Recurso 119/2022
Resolución 338/2022

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

Sevilla, 20 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.,** contra el acuerdo, de 9 de marzo de 2022, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de transporte colectivo urbano de viajeros en el municipio de Fuengirola» (Expte. 085/2021-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 y el 17 de noviembre de 2021 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 28.879.118,44 euros. Los mismos fueron objeto de rectificación mediante sendos anuncios publicados el 22 de noviembre y el 3 de diciembre de 2021.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante acuerdo, de 9 de marzo de 2022, la mesa de contratación acuerda excluir la oferta de la entidad AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L. del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 31 de marzo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L. (en adelante AVANZA o la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta. Además la recurrente solicita en su escrito la medida cautelar de suspensión del procedimiento licitación, así como que se le dé trámite de acceso al expediente, previamente solicitado al órgano de contratación sin que a fecha de interposición del recurso se le hubiera concedido.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 5 de abril de 2022.

Este Tribunal mediante Resolución de 8 de abril de 2022, adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

La Secretaría del Tribunal requirió a la recurrente que concretara los documentos respecto de los que solicita la vista del expediente. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 28 de abril de 2022. Por otro lado, la Secretaría del Tribunal le solicitó al órgano de contratación que comunicara la parte de documentación cuyo acceso había sido solicitado por AVANZA y que pudiera resultar confidencial a efectos de poder llevar a cabo la práctica del mencionado trámite. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 26 de abril de 2022 y tras el previo requerimiento de documentación complementaria, el 19 de mayo de 2022.

El 1 de junio de 2022, tuvo lugar en la sede del Tribunal el trámite de vista de expediente solicitado por la recurrente. En la diligencia de la vista figura que las personas comparecientes solicitan el acceso a la justificación de la oferta presuntamente anormal presentada por otro licitador y se indica que se deniega dado que no se había solicitado la misma de forma previa, por lo demás no queda recogida disconformidad alguna en el documento formalizado. Posteriormente, el 6 de junio de 2022, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de ampliación del recurso de AVANZA.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de ampliación al recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 10 de junio de 2022.

Por último, el día 8 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello las entidades AUTÓMNIBUS INTERURBANOS, S.A. y INTERURBANA DE AUTOBUSES, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Fuengirola no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone, por un lado, contra la exclusión de su oferta de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la

condición de Administración pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En segundo lugar, la recurrente cuestiona tanto en su escrito inicial de recurso como en el de ampliación posterior, la admisión del resto de ofertas, en concreto, las proposiciones de las entidades: UTE INTERBUS-DAMAS, BUS MADRID-ALMERIA, S.L. LA VELOZ, S.A. y MARCELINO MUÑOZ, S.L. solicitando que se las excluya del procedimiento por incumplir determinadas especificaciones técnicas. Sobre esta cuestión, este Tribunal (v.g. Resolución 280/2018, de 10 de octubre, y más recientemente 151/2022, de 11 de marzo y 214/2022, de 1 de abril) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores *«habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso».*

En este punto, no debe olvidarse que el interés de toda licitadora que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicataria, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *«presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.».*

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al citado artículo 44.2 b) de la LCSP, la admisión de ofertas ha de tratarse de un acto de trámite cualificado que debe reunir los requisitos del precepto: *«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»*. Aplicando lo anterior al presente supuesto, se concluye que en la medida en que la recurrente impugna su propia exclusión y la admisión del resto de las ofertas, una hipotética estimación de sus pretensiones conllevaría a que su oferta fuera la única admitida al procedimiento y que por tanto pudiera acceder a la adjudicación del contrato.

Por tanto, desde esta perspectiva, procede reconocer legitimación a AVANZA.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso respecto de los actos impugnados, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el citado acuerdo de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente fue publicado en el perfil de contratante el 10 de marzo de 2022, sin que conste que dicho acuerdo haya sido notificado a la entidad ahora recurrente. No obstante, aun computando desde la fecha de publicación en el perfil, el recurso presentado el 31 de marzo de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Sobre la solicitud de anulación de la declaración de confidencialidad de las ofertas y reiteración de solicitud de vista de expediente por parte de la entidad recurrente.

Como anteriormente se ha indicado la recurrente accedió al expediente de contratación en la sede de este Tribunal, el 1 de junio de 2022, una vez realizadas por el órgano de contratación las actuaciones mencionadas en

los antecedentes fácticos de esta resolución, con relación a la concreción de la documentación confidencial que figura en el expediente de licitación.

La recurrente en su escrito de ampliación del recurso, tras el trámite de vista, solicita que se anule la declaración de confidencialidad realizada por los licitadores por dos razones, en primer lugar, porque la mayoría de los licitadores declaran confidencial toda la oferta lo que conculca el artículo 133.1 LCSP y porque la mencionada declaración se realizó en un momento posterior a la presentación de las proposiciones por lo que a su juicio resulta extemporánea.

Finalmente, argumenta que la documentación que no ha podido examinar; *"valoración de la mejor planificación de la explotación del servicio"* y *"plan de explotación: organización y gestión del contrato"*, no puede considerarse afecta o susceptible de ser considerada como confidencial por cuanto la planificación del servicio propuesta por esos licitadores o el plan de explotación del contrato no contiene secretos técnicos o comerciales de tales licitadores, con ello no revelan aspectos internos técnicos de la organización de las respectivas empresas o de sus servicios.

