

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-15/000003
NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2015/0000003



**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 4/2015 -
Seccion 1ª**

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A. y
CUADRA BIDEAN S.L.
Representante / Ordezkarria: ISABEL APALATEGUI ARRESE

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

Otros demandados/ Demandatukidea: TOLOSALDEA BUS S.L. Representante/Ordezkarria: RAFAEL
EGUIDAZU BUERBA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 6/2014 DE 31-10-14 DEL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE
GUIPUZCOA DESESTIMORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION
INTERPUESTO POR LOS RECURRENTES CONTRA ORDEN FORAL DE 7-8-14 POR EL QUE SE
ADJUDICA A TOLOSALDEA BUS S.L. EL CONTRATO DE CONCESION ZONAL DEL SERVICIO PUBLICO
DE TRANSPORTE DE VIAJEROS INTERURBANO POR CARRETERA DE LA COMARCA DE TOLOSALDEA
(LUR Z-03) (CALVE 14-MO-95/2013). j

REMITIENDO TESTIMONIO SENTENCIA y el expediente administrativo

1.- Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso
contencioso-administrativo referenciado y que ha alcanzado el carácter de firme al haber sido
declarado inadmisibile el recurso de queja contra el auto denegatorio de casación interpuesto
contra la referida sentencia.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

2.- Esa Administración debe acusar recibo de la presente comunicación en el plazo de DIEZ
DÍAS.

**3.- La presente comunicación se remite por duplicado para que sea devuelto un ejemplar
fechado, firmado y sellado.**

En Bilbao a 23 de mayo de 2017

LETRADO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA / JUSTIZIA ADMINISTRAZIOAREN
LETRADUA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-15/000003
NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2015/0000003



**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 4/2015 -
Seccion 1ª**

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A. y
CUADRA BIDEAN S.L.
Representante / Ordezkarria: ISABEL APALATEGUI ARRESE

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

Otros demandados/ Demandatukidea: TOLOSALDEA BUS S.L. Representante/Ordezkarria: RAFAEL
EGUIDAZU BUERBA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 6/2014 DE 31-10-14 DEL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE
GUIPUZCOA DESESTIMORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION
INTERPUESTO POR LOS RECURRENTES CONTRA ORDEN FORAL DE 7-8-14 POR EL QUE SE
ADJUDICA A TOLOSALDEA BUS S.L. EL CONTRATO DE CONCESION ZONAL DEL SERVICIO PUBLICO
DE TRANSPORTE DE VIAJEROS INTERURBANO POR CARRETERA DE LA COMARCA DE TOLOSALDEA
(LUR Z-03) (CALVE 14-MO-95/2013). j

REMITIENDO TESTIMONIO SENTENCIA y el expediente administrativo

1.- Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso
contencioso-administrativo referenciado y que ha alcanzado el carácter de firme al haber sido
declarado inadmisibile el recurso de queja contra el auto denegatorio de casación interpuesto
contra la referida sentencia.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

2.- Esa Administración debe acusar recibo de la presente comunicación en el plazo de DIEZ
DÍAS.

**3.- La presente comunicación se remite por duplicado para que sea devuelto un ejemplar
fechado, firmado y sellado.**

En Bilbao a 23 de mayo de 2017

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / JUSTIZIA ADMINISTRAZIOAREN
LETRADUA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P./PK: 48001
TEL.: 94-4016655

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 00.01.3-15/000003
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2015/0000003

**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 4/2015 -
Seccion 1ª**

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A. y CUADRA BIDEAN S.L.

Representante / Ordezkarria: ISABEL APALATEGUI ARRESE

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

Otros demandados/ Demandatukidea: TOLOSALDEA BUS S.L.
Representante/Ordezkarria: RAFAEL EGUIDAZU BUERBA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 6/2014 DE 31-10-14 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA DESESTIMORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO POR LOS RECURRENTES CONTRA ORDEN FORAL DE 7-8-14 POR EL QUE SE ADJUDICA A TOLOSALDEA BUS S.L. EL CONTRATO DE CONCESION ZONAL DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS INTERURBANO POR CARRETERA DE LA COMARCA DE TOLOSALDEA (LUR Z-03) (CALVE 14-MO-95/2013). j

D. IGNACIO SARALEGUI PRIETO, Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

CERTIFICO: Que en el Procedimiento ordinario 4/2015, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

"SENTENCIA NÚMERO 532/2016

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En Bilbao, a dos de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el



número 4/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN 6/2014 DE 31-10-2014 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA DESESTIMORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTO POR LOS RECURRENTES CONTRA ORDEN FORAL DE 7-8-2014 POR EL QUE SE ADJUDICA A TOLOSALDEA BUS, S.L. EL CONTRATO DE CONCESIÓN ZONAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS INTERURBANO POR CARRETERA DE LA COMARCA DE TOLOSALDEA (LUR Z-03) (CALVE 14-MO-95/2013). i.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A. y CUADRA BIDEAN, S.L., representadas por la procuradora D^a. ISABEL APALATEGUI ARRESE y dirigidas por el letrado D. GUILLERMO SAIZ RUIZ.

-DEMANDADAS: DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA y TOLOSALDEA BUS, S.L., representadas, respectivamente, por los procuradores D^a. BEGOÑA URÍZAR ARANCIBIA y D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA y dirigidas por los letrados D. ANTONIO IBARGUCHI OTERMIN y D. ÍÑIGO LIZARI ILLARRAMENDI.

Ha sido Magistrado Ponente el Il^lmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5-1-2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D^a. ISABEL APALATEGUI ARRESE, actuando en nombre y representación de COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A. y CUADRA BIDEAN, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 6/2014, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa, que desestimó el Recurso Especial promovido por dichas sociedades mercantiles contra la Orden Foral del Departamento de Movilidad e Infraestructuras Viarias de la Diputación Foral fechada el 7-8-2014, que adjudicó a Tolosaldea Bus, S.L. el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte interurbano de viajeros por carretera de la comarca de Tolosaldea (LUR Z-03), con un presupuesto base de licitación de 13.647.055'52 €, por el plazo concesional de siete años; quedando registrado dicho recurso con el número 4/2015.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se declare nula de pleno derecho o, subsidiariamente, se anule, la resolución impugnada.



TERCERO.- En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal, por ambas demandadas, el dictado de una sentencia por la que se desestime la demanda en su totalidad y se le impongan las costas a las actoras.

