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

ENTRADA
2018 MAI. - 4 MAY.
2240

NIG PV/ IZO EAE: **00.01.3-15/000239**
NIG CGPJ / IZO BJKN: **XXXXX.33.3-2015/0000239**

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 280/2015 - Seccion 1ª

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA S.A. y AUTOBUSES GARAYAR S.A.
Representante / Ordezkaria: GUILLERMO SMITH APALATEGUI
Demandado / Demandatua:
Representante / Ordezkaria:

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 5/2015 DE 23-3-15 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA ESTIMATORIA PARCIAL DEL RECURSO ESPCIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO CONTRA LOS PLIEGOS DEL CONTRATO DE GESTION DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE PUBLICO REGULAR DE VIAJEROS DE TOLOSA N-1 BURUTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN (LUR-M-05) (EXPEDIENTE 7-MO-53/2014-M). RECURSO 3/2015.

REMITIENDO TESTIMONIO DE LA SENTENCIA DE ESTA SALA, RESOLUCION DEL TRIBUNAL SUPREMO y el expediente administrativo

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.

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

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 20 de abril de 2018.

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: **00.01.3-15/000239**
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: **XXXXX.33.3-2015/0000239**

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 280/2015 - Seccion 1ª

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA S.A. y AUTOBUSES GARAYAR S.A.
Representante / Ordezkaria: GUILLERMO SMITH APALATEGUI

Demandado / Demandatua:
Representante / Ordezkaria:

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 5/2015 DE 23-3-15 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA ESTIMATORIA PARCIAL DEL RECURSO ESPCIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO CONTRA LOS PLIEGOS DEL CONTRATO DE GESTION DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE PUBLICO REGULAR DE VIAJEROS DE TOLOSA N-1 BURUTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN (LUR-M-05) (EXPEDIENTE 7-MO-53/2014-M). RECURSO 3/2015. ¡

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 280/2015, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

"SENTENCIA NUMERO 435/2016

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:
D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO
DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a trece de octubre de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número 280/2015 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa [que, estimando parcialmente el recurso especial en

materia de contratación formulado por la entidad AUTOBUSES BETOÑO, S.L., anula la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista en la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (Expte: 7-MO-53/2014-M) y, en consecuencia, el procedimiento de licitación].

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., representados por el Procurador Sr. Smith Apalategui y dirigidos por el Letrado Sr. Alfaro Zubillaga.

-DEMANDADA: Ninguna parte ha comparecido en tal calidad.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28/5/15 tuvo entrada en esta Sala escrito por el que el Procurador Sr. Smith Apalategui, actuando en representación de las mercantiles AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 280/2015.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado con fecha 6/10/15, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por su parte, la representación de la DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA presentó escrito en fecha 30/10/15 manifestando que no tenía la condición de parte demandada, entendiendo que ésta recaía en las entidades favorecidas por la resolución recurrida (en particular, la mercantil AUTOBUSES BETOÑO, S.L., la cual había sido debidamente emplazada). Tal entidad no ha comparecido ni contestado a la demanda.

CUARTO.- Por Decreto de fecha 19/11/15 se fijó en como indeterminada la cuantía del presente recurso.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de fecha 15/12/15, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En el escrito de conclusiones (presentado con fecha 27/6/16) la parte demandante reprodujo las pretensiones que tenía solicitadas.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo el día 29/9/16, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de la presente resolución.

OCTAVO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación de las mercantiles AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., recurso contra la Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa estimatoria parcialmente del recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad AUTOBUSES BETOÑO, S.L. y que, en consecuencia, anuló la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista en la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (Expte: 7-MO-53/2014-M) y, consiguientemente, el procedimiento de licitación.