Pues bien, con relación a la declaración extemporánea de la confidencialidad de las ofertas, se ha de tener en cuenta que aunque desde un punto de vista formal las declaraciones de confidencialidad se realizaron en un momento posterior a la presentación de las proposiciones ello no resulta óbice a la posibilidad establecida en el artículo 155.3 de la LCSP que prevé que el órgano de contratación pueda limitar la comunicación de determinados datos que puedan *«perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios».*

En este mismo sentido el artículo 56.5 de la LCSP al regular la tramitación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación establece que *«El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento».*

En este sentido, tras el requerimiento de este Tribunal al órgano de contratación sobre la documentación que no se debía divulgar de conformidad con lo dispuesto en el reproducido artículo 155.3. de la LCSP, este remite tras dar trámite de audiencia al resto de licitadores, informe de 19 de mayo de 2022, en el que se motiva la confidencialidad y por lo tanto la no comunicación de determinadas partes de las ofertas. Respecto de la cuestión a la que se refiere la recurrente *«el plan de explotación»*, que se subdivide en los siguientes apartados: *«Propuesta de horarios de parada para cada línea, número de conductores asignados a cada línea y su plan de trabajo, recursos asignados para la organización y gestión del servicio, plan de trabajo y tiempo para organizar el inicio del servicio, puesta a disposición de una herramienta de software para la planificación y optimización del servicio, y infraestructura a disposición para la prestación del servicio»,* se indica lo siguiente:

> *«Los datos contenidos bajo este apartado, se estiman confidenciales por ser considerados secretos técnicos y estrategias comerciales que forman parte del conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la prestación del servicio. Por ello se estima que la planificación del servicio, en cuanto a la programación de salidas de cabecera y la propuesta de horarios en las paradas; la organización y capacidades de los recursos humanos que explotan el servicio en relación a la experiencia, número y turnos*

de los conductores, personal de apoyo de mantenimiento y limpieza, administración y dirección; los sistemas tecnológicos que se ponen a su disposición, tales como SAE (si es propio o licenciado de un tercero), planificador de turnos, control de limpieza y mantenimiento, sistemas de comunicación y control entre los trabajadores; la dotación de las instalaciones, la subcontrataciones que se proponen, etc. suponen un "know-how" propio de las empresas, generando diferencias que las pueden colocar en una posición relativa superior respecto a sus competidores.

Se observa que en las ofertas presentadas, las licitadoras han descrito su plan del servicio, mostrando cada una de ellas diferentes opciones de organización del mismo respecto a los medios materiales y humanos, en función de la visión particular que cada empresa ha proyectado del mismo. Por lo que se estima que la información referente a este punto, debe conservarse en secreto, evitando su divulgación».

Lo anterior se aplicó a todas las ofertas excepto a la proposición presentada por MARCELINO MUÑOZ, S.L. dado que el licitador en ningún momento realizó declaración de confidencialidad.

Por tanto, la no divulgación del *«plan de explotación»* de las proposiciones del resto de licitadores está fundamentado en el informe elaborado por el órgano de contratación cuya motivación este Tribunal considera suficiente.

Además, se debe tener en cuenta, como el propio órgano de contratación argumenta en su informe al recurso, que AVANZA en su oferta declara confidencial gran parte del plan de explotación al que solicita acceder en el trámite de vista de expediente respecto del resto de proposiciones, en concreto, de los siguientes aspectos *«Punto 1.1.1. Propuesta de horarios, punto 1.1.2. Número de conductores asignados y plan de trabajo, punto 1.1.4. Plan de Trabajo para organizar el inicio de servicio, punto 1.2. Plan de Gestión de Riesgos y Contingencias, punto 1.3. Metodología para evaluar la calidad del servicio».* La fundamentación de la declaración de confidencialidad es la siguiente: *«Se argumenta el carácter confidencial de los datos en base a secretos técnicos y comerciales que suponen una ventaja competitiva y un valor estratégico para la empresa, cuya difusión podría distorsionar la competencia en otros procedimientos de licitación».*

Sobre esta actitud, es decir, el solicitar el acceso a una documentación argumentando que no se ha de considerar confidencial cuando la propia entidad así la califica en su oferta, este Tribunal ha manifestado en otras ocasiones ante supuestos similares (v.g. Resolución 155/2022, de 25 de marzo) que ello debe considerarse contrario a la buena fe y a la doctrina de los actos propios. En palabras del TSJ de Canarias en su sentencia de 26 de junio de 2018*, «…La doctrina de los actos propios, que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del "venire contra factum proprium non valet", proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente».*

Así en esa línea, existen resoluciones de otros Tribunales, como la Resolución 254/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *«…Además, como alega el órgano de contratación, la empresa recurrente AON declaró confidencial todo el contenido de su oferta, por lo que pretender ahora acceder al contenido de un determinado documento de la oferta de la empresa adjudicataria, supone ir contra sus propios actos.»*

También Resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) 134/2019 (6) y 30/2015 (que cita a la anterior) señalando que *«...es contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende.».* Por tanto, procede desestimar la petición de nulidad de la declaración de confidencialidad realizada por el órgano de contratación.

Finalmente, procede indicar que tras el trámite de vista celebrado el 1 de junio de 2022, se levantó acta de conformidad, siendo ésta firmada por las personas que la entidad recurrente designó. Por tanto, la nueva solicitud de vista ha de ser inadmitida por dos motivos; en primer lugar, porque el acta de conformidad levantada supone un acto anterior y contrario, el cual permite la prosecución del procedimiento, a efectos de continuar el cómputo de los plazos (para formular las alegaciones que se precisen), a fin de poder proceder este Tribunal a resolver un recurso de acuerdo con las consustanciales notas de rapidez y eficacia. En segundo lugar, porque no está previsto en la LCSP un segundo trámite de vista.

SEXTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

En aras de la claridad expositiva procede ahora reproducir aquellas partes del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) sobre las que se centra el objeto de la controversia para a continuación exponer las actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

Según se establece en el anexo I del pliego del PCAP, en el sobre 2 de las ofertas se incluirá la memoria técnica valorada mediante criterios de adjudicación a los que resulta de aplicación juicios de valor. El primero de los criterios establecidos se denomina *«mejor proyecto o memoria técnica»* al que se le otorga una puntuación máxima de 50 puntos, el mismo, se encuentra desarrollado en diversos aspectos entre los que se encuentra el *«Plan de explotación: organización y gestión del contrato»* al que le corresponde un máximo dentro de 20 puntos y en el que se valoran las siguientes cuestiones:

> *«- Propuesta de horarios de parada para cada línea según los días de la semana y/o franja horaria, en función de días festivos y laborales, periodo estival, días lectivos o no lectivos, etc.*
> *- Número de conductores asignados a cada línea y su plan de trabajo: horario de servicio, descanso, relevos, etc, así como la justificación de la suficiencia del número de conductores para la prestación del servicio, garantizando la prestación del mismo teniendo en cuenta vacaciones, bajas y absentismo.*
> *- Los recursos asignados para la organización y gestión del servicio.*
> *- El plan de trabajo para organizar el inicio del servicio, valorándose los tiempos para el inicio del servicio.*
> *- La puesta a disposición de una herramienta de software para la planificación y optimización del servicio en cuanto a la asignación de los medios materiales y humanos.*
> *- La infraestructura a disposición para la prestación del servicio: oficinas, cocheras, talleres, almacén, etc».*

Durante el plazo de presentación de proposiciones los licitadores plantearon diversas cuestiones al órgano de contratación sobre el contenido de los pliegos, dichas preguntas y respuestas no aparecen publicadas en la parte pública del perfil de contratante y no tienen naturaleza vinculante al no estar previsto en el PCAP de conformidad con lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP. De la documentación remitida por el órgano de contratación se desprende que la recurrente realizó 29 preguntas.

Una parte de las preguntas realizadas al órgano de contratación versan sobre la información contenida en la cláusula 7 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), en la que queda establecida la red de transporte. En lo que aquí interesa se reproducen las siguientes:

> *«- Pregunta: "En el art. 7 del PPT se incluye una tabla de servicio a realizar, en el que se indican las amplitudes horarias para los periodos de invierno y de verano, pero no se especifica si esas amplitudes son las mismas para cada uno de los días de la semana; ¿son las mismas? En caso contrario, ¿podrían detallar cuáles son las horas de inicio y fin de servicio de los distintos días de la semana en cada uno los periodos de invierno y verano?"*

- Respuesta: "Las horas de inicio y fin del servicio es para todos los días de la semana en función de cada periodo (Horario invierno: 7:15 a 23:08; Horario verano: 7:15 a 00:12)".

- Pregunta: "En función de las respuestas que han realizado seguimos sin tener claro si es obligatorio ofertar expediciones los días domingos y festivos. En el caso de que sea obligatorio, ¿las expediciones mínimas a establecer serían las mismas de los días laborables?"

- Respuesta: "El servicio debe realizarse todos los días de la semana, incluidos festivos y domingos. Las expediciones indicadas en el artículo 7 del PPT son las expediciones mínimas a realizar todos los días laborables (de lunes a sábado no festivo) en ambos periodos (invierno y verano) y respetando las frecuencias máxima de paso establecidas. Los domingos y festivos se debe respetar la frecuencia de paso establecida y el horario de Inicio y Fin en cada periodo, siendo un criterio valorable subjetivo la propuesta que los licitadores realicen en cuanto a horarios de parada para cada línea según los días de la semana y/o franja horaria, en función de días festivos (número de expediciones por ejemplo) y laborales, periodo estival, días lectivos o no lectivos, etc."

- Pregunta: "(…) 2.- ¿La propuesta de los licitadores debe cumplir todos los días todos los criterios del servicio (horas de inicio y final, frecuencia máxima de paso, número de expediciones diarias) previstos en la Tabla del Artículo 7 del PPTP?"

- Respuesta: "(…) Las tablas del Artículo 7 del PPT son criterios mínimos exigibles de obligado cumplimiento para las expediciones realizadas los días laborables, en cuanto a los horarios de inicio y fin y la frecuencia máxima de paso, es para todos los días de la semana."

- Pregunta: "Entre los criterios de valoración sujetos a juicio de valor que se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas, que deben ser puntuados a partir de la documentación del Sobre 2 de las ofertas de los licitadores, se incluye una "propuesta de horarios de parada para cada línea según los días de la semana y/o franja horaria, en función de los días festivos y laborables, periodo estival, días lectivos o no lectivos, etc.". Para realizar correctamente esta parte de la Memoria Técnica, les solicitamos las siguientes aclaraciones: 1.-¿La propuesta de los licitadores puede suponer una mayor cantidad de Kilómetros de servicio anuales que los previstos en el Informe Económico de Viabilidad del Servicio? 2.- ¿La propuesta de los licitadores debe cumplir todos los días todos los criterios del servicio (horas de inicio y final, frecuencia máxima de paso, número de expediciones diarias) previstos en la Tabla del Artículo 7 del PPTP?

-Respuesta: Las propuestas no pueden exceder el número máximo de km establecidos en el PPT, los cambios de km recorridos respecto a los establecidos en el PPT serán objeto de modificaciones del servicio una vez esté adjudicado y sujeto a las condiciones establecidas en el PPT y PCAP. Las tabla del Artículo 7 del PPT son criterios mínimos exigibles de obligado cumplimiento para las expediciones realizadas los días laborables, en cuanto a los horarios de inicio y fin y la frecuencia máxima de paso, es para todos los días de la semana».

