contratación a partir exclusivamente de los datos del último año completo de explotación (2013), siendo que se introducen, además, cambios y mejoras en el servicio argumentadas en el Anteproyecto de explotación. Y ello porque el precio ha de ajustarse a la realidad del mercado en cada momento, teniendo en cuenta los componentes de la prestación en el escenario económico y legal en que se desarrolla.

La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta evaluación del importe producirá en algunos casos un incremento y en otros una minoración con referencia al precio de las licitaciones anteriores. Es en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación.

Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 —cuya fundamentación y consideraciones comparte este



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Tribunal— «...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. No basta, pues, con alegar que el presupuesto de licitación empeora las condiciones económicas de los licitadores respecto de las que disfrutaba el antiguo prestador del servicio, pues es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta. En este sentido, el órgano de contratación ha realizado una extensa exposición de las razones que llevan a considerar que el precio de salida del contrato garantiza una concurrencia adecuada y una ejecución correcta del contrato. Del análisis de estos razonamientos se deduce que la Administración cuenta con que es muy posible que el adjudicatario deba realizar ajustes salariales y organizativos y eliminar actuales ineficiencias estructurales del servicio, así como renunciar a parte del beneficio que podía inicialmente esperar, pero todo ello entra dentro de la legítima intención de promover que las ofertas que se reciban



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sean más competitivas en precio y condiciones y no supone infringir el principio de adecuación al precio de mercado; por el contrario, la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar, no conformándose con las actuales condiciones de la prestación».

A juicio de este Tribunal, la recurrente no ha acreditado la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, sino que, se ha limitado a basarse en sus propias previsiones de usuarios, ingresos y costes, algunos de los cuales dependen en buena parte del modelo de negocio, de la estructura y organización de la empresa, y de su mejor o peor gestión. No ha considerado factores como el nuevo diseño de líneas previsto en el Anteproyecto, con mejoras de recorridos y frecuencias, la posibilidad de trasbordo gratuito, el mayor número de paradas y mejoras en su ubicación y acondicionamiento con marquesinas —de las que se incluyen en el informe pericial aportado por el recurrente únicamente sus costes de amortización en la cuenta de resultados, pero sin incluir los ingresos por publicidad insertada en las mismas—, que pretenden una mejora de las condiciones del actual servicio.

No se advierte, por tanto, un inadecuado sistema de retribución financiera que haga, per se, inviable la correcta prestación del servicio objeto de licitación. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso por este motivo.

QUINTO.- Finalmente, y de forma subsidiaria, el recurrente suplica la declaración de nulidad parcial, del contenido del artículo 8 del PPT, en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuanto que vulnera el principio concesional contemplado y recogido en el artículo 129.3 TRLCSP y 149 RS, siendo causa de nulidad, ex artículo 116 de dicho texto legal. Vulneración, también, de los artículos 278 y 280 RBASO; así como del artículo 44 TRLHL, y del artículo 19 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres. Todas estas infracciones llevan aparejada, a juicio de quien recurre, la nulidad del procedimiento, bien en aplicación del artículo 116 RS, o bien por aplicación de los artículos 62 y/o 63 LRJPAC; y 32 y 33 TRLCSP. En definitiva, a juicio del recurrente, el artículo 8 del PPT excluye el «*factum principis*», lo que supone una modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, incurriendo de pleno en la denominada doctrina del enriquecimiento injusto.

Este Tribunal no comparte la interpretación que lleva a cabo el recurrente, en cuanto a la infracción de los preceptos que señala y la consecuencia que a ella anuda.