CUARTO.- Por Decreto de 22-10-2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 4-11-2016 se señaló el pasado día 10-11-2016 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se dirige el presente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 6/2014, de 31 de Octubre, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa, -en adelante, en acrónimo TAFRC-, que desestimó el Recurso Especial promovido por las sociedades mercantiles hoy actoras contra la Orden Foral del Departamento de Movilidad e Infraestructuras Viarias de la Diputación Foral fechada el 7 de agosto de 2.014, que adjudicó a la mercantil **Tolosaldea Bus, S.L** el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte interurbano de viajeros por carretera de la comarca de Tolosaldea (LUR Z-03), con un presupuesto base de licitación de **13.647.055,52 €**, por el plazo concesional de siete años.

Las partes recurrentes, con compromiso de constituirse en UTE con denominación de **Cuadra TSST**, formalizaban el escrito de demanda en fecha de 1º de junio de 2.015, -f. 128 a 206-, que abarcaba una parte de Hechos, -f. 129 a 155-, en que se realizan profusas observaciones con matiz crítico sobre la concesión de los referidos servicios y sobre las características presupuestarias y técnicas de la licitación, a la par que se exponían extensas informaciones generales de carácter normativo e institucional, deduciéndose después en la parte de Fundamentos de Derecho diversos motivos impugnatorios que se subdividen en la conurrencia de defectos formales en la



tramitación del Recurso Especial -f. 156-157-; infracción del artículo 29 TRICSP y de la Carátula, por adjudicarse el contrato a entidad que subcontrata indebidamente prestaciones del contrato -f. 157 a 162-; vulneración en todo caso del compromiso de subcontratación -f. 162-163-; infracción por adjudicarse la oferta con incumplimiento de la cláusula 29.7 del PCAP y 11.21 del PPT, al ofertarse por la adjudicataria un vehículo sin exclusividad, lo que no permitirían los pliegos, -f. 163 a 170-; infracción en suma por defectuosa tramitación del procedimiento de licitación, con tratamiento discriminatorio a favor de la adjudicataria, falta de motivación y arbitrariedad en la valoración técnica. En el apartado Octavo y sucesivos, abarcando los folios 179 a 201 de dicho escrito se venía a cuestionar la exclusión de la proposición de las actoras por medio de la aplicación del artículo 25.5 de la Ley del País Vasco 4/2004, de 18 de Marzo, de Transporte por Carretera.

En base a los extensísimos alegatos que acaban de enunciarse, se aspira a la anulación de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones del procedimiento hasta el momento de la exclusión de la proposición conjunta de las recurrentes a fin de dejarla sin efecto y ser calificadas todas las ofertas, salvo la proposición de la adjudicataria *Tolosaldea Bus, S.L.* que debe ser excluida.

Se oponen a dicha pretensión la Administración foral autora de los actos recurridos -f. 627 a 655-, y la sociedad limitada adjudicataria, -f. 695 a 716-, con un pormenor que se irá describiendo a medida que se desarrollen los puntos de controversia ya adelantados sumariamente.

SEGUNDO.- Como observación preliminar antes de acometerlos, y teniendo en cuenta que la parte recurrente incide en diversas ocasiones en el cuestionamiento del procedimiento de concesión zonal en general y, en particular, desde diversas alusiones a criterios expresados por organismos de defensa de la competencia, -así, informe de la CNC aportado como anexo 1, folios 215 a 274; anexo 2 de alegaciones del Tribunal Vasco de la Competencia a la Diputación Foral de Bizkaia, -f. 276 a 262-, entre otros documentos ilustrativos sobre dicha materia que abundan en las actuaciones y con los que las recurrentes aspiran a instruir a este Tribunal sobre materias que presumen que no conoce, y evitar así que la actuación judicial no resulte todo lo "ecuaníme" que sea posible (folio 129), la primera precisión necesaria, -además de constatar esta Sala lo fuera de lugar de tales observaciones-, es que el objeto del presente litigio se ciñe a revisar la fase de adjudicación de dicho procedimiento concurrencial en que libre y voluntariamente participaron las sociedades recurrentes y en el que, de manera directa o indirecta, son ellas las que aspiran a resultar adjudicatarias en el lugar de la sociedad mercantil codemandada.

De este modo, fuesen las que fuesen las críticas que el proyecto y las características del régimen de otorgamiento de esas concesiones les suscitasen a las recurrentes, si es que así fue, el hecho patente es que han aceptado incondicionalmente las bases y cláusulas de la licitación, -artículo 145.1 TRLCSP-, y no le corresponde a la Sala revisora examinar dichos aspectos ni, en menor medida si cabe, llegar a dar valor metajurídico a esas objeciones como elemento determinante del éxito de la pretensión de las concretas aspirantes conjuntas que litigan, ya que en modo alguno implican la



exclusión de los adversarios ni la adjudicación alternativa en favor de todo licitador impugnante, como tampoco la invalidez contractual de la realizada.

Por todo ello, no está de más tener presente que los servicios y labores de transporte de viajeros por carretera; *"...tienen el carácter de **servicios públicos de titularidad de la Administración**, pudiendo ser utilizados, sin discriminación, por cualquier persona que lo desee en las condiciones establecidas en esta ley y en las normas dictadas para su ejecución y desarrollo"*, y que, *"como regla general, la prestación de los mencionados servicios se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión. No obstante, la Administración podrá optar por la gestión directa de un servicio cuando estime que resulta más adecuado al interés general en función de su naturaleza y características"*. -Artículo 71 de la L.O.T.T 16/1987, de 30 de Julio-. Añade el artículo 72.1 que, *"con objeto de garantizar la cohesión territorial, los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán por la Administración con **carácter exclusivo...**"*.

De otra parte, señala el artículo 78 que, *"como regla general, las concesiones se otorgarán, únicamente, para servicios predeterminados de carácter lineal; no obstante, la Administración podrá otorgar **concesiones zonales** que comprenderán todos los servicios regulares permanentes o temporales y de uso general o especial que hayan de prestarse en una determinada zona, salvo los que expresamente se exceptúen. Será de aplicación a las concesiones zonales el régimen jurídico establecido para las lineales en tanto resulte compatible con su específica naturaleza."* Y esas concesiones zonales deberán ajustarse a las determinaciones de un Plan de Explotación para la zona de que se trate, aprobado por la Administración de oficio o a iniciativa de los particulares, que contendrá las previsiones que reglamentariamente se señalen y que formará parte de las cláusulas concesionales. -Artículo 79-.