El día 23 de diciembre de 2021 tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura de los sobres 1 de las distintas ofertas presentadas al procedimiento de licitación, resultando admitidas las proposiciones presentadas por seis entidades. Acto seguido se procede a la apertura de los sobres 2 de las proposiciones en la que se contiene la oferta técnica y se traslada a los técnicos municipales para que elaboren el informe de valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El día 9 de marzo de 2022, se emite informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En lo relativo a la propuesta de la recurrente se propone la exclusión con la siguiente motivación: *«presenta dentro del cuadro detalle de las salidas desde cabecera así como en los horarios completos de paso por parada, en determinadas expediciones en cada una de las líneas, una frecuencia de paso superior al máximo establecido en el pliego, tal como se indica en el Anexo I del presente informe».* En el citado anexo se relacionan las distintas expediciones para las que la recurrente ofertó una frecuencia de paso superior a lo establecido en el PPT.

Finalmente, el mismo 9 de marzo de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a revisar el informe técnico de valoración de ofertas mencionado y a la apertura de los sobres 3 de las ofertas. Respecto de la oferta de la recurrente se acuerda su exclusión con base en la motivación anteriormente reproducida.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la recurrente.

Se opone a la exclusión de su oferta alegando que la interpretación realizada en el informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor conllevaría necesariamente a la exclusión de todas las ofertas y a la invalidez del cálculo del presupuesto de licitación.

La recurrente argumenta que teniendo en cuenta la motivación incluida en el mencionado informe técnico de valoración de ofertas y las respuestas que el órgano de contratación dio a las dudas planteadas durante la licitación, se concluye que no es posible realizar una proposición. La recurrente se refiere, en síntesis, a tres conclusiones a las que a su juicio llega el órgano evaluador y que a continuación se transcriben; -a), b) y c)-.

> *"a) Que en ningún caso se puede modificar la hora de inicio y de fin servicio, de forma tal que las horas de inicio y fin del servicio para todos los días de la semana son: Horario invierno: 7:15 a 23:08; Horario verano: 7:15 a 00:12.*
> *b) Que no caben intervalos de paso individuales (es decir, entre expedición y expedición) que superen los valores indicados en la tabla del art. 7, que serían válidos para todos los días de la semana en invierno y en verano, es decir:*

Línea	*Frecuencia máxima de paso (m=minutos)*
1	*Cada 16 m*
2	*Cada 15 m*
3	*Cada 30 m*
4	*Cada 20 m*
5	*Cada 15 m*

La recurrente argumenta que como consecuencia de las dos anteriores su oferta resulta excluida, dado que las expediciones ofertadas superan el tiempo máximo de frecuencia establecido en el PPT. A lo anterior, se añade la siguiente consideración:

> *«c) Que sí se pueden realizar un mayor número de kilómetros que los 713.648 km de servicio indicados en el art. 2 del PPT y los utilizados para el cálculo del presupuesto de licitación, pese a existir una respuesta que confirma, sin ningún género de duda, que dicha cifra de kilómetros tiene carácter de máximo (ver pregunta y respuesta número 8 en las "aclaraciones publicadas en la Plataforma de Contratación"). Siendo el Ayuntamiento el único con competencia para modificar dicha cifra».*

Sobre el anterior argumento la recurrente manifiesta lo siguiente: *«Pues bien, la interpretación de las letras a) y b) es incompatible con realizar un máximo de 713.648 kilómetros, que no es sólo el tope de kilómetros al que se refiere*

la aclaración anterior c), sino que es la cifra de kilómetros de servicio que se consideró para el cálculo del presupuesto de licitación». Las preguntas y respuestas a las que se refiere la recurrente han sido recogidas en el fundamento de derecho anterior.

En este sentido, la recurrente concluye que los licitadores que hayan mantenido las amplitudes del servicio y los intervalos de paso han tenido que incumplir el número máximo de kilómetros establecidos en el PPT en el sentido anteriormente manifestado. De forma que todas las ofertas debieron ser excluidas. Sobre lo anterior, colige que otra interpretación conllevaría a entender que el presupuesto base de licitación está mal calculado y que por lo tanto es incorrecto.

Pues bien, la recurrente defiende que la manera de interpretar lo establecido en el PPT de forma que sea posible presentar oferta, realizando una interpretación sistemática de los pliegos -ex artículo 1285 Código Civil- es entendiendo que es admisible diferentes intervalos de paso para los distintos tramos horarios, siempre que se cumplan *«de manera agregada»* los criterios de la cláusula 7 del PPT, es decir, siempre que se cumplan *«los valores medios»* indicados en la tabla de la citada cláusula7 del PPT».

En este sentido manifiesta:

> *«Si el requisito fuese cumplir escrupulosamente los intervalos de paso y horas de inicio y fin en todos los momentos del día y días del año, no tendría ningún sentido que se evaluase el grado de adecuación de la propuesta de horarios de cada licitador, ya que todas ellas serían idénticas. Se pone de manifiesto que ni en el pliego ni en las aclaraciones se contempla valorar el mayor número de expediciones o una mejora en los intervalos de paso.*
>
> *Por último, conviene tener en cuenta, que ni el pliego ni las aclaraciones dan preferencia a unos criterios sobre otros. Es decir, tan necesario es cumplir intervalos de paso como amplitudes o kilómetros.*
>
> *De todo lo anterior se concluye que es posible "adecuar" horarios y lograr el estricto cumplimiento de los criterios del art. 7, siendo este nivel de adecuación y concreción de estos horarios lo que se valorará dentro del criterio Plan de Explotación. Para la adecuación horaria, de acuerdo al pliego se admiten horarios diferentes por días de la semana, franja horaria, periodo invierno/verano… siempre y cuando en términos de promedio anual (para el caso de los criterios distancia diaria e intervalo de paso) y promedio en día laborable (para el caso de expediciones) se cumplan los valores incluidos en la tabla del art. 7 [cláusula 7 del PPT]. Ya que esta es la única interpretación compatible con el cálculo de los 713.648 km que se utilizaron para determinar el presupuesto de licitación.».*

De lo anterior, considera que el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación resulta totalmente inmotivado y que le deja en una indefensión absoluta al vulnerar los principios rectores básicos que rigen la contratación pública. Solicita, que se estime el recurso interpuesto y se declare la nulidad del acuerdo de exclusión de su oferta, con retroacción de las actuaciones para que se admita y se valore.

