

Recurso 361/2020

Resolución 188/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de mayo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DAMAS, S.A.**, contra el Estudio Técnico, Económico y Operacional elaborado para la adjudicación directa del “Servicio de Transporte Colectivo Urbano de Viajeros en Autobús de la Ciudad de Jaén”, promovido por el Ayuntamiento de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de septiembre de 2020, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén n.º 179 edicto en relación con el Anteproyecto de Explotación del Servicio de Transporte Colectivo Urbano de Viajeros en Autobús de la Ciudad de Jaén. En el mismo, se recoge lo siguiente:

“El Excmo. Ayuntamiento Pleno, en sesión extraordinaria celebrada el día 9 de julio de 2020 adoptó acuerdo de establecer el procedimiento de adjudicación directa para evitar la interrupción del servicio, a cuyo efecto se procederá a la elaboración de la documentación técnica y jurídica precisa para la mismas por parte del Área de Contratación, Control de Servicios Públicos y Proyectos Municipales, delegando expresamente en la Alcaldía la facultad para someter la misma a un procedimiento de información pública



de 10 días, para que todos los interesados puedan formular alegaciones al mismo, y la posterior adjudicación directa del contrato, concediendo un plazo de 20 días a todos los interesados para la presentación de la oferta.

Se ha elaborado el Estudio Técnico, Económico y Operacional para la adjudicación directa del servicio de transporte colectivo urbano de viajeros de la Ciudad de Jaén, que se encuentra a disposición de los interesados en el Área de Contratación, Control de Servicios Públicos y Proyectos Municipales, Plaza de Santa María nº 1 .

Lo que se hace público para que en plazo de diez días hábiles a contar desde la publicación del presente anuncio puedan formularse alegaciones al mismo.

En el mismo plazo de 10 días hábiles, las empresas interesadas en la prestación del servicio deberán manifestar su voluntad de ser invitadas al procedimiento de adjudicación directa, mediante escrito dirigido al Área de Contratación, Control de Servicios Públicos y Proyectos Municipales.”

SEGUNDO. El 1 de octubre de 2020, se presenta en el Registro electrónico estatal, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DAMAS, S.A. contra el Estudio Técnico, Económico y Operacional elaborado para la adjudicación directa del “Servicio de Transporte Colectivo Urbano de Viajeros en Autobús de la Ciudad de Jaén”.

Con fecha 3 de noviembre de 2020, se remite por parte del órgano de contratación, a este Tribunal, el recurso especial presentado junto con la documentación del procedimiento mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

TERCERO. En fecha 27 de noviembre de 2020, fue solicitada nuevamente al órgano de contratación determinada documentación complementaria necesaria para la tramitación del recurso, la cual tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 30 de diciembre de 2020.

En el informe remitido el órgano de contratación pone de manifiesto, por un lado, que el procedimiento de adjudicación directa que se sigue en el expediente no se encuentra regulado en la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, sino que se deriva de la regulación contenida en el Reglamento CE 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 (en adelante el “Reglamento UE”), así como la Ley de



Ordenación del Transporte Terrestre Ley 16/1987, de 30 de julio, y el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre. Y, por otra parte, que el acto frente al que se interpone recurso no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 44.2 de la LCSP, al tratarse de un trámite de exposición al público de un Anteproyecto de Explotación del Servicio, que no tiene carácter definitivo en vía administrativa, sobre el cual se va a realizar, una vez aprobado definitivamente, el procedimiento de adjudicación del contrato para la prestación del servicio. Y que se va a efectuar mediante adjudicación directa, si bien, en aras a garantizar la transparencia y la concurrencia, se va a invitar a participar a cualquier empresa que reúna las condiciones de solvencia técnica y económica que se determinen finalmente, una vez, se resuelvan las alegaciones efectuadas, se elabore el anteproyecto definitivo y se proceda a publicar el anuncio para que los interesados presenten ofertas.