La LCAE 4/2004, de 18 de Marzo, con fundamento explícito en la competencia exclusiva establecida en el artículo 10.32 del Estatuto de Autonomía, dentro de la línea de interpretación que de este y otros preceptos del bloque de la constitucionalidad relativos a la distribución territorial del poder en la materia ha realizado el Tribunal Constitucional, básicamente en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, reproduce ese régimen jurídico del transporte interurbano de viajeros por carretera en sus artículos 19 y siguientes, configurándose así un sistema de publicación del servicio de titularidad administrativa que se ejerce alternativamente mediante modos de gestión directa o indirecta, siendo en el seno de esta segunda opción en la que se sitúan las convocatorias para adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos de entre 5 y 10 años de vigencia, de modalidad lineal o zonal.

Por tanto, y como colofón, se está en el presente caso ante un panorama general enclavado plenamente en la legalidad básica y autonómica del transporte de viajeros por carretera, y cualquier parecer o criterio discrepante en torno a las posibilidades de competencia entre los operadores económicos que intervienen en el mercado que ese estado de cosas legislativo ofrezca en torno al mayor o menor número de prestatarios y oferentes del servicio, situaciones de monopolio local, etc..., tiene que presuponer antes



que nada la existencia de ese monopolio público y de esa regulación a nivel de *lege data*, surgidos de las soberanas razones que el legislador ha tenido por convenientes, y que los Tribunales no pueden cuestionar.

TERCERO.- En torno a los defectos formales o de trámite que aquejaría el Recurso Especial previsto por la legislación contractual del sector público, se refiere en primer lugar la parte actora al exceso sobre el plazo máximo de cinco días hábiles para resolver del artículo 47.1 del TRLCSP, lo que objetado de contrario como irrelevante a los efectos de la validez de la actuación, no merece otra mayor consideración que la de que registrado el recurso el 18 de setiembre de 2015 y dictada resolución el 31 de octubre, se está muy claramente ante lo que jurisprudencialmente se ha dado en llamar "*plazo razonable*" de tramitación y decisión, de mes y medio escaso de duración. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, lo que disponía la LRJ-PAC 30/1992, de 26 de Noviembre, y reitera hoy el artículo 48.3 de la LPAC de las Administraciones Públicas 39/2015, de 1 de octubre de muy reciente entrada en vigor, sobre la regla general de validez de las actuaciones administrativas realizadas fuera de tiempo.

-La segunda cuestión procedimental suscitada se refiere a que el TAFRC no se pronunció acerca de la proposición de pruebas en esa vía de Recurso Especial formulada por la recurrente, con infracción del artículo 46.4 del Texto Refundido, pese a no tener por ciertos los hechos alegados por aquella, produciendo indefensión a la interesada.

Las partes codemandadas hacen objeciones generales a dicho motivo, bien aludiendo al carácter *potestativo* de dicha admisión a prueba del Recurso Especial o bien manteniendo que tuvo el Tribunal por ciertos los hechos sostenidos por la Administración.

En rigor, el precepto procedimental del TRLCSP resultó patentemente infringido, pues el vicio "*in procedendo*" se acredita desde el momento mismo en que el órgano especial no resolvió de manera previa e interlocutoria sobre el recibimiento a prueba que se le instaba, y ante ello no cabe oponer razones sobre una supuesta libertad omnimoda del órgano para decidir al respecto, ni vaciar de contenido la regla legal atribuyéndole la potestad de tener *a priori* por fundadas las tesis de hecho del acto administrativo atacado.

Cuestión distinta es que esa omisión del debido y temporáneo pronunciamiento no pueda desembocar en la invalidación formal del acuerdo, a lo que se adviene no solo por causa de las normales inconsecuencias en que el defecto formal se traduce a la altura del proceso contencioso-administrativo revisor, sino porque ni en origen se comprueba que diese lugar a una real y efectiva indefensión. No se especifica siquiera qué concretos *hechos* pudieron ser y dejaron por ello de ser acreditados, ni qué alcance tendrían sobre los alegatos y fundamentos de la sociedad recurrente, y es plenamente conocido -y así lo ratificaba el artículo 63.2 LRJ-PAC de 1992 y lo mantiene el artículo 48.2 de la vigente, que la doctrina legal acerca de la indefensión determinante de invalidez de los actos administrativos implica esa vertiente material de la misma. SSTC como las nº 247/2004 y 249/2004; 3/2005, 109/2005, 247/2005, 260/2005 y 283/2005, 79/2006; y de modo



especial las nº 60/2007 y 210/2007, sientan el criterio de que la parte que alega la hipotética indefensión debe razonar en qué ha consistido ésta, y qué prueba o que alegación no ha podido proponer o efectuar respectivamente, señalando cuál es el objeto y relevancia de la misma.

-Respecto de la falta de debida motivación del acuerdo, se plantea este aspecto en el sentido que viene a ser objeto sistemático de rechazo por parte de los Tribunales de este orden, pues sin poder seriamente discutir la parte actora que la resolución o acuerdo está motivado en el sentido determinante de que examina y decide en derecho los puntos de controversia planteados, vincula la falta de motivación a apreciaciones propias sobre lo *correcto* o no de la revisión ejercitada, o censura que el Tribunal Foral de recursos contractuales acogiese la misma fundamentación que había caracterizado a la Orden Foral discutida y que, en suma, la compartiese y confirmase.

Nada de ello se compadece con la verdadera índole del vicio procedimental que se denuncia, que no abre paso a peticiones de principio acerca de lo que la resolución o el acuerdo administrativo ha debido motivar y cuál ha debido ser su contenido de forma y fondo, su método expositivo o de análisis, ni la mayor o menor dedicación de detalle expositivo que haya debido prestar a las alegaciones concretas del recurrente, siempre con tendencial acogimiento de las mismas. Las partes no pueden confundir la falta de motivación de una resolución administrativa o judicial con que deban éstas seguir al dictado las alegaciones, argumentos y enfoques de los litigantes. Esta máxima se reitera por la Jurisprudencia en tantas o más ocasiones que los fundamentos básicos de la falta de motivación y sus verdaderos contornos, y se pueden hacer innumerables citas de la doctrina constitucional, como la STC 36/2006, de 13 de febrero, cuando alude al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y señala que no impone *"una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial"*, y se reputa suficiente que las resoluciones, *"vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi"* (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4), de suerte que, *"La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad sin que se reconozca un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales"* (STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 5º).