En disconformidad con la Resolución objeto de impugnación se interesa se declare la corrección de la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista y, con ella, la validez del proceso de licitación. Asimismo, y "*en aras al pleno reconocimiento de esta situación*", de no resultar factible ejecutar la Sentencia en sus propios términos, que se acuerde el reconocimiento del derecho de la actora a ser indemnizada en los daños y perjuicios ocasionados, se precise a quien corresponde atribuir la responsabilidad y se indiquen las bases para determinar la indemnización en orden a que la cuantía sea concretada en ejecución de Sentencia. Tales pretensiones se fundamentan en los siguientes fundamentos jurídico-materiales:

-En primer lugar, sostiene que la fórmula propuesta no desnaturaliza la ponderación de criterios sino que ya viene siendo utilizada en otros procesos de licitación de la Diputación Foral de Gipuzkoa. A mayor abundamiento, resalta que se han aplicado otras fórmulas incluso más restrictivas y que no han sido objeto de impugnación.

-En segundo término, y trayendo a colación la evolución de la concesión de los servicios de transporte público regular de viajeros en cuestión, aduce que hasta en tres ocasiones las entidades demandantes han resultado los licitadores con la máxima puntuación y que, pese a ello, tales procesos no concluyeron (en dos casos se desistió por la entidad convocante mientras que en el tercero -que es el que nos ocupa- resultó impugnado por AUTOBUSES BETOÑO, S.L.).

-Finalmente, afirma que, en todo caso, el procedimiento de licitación no puede quedar afectado en su conjunto habida cuenta de que tanto el resto del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como la adjudicación del contrato deben reputarse como válidos.

Frente a lo anterior, y tal y como ha quedado expuesto, ninguna parte se ha personado en calidad de demandada ni ha formulado oposición.

SEGUNDO.- Expuesta la posición de la actora, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica sobre la que la controversia jurídica opera:

-Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de fecha 29/7/14 (BOG de 11/8/14) se aprobó el proyecto de concesión para la prestación de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05), así como el expediente de contratación para su adjudicación.

-Posteriormente, en virtud de Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de fecha 27/1/15 se aprobó el proyecto actualizado de la concesión y el expediente de contratación de la gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (clave 7-MO-53/2014-M), que incluye tanto los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como los Pliegos de Prescripciones Técnicas. El anuncio de licitación fue publicado en el BOG el 28/1/15.

-La nueva concesión queda constituida con nueve líneas regulares permanentes y de uso general y diecisiete itinerarios, más un servicio a la demanda y los distintos servicios especiales que cubren eventos deportivos, culturales, fiestas patronales, carnavales, temporada de sidrerías, entre otros.

-El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contempla como criterios de adjudicación tanto el precio (de 0 a 51 puntos) como una serie de criterios evaluables mediante juicio de valor (de 0 a 49 puntos). Entre éstos figura el Plan de Explotación (de 0 a 16 puntos) que, a su vez, se desglosa en: Operativa del servicio (número de expediciones, mejoras horarias que redunden en la mejora de la coordinación con otros modos de transporte público - 10 puntos) y Plan de organización, gestión y asignación de recursos humanos y medios materiales (6 puntos).

-En cuanto a la valoración del precio, 50 puntos corresponden a los servicios lineales regulares y 1 punto a los servicios especiales. En los servicios lineales regulares el cálculo

de las puntuaciones de las ofertas económicas correspondientes a las propuestas admitidas se realizará en función de aquéllas, mediante interpolación lineal según la recta definida por los dos puntos P1 (Baja máxima, Puntuación máxima) y P2 (Baja cero, Puntuación mínima) y dentro del segmento de dicha recta, limitado por ellos. En los servicios especiales se asignará 1 punto a la oferta más baja y al resto de proposiciones se les asignará la puntuación que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula: 1 x (precio más bajo/precio ofertado).