CUARTO. Por Resolución de este Tribunal, de 3 de diciembre 2020, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 26 de enero de 2021, se dio traslado del recurso a las empresas que había presentado proposición para participar en el procedimiento de adjudicación directa, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, a computar desde el día siguiente al citado envío, para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndose recibido las alegaciones presentadas por parte de la entidad NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado por el Ayuntamiento de Jaén, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, ante la inexistencia de órgano propio a tales efectos por parte de dicho Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su actual redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.



SEGUNDO. Procede, a continuación, abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que, según la documentación que obra en el expediente de contratación y según se desprende de su propio escrito de recurso, no ha presentado oferta en la licitación.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente se basan en que el contenido del acto impugnado restringe o dificulta sus posibilidades de acceder a la licitación. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las condiciones establecidas le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El escrito de impugnación se dirige contra el Estudio Técnico, Económico y Operacional elaborado para la adjudicación directa de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado asciende a 10.256.962,22 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

No es objeto de controversia la calificación del contrato como concesión de servicios, si bien el órgano de contratación plantea la inadmisión del recurso especial argumentando que el procedimiento de adjudicación directa que se sigue en el expediente no se encuentra regulado en la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, sino que se deriva de la regulación contenida en el Reglamento CE 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 (en adelante el “Reglamento UE”), así como la Ley



16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, y el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre.

Pues bien, siendo cierto que, bajo la vigencia del anterior texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en resoluciones de este Tribunal como la 146/2018, de 16 de mayo, se hacía pivotar la inadmisión del recurso en el argumento principal de que estábamos ante un contrato de concesión de servicios excluido expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en virtud de lo dispuesto en su artículo 10.3 y al que, por ende, no resultaba de aplicación el régimen del recurso especial. Ya en la Resolución 333/2019, de 18 de octubre, se adoptó un nuevo criterio señalándose que *“los pliegos ahora impugnados se refieren a una licitación convocada bajo la vigencia de la nueva LCSP, cuyos artículos 4 y siguientes no contemplan las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros entre los contratos y negocios excluidos de su ámbito. El artículo 19.2 g) del citado texto legal solo establece que tales contratos no se consideran sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado, lo que implícitamente implica que no son ajenos a la LCSP.*

Así las cosas, no hallándose expresamente excluido el contrato de concesión que nos ocupa del ámbito de la LCSP y previendo el pliego impugnado a lo largo de todo su clausulado la aplicación de la citada norma contractual, el hecho de que aquel no se halle sujeto a regulación armonizada no ha de ser necesariamente un obstáculo para su sujeción al régimen del recurso especial, toda vez que en el nuevo marco legal (artículo 44.1) el carácter armonizado del contrato no es elemento determinante para su sujeción al recurso, como sí sucedía bajo la vigencia del TRLCSP (artículo 40.1 a).

Además, con posterioridad al criterio adoptado en nuestra Resolución 146/2018, se han producido pronunciamientos de otros Órganos de resolución de recursos contractuales y de algún Órgano judicial admitiendo el recurso especial en supuestos como el aquí analizado. Cabe citar, en tal sentido, las Resoluciones 742/2018 y 382/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 116/2019 del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, entre otras. En particular, especial interés suscita la resolución del Tribunal gallego en cuanto analiza con gran detalle el cambio normativo en materia contractual y su incidencia en la sujeción al recurso de contratos de concesión de servicios como el aquí analizado.



Asimismo, en el ámbito judicial, hemos de mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 15 de febrero de 2019 (Roj: STSJ NA 46/2019) que estimó el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo 85/2018, de 8 de agosto, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra por el que se inadmitió un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de una concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera.

Dicha sentencia incluso razonaba la improcedencia de aplicar el efecto directo de la Directiva 2014/23/UE en su artículo 10.3 para avalar la inadmisión del recurso, al considerar que no cabe aplicar el efecto directo en sentido vertical descendente perjudicando al administrado. En definitiva, el órgano judicial viene a entender que la falta de transposición en plazo de la norma europea no puede sustentar su eficacia directa en perjuicio del recurrente para de ese modo privarle de su acceso al recurso especial.