En suma, los diferentes motivos de impugnación basados en deficiencias procedimentales a cargo del Tribunal Foral han de ser desestimados.

CUARTO.- El orden de planteamientos que emplea la parte recurrente -tal y como las partes demandadas reprochan-, no es el que resulta procedente, pues se debe partir de la base real de que son licitadoras excluidas del concurso a las que, en principio, solo les cumple pretender la disconformidad a derecho de su eliminación del procedimiento selectivo, de manera que esa cuestión es la llave para poder ostentar una



posición legítima que permita impugnar la adjudicación del mismo y, como es el caso, pretender a su vez la exclusión de otros participantes, lo que no resultará viable sin que antes se examine y decida sobre tal exclusión propia, pues quien hubiese resultado válidamente excluido ningún interés legítimo podría abanderar a los efectos del artículo 19.1.a) LRJCA.

En la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de febrero de 2015 (ROJ: STSJ PV 462/2015) en R.C-A nº 543/2013, se señalaba que,

"La impugnación del posterior acuerdo municipal plenario de 27 de Diciembre de 2.012, que resolvió sobre la adjudicación, por más que recogiera en sus antecedentes todo lo concerniente a dicha exclusión ya decidida con anterioridad y que incluso incluyese nominalmente las puntuaciones de (...) sin darles eficacia, no permite examinar aisladamente dicha actuación, *pues las entidades ya excluidas no acreditan estar legitimadas para atacar la adjudicación a una tercera vez excluidas en firme del proceso de adjudicación*, y la pretensión procesal de que la adjudicación y el contrato celebrado con (...), sean anulados no cuenta tampoco con verdaderos fundamentos propios y diferenciados de los relativos a la validez de la propuesta de las recurrentes, con lo que deviene pura derivación y decae en cuanto aquella exclusión queda procedimentalmente reafirmada"..

Por tanto, sin que esto signifique en el presente caso que esa exclusión, -acordada en unidad de acto con la adjudicación-, resulte de un acto firme ni haya de impedir eventualmente examinar otros aspectos del acuerdo de adjudicación, si impone depurar con carácter previo y determinante la pretensión que se circunscribe al rechazo de la proposición económica de las codemandantes pues, de ser confirmada, no habría lugar a cuestionar la valoración hecha a los otros aspirantes ni el resultado del procedimiento de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos. Cuestión distinta -que en su momento pertinente se abordaría-, es la de si, en cualquier caso, procederá conocer de la pretensión independiente de exclusión de la firma social *Tolosaldea Bus* que se objeta de contrario como incurso en desviación procesal.

Ciñéndose por tanto esta Sala a ese aspecto prioritario de la oferta de las recurrentes, dice el artículo 69 de la LOTT;

"1. Los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general, salvo en el supuesto previsto en el artículo 87, tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración, debiendo ser admitidas a su utilización todas aquellas personas que lo deseen y que cumplan las condiciones reglamentarias establecidas.

2. La gestión de los servicios a que se refiere el punto anterior, se regirá, en lo no previsto en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, por las normas generales reguladoras de la contratación administrativa".

Por su parte, el artículo 74 de la LOTT establece que;

"1. En la resolución del concurso se tendrán en cuenta las circunstancias de todo orden que concurran en las distintas ofertas, y en las empresas que las formulen, debiendo establecerse con carácter general o en los pliegos de condiciones, criterios de valoración específicos.

2. En el supuesto de que la oferta, que en su caso hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera similar valoración que otra u otras de las presentadas, deberá tener preferencia sobre las mismas, siempre que la prestación del servicio, se haya realizado en condiciones adecuadas, en los términos que reglamentariamente se determinen.



3. En cualquier caso, deberán desestimarse las ofertas que establezcan condiciones económicas temerarias, técnicamente inadecuadas, o que no garanticen debidamente la prestación del servicio en las condiciones precisas, y la continuidad del mismo."

Todas esas disposiciones de la legislación básica y estatal son reproducidas en lo esencial por la LPV 4/2004, de 18 de Marzo, en sus artículos 19 y siguientes.

Por tanto, para abordar este punto se debe partir del articulado del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, -unidas a los autos a los folios 450 a 501-, cuyo apartado 14º, referido a las "proposiciones, documentación y propuestas", imponía acompañar a ella en el Sobre nº 3 un **estudio económico-financiero**, cuya finalidad expresaba el mismo tenor de la cláusula, "**dada la naturaleza del servicio público**", como "la de acreditar la viabilidad económica y técnica de las ofertas presentadas por los licitadores mediante el debido contraste y adecuación de los aspectos técnicos del servicios ofertado y su necesario reflejo en el estudio económico-financiero". La precisión final de la regulación de dicho estudio era que, "por lo tanto, la no adecuada justificación de la viabilidad técnica y económica de la oferta presentada traerá la consecuencia de su rechazo, debidamente motivada, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5 del artículo 25 de la Ley 4/2004, de 18 de Marzo, de Transportes de Viajeros por Carretera del País Vasco".

En el supuesto examinado en este proceso no está en discusión que el estudio económico-financiero acompañado a la proposición económica dentro del Sobre nº 3 por las firmas integrantes de la UTE, omitía toda previsión respecto de los servicios complementarios a la demanda en horario fijo, tanto en costes como en ingresos definidos por el PCT en su apartado 8. Tales servicios, de desarrollarse en plenitud, supondrían unos máximos de 182.578 km y una retribución también máxima de 201.651,40 euros anuales, representando un 29,47% de los km totales de la concesión y el 11,54% de su coste anual.

En función de esa omisión, los interrogantes fundamentales que deduce la Sala que se deben responder son los de 1).- Si tal inclusión en el estudio de los costes-ingresos por dichos servicios complementarios venía impuesta por los Pliegos; 2).- Si la aplicación del artículo 25.5 de la Ley 4/2004, de 18 de Marzo, resulta procedente en tal supuesto; 3).- Fundamento y validez de la motivación utilizada en el informe de exclusión de la oferta; 4):- Si dicha figura puede sustituir a la apreciación de valores anormalmente bajos o temerarios en las proposiciones.

QUINTO.- En el primer aspecto, las firmas recurrentes niegan que los pliegos que rigieron la licitación exigieran que el estudio económico-financiero incluyese los gastos correspondientes a los servicios complementarios, tal y como la Administración demandada ha sostenido en diferentes fases. Se afirma que tampoco los otros aspirantes los incluyeron y que resultaría imposible elaborar un plan de explotación de tales servicios a la demanda por existir una variabilidad total sobre cuáles van a ser las demandas de los usuarios.