Además, como se ha indicado, solicita la no valoración del resto de las ofertas al considerar que no cumplen con las especificaciones del servicio exigidas en el PPT.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la recurrente trata por la vía del recurso especial de subsanar los defectos de los que adolece su oferta, manifestando una serie de cuestiones que no se encontraban contenidas en la oferta presentada por lo que la mesa de contratación las desconocía.

Afirma, que los criterios que han regido en todo momento las valoraciones a las que se han sometido las ofertas presentadas han sido única y exclusivamente los recogidos en el PCAP. Sobre la cuestión relativa a las preguntas y respuestas realizadas por las licitadoras durante el procedimiento de contratación afirma que han sido consideradas como una herramienta para proceder a realizar puntualizaciones y aclaraciones sobre lo establecido en los pliegos pero que en ningún caso han sido consideradas como criterio para la exclusión de una determinada oferta. En cualquier caso, hay que recordar -afirma- que de conformidad con lo establecido en el art. 138.3 de la LCSP y al no disponer nada al respecto el PCAP, las respuestas dadas por el órgano de contratación no son vinculantes, tal y como señala una reiterada doctrina de los Tribunales de recursos contractuales.

Manifiesta que la proposición de la recurrente se rechazó dado que la misma se realiza tomando los 713.648 Km anuales como un tope máximo, sin contar con lo que se señala en el pliego (que configura un número mínimo de kilómetros útiles anuales). En consecuencia, afirma, al aumentarse el horario del servicio en los meses de verano, para poder cuadrar la recurrente su oferta con este número de kilómetros, procede a realizar cambios en las frecuencias máximas del paso de vehículos, cuestión que está totalmente vedada en los pliegos.

Con relación a la alegación contenida en el recurso relativa a que de no tomar el número de kilómetros fijado en los pliegos como máximo conllevaría que el presupuesto base de licitación no estaría correctamente calculado, argumenta que esta afirmación supone una impugnación indirecta de los pliegos por lo que el mismo debería ser desestimado. Además, manifiesta que la recurrente es la única entidad que ha realizado esta interpretación de los pliegos.

Por otro lado, manifiesta que el valor estimado del contrato definido en el apartado *«9. Valor estimado. Presupuesto base de licitación. Desglose de costes»*, de la Memoria Justificativa del expediente, explicita que *«el precio unitario máximo a abonar por Kilómetro recorrido se fija en el máximo de 3,452€.».* Argumenta que de lo anterior, queda de manifiesto que los kilómetros a abonar no están acotados a un máximo, se establece como máximo el precio unitario del kilómetros, no el número de kilómetros (artículo 2 del PPT). No haciendo en ningún momento referencia a número de expediciones máximas ni a kilómetros máximos de recorrido en el PCAP, PPT, memoria justificativa y anexos que regulan el contrato.

Sobre la respuesta a la que se refiere la recurrente y en la que se indica la cuestión relativa a los kilómetros máximos argumenta que:

> *«Esta respuesta pone de manifiesto que no es posible modificar los kilómetros asignados al recorrido de cada línea (itinerario) por parte de los operadores, ya que es una competencia exclusiva del Ayuntamiento de Fuengirola, por lo que dichos kilómetros de los recorridos son considerados como fijos.*
> *Además, si no fuese posible modificar los kilómetros del servicio (el artículo 2 del PPT cita expresamente el número mínimo de kilómetros útiles anuales de 713.648 km), no tendrían sentido las respuestas a las aclaraciones realizadas, y que constan en el recurso, en las que se indican que dichas expediciones son las mínimas establecidas para ambos periodos invierno y verano, en el que se amplía una hora el servicio, siendo posible modificar el número de expediciones (respetando las frecuencias de paso máximas establecidas) y no siéndolo el poder variar la longitud de los kilómetros de los recorridos, o itinerarios, pues están sujetos a modificaciones atribuidas en exclusiva al Ayuntamiento».*

Finalmente, el órgano de contratación argumenta que la oferta de la recurrente fue excluida dado que, como se ha mencionado, incumple lo establecido en la clausula 7 del PPT, reitera el hecho de que las limitaciones son máximas y mínimas (por tanto excluyentes en caso de no cumplimiento) y pone de manifiesto las siguientes circunstancias: (i) que las frecuencias máximas de paso de los vehículos y los kilómetros efectivamente realizados por los mismos son de conformidad con la clausula 10 del PPT *«modificaciones»* competencia del órgano de

contratación y no de los licitadores, (ii) que no se considerá, por otro lado, modificación, el incremento del número de expediciones, ni los kilómetros adicionales asociados.

De lo anterior concluye que, respecto a los kilómetros útiles anuales del servicio AVANZA es el único licitador que ha hecho una interpretación particular que le hace incurrir en el no cumplimiento los criterios establecidos en el PPT, que son:
- 1. Respetar la frecuencia máxima de paso establecida.
- 2. La Realización de las expediciones mínimas los días laborables (siendo posible modificar el número de expediciones siempre que se cumplan los criterios establecidos en el PPT).
- 3. Respetar los horarios de inicio y fin establecidos en el PPT para cada periodo (Horario invierno: 7:15 a 23:08; Horario verano: 7:15 a 00:12).