-La Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa, tras descartar la desventaja que se alega por la recurrente -AUTOBUSES BETOÑO, S.L.- en el entendimiento de que ésta ha contado con la posibilidad de ilustrarse acerca del contenido del contrato y que le fue posible ofrecer las mejoras a las que hace referencia, expone la normativa de aplicación y aborda la cuestión relativa a la fórmula de valoración del precio al considerar la recurrente que debía sustituirse por otra que permitiese otorgar mayores diferencias entre las puntuaciones correspondientes a este criterio de adjudicación. Se expresa a este respecto el Fundamento de Derecho Décimo en los siguientes términos:

"En este caso estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos de transporte de viajeros, para otorgar el cual el artículo 20.2 a) del Decreto 51/2002, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Transporte de Viajeros por Carretera, en línea con lo dispuesto en el artículo 150,3.e) TRLCSP, establece que en orden a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, entendida como aquella que presente la mejor relación calidad/precio habrán de utilizarse una pluralidad de criterios de adjudicación.

El PCAP atribuye 51 puntos al criterio precio y 49 puntos a criterios técnicos tales como el plan de explotación, condiciones y tipo de flota, plan de información a personas usuarias y atención al cliente, uso del euskera, instalaciones (distancia y condiciones), y otros que se detallan en la carátula del pliego.

[...] La fórmula adoptada en los pliegos recurridos otorga la máxima puntuación a la oferta más barata y la puntuación más baja a la que iguale el precio de licitación. La puntuación de las restantes ofertas se obtiene mediante interpolación lineal según la recta definida por los puntos Baja máxima / Puntuación máxima y Baja cero / Puntuación mínima.

Por lo que respecta a los servicios lineales regulares, el recurso plantea una hipótesis que puede considerarse normal, en la cual se presentaran cuatro ofertas, una con baja cero y las restantes con bajas del 5%, 10% y 15%. Esta última obtendría el máxime de 50 puntos, en tanto que la primera obtendría 42,50 puntos.

Es decir, aunque el precio de los servicios lineales regulares tiene en los pliegos una ponderación de 50 puntos, la fórmula empleada terminaría por desvirtuar la importancia del precio respecto al resto de los criterios de adjudicación, al distribuir solo 7,5 puntos de los 50 posibles y reducirse significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas. Además, por el solo hecho de presentar una

oferta, sin proponer ninguna mejora del precio de licitación, un licitador puede obtener una puntuación que, comparada con la de la oferta más barata, distorsiona la importancia relativa que el pliego asigna teóricamente al criterio precio.

Según el PCAP el precio tiene una ponderación mayor (51 puntos) que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor (49 puntos), pero su ponderación real es inferior, y es preciso recordar que cuando los criterios evaluarles de forma automática por aplicación de fórmulas tengan atribuida una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya identificación dependa de un juicio de valor, el artículo 150,2 TRLCSP obliga a constituirán comité con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado debidamente identificado en los pliegos.

[...] A juicio del Tribunal, [la fórmula prevista en los pliegos] *desnaturaliza la ponderación de criterios prevista en los pliegos y da como resultado que, en realidad, aunque el PCAP formalmente diga lo contrario, los criterios no evaluables de forma automática mediante fórmulas tengan mayor importancia cuantitativa que el criterio precio.*

Lo cual, en sí mismo, es perfectamente posible, pero siempre que así se contemple en los pliegos y que la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas corra a cargo de un comité o de un organismo técnico especializado, tal como dispone el artículo 150,2 TRLCSP".

TERCERO.- Sintetizados en la forma que anteceden los hechos esenciales para la comprensión de la controversia, fácilmente se colige que la cuestión litigiosa pasa por determinar si la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista se ajusta o no a lo dispuesto en el artículo 150,2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Ello por cuanto que en tal extremo se funda precisamente la Resolución impugnada para estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación.

Pues bien, dispone a este respecto el artículo 150,2 TRLCSP lo que sigue: "*Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo*

de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos".

Pese a que la razón para decidir del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa pasa por considerar que se ha desnaturalizado la ponderación de los criterios previstos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en modo alguno incide el recurrente en este aspecto limitándose a aseverar que tal criterio de valoración ya fue utilizado en procesos de contratación anteriores y esgrimiendo, además, la aplicación de "*fórmulas más restrictivas*" que no fueron impugnadas. Igualmente, trae a colación la irrelevante circunstancia -a efectos del presente proceso- de que hasta en dos ocasiones se hubiese desistido del proceso licitador por parte de la Administración convocante.

Así las cosas, en primer lugar, ha de considerarse como cuestión no controvertida la falta de previsión en los Pliegos ya de un comité formado por al menos tres miembros encargado de evaluar las ofertas, ya de la encomienda de tal función a un organismo técnico especializado. Junto a lo anterior, tampoco se cuestiona la interpretación que el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales realiza acerca de la importancia cuantitativa que el criterio precio ostenta en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares. De esta forma, y aun cuando conforme a los mismos, la ponderación del precio es mayor (51 puntos) que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor (49 puntos), es lo cierto que la fórmula que se emplea para valorar el precio aboca a que únicamente se distribuyan 7,5 puntos de los 50 posibles y, en consecuencia, el criterio precio aparece en la práctica valorado de forma sustancialmente inferior al de los criterios evaluables a partir de un juicio de valor.

La conclusión a que todo lo anterior necesariamente aboca es que, con independencia de la forma en la que se hubiese conducido la Administración convocante en ocasiones precedentes, es lo cierto que la interpretación que del artículo 150,2 TRLCSP realiza el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa resulta ajustada a Derecho. Y ello por cuanto si la Administración dispuso una fórmula de valoración del precio de la que resulta que los criterios no evaluables de forma automática tienen mayor importancia cuantitativa, hubo de disponer en los Pliegos que la valoración de tales criterios se realizase por un comité o por organismo técnico especializado, tal y como dispone el artículo 150,2 TRLCSP.

La falta de tal previsión se traduce necesariamente en la anulación de la fórmula de valoración del precio y, consiguientemente, del procedimiento de licitación en tanto que ante la falta de aquélla no puede éste seguir sustanciándose al no contar con elemento determinante a la hora de proceder a su adjudicación.

Se sigue de lo anterior la íntegra desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Estando a los criterios en cuanto a costas previstos en el artículo 139,1 LJCA, la desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la demandante.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala emite el siguiente,

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación de AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., contra la Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa [que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad AUTOBUSES BETOÑO, S.L. y anula la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista en la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (Expte: 7-MO-53/2014-M) y, consiguientemente, el procedimiento de licitación]. Todo ello con imposición de costas a la parte demandante.

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, 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, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander con núm. 4697 0000 93 0280 15, de 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 (D.A. 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. 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 13 de octubre 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 octubre de dos mil dieciséis.

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: **00.01.3-15/000239**
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: **XXXXX.33.3-2015/0000239**

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 280/2015 - Seccion 1ª

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA S.A. y AUTOBUSES GARAYAR S.A.
Representante / Ordezkaria: GUILLERMO SMITH APALATEGUI

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 5/2015 DE 23-3-15 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA ESTIMATORIA PARCIAL DEL RECURSO ESPCIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO CONTRA LOS PLIEGOS DEL CONTRATO DE GESTION DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE PUBLICO REGULAR DE VIAJEROS DE TOLOSA N-1 BURUTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN (LUR-M-05) (EXPEDIENTE 7-MO-53/2014-M). RECURSO 3/2015. ¡

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 280/2015, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

"AUTO

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS: D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO
Dª. MARGARITA DÍAZ PEREZ

Siendo Ponente D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En Bilbao, a 23 de noviembre de 2016.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente procedimiento se dictó con fecha 13/10/16 Sentencia Nº 435/2016, en cuyo Fallo se establece lo que sigue:

"Desestimamos el recurso interpuesto por la representación de AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., contra la Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa [que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad AUTOBUSES BETOÑO, S.L. y anula la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista en la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (Expte: 7-MO-53/2014-M) y, consiguientemente, el procedimiento de licitación]. Todo ello con imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- La representación de las entidades AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A., ha presentado en fecha 2/11/16 escrito por el que, con invocación del artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se interesa "*aclaración, rectificación y complemento*" de la Sentencia.