Comparte sin embargo esta Sala los fundamentos del acuerdo recurrido en su F.J. Octavo, -f. 43-44, Tomo I de estos autos-. A la vista de la unidad de la concesión y de la literalidad de la cláusula 14 del PCAP, se hace realmente insostenible que ante la necesidad de contrastar la oferta técnica (para ambos tipos de servicios, regulares y complementarios) no se incluyese precisamente la justificación económica de los servicios complementarios y si tan solo de los primeros, de manera que la oferta técnica y la económica quedarían disociadas y sin posibilidad de emitir sobre la primera un juicio de viabilidad. Esa posibilidad debe por tanto desecharse por absurda, pues asumirla sería tanto como concluir que la cláusula 14ª no tenía el menor sentido ni finalidad objetiva alguna.

La circunstancia apuntada de que posteriores convocatorias hayan precisado que la estructura de costes se refiera a *cualquier forma* de prestación del servicio, será, como se opone de contrario, -f. 642 de autos-, redundante y clarificadora, pero no constitutiva de una novedad regulatoria ni, menos aun contradictoria, con el PCAP aplicado o que pueda interpretativamente concebirse como tal.

Para concluir, la propia Cláusula 14 del PCAP estableció que **"a todos los efectos, se entenderá que la oferta presentada comprende el importe total de los servicios a realizar,...."**, y no cuenta con la menor razonabilidad defender que, pese a ello, el Estudio Económico-Financiero que a renglón seguido se regulaba en detalle, solo debiera justificar un tipo de servicios y no el otro.

-Las recurrentes consideran que la disposición del artículo 74.3 LOTT, y su concordante de la Ley del País Vasco, resultan anacrónicas y faltas de desarrollo reglamentario, sin tener encaje en la normativa de contratación del sector público, siendo susceptible de consecuencias perversas si se utilizan con irresponsabilidad, aparte de no haberse aplicado con anterioridad y carecerse de aportaciones doctrinales al respecto.

Pues bien, hemos hecho antes transcripción del artículo 69.2 de la LOTT para poner de manifiesto que en la materia de concesiones del servicio público de que se trata, la primacía reguladora la ostenta la legislación en materia de transportes, que es la que reenvía por defecto, como complementaria y supletoria, a la de contratación administrativa. Por ello, el problema de encaje que formula la parte actora, habría de plantearse de manera inversa, y aunque son muy libres los litigantes de descalificar la presencia de disposiciones jurídicas con rango de ley que no entiendan oportunas ni orientadas a fines de mayor competencia en el mercado, se hace patente que la previsión del artículo 74.3 de la LOTT, con o sin desarrollo reglamentario, con o sin precedentes de aplicación, encierra una regla sustantiva y autónoma de ese sector del servicio público que no se subordina a la legislación contractual del sector público, y que incorpora un mecanismo de control, o de *"filtro"* de las ofertas de los licitadores, que pese a tener alguna coincidencia temática con la exclusión de las ofertas con valores anormales o desproporcionados del artículo 152 TRLCSP, no reconduce ni se diluye en ella, y puede operar en ámbitos y ante supuestos como el que en este recurso se plantea.

En este caso, los pliegos han situado primeramente la verificación y control de esas eventuales anomalías descritas por el artículo 25.5 LCAE 4/2004 en la fase de



admisión de las proposiciones económicas del Sobre nº 3, asociada a la presentación de un estudio documental que *justifique* de manera razonada en términos de costes y magnitudes económicas la viabilidad de los servicios que se ofertan. No obstante, dicha regla del artículo 25.5 de la Ley vuelve a ser invocada por el PCAP en la cláusula 19.4.3 dentro de la fase de adjudicación, con lo que puede entenderse que opera en cualquiera de las fases de apertura o de calificación de las ofertas.

Hay que añadir también que el alcance de la aplicación de esa regla en el momento de la apertura de las proposiciones por la Mesa, no es dispar al que se deriva de los supuestos normativos de rechazo de las proposiciones que enumera la legislación contractual.

A la vista del artículo 84. del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, de desarrollo reglamentario del TRLCAP de 2.000, y aun vigente, el rechazo de proposiciones se articula del siguiente modo;

"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."

Esta previsión es desarrollada con algún mayor detalle por la Cláusula 14 del PCAP, plenamente aceptada por los licitadores recurrentes, y hace alusión a omisiones, contradicciones, errores etc....., y no cabría ahora, sin haber cuestionado en momento idóneo dicha cláusula, someterla a la pretensión de inaplicación que en buena medida se desarrolla.

En consecuencia forma parte de la normal aplicación de los Pliegos que la omisión que el Estudio Económico-Financiero aquejaba diese lugar a la exclusión de la proposición, con la razón específica de que, al faltar en su integridad los datos económicos referidos a una de las modalidades del servicio a prestar, quedaba sin justificar la viabilidad económica de la oferta de las mercantiles actoras. Podría incluso decirse que el rechazo de la proposición no precisaba siquiera de la cobertura del artículo 25.5 de la LPV, y se derivaba de manera natural y básica de la Cláusula 14 del PCAP y, en definitiva, del propio artículo 84 del RGLCAP.

SIXTO.- En la medida en que la actuación de la Mesa de Contratación no se limitó a dejar constancia escuetamente motivada de la concurrencia de esa causa de rechazo de la proposición, sino que se emitió el informe del Servicio de Movilidad y Transportes de la DFG de 3 de Junio de 2014, -f. 2220 a 2223 del e.a (aparece también como Anexo I del informe del folio 621)-, que fuera ya de ese plano formal de la justificación, llevaba a cabo una proyección de gastos e ingresos de dicho servicio



complementario, partiendo de que se ofertaba una baja media del 23,91 sobre el precio base de licitación y que a la actora se le valoraban como mejoras 82.681 km adicionales a realizar sin remuneración por parte de la administración, y que concluyó que ese hipotético estudio económico financiero arrojaría pérdidas todos los años de explotación no compensables siquiera con otros beneficios de la concesión, la Sala llega a la conclusión de que esa fundamentación de la medida de rechazo, dotada del apoyo indiciario de ese informe, no aparece exenta de la motivación formal y sustancial que sirva para eliminar toda idea de un exceso de formalismo burocrático o de exigencia injustificada, arbitraria y ajena al interés público.