Finaliza el órgano de contratación, afirmando que se ha de tener en cuenta que las longitudes de las líneas son siempre las mismas y que los kilómetros mínimos útiles anuales son 713.648 km.

Asimismo, considera que la valoración de las ofertas del resto de licitadores ha sido correcta y se ha adecuado a lo establecido en los criterios de adjudicación establecido en el PCAP.

Por todo lo anterior, solicita la desestimación del recurso.

III. Alegaciones de las entidades interesadas.

La entidad interesada INTERURBANA DE AUTOBUSES, S.A. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Por otro lado, la entidad AUTÓMNIBUS INTERURBANOS, S.A., manifiesta su acuerdo con las alegaciones de la recurrente, se adhiere a sus manifestaciones y solicita que se anule el procedimiento de licitación.

OCTAVO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

I. Sobre las consultas realizadas por la recurrente durante el procedimiento de licitación. Aplicación del artículo 138.3 de la LCSP.

El propio órgano de contratación en su informe al recurso afirma sobre el carácter de las consultas lo siguiente: *«hay que recordar a la recurrente que de conformidad con lo establecido en el Art. 138, en concreto su apartado tercero, y al no disponer nada el PCAP, las respuestas dadas por el órgano de contratación no son vinculantes, tal y como señala una reiterada doctrina de los Tribunales de recursos contractuales».*
Efectivamente, una vez analizado el PCAP este Tribunal ha podido comprobar que nada se indica en relación con las consultas realizadas por los licitadores durante el procedimiento de contratación. En este sentido, procede traer a colación el contenido del artículo 138.3 de la LCSP que establece: *«En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».* En el presente supuesto como se ha indicado nada dice el PCAP sobre las aclaraciones a las que se refiere la recurrente y además las mismas no han sido objeto de publicación en el perfil de contratante.

Sobre esta cuestión el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantiene una doctrina que este Órgano comparte, y que se analiza en la Resolución 643/2021, de 28 de mayo, en la que se indica lo siguiente al analizar el contenido del mencionado artículo 138.3 de la LCSP:

> *«Del tenor literal del citado precepto resulta que las respuestas dadas por el órgano de contratación no son automáticamente vinculantes, sino que para que tal eficacia se produzca es preciso la simultánea concurrencia de dos requisitos: (i) que los pliegos expresamente atribuyan a tales respuestas carácter vinculante y (ii) que las respuestas se hayan publicado en el perfil del contratante de modo que sean accesibles por todos los interesados en condiciones de igualdad. Dicha ausencia de inmediata vinculación viene siendo afirmada por este Tribunal mediante resoluciones como la reciente Resolución nº 108/2021, de 5 de febrero, en que dijimos: "En principio, por tanto, las respuestas dadas no son vinculantes, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares indiquen lo contrario".»*

Por tanto y como se ha indicado, en el presente supuesto las consultas no son vinculantes por lo que no integran el contenido del pliego y por tanto no pueden contradecirlo.

II. Sobre la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplir determinadas especificaciones exigidas en el PPT.

Como anteriormente se ha indicado, la oferta de la recurrente es excluida del procedimiento de licitación por la mesa de contratación tras la valoración del sobre 2 de su oferta al detectar que la misma incumple las especificaciones exigidas en la cláusula 7 del PPT en lo relativo a las frecuencias máximas de paso establecidas.

En este sentido, en la cláusula 7 del PPT denominada «red de transporte» se establecen la siguientes condiciones que debe cumplir las ofertas de los licitadores:

Línea	Denominación	Tipo	Hora de inicio – Hora de Fin	Distancia (km)	Nº Vehículos	Nº expediciones/día laborable	Distancia Diaria recorrida (km)	Frecuencia máxima de paso (m=minutos)
1	Circular	Urbano Hibrido12 m	Horario invierno: 7:15 a 23:08 Horario verano: 7:15 a 00:12	14,44 Km	5	60	866,40	Cada 16 m
2	Boquetillo	Urbano Hibrido12 m		3,15 Km	1	63	198,45	Cada 15 m
3	La Calerita-Fuengirola-Los Boliches	Urbano Hibrido12 m		4,79 Km	1	32	153,28	Cada 30 m
4	Los Pacos	Urbano Hibrido12 m		5,33 Km	1	47	250,51	Cada 20 m
5	Torreblanca	Microbús		7,74 Km	2	63	487,62	Cada 15 m

El acta de la sesión de la mesa de contratación, de 9 de marzo de 2022, se acompaña un anexo en el que se recogen las frecuencias contenidas en la oferta de AVANZA que superan en determinados casos las frecuencias máximas establecidas en la tabla anteriormente reproducida.

Pues bien, la recurrente en el sentido anteriormente expuesto indica que teniendo en cuenta las respuestas a las consultas que ha ido planteando durante el procedimiento de licitación ha realizado la oferta de la única manera posible para poder respetar las condiciones que se le han exigido, y que en síntesis son:

- Que los datos de la tabla de la cláusula 7 del PPT son relativos a las expediciones mínimas que deben ser realizadas los días laborables, siendo un criterio valorable sujeto a juicio de valor la propuesta que los licitadores realicen en cuanto a los horarios de parada para cada línea según los días de la semana y/o franja horaria, en función de días festivos y laborales, periodo estival y días lectivos o no lectivos, por lo que es posible modificar el número de expediciones siempre que se cumplan los criterios establecidos en el PPT.