Prevén tanto el artículo 267,5 LOPJ como el artículo 215,2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) el traslado de la solicitud de complemento a las demás partes con carácter previo a resolver sobre si ha lugar o no a la misma. Ello no obstante, es de advertir que en el presente caso huelga tal traslado pues ninguna parte, distinta de la actora, se ha personado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En consonancia con lo dispuesto en el artículo 267 LOPJ, establece el artículo 214,1 LEC que los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. La aclaración o la rectificación puede realizarse de oficio, dentro de los dos días siguientes a la publicación de la resolución o, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, formulada dentro del mismo plazo, esto es, dentro del plazo de dos días, pero contado en este caso desde la respectiva notificación (artículo 214,2 LEC). Tratándose de errores materiales manifiestos o aritméticos la rectificación puede realizarse en cualquier momento (artículo 214,3 LEC).

Por su parte, y a propósito de la subsanación y complemento de Sentencias y Autos defectuosos o incompletos, dispone el artículo 215,1 LEC que "las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para

llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior".

SEGUNDO.- Expuesto cuanto antecede, se insta por la representación de las recurrentes (esgrimiendo a tal fin el artículo 267 LOPJ) "*aclaración, rectificación y complemento*" de la Sentencia al considerar que "*no se pronuncia en sentido de estimar o desestimar, no motiva ni resuelve*" sobre los extremos que siguen:

-Solicitud de declarar que son los demandantes los licitadores con máxima puntuación aunque se elimine la fórmula del precio.

-Reconocimiento del derecho de los recurrentes al "*reintegro de los gastos y perjuicios ocasionados con las diferentes licitaciones y, en esta en concreto, a las que han concurrido y con posterioridad han sido declaradas nulas*".

La Sentencia cuya "*aclaración, rectificación y complemento*" se interesa desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las mercantiles AUTOBUSES GARAYAR, S.A., HIJOS DE ANTONIO AREIZAGA, S.A. y COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S.A. contra la Resolución nº 5/2015, de fecha 23/3/15, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa estimatoria parcialmente del recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad AUTOBUSES BETOÑO, S.L. y que, en consecuencia, anuló la fórmula de valoración del precio de los servicios lineales regulares prevista en la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de Tolosa, N-I, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (LUR-M-05) (Expte: 7-MO-53/2014-M) y, consiguientemente, el procedimiento de licitación.

En aplicación del artículo 150,2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) expresa en su Fundamento de Derecho 3º que "*con independencia de la forma en la que se hubiese conducido la Administración convocante en ocasiones precedentes, es lo cierto que la interpretación que del artículo 150,2 TRLCSP realiza el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa resulta ajustada a Derecho. Y ello por cuanto si la Administración dispuso una fórmula de valoración del precio de la que resulta que los criterios no evaluables de forma automática tienen mayor importancia cuantitativa, hubo de disponer en los Pliegos que la valoración de tales criterios se realizase por un comité o por organismo técnico especializado, tal y como dispone el artículo 150,2 TRLCSP*".

En consecuencia, concluye "*la falta de tal previsión se traduce necesariamente en la anulación de la fórmula de valoración del precio y, consiguientemente, del procedimiento de licitación en tanto que ante la falta de aquélla no puede éste seguir sustanciándose al no contar con elemento determinante a la hora de proceder a su adjudicación*".

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede entrar a conocer de la pretendida "*aclaración, rectificación y complemento*" de Sentencia, siendo el primero de los aspectos a los que se refiere la solicitud de declarar que son los demandantes los licitadores con máxima puntuación aunque se elimine la fórmula del precio.

Tal pedimento debe rechazarse en tanto que la Sentencia, al disponer que la citada falta de previsión en los Pliegos de que la valoración de los criterios no evaluables de forma automática se realizase por un comité o por organismo técnico especializado, aboca necesariamente tanto a la anulación de la fórmula de valoración del precio como también del procedimiento de licitación en su conjunto. En consecuencia, resulta irrelevante el que los recurrentes hubieren sido los licitadores con máxima puntuación en tanto que queda anulado el propio procedimiento de licitación.

El segundo de los extremos al que la "*aclaración, rectificación y complemento*" hace referencia se orienta a que le sea reconocido a los recurrentes el derecho al "*reintegro de los gastos y perjuicios ocasionados con las diferentes licitaciones y, en esta en concreto, a las que han concurrido y con posterioridad han sido declaradas nulas*". Sobre este particular, ha de recordarse que en el Suplico de la demanda se contenía pretensión subsidiaria ordenada a que se acordase "*el reconocimiento del derecho que asiste a esta parte a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados, se determine a quien corresponde atribuirle la responsabilidad y se señale, a su vez, las bases para determinar la indemnización cuya cuantía se fijará en ejecución de Sentencia*". En el cuerpo del escrito de demanda (Apartados IX y X de los Fundamentos Jurídicos) se instaba tal resarcimiento de daños y perjuicios para el "*supuesto de estimación de la pretensión principal*" y ante la eventual "*imposibilidad de ejecutarse la Sentencia por haberse adjudicado el contrato a otra entidad como consecuencia de una nueva licitación posterior sin resolverse en firme esta demanda*".

Sin dejar de advertir que la pretensión subsidiaria de carácter indemnizatorio aparecía supeditada a la "*estimación de la pretensión principal*", y destacando que ningún pronunciamiento cabe en el presente procedimiento a propósito de un eventual "*reintegro de los gastos y perjuicios*" ocasionados a las recurrentes con relación a anteriores licitaciones (del todo ajenas al pronunciamiento del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa objeto de impugnación), sirva la presente resolución para complementar la Sentencia que nos ocupa introduciendo dentro de su Fundamento de Derecho 3º los razonamientos que a continuación siguen en orden a justificar la desestimación de tal pretensión subsidiaria con respecto a los "*gastos y perjuicios*" que hubieren sido originados en la presente licitación.

Ante una eventual estimación de la pretensión principal, e invocando los artículos 31,2 y 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), interesa la actora la fijación de indemnización por los daños y perjuicios irrogados para el caso de resultar imposible la ejecución de la Sentencia por haberse adjudicado el contrato a otra entidad a resultas de una nueva licitación desarrollada sin que haya resuelto el presente proceso. En lo que concierne a la cuantía de tal indemnización, se insta por la recurrente la determinación de sus bases, sin perjuicio de que su concreción definitiva se lleve a cabo en ejecución de Sentencia. Así

las cosas, esgrime lo que da en llamar la "*normativa en la materia*" (sin especificarla) y que llevaría a "*indemnizar por el lucro cesante, asimilable al beneficio industrial, incrementado con el interés legal correspondiente, así como aquellos perjuicios que puedan acreditarse*".

Tal pretensión debe ser rechazada. En primer lugar, por cuanto su formulación en la demanda aparece supeditada al éxito de la pretensión principal, la cual ha sido desestimada. En segundo término, en tanto que no solo nada se justifica sobre los "*perjuicios que puedan acreditarse*" sino ni tan siquiera se menciona a qué concretos perjuicios puede referirse. Y, en tercer lugar, porque la simple invocación del lucro cesante con referencia al "*beneficio industrial previsto y documentado en el estudio económico de nuestra propuesta*" no puede reputarse suficiente a la hora de fijar una indemnización en supuestos como el presente en el que lo que resulta anulado es el procedimiento de licitación en su conjunto, consecuencia bien distinta a la del supuesto en que a la recurrente se le hubiera excluido de la licitación -y ésta siguiese desarrollándose- por cuanto entonces bien podría inferirse que tal falta de participación (que ciertamente no aseguraría que de haber participado fuese la adjudicataria) sí podría determinar la procedencia de tal reparación a fijar precisamente sobre el correspondiente porcentaje del beneficio industrial.

En su virtud, la Sala, (Sección Primera),

ACUERDA

Se acuerda complementar la Sentencia Nº 435/2016 recaída en los presentes autos, de fecha 13/10/16, en el exclusivo sentido de incluir en su Fundamento de Derecho 3º el razonamiento que