Por ello, cuando posteriormente y fuera ya del procedimiento de licitación, las sociedades mercantiles recurrentes han acudido al auxilio de peritos para intentar acreditar que esa pérdida no llegaría a producirse, con el resultado al que seguidamente se hará referencia, no por ello debe prevalecer la idea de que, indebidamente omitido un elemento relevante de la proposición económica que podía afectar a la viabilidad de la concesión, su depuración y examen deba ir más allá del plano de razonabilidad de que así era en efecto y de que la omisión de la proyección de ingresos y gastos de esos servicios complementarios, sumía en la imposibilidad de tener por justificada *prima facie* dicha oferta económica. Deducir la conclusión contraria llevaría a negar la posibilidad misma de que las proposiciones económicas de los licitadores pudieran ser excluidas sin una prueba material plena de los efectos últimos que el error, la insuficiencia o la contradicción podrían alcanzar de cara a que dicha oferta fuera cumplida.

Destacamos como expresiva del contexto general de esas apreciaciones, en primer lugar, la STS, (Sección 7 de la Sala de lo C-A) de 22 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5050/2014) en Casación nº 3111/2013, al decir que;

"Lo cual determina que, a la hora de calificar jurídicamente esos puros datos fácticos o materiales a la vista de lo establecido en el Pliego y en los artículos 129.2 y 134 de la Ley 30/2007, sea de compartir y confirmar la solución a que llega la sentencia recurrida, ratificando la actuación administrativa que fue objeto de la impugnación jurisdiccional, de que dichos datos eran claramente constitutivos de *una inclusión en el sobre núm. dos de una documentación o información correspondiente al sobre núm. tres*. Y, por esto mismo, eran determinantes de la causa de exclusión regulada en la cláusula 4.7.2 del Pliego y, también, expresivos del incumplimiento de estos mandatos contenidos en esos dos preceptos legales que acaban de mencionarse: (i) la necesidad de que las proposiciones sean secretas y se arbitren medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (artículo 129.2); y (ii) la obligación de realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas con posterioridad a haberse efectuado previamente la de aquellos criterios en que no concurra tal circunstancia (artículo 134.2).

Debe añadirse a lo que antecede *la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.*

Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales *y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación*. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre competencia; y lo segundo porque *la mejor manera de salvaguardar esa*



igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un perjuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.

Pero en segundo lugar, la STS Contencioso (misma Sección 5.ª de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4620/2015) en Casación nº 2446/2014, hace estas mismas trasladables consideraciones;

"Expresa que "El dictamen pericial rendido en esta causa ha versado también sobre la viabilidad de la oferta presentada por la recurrente al lote 3. **Ahora bien, es de notar que no se trata ahora tanto de acreditar la viabilidad de la oferta presentada entonces, cuanto de verificar si la interesada aprovechó en debida forma el trámite de audiencia que le fue conferido para desvirtuar la presunción de baja temeraria.** A este propósito es de recordar que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares señala que el precio está ajustado a la calidad de los servicios que comprende el programa, por lo que de conformidad con el artículo 136.2 de la Ley 30/2007 establece unos criterios objetivos que en principio *permiten presumir* cuando se producen bajas desproporcionadas o temerarias. La oferta de la actora estaba incurso objetivamente en una *presunción* de baja temeraria, por lo que se confirió a la interesada el correspondiente trámite de audiencia, tratándose ahora de comprobar si dicha parte desvirtuó la referida presunción. **Y a tal efecto es de ver que el propio dictamen pericial rendido en la causa reconoce que la memoria justificativa presentada en su momento por la actora no era todo lo rigurosa, explicativa y completa que hubiera sido deseable,** si bien apunta que sus insuficiencias en relación con los costes unitarios hubieran podido ser subsanados por la mesa a través de las correspondientes operaciones en un "trabajo más laborioso", añadiendo el meritado informe pericial que la oferta de referencia hubiera sido viable si la interesada hubiera sido capaz de conseguir los precios en cuestión, sobre todo en los hoteles y en el transporte aéreo, que suponen más del 86% de los gastos, y además no se hubiera producido ningún tipo de desviación presupuestaria".

Concluye que la Administración observó el procedimiento legalmente previsto para el supuesto de baja temeraria, y que la interesada en el correspondiente trámite de audiencia no consiguió enervar la presunción de temeridad en que estaba incurso su oferta, presentando una documentación insuficiente y sin que en el actual proceso haya probado el error en que la Administración hubiera podido incurrir entonces".

OCTAVO.- En este caso, como adelantábamos, diversos informes y dictámenes incorporados al proceso, han sometido a examen aquellas conclusiones del informe del Servicio de Movilidad y Transporte de 3 de Junio de 2014, pero a pesar de obtener conclusiones de signo matizadamente inverso, habida cuenta del fundamento y razón de ser de aquel informe administrativo que acabamos de abordar, no pueden ser tenidos por concluyentes de cara a justificar la irrazonabilidad o carácter injustificado y arbitrario de la exclusión determinada por la omisión del estudio económico-financiero requerido.

Así, se acompañaba al escrito de demanda una valoración económica de la propuesta realizada por la UTE a cargo de Don Francisco Javier Santamaría Rubio -Anexo 11, folio 621, Tomo II-, que partiendo de los datos de dicha oferta y no sin valoraciones jurídicas y procedimentales negativas ajenas a su inicial fin, tomaba como erróneo el cálculo del informe de la DFB de un déficit de 19.735,78 € antes de impuestos y lo sustituía por el propio en el que ese resultado solo alcanzaría la cifra de -1.079,76 €, que se compensarían con el resultado favorable de 43.249 € estimado por la UTE para la concesión de la línea regular.



Igualmente, en el proceso se ha recabado el dictamen pericial judicial de Doña Raquel Márquez Martín (*Bilbo Consultec*) a petición probatoria de las recurrentes, que consta a los folios 916 a 933 de los autos.

En este dictamen se concluye asimismo en la viabilidad de la oferta económica en su conjunto, si bien a la hora de calcular el resultado de los servicios a la demanda, computa un resultado antes de impuestos de **-40.584,11 €** partiendo de una estimación de los gastos de tan solo del 70% sobre los de la línea regular, (sin por ello minorar los ingresos) con un resultado global positivo para ambos tipos de servicios de **2.664,82 €**. Debe tenerse en cuenta además que en ambos informes se considera exclusivamente la proyección de gastos por 182.578 km sin considerar que la oferta de las recurrentes incluía otros 82.681 km. sin compensación alguna por parte de la Administración concedente, lo que necesariamente agravaría el resultado de análisis de costes del servicio de transporte complementario a la demanda, y que precisamente fue la valoración técnica de esa mejora, con una baja de 23,91%, la que derivó la atención de la Mesa de Contratación hacia la necesidad de justificación en el estudio económico-financiero, que no llegó a producirse.

Ese dictamen pericial ha sido objeto de especial crítica por la Administración demandada en su escrito de Conclusiones -f. 1023 a 1031-, y en algunos de sus aspectos destaca las exigencias del Reglamento CEE 1370/2007, de 23 de Octubre, y la Orden PRE/907/2014, de 29 de Mayo, entre otros, sobre la contabilización de dichos servicios, que no habrían sido tenidas en cuenta, o se menciona asimismo la toma en consideración de costes sobre 182.578 km en vez de los 260.640 ofertados, que llevan a dicha parte demandada a adicionar costes variables suplementarios de 27.443,47 €, lo que al filo de las conclusiones del informe le lleva a defender que el déficit alcanzaría, al menos, los 68.027,58 € frente a los 40.584,11 € obtenidos por el dictamen, cambiando con ello el signo del resultado global de ambos tipos de servicios, de escasamente positivo a negativo.

En definitiva, informes procesales de distinto origen que, en el supuesto con mayor garantía de la prueba pericial judicial, brinda un resultado claramente negativo para la explotación de los servicios a la demanda que, incluso con una escasa alteración de variables, -que acabamos de comprobar que podría resultar más que pertinente-, no podría ser compensado con el resultado positivo de los servicios lineales de la zona, y que lleva a la conclusión de que el rechazo de la proposición por falta de justificación de todos esos aspectos de equilibrio económico, con la motivación que le acompaña, no incurrió en infracción alguna del ordenamiento jurídico, en tanto respondió idóneamente a las determinaciones de los pliegos, por todos aceptadas, y se fundó en una falta de debida justificación económica de la oferta de servicios a prestar, de alcance relevante y global, (y no de simple error u omisión de detalle puntual en alguno de los conceptos o partidas, que hubiese hecho desproporcionada la medida de desestimación), lo que impidió conocer si la propuesta ofrecía equilibrio económico-financiero y resultaba viable, y lo que se acompañó además de un informe del que resultaba la fuerte presunción de que aquella premisa no se daba, y motivación que ni antes ni después ha sido sólida y definitivamente desvirtuada.



Por exhaustividad, es de indicar que otros informes que han venido a las actuaciones no pueden ser materia de examen en esta Sentencia. El que ha sido realizado por Ingeniero Industrial (a nombre de "Ingeniería y Demoliciones, S.L") y que suscribe don Daniel Becerra Orcajo -f. 934 a 950-, porque sus apreciaciones se orientan analizar los criterios de valoración de las ofertas, que es aspecto atinente al fundamento de la tutela recabada en el proceso, pero que sería susceptible de ser tomado en consideración de llegarse a examinar los fundamentos al respecto, lo que, en definitiva, no va a ser determinante del resultado del proceso.

Respecto del informe emitido por la Autoridad Vasca de la Competencia, que despierta la abierta y áspera censura de la sociedad codemandada en su escrito de Conclusiones, su alcance quedó determinado por esta Sala en el Fundamento Segundo del Auto de 2 de marzo de 2.016, -f. 907-908-, conforme a cuya literalidad, "se concluye enseguida que no cabe una prueba pericial que tenga por objeto, aunque lo sea con otros supuestamente más asequibles, "ilustrar a este Tribunal de si la aplicación es conforme a derecho", en relación con el aludido artículo 25.5 de la LPV 4/2.004.

Obvio resulta que, por sus propios cometidos, las autoridades de la competencia operan con criterios mixtos en cuanto a materias técnico-económicas y jurídicas y que no deben ni pueden sustraerse a ellos, y, por ello, resulta más idóneo, sin rechazar de plano su parecer, -pero sin que el Tribunal se vincule mínimamente al mismo ni a la necesidad procesal de valorarlo como tal prueba, que su intervención en este proceso responda a la alternativa que los propios solicitantes interesaban en base al artículo 332 LEC -f. 211 de los autos-, como mero informante de los extremos que incumban a sus atribuciones y actividad".

A ese sentido nos atenemos ahora y, en función de ello, se ajuste o no el informe aportado a dichas previsiones cuando se presenta bajo título de "**informe referido a la licitación de la concesión de transporte por carretera de Tolosaldea por la Diputación Foral de Gipuzkoa**" -f. 964 a 969, Tomo III-, no va a ser objeto de respuesta ni consideración alguna en esta Sentencia, ni como prueba, -lo que en modo alguno es-, ni como escrito alegatorio, en tanto no proviene de las partes procesalmente constituidas como tales en este recurso nº 4/2015, aunque dicho organismo lo sea en otro litigio sobre la misma materia.

NOVENO.- Una última mención debe hacerse a la objeción que las recurrentes han dirigido a la aplicación de ese mecanismo de exclusión -que hacen residir de manera originaria y anómala en el artículo 25.5 de la Ley vasca 4/2004-, en relación con el tratamiento legal de las ofertas anormalmente bajas o temerarias en el artículo 152 del TRLCSP, que sería a su entender redundante respecto de él y recaería impropiamente sobre proposiciones que no han llegado siquiera a estar incursas en presunción de temeridad. -f. 199-200-.

Sin embargo, aunque ya hayamos advertido de que en la cláusula 19.4 del PCAP, el artículo 25.5 de dicha ley vuelve a ser mencionado en un sentido ya más afín, por fase procedimental y contenido, al de las ofertas temerarias, la distinción y dispar



cometido y razón de ser de ambos instrumentos de control ha sido ya puesta de relieve en alguna sentencia precedente de este mismo Tribunal -Así la de 23 de noviembre de 2015 (ROJ: STSJ PV 4366/2015) en R.C-A nº 440/2014-, al decir respecto de dicho artículo 152 del TR que:

"A la vista de dicha disposición, no cuenta con la debida fundamentación la tesis que abanderara la parte recurrente, pues no había existido un trámite precedente en la fase de adjudicación del contrato en que el Órgano de Contratación u otro que hiciese las veces de la Mesa, (para el caso, la Comisión Central de Contratación o CCC), mediante una resolución específica y de trámite impugnabile a los efectos del artículo 40 TRLCSP, hubiese debido excluirle por tal causa ni pronunciarse sobre la justificación de su oferta, como ocurre en supuestos de falta de capacidad o de solvencia técnica o económica, o de proposiciones defectuosas o contrarias a los pliegos excluidas por la Mesa de Contratación de conformidad con las previsiones de los artículos 82 a 84 del aun parcialmente vigente Reglamento aprobado por Real Decreto 1.098/2.001, de 12 de Octubre , y que son las exclusiones de los licitadores o de sus proposiciones por parte de la Mesa que configuran expresamente los actos de trámite impugnables a que se refiere el artículo 42.2 B del TR.

Por el contrario, el trámite especial a que da lugar la identificación de ofertas desproporcionadas o anómalas conforme al artículo 152 supone que, mientras se articula la audiencia del licitador y el informe de los servicios técnicos, la proposición sigue viva y pende de que se resuelva sobre si en base a ella el contrato podrá ser cumplido, de manera que, al contrario de lo que indica el artículo 83.5 del RCAP, no queda previamente excluida de la fase última de adjudicación del contrato.

Por ello, la decisión sobre la baja ofertada es propia de la fase y momento de adjudicación misma del contrato previsto por el artículo 152.4, **al que dicha oferta económica cuestionada accede como las demás que han sido admitidas. (...)**".

En este caso la resolución ha respondido inequívocamente a esa primera fase de admisión de las proposiciones, plenamente autónoma y susceptible por si sola de excluir al licitador, sin que fuese necesario que las deficiencias que en su oferta económica se advirtieran desembocaran necesariamente en ese trámite especial surgido en la fase de adjudicación y respecto de proposiciones admitidas. Volvemos a reiterar que esas causas de exclusión no están asociadas a que la Administración deba acreditar con carácter pleno anomalías de fondo con el empleo de proyecciones, cálculos propios, informes o trámites que suplan lo que el licitador ha debido justificar y no ha hecho, o aportar los datos que aquel haya omitido, sino meramente que su aplicación se ajusta a los Pliegos y el rechazo de la oferta resulta procedente.

DÉCIMO.- Lo hasta ahora argumentado lleva a la confirmación del pronunciamiento de exclusión de las actoras acordado por Orden Foral de 7 de agosto de 2.014, y en consecuencia de ello, como antes ha quedado expresado, no ha lugar a examinar otros motivos y fundamentos de impugnación dirigidos bien a cuestionar la admisión de la oferta de la adjudicataria codemandada, bien a combatir la valoración de las ofertas admitidas, por quedar vinculados a pedimentos del recurso que no pueden ser reconocidos por ausencia de legitimación *ad causam* de los litigantes activos, todo lo cual debe dejar asimismo impregunada la cuestión sobre *desviación procesal* que de contrario se suscitaba.



UNDÉCIMO.- Aunque carezca actualmente de influencia a efectos de admisión casacional, se hace preciso rectificar la fijación de la cuantía litigiosa como *indeterminada* que se hizo por medio de Decreto de la Oficina Judicial de 22 de Octubre de 2.015, R.F. 777-.

Tomando como base el ATS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1 de 15 de octubre de 2015 (ROJ: ATS 8754/2015) en el Recurso nº 3336/2014, se verifica que en efecto tal es el criterio sistemáticamente acogido por el Tribunal Supremo;

“Reiterada doctrina del TS ha declarado que la cuantía litigiosa en materia de contratos debe fijarse tomando en cuenta el presupuesto para la adjudicación del contrato -o el precio de dicha adjudicación- (entre otros, AATS de 14 de septiembre de 2001, RC 4293/1999, 20 de octubre de 2005, RC 2759/2003, 6 de julio de 2006, RQ 1240/2005, 22 de mayo de 2008, RC 1068/2007, 6 de octubre de 2011, RC 1706/2011 y 27 de junio de 2013, RC 127/2013)”.

En el mismo sentido el muy reciente ATS (Sección 1) de 27 de octubre de 2016 (ROJ: ATS 10414/2016).

Carece en este caso de relevancia la distribución por lotes a que la Jurisprudencia procede.

Con esos parámetros, y sin necesidad de otras mayores precisiones, en el presente caso el presupuesto base de licitación quedaba en efecto establecido en el PCAP, en la suma de **13.647.055,52 €**, -f. 233-, como valor estimado por los siete años de plazo ordinario de la concesión, sin considerar la eventual prórroga

Tal es por tanto la cuantía que debe atribuirse al presente proceso.

DUODÉCIMO.- Respecto de las costas, -y por seguir la pauta de asuntos de reciente enjuiciamiento entre iguales o similares partes (R.C-A 155/2015 ó 239/2.015), es criterio de este Tribunal que no procede en el presente caso hacer la general imposición preceptiva de las mismas que resultaría del artículo 139.1 LJCA, pues no están exentos de opinabilidad en derecho los motivos y cuestiones directa o indirectamente debatidos, lo que junto con la falta de algún precedente directo en la jurisprudencia que haya podido ser invocado por las partes, lleva a tener por objetivamente dudoso en derecho el supuesto enjuiciado en el sentido que lo define el artículo 394.1 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, (Sección Primera), emite el siguiente;

FALLO



DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA ISABEL APALATEGI ARRESE EN REPRESENTACIÓN DE "COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIAN A TOLOSA, S.A" "CUADRA BIDEAN, S.L" CONTRA LA RESOLUCIÓN 6/2014, DE 31 DE OCTUBRE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE GIPUZKOA, QUE DESESTIMÓ EL RECURSO ESPECIAL CONTRA ORDEN FORAL DEL DEPARTAMENTO DE MOVILIDAD E INFRAESTRUCTURAS VIARIAS DE LA DIPUTACIÓN FORAL, DE 7 DE AGOSTO DE 2.014, POR LA QUE SE RECHAZABA LA PROPOSICIÓN DE LA SOCIEDADES MERCANTILES ACTORAS Y SE ADJUDICABA A UNA TERCERA EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS ZONAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS POR CARRETERA DE LA COMARCA DE TOLOSALDEA -LUR Z-03-, Y CONFIRMAMOS DICHS ACTOS, EN LO QUE A LAS PRETENSIONES DE ESTE PROCESO AFECTA, SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0004 15, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 2 de diciembre de 2016."

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en Bilbao, a veintidós de diciembre de dos mil dieciséis.