- Que el horario de inicio y fin del servicio es siempre el mismo, diferenciándose entre invierno y verano, pero no entre días de la semana.

- Que las propuestas no pueden exceder el número máximo de kilómetros establecidos en el PPT, los cambios de kilómetros recorridos respecto a los establecidos en el PPT serán objeto de modificaciones del servicio una vez que esté adjudicado el contrato y sujeto a las condiciones establecidas en el PPT y PCAP.

La recurrente argumenta que es materialmente imposible prestar el servicio en los términos exigidos, atendiendo a los horarios de invierno y de verano, el número de expediciones mínimas y la frecuencia teniendo en cuenta el número de kilómetros máximos, según se indica en una de las respuestas a las cuestiones planteadas por el licitador durante el procedimiento de licitación. Ademas, considera que de otra forma se habría de concluir que el presupuesto base de licitación estaría incorrectamente calculado.

Como se ha mencionado, el órgano de contratación considera que la anterior afirmación -sobre el presupuesto de licitación- se puede considerar una impugnación indirecta de los pliegos. Al respecto, cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que establece la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: *«[…] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. […]».*

Por un lado, recordemos que la jurisprudencia europea admite esa impugnación de los pliegos si resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente, algo que en el presente supuesto no concurre, dado que la clausula 2 del PPT establece claramente, al definir la descripción del servicio, lo siguiente: *«Desde el inicio del servicio, el adjudicatario deberá operar el servicio que se define en el PPTP y en los sus Anexos. En el cual se establecen las líneas, horarios, frecuencias y periodos, así como itinerarios a recorrer en cada línea. Siendo estos los mínimos ofertados por los licitadores. Prestando un número mínimo de kilómetros útiles anuales de 713.648 km».* Es decir, que el PPT -sin prejuzgar su legalidad- establece un número mínimo de kilómetros anuales y no máximo.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta:

> *«Por lo que la facturación del servicio definida en el apartado "6. FACTURACIÓN", de la Memoria Justificativa del expediente, indica que "el abono de los trabajos se realizará cada tres meses. El pago es en función del precio del kilómetro ofertado por el adjudicatario según los Kilómetros realizados durante el trimestre". Y el valor estimado del contrato definido en el apartado "9. VALOR ESTIMADO. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN. DESGLOSE DE COSTES", de la Memoria Justificativa del expediente, explicita que "el precio unitario máximo a abonar por Kilómetro recorrido se fija en el máximo de 3,452€.". Queda de manifiesto que los km a abonar no*

están acotados a un máximo, se establece como máximo el precio unitario del km, no el número de km (artículo 2 del PPT).

No haciendo en ningún momento referencia a número de expediciones máximas ni a Km máximos de recorrido en el PCAP, PPT, Memoria Justificativa y Anexos que regulan el contrato.».

Por tanto, se concluye que la confusión de la recurrente se genera -como la misma reconoce- a partir de la aclaración de naturaleza no vinculante realizada por el órgano de contratación en la que indica que el número de kilómetros anuales -713.648- son máximos y no mínimos como se recoge en el propio PPT.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta que la recurrente no comprendió correctamente la respuesta facilitada sobre el número máximo de kilómetros, en este sentido, argumenta:

«Esta respuesta pone de manifiesto que no es posible modificar los kilómetros asignados al recorrido de cada línea (itinerario) por parte de los operadores, ya que es una competencia exclusiva del Ayuntamiento de Fuengirola, por lo que dichos kilómetros de los recorridos son considerados como fijos.

Además, si no fuese posible modificar los kilómetros del servicio (el artículo 2 del PPT cita expresamente el número mínimo de kilómetros útiles anuales de 713.648 km), no tendrían sentido las respuestas a las aclaraciones realizadas, y que constan en el recurso, en las que se indican que dichas expediciones son las mínimas establecidas para ambos periodos invierno y verano, en el que se amplía una hora el servicio, siendo posible modificar el número de expediciones (respetando las frecuencias de paso máximas establecidas) y no siéndolo el poder variar la longitud de los kilómetros de los recorridos, o itinerarios, pues están sujetos a modificaciones atribuidas en exclusiva al Ayuntamiento».

Pues bien, visto todo lo anterior este Tribunal concluye que, efectivamente, la recurrente parte de una premisa errónea a la hora de confeccionar su oferta. AVANZA viene a reconocer que no cumple con el requisito de frecuencia exigido en el PPT dado que ello no es posible atendiendo al número máximo de kilómetros que se pueden realizar. Sin embargo, en la cláusula 2 del PPT se indica claramente que el número de kilómetros es mínimo y no máximo y del contenido del pliego se desprende -en el sentido manifestado por el órgano de contratación- que por ese motivo se establece en el anexo I del PCAP que la proposición económica se realiza sobre el precio por kilómetro y el pago -facturación- se realiza en función de los kilómetros realizados según precio ofertado.

Por otro lado, en este momento procede recordar que las consultas realizadas por la recurrente durante el procedimiento de licitación no tienen carácter vinculante como anteriormente se ha analizado ni pueden contradecir lo establecido en el pliego, si bien, llama la atención que AVANZA incumple una condición clara del servicio, como es la frecuencia, con el objeto de cumplir la respuesta que se le ofrece sobre el número de kilómetros anuales. Es decir, que si bien la recurrente denuncia que para la mesa de contratación algunas respuestas fueron vinculantes y otras no -la relativa al número de kilómetros- a la hora de acordar la exclusión de su proposición, ella viene a tener un comportamiento similar en tanto que sí considera vinculante el número de kilómetros pero no la frecuencia exigida. En este sentido, la recurrente no alega ningún motivo que le haya imposibilitado plantear esta aparente contradicción entre lo dispuesto en el PPT y la respuesta que obtuvo del órgano de contratación -planteando alguna cuestión adicional a las 29 formuladas- e incluso, impugnando los pliegos. Sin embargo, en su lugar, optó por presentar la oferta incumpliendo una condición exigida en el PPT sobre la prestación del servicio y que se le había especificado y concretado en las respuestas a sus preguntas sobre la frecuencia del servicio.