Dicho lo anterior, este Tribunal considera que, siendo la LCSP el nuevo marco legal de aplicación, el contrato aquí examinado relativo a la concesión del servicio municipal de transporte urbano colectivo de viajeros queda sujeto al recurso especial, conforme al artículo 44.1 c) de la LCSP, al ser su valor estimado superior a tres millones de euros. Asimismo, el acto impugnado -pliegos de la contratación- constituye uno de los susceptibles de impugnación por esta vía conforme al artículo 44.2 a)."

No obstante, aunque conforme a lo aquí expuesto el contrato aquí examinado relativo a la concesión del servicio de transporte colectivo urbano de viajeros queda sujeto al recurso especial, con respecto al propio acto recurrido, esto es, el Estudio Técnico, Económico y Operacional para la adjudicación directa del servicio, no podemos afirmar que el mismo sea un acto susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP. Y ello, por cuanto es un documento que se incardina dentro de un trámite de información pública y no de una licitación como tal.

En este supuesto, el documento ahora impugnado se encuentra dentro de un trámite cuya utilización está contemplada en los artículos 83.1 y 83.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, donde cualquier persona puede formular las alegaciones que tenga por convenientes acerca de la documentación expuesta, en el caso que nos ocupa, el Estudio Técnico, Económico y Operacional. Así, no hay duda de que nos encontramos ante un acto en el que concurre un elemento de provisionalidad, al tratarse de un acto preparatorio que no ha dado lugar



todavía a una manifestación de voluntad o decisión con efectos jurídicos. Siendo ello así, no puede sino concluirse que el mismo no tiene carácter definitivo, pues no refleja el sentido de la actuación administrativa que finalmente vaya a adoptarse, pues siempre es susceptible de ser modificado por el órgano de contratación tras el citado trámite de información pública. En este sentido encontrándonos ante un documento sometido a información pública la vía adecuada para plantear las posibles discrepancias con el mismo es formular alegaciones al mismo.

Reflejo de lo anterior es que, con fecha 30 de noviembre de 2020, a través del Boletín Oficial de la Provincia de Jaén n.º 229, se hace público que mediante resolución de 24 de noviembre de 2020 se adoptó el acuerdo por el que se resuelven las alegaciones presentadas al citado Estudio Técnico y se señala, a su vez, un plazo de 5 días para que cualquier empresa interesada manifestase su interés en ser invitada. Indicándose que, transcurridos esos 5 días, se cursará invitación para que en el plazo de 10 días naturales se remitiese la misma en los términos indicados en el Estudio Técnico, Económico y Operacional para la adjudicación directa del servicio de transporte colectivo urbano de viajeros de la Ciudad de Jaén, documento que podía ser consultado en la web del Ayuntamiento de Jaén.

Por tanto, es evidente que el documento que fue objeto de información pública no es un acto que se encuentre incluido dentro del apartado 2 a) del citado artículo 44 de la LCSP, pues no nos encontramos en presencia ni de un anuncio de licitación, ni tampoco de los pliegos o de los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación del servicio de transporte.

Por otro lado, tampoco no encontramos en presencia de un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa un perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación, sino que las supuestas infracciones alegadas pueden ser puestas de manifiesto una vez se publique el Estudio Técnico, Económico y Operacional definitivo.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal dispone que podrán ser objeto del recurso: *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o*



indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos...».

Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra un acto no susceptible de impugnación según lo previsto en el artículo 44, procede acordar la inadmisión del recurso por tal causa, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DAMAS, S.A.**, contra el Estudio Técnico, Económico y Operacional elaborado para la adjudicación directa del “Servicio de Transporte Colectivo Urbano de Viajeros en Autobús de la Ciudad de Jaén”, promovido por el Ayuntamiento de Jaén, al no tratarse de un acto susceptible de recurso especial conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LCSP.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante Resolución de 3 de diciembre de 2020.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