En primer lugar, la garantía del mantenimiento del principio económico de la concesión se encuentra regulada en la cláusula 4 del PCAP. El artículo 18 del PPT, en la parte que es objeto de impugnación, dispone que: «*Por el lado de los gastos, los costes unitarios ofertados también se considerarán vinculantes. Únicamente podrá alegarse ruptura de equilibrio financiero por el lado de los costes si estos se viesan incrementados por circunstancias impuestas desde el Ayuntamiento. No se entenderán como tales, a título de ejemplo, aumentos tributarios (impuestos especiales, tasas ...), variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones salariales pactadas en los convenios colectivos de aplicación*». Es decir, viene a aclarar, aunque en un lugar inadecuado pues se trata de una determinación que debía



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ubicarse en el PCAP, qué incrementos de costes no pueden considerarse impuestos desde el Ayuntamiento, y en consecuencia no pueden alegarse como ruptura del equilibrio económico.

En las concesiones de servicios públicos, como en los restantes contratos administrativos, rige el principio de intangibilidad, o de sujeción de las partes a lo pactado (artículo 209 TRLCSP), y el de riesgo y ventura del contratista (artículo 277 TRLCSP y concordantes). Este último principio, se manifiesta con especial intensidad en la concesión, pues se trata de contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación (el servicio público que gestiona). El riesgo de explotación (o de grado de utilización del servicio), constituye un elemento esencial de la concesión.

Todo contrato de gestión de servicios públicos (en este caso concesión), tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. La regulación de los supuestos en que la Administración viene obligada a reestablecer el equilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra recogida en el artículo 282.4 TRLCSP, y son:

- «a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley»*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El segundo de los supuestos del artículo 282.4 TRLCSP, hace referencia al denominado en la doctrina y jurisprudencia «*factum principis*» o «*hecho del príncipe*». Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —Informes 7/2003, de 22 de diciembre y 61/2008, de 31 de marzo de 2009—, el «*factum principis*» consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste.

El concepto del «*factum principis*» se encuentra también recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, según el cual existe «*factum principis*» cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «*imperium*» (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992).

De esta definición, se desprende que el «*factum principis*» ha de ser imputable a decisiones administrativas que condicionan el régimen económico de la explotación, debiendo existir, en todo caso, relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y ausencia de culpa del contratista. De todo ello se deduce que los supuestos excluidos, a título de ejemplo, en el artículo 18 del PPT en la parte que es objeto de impugnación, no tienen porque suponer la existencia de «*factum principis*».

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEXTO.- Por último, este Tribunal rechaza por innecesaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 TRLCSP, la práctica de la prueba solicitada por el recurrente, pues nada nuevo puede aportar a la resolución del recurso la defensa en vista del informe pericial que el mismo aporta. Ni es necesaria la ratificación del informe, por cuanto se trata de una pericial de parte; ni tampoco su ampliación, pues si el recurrente entiende que debía ampliarse el informe pericial, tal carga pesaba sobre él, que es quien lo aporta al procedimiento de resolución del recurso. Tampoco procede admitir la pericial o testifical solicitada, en relación con el autor del Anteproyecto que sirve de base a la licitación del contrato y las deficiencias que contiene, según señala el informe pericial aportado, por cuanto el órgano de contratación aporta, junto a la remisión del expediente, un extenso informe de la consultora autora del Anteproyecto, en el que se da respuesta a ello.

Las contradicciones entre el informe pericial y el Anteproyecto de explotación de un servicio público, documento contractual que sirve de base a una licitación, no se salvan mediante ratificaciones o ampliaciones de los autores de los distintos documentos, sino a través del examen y control del método utilizado por el perito para alcanzar las conclusiones que le llevan a disentir y fundamentar los motivos que mueven al recurrente a la interposición del recurso; así como de las que fundamentan el documento que es objeto de recurso. El control de ese método y su aceptabilidad; la valoración racional del mismo, es cuanto corresponde al Tribunal. Y el informe pericial aportado contiene suficientes elementos para que este Tribunal se pronuncie, sin necesidad de mayores ampliaciones.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Finalmente, la calificación de una prueba como innecesaria o superflua, justifica su denegación, como declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 18 de junio de 2008 y de 2 de marzo de 2011), pues ninguna lesión se produce al recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, por D. Antonio Estanislao Gracia Zubiri, en nombre y representación de AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, contra el procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 10/2014, de 11 de agosto, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.