En este sentido, ahora en vía de recurso AVANZA expone dos argumentaciones para intentar justificar el cumplimiento del requisito de la frecuencia, Por un lado argumenta:

> *«El único modo de "respetar los criterios establecidos en el PPT" es considerar un número de expediciones y kilómetros inferior al que se calcula a partir de la interpretación del evaluador, cosa que puede hacerse de forma compatible con el cumplimiento de los criterios del art. 7. Y ello pasa, necesariamente, por interpretar que los valores incluidos en la tabla del art. 7 se muestran en términos agregados (promedio anual para el caso de los criterios distancia diaria e intervalo de paso, y promedio en día laborable para el caso de expediciones)».*

Es decir, que la recurrente justifica el cumplimiento de su oferta realizando una media aritmética entre el horario de verano e invierno para concluir que de esta forma sí respeta el requisito de frecuencia configurado en el PPT. Sobre lo anterior, procede indicar que la cláusula 7 del PPT es clara en lo exigido, y establece una frecuencia en minutos por lo que no cabe que el requisito se interprete de la forma que propone la recurrente puesto que ello supondría una excepción o una flexibilización de una especificación que conculcaría el principio de igualdad respecto de los licitadores que sí han presentado su oferta respetando lo establecido en los pliegos.

En segundo lugar, la recurrente traslada el requisito de frecuencia en minutos a un número de veces por hora. Por ejemplo, en el caso de la línea 2 que tiene una frecuencia exigida cada 15 minutos la recurrente entiende que dicho requisito se puede convertir en una frecuencia de 4 veces por hora, concluyendo de esta forma que su oferta cumpliría con el requisito de frecuencia. Sin embargo, es claro que no tiene que ser lo mismo una frecuencia cada 15 minutos que de 4 veces por hora, ya que los tiempos de espera entre esas 4 veces no tendrían que ser obligatoriamente igual a una vez cada 15 minutos.

En definitiva, el órgano de contratación en su informe al recurso relaciona de forma más concreta numerosos incumplimientos de la oferta de AVANZA en los tiempos de frecuencia máxima establecidos en el PPT, por ejemplo:

> *«Expedición 31 (salida cabecera 23:15): sale desde cabecera a los 45 minutos de la anterior, aumentando en 15 minutos la frecuencia máxima de paso establecida, además de los 45 minutos acumulados de aumento de la expedición anterior, lo que supondría un aumento acumulado de la frecuencia de paso de 60 minutos respecto a los 30 establecidos, lo que supone un acumulado del 200% más sobre lo indicado como frecuencia máxima de paso.*
>
> *· Expedición 32 (salida cabecera 24:00): sale desde cabecera a los 45 minutos de la anterior, aumentando en 15 minutos la frecuencia máxima de paso establecida, además de los 60 minutos acumulados de aumento de la expedición anterior, lo que supondría un aumento acumulado de la frecuencia de paso de 75 minutos respecto a los 30 establecidos, lo que supone un acumulado del 250% más sobre lo indicado como frecuencia máxima de paso».*

En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el pliego de condiciones constituye *"ley entre las partes",* debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también la propia entidad contratante redactora de sus cláusulas. La citada doctrina viene señalando, en primer lugar, que tal consideración de los pliegos como ley del contrato no es sino expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios y, en segundo lugar, que en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar

a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas. Lo contrario llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato. Sobre el particular, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».*

En definitiva, no cabe atender a la interpretación de la recurrente de lo exigido en la cláusula 7 del PPT dado que ello supondría un trato de favor o una excepción a lo establecido de forma suficientemente precisa en los pliegos rectores de la licitación y que ademas supondría infringir los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores que sí realizaron su proposición de forma correcta. Procede pues, desestimar este motivo de recurso y confirmar que la oferta de AVANZA fue correctamente excluida por los motivos analizados.

III. Sobre la impugnación de la admisión de las ofertas presentadas por el resto de licitadores. Legitimación ad causam.

Como anteriormente se ha indicado, AVANZA cuestiona la admisión del resto de ofertas al procedimiento dado que por distintos motivos considera que no cumplen las especificaciones del servicio exigidas en el PPT.

Sobre esta cuestión, en diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 360/2020, de 29 de octubre y 53/2022, de 28 de enero) y de otros órganos de resolución de recursos en materia contractual (v.gr. Resolución 149/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Teniendo en cuenta esta base jurisprudencial, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que este Órgano ha confirmado la exclusión de la recurrente como consecuencia de la desestimación del primer motivo de recurso. De tal manera que, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría

beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación.

Por último y en cuanto a la alegación planteada por la entidad AUTÓMNIBUS INTERURBANOS, S.A., y mediante la que solicita la nulidad de la licitación, debe manifestarse que tal pretensión excede del ámbito propio de las alegaciones. En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual). La anulación del procedimiento de licitación no es una cuestión planteada por la recurrente, por lo que no puede ser objeto de este recurso al no estar en su ámbito de debate, y ello en virtud del principio de congruencia.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.**, contra el acuerdo, de 9 de marzo de 2022, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de transporte colectivo urbano de viajeros en el municipio de Fuengirola» (Expte. 085/2021-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 8 de abril de 2022.

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.