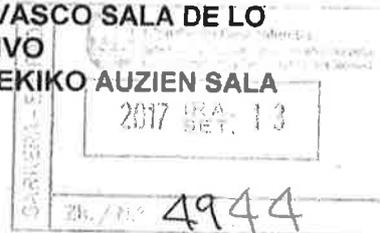


**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655
NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-15/000209
NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2015/0000209



Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 239/2015
- Sección 1ª

Demandante / Demandatzailea: BILMAN BUS S.L.
Representante / Ordezkaría: JAIME VILLAVARDE FERREIRO
Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkaría: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA
Otros demandados/ Demandatukidea: GOIERRIALDEA S.L. Representante/Ordezkaría: PAULA
BASTERRECHE ARCOCHA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 9/2015 DE 10-4-15 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA DESESTIMATORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO CONTRA ORDEN FORAL 167-T/2015 DE 9-2-15 POR LA QUE SE ADJUDICA A GOIERRIALDEA S.L. EL CONTRATO DE CONCESION ZONAL DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE INTERURBANOS DE VIAJEROS POR CARRETERA DE LA COMARCA DE GOIERRI (LUR Z-04) (CLAVE 13-MO-87/201). i

REMITIENDO SENTENCIA DE ESTA SALA, RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO y el expediente administrativo PARA SU EJECUCIÓN

1.- Adjunto se remite copia de la resolución dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de esta Sala dictada en el procedimiento referenciado y que tiene carácter de firme y ejecutoria.

Igualmente se acompaña testimonio de la sentencia de esta Sala recurrida en casación.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esa Administración demandada, DEBE:

a) Acusar recibo de esta comunicación en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde su recepción.

A tal efecto se remite la presente por duplicado para que se devuelva un ejemplar, sellado, fechado y firmado.

b) Llevar a puro y debido efecto lo resuelto en la sentencia, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

c) En el mismo plazo de **DIEZ DÍAS** participar a esta Sala cuál sea el órgano encargado del cumplimiento de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA, ya citado).

3.- Se advierte a esa Administración que transcurridos DOS MESES desde la comunicación de la sentencia, o en su caso del plazo menor fijado en la misma, las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa de la sentencia (art. 104.3 de la LJCA).

En Bilbao a 1 de septiembre de 2017

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Plaza GIPUZKOA nº S/N - 20004 DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

**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: 00.01.3-15/000209
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2015/0000209

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 239/2015
- Sección 1ª

Demandante / Demandatzailea: BILMAN BUS S.L.
Representante / Ordezkaría: JAIME VILLAVARDE FERREIRO

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

Otros demandados/ Demandatukidea: GOIERRIALDEA S.L.
Representante/Ordezkaría: PAULA BASTERRECHE ARCOCHA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 6/2015 DE 10-4-15 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA DESESTIMATORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO CONTRA ORDEN FORAL 167-T/2015 DE 9-2-15 POR LA QUE SE ADJUDICA A GOIERRIALDEA S.L. EL CONTRATO DE CONCESION ZONAL DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE INTERURBANOS DE VIAJEROS POR CARRETERA DE LA COMARCA DE GOIERRI (LUR Z-04) (CLAVE 13-MO-87/201). |

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 Pro.ordinario 239/2015, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

SENTENCIA NUMERO 507/2016

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

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

En Bilbao, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª 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 239/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 6/2015, de 10 de abril, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa, -TAFRC-, que desestimaba el Recurso Especial promovido por la sociedad



mercantil BILMAN BUS SL contra Orden Foral 167-T/2015, de 9 de Febrero, del Departamento de Movilidad e Infraestructuras Viarias de la Diputación Foral, por la que se adjudicaba a la firma *Gorrialdea, S.L* el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte interurbano de viajeros por carretera de la comarca de Goierri (LUR Z-04).

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: BILMAN BUS S.L., representada por el Procurador Don JAIME VILLAVERDE FERREIRO y dirigida por el Letrado Don GUILLERMO SAIZ RUIZ.

-DEMANDADA: La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigida por el Letrado Don ANTONIO IBARGUCHI OTERMIN.

-OTRA DEMANDADA: GOIERRIALDEA S.L., representada por la Procuradora Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigida por el Letrado Don MIGUEL IRURETAGOYENA ALMAZAN.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de mayo de 2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don JAIME VILLAVERDE FERREIRO actuando en nombre y representación de BILMAN BUS SL, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 6/2015, de 10 de abril, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa, -TAFRC-, que desestimaba el Recurso Especial promovido por la sociedad mercantil BILMAN BUS SL contra Orden Foral 167-T/2015, de 9 de Febrero, del Departamento de Movilidad e Infraestructuras Viarias de la Diputación Foral, por la que se adjudicaba a la firma *Gorrialdea, S.L* el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte interurbano de viajeros por carretera de la comarca de Goierri (LUR Z-04); quedando registrado dicho recurso con el número 239/2015.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 9 de febrero de 2016 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 de noviembre de 2016 se señaló el pasado día 10 de noviembre de 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 6/2015, de 10 de abril, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa, -TAFRC-, que desestimaba el Recurso Especial promovido por la sociedad mercantil hoy actora contra Orden Foral 167-T/2015, de 9 de Febrero, del Departamento de Movilidad e Infraestructuras Viarias de la Diputación Foral, -en adelante, DFG-, por la que se adjudicaba a la firma *Gorrialdea, S.L* el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte interurbano de viajeros por carretera de la comarca de Goierri (LUR Z-04), con un presupuesto base de licitación de **24.039.950,69 Euros**, por plazo concesional de siete años.

El recurso jurisdiccional se formaliza en escrito de demanda de 27 de octubre de 2015, -f. 134 a 191-, que abarca una parte de Hechos, -f. 135 a 149 en que se realizan observaciones con matiz crítico sobre la concesión de los referidos servicios y sobre las características presupuestarias y técnicas de la licitación, deduciéndose seguidamente varias series de motivos impugnatorios que se subdividen en la conurrencia de defectos formales en la tramitación del Recurso Especial -f. 150 a 152-; infracción de los artículos 1, 87 y 145 TRLCSP y Cláusula Administrativa 3.3ª por superación de la precio máximo por parte de la oferta de la adjudicataria, con exclusión de la misma, -f. 152 a 163-; subsidiariamente, rechazo de dicha proposición por suponer una variante no permitida; -f. 163 a 166-; exclusión de la oferta por incumplimiento de la cláusula 15.3 del PPTP y apartado 13 del Plan de Explotación, por haber ofertado un vehículo de la Clase I que no permitirían los pliegos, -f. 163 a 170-; por garantizar al concesionario un

nivel de rentabilidad notablemente superior al 3%; por incoherencia entre las ofertas técnica y económica del adjudicatario; por valoración arbitraria de la oferta técnica y, en definitiva, por no haberse adjudicado a la proposición más ventajosa.

En base a esos ahora resumidos enunciados se pretende la anulación de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones del procedimiento, y con exclusión de la proposición de la adjudicatario *Goierraldea Autobusak, S.L.*

Se oponen a dicha pretensión la Administración foral autora de los actos recurridos -f.337 a 361-, y la referida sociedad limitada adjudicatario, -f.370 a 388-, 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 193 a 249; anexo 2 de alegaciones del Tribunal Vasco de la Competencia a la Diputación Foral de Bizkaia, -f. 251 a 262-, entre otros documentos ilustrativos sobre dicha materia que abundan en las actuaciones-, la primera precisión necesaria es que el objeto del presente litigio se ciñe a revisar la fase de adjudicación de dicho procedimiento concurrencial en que libre y voluntariamente participó la sociedad recurrente *Bilman Bus, S.L* y en el que, de manera directa o indirecta, aspira a resultar adjudicatario en el lugar de la sociedad mercantil contratada.

De este modo, fuesen las que fuesen las críticas que el proyecto y las características del régimen de otorgamiento de esas concesiones le suscitasen a la recurrente, si es que así fue, el hecho patente es que ha aceptado incondicionalmente las bases y cláusulas de la licitación, -artículo 145 TRLCSP-, y no le corresponde a la Sala revisora examinar dichos aspectos ni, en menor medida si cabe, llegar a interpretar esas objeciones como un elemento contextual determinante del éxito de la pretensión de la concreta aspirante que litiga, con invitaciones a la Administración demandada a aquietarse -como la del folio 185 referida al artículo 54.2 LJCA-, en función de informaciones y sueltos de prensa que revelarían una actitud de disenso con las actuaciones por parte de un posterior Consejo de Gobierno Foral, -Anexo nº 13-, situación que acaso podría desencadenar las revisiones y replanteamientos a que haya lugar en derecho, pero en modo alguno implica la sustitución y adjudicación alternativa en favor todo licitador impugnante ni la invalidez contractual de la realizada.

Por todo ello, no está de más tener presente que los servicios regulares 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 artículo 19 y siguientes, configurándose así un sistema de publicación del servicio de titularidad administrativa, que se ejerce alternativamente por 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 la vía seguida del 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 interpuesto el recurso el 26 de febrero de 2015 y dictada resolución el 10 de abril, se está muy claramente ante lo que jurisprudencialmente se ha dado en llamar "*plazo razonable*" de tramitación y decisión, de mes y medio aproximado 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, y solo procedió a rechazarla dentro de la Resolución definitiva, produciendo indefensión a la interesada.

Las partes codemandadas -f. 346 y 385-386-, hacen objeciones generales a dicho motivo, bien aludiendo al carácter *potestativo* de dicha admisión a prueba del Recurso Especial o bien remitiéndose a los propios fundamentos de rechazo del Acuerdo recurrido en su Fundamentos Cuarto y Quinto, -f. 23-24 de estos autos-.

En rigor, el precepto procedimental del TRLCSP resultó patentemente infringido, al margen de que la motivación última del rechazo de los medios de prueba pudiese considerarse justificada en derecho, 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 omnímoda del órgano para decidir al respecto, ni vaciar de contenido la regla legal atribuyéndole la potestad de tener *a priori* 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

esté 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 fundadores 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.- La cuestión principal que desarrolla la recurrente **Bilman Bus, S.L** de cara a defender la necesaria exclusión de la oferta de la adjudicataria, es la de que la proposición económica de *Goierrialdea S.L*, en vez de atenerse al precio máximo de licitación por kilómetro de **2,5332 €** de la cláusula particular 3.3ª, referible a la totalidad de los 1.355.691 km estimados de servicio, ofertó a razón de **4,10 €/km** una parte de ellos, que eran los 60.000 km máximos de los servicios especiales, superando así el precio máximo por unidad.

Según el criterio de la recurrente, que hace mención de supuestos que considera afines examinados por diferentes tribunales y órganos contractuales, la magnitud de 2,5332 € constituye precio máximo por unidad kilométrica de la totalidad de la estimación de 1.355.691 km, mientras que el presupuesto base total de licitación tiene otras finalidades que en este caso han sido matizadas con el establecimiento de un precio por

kilómetro específico e infranqueable que fue detallado pro el Plan de Explotación y que aparece en la cláusula tercera como *coste máximo de explotación por km de servicio*.

Tanto la representación de la DFG como de la firma adjudicataria sostienen de contrario que el límite insuperable de las proposiciones económicas solo se situó en el presupuesto base de licitación de **3.434.278,67 euros anuales**, diferenciando el anexo I entre los servicios regulares, -con propuesta anual total-, y el importe por km. para los servicios especiales, sin que la cifra de 2.5332 constituya precio máximo de licitación, de modo que afectará solo a la menor puntuación del criterio del precio siempre que se esté dentro del límite del presupuesto base, tal y como consagra la cláusula 18.5, lo que la adjudicataria así cumplió al formular proposición total por servicios regulares y especiales de **3.374.656,20**, y se alude tan solo a un coste máximo de explotación por kilómetro que en ningún lugar se utiliza como precio máximo unitario para cualquier servicio.

La respuesta a esta cuestión medular del proceso debe partir de una visión inmediata y directa de las cláusulas administrativas, pero que las contemple en su integridad y que no prescinda de todo el conjunto armónico del proyecto y del Plan de Explotación que están en el origen de la licitación y la adjudicación, pues, no en vano, como dice el artículo 29.3 de la Ley 4/2004, ese Plan de Explotación, "**formará parte de las cláusulas concesionales**" -Art. 79.1 de la LOTT-.

De este modo y de atenernos a lo que dice en sí misma la cláusula 3.3ª del PCAP, aun con cierta oscuridad, no podría tenerse como seguro el punto de vista de la sociedad recurrente, pues se limita la cláusula a explicar cómo se ha configurado el precio del contrato para los servicios regulares y especiales, mediante la operación resultante de fijación de un "**coste máximo de explotación por km**" de 2,5332 €/km, multiplicado por la estimación de 1.355.691 km de servicio. Parecería así que, en efecto, el PCAP no concibe esa "*ratio*" de 2,5332 €, más que como elemento o criterio presupuestario preliminar e interno de la propia Administración Foral que, aplicado luego a la estimación kilométrica a considerar, daría por resultado el "**precio del contrato**" que operaría como límite de las proposiciones económicas y que serían los referidos **3.434.278,67 Euros anuales**.

En esa línea se inscribe asimismo que las cláusulas administrativas y sus anexos optasen por una oferta económica distinta para cada tipo de servicio, global para los regulares y por precio unitario/km para los servicios especiales, como se desprende del Anexo I de Modelo de Proposición del PCAP, -f. 277 del e.a principal-, en sus apartados Quinto y Sexto, de manera que los servicios regulares de 1.295.691 km se proponían por una cantidad total, y los servicios especiales por un precio por kilómetro.

No puede obviarse sin embargo la indicación relevante de que ese coste máximo de explotación fijado por la Administración titular del servicio era común a ambos tipos de servicios, lo que no se cohonestaba con facilidad con la idea de que un coste superior efectivo de los servicios especiales resultase compensable con una más baja oferta en los servicios regulares, como las partes demandadas mantienen.

Y a partir de ese punto, el aspecto que decanta la cuestión en contra de la validez de la proposición económica de la sociedad adjudicataria *Goierrialdea S.L.*, es que dicha cifra de 2,5332 €, aunque no lo haga con claridad en la cláusula 3.3º del PCAP, si aparece nítidamente concebida como precio máximo unitario o "*a forfait*" del contrato a adjudicar en otro elemento que forma legalmente parte de esas cláusulas, al punto de que, para eliminar toda duda en perjuicio de los licitadores, la propia Administración convocante emitió unas "*aclaraciones a los pliegos de licitación*" en fecha de 3 de setiembre de 2014 en el perfil del contratante de la DFG, -f. 17 a 26 de la ampliación del expediente-, destacando que el Plan de Explotación "*incluye la totalidad de los servicios a prestar es decir, 1.295.691 kilómetros del servicio regular y 60.000 kilómetros de servicios especiales al precio por kilómetro de 2.5332 euros. Por lo que el presupuesto de licitación se fija en 3.434.278,67 euros para la primera anualidad".*

A la vista de dicha precisión, se constata que el TAFRC incurrió en notoria contradicción con la posición que venía asumiendo, cuando, para corroborarla, hizo invocación de ese aspecto en el F.J Sexto del Acuerdo, pues lejos de confirmar su punto de vista, lo desvirtuaba con dicha cita.

En definitiva, la atención se centra en determinar si esa referencia al "**estudio económico de las condiciones de explotación**" del Plan, avala la conclusión que de dicha cita interpretativa de la propia DFG se desprende acerca de ser la cifra de 2,5532 €/km un verdadero "*precio*" límite por kilómetro de cada tipo de servicio.

A juicio de la Sala así ocurre en la medida en que dicho estudio, -f. 88-89 del expediente-, refiere el coste de explotación por kilómetro de servicio a dicha suma de 2,5332 € con una estructura de costes común (a veces fijos y ni siquiera susceptibles de bajas o variantes), y a la totalidad de los **1.355.691 km** previstos para las dos modalidades de servicios. Esto es lo que llevaba consecuentemente a la propia Administración a aclarar que "*la estructura de costes a presentar es única*", aunque se diversifique o desglose la de cada uno de los dos tipos de servicio a los fines de apreciar su coherencia y viabilidad en cada caso, -f. 23 ampliación-, pero lo que no puede derivarse de esa diferenciación puramente informativa y de control, sino al contrario, es que se oferten costes independientes para ambos servicios que luego, virtualmente, se vayan a compensar o trasvasar entre sí, desvirtuando o relativizando ambas proposiciones, y ello tan solo con el límite global y último de no exceder del total presupuestado para el servicio, pues incidiría abiertamente en una excepción o variante de proposición económica que la convocatoria en su conjunto ni concibe ni, por tanto, permite, y supondría una ventaja para el licitador proponente en contra de la exigencia de igualdad y no discriminación que, sin ir más lejos, la propia LOTT impone en su artículo 73.1, en concordancia con la legislación contractual administrativa interna y comunitaria

Hay que tener en cuenta que, frente a lo que se pueda oponer de contrario, esa fórmula de fijación de costes unitarios casi duplicando la prevista, -4,10 €/km frente a 2,5332-, a la hora de la aplicación de los criterios aritméticos de valoración con máximo de 51 puntos, -f. 468 y 469 del expediente-, apenas penalizaba a quien la emplease, por atribuirse 50 puntos a las ofertas de servicios regulares y solo 1 punto a la de servicios especiales. De este modo, *Gorrialdea S.L* obtenía 48,41 puntos por su proposición de

servicios regulares, superando finalmente, -con un total con 48,72 puntos-, a otra licitadora *Encartaciones S.A* que había presentado una oferta total más baja que la suya, tal y como se refleja en el cuadro del folio 375 de los autos, y aproximándose así a los 50 puntos máximos de la oferta -notoriamente más baja- obtenidos por la hoy actora *Bilman Bus S.L.*

De otra parte, y en respuesta a dichos argumentos de oposición, tampoco decide en sentido contrario la cuestión el tenor de la cláusula 18.5 del PCAP al señalar que; *“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.”*

Se trata de una transcripción literal del artículo 84 del Reglamento de la LCAP aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, aún vigente, y ni la referencia al presupuesto base puede ser tomada a la letra y trasladable de manera mecánica al caso de estos autos, ni el precepto deja de comprender otros supuestos que resultarían igualmente apreciable. Basta decir que la proposición que altera las bases o cláusulas de los pliegos en cuanto a los precios o magnitudes máximas establecidas, incurre plenamente en causa de rechazo o exclusión motivada, muy al margen de que esos máximos se expresen en presupuestos totales alzados o en precios unitarios -Artículo 87.2 TRLCSP-.

En suma, y como colofón, las cláusulas de la citación, comprendidas en ellas las previsiones del Plan de Explotación, acreditan que siendo la variable final que se determinaba la de dicho *coste de explotación por Km de servicio, -2.5332 €/km-*, ese era el importe máximo a compensar de manera indistinta para las dos modalidades de servicio por parte de la DFG por cada kilómetro a realizar, y que no se ajustaba a las prescripciones y bases económicas de la licitación calcular y ofertar un coste/km de 4,10 €, para una parte de esos servicios, so pretexto de que no se superaba con ello en conjunto la cifra agregada de 3.434.278,67 por el total acumulado de 1.355.691 km.

QUINTO.- Habida cuenta de que lo que se ha argumentado lleva por sí mismo al acogimiento del recurso con la necesaria exclusión de la oferta económica de la codemandada adjudicataria, se hace innecesario e irrelevante el examen de otros motivos secundarios centrados en esa misma exclusión o en la fase posterior de valoración de las proposiciones según criterios basados en juicios de valor. La pretensión acogida debe entenderse en los propios términos explicativos que se proponen en el apartado Décimo de la demanda, -f. 183-184 de los autos-.

SEXTO.- 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 9 de febrero de 2.016, -f- 410-,

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 concluye que;

“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)”.

Con esos parámetros, sin otras mayores precisiones, en el presente caso el presupuesto base de licitación quedaba establecido en el PCAP, por 7 años-, en la suma de **24.039.950,69 €**, -f. 233-, ya la adjudicación se producía por la Orden Foral 167-T/2015, en la cifra de **21.900.593,47 €**, -f. 543 a 551 del e.a-, como cuantía plenamente determinable y determinada en las actuaciones, a la que debemos atenernos.

SÉPTIMO.- Respecto de las costas, 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 la fundada opinabilidad en derecho de los motivos y cuestiones directa o indirectamente debatidas -y no en todo caso acogidas por la Sentencia-, junto con la falta de auxilio para la resolución de doctrinas de la jurisprudencia que hayan podido ser alegadas por las partes o adoptadas por el Tribunal, lleva a tener por objetivamente dudoso en derecho el supuesto enjuiciado en el sentido que los define el artículo 394.1 de la LEC.

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

F A L L O

ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON JAIME VILLAYERDE FERRERO EN REPRESENTACIÓN DE “BILMAN BUS, S.L” CONTRA LA RESOLUCIÓN 6/2015, DE 10 DE ABRIL, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE GIPUZKOA, QUE DESESTIMÓ RECURSO ESPECIAL CONTRA ORDEN FORAL DEL DEPARTAMENTO DE MOVILIDAD E INFRAESTRUCTURAS VIARIAS DE LA DIPUTACIÓN FORAL, CON Nº 167-T/2015, DE 9 DE FEBRERO, POR LA QUE SE ADJUDICÓ A LA ENTIDAD “GOIERRIALDEA S.L” EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS ZONAL DE



TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS POR CARRETREA DE LA COMARCA DEL GOIERRI -LUR Z-04-, Y DECLARAR DISCONFORMES A DERECHO Y ANULAR DICHOS ACTOS, QUEDANDO EXCLUIDA DICHA FIRMA ADJUDICATARIA, CON RETROACCIÓN DE LAS ACTUACIONES. SIN 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 0239 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 17 de noviembre 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 veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis.





D. JOSÉ GOLDEROS CEBRIÁN, LETRADO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA SECCIÓN CASACIÓN/461/2017
SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

CERTIFICADO. Que en el recurso del que se hará mención se
ha dictado la siguiente resolución:

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Ignacio Saralegui SECRETARIO
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SU-
PERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
FE: QUE EN EL RECURSO Nº *239/15*
STA. LOS PARTICULARES DEL TENOR LITERAL SIGUIENTE:



TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: PRIMERA

PROVIDENCIA



Excmos. Sres.

D. Manuel Vicente Garzón Herrero, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Jesús Cudero Blas

En Madrid, a 29 de junio de 2017.

Visto el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Diputación Foral de Gipuzkoa, contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el procedimiento ordinario núm. 239/2015, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se acuerda su inadmisión a trámite en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.4.b) de la Ley 29/1998,



de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en relación con las letras d) y f) del artículo 89.2 del mismo texto legal.

Y ello, primero, ante la falta de justificación de que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la sentencia que se pretende recurrir;

Y segundo ante la falta de fundamentación, con singular referencia al caso, de que concurren alguno o algunos de los supuestos que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sin que, además y a pesar de lo alegado en el escrito de preparación, concorra el presupuesto establecido en la letra a) del artículo 88.3 LJCA.

Con imposición a la parte recurrente de las costas procesales, hasta la cifra máxima, por todos los conceptos, de 1.500 euros respecto de la parte que se ha personado y mostrado su oposición a la admisión (Bilman Bus, S.L.) y de 500 euros en relación con la parte que se ha limitado a personarse (Goierrialdea, S.L.).

Lo acuerda la Sección y firma el Magistrado Ponente. Doy fe.

Lo preinserto concuerda bien y fielmente con su original, a que me remito.

Y para que conste y, conforme a lo ordenado, remitir en unión de las actuaciones y expediente administrativo, al Tribunal de procedencia, a los debidos efectos, expido la presente que firmo en Madrid, a

20 JUL 2017



ANTERIORMENTE TRANSCRITO CONCUERDA BIEN Y FIELMENTE CON ORIGINAL A QUE ME REMITO, Y PARA QUE ASI CONSTE CUMPLIENDO LO ORDENADO LIBRO FL PRESENTE EN BILBAO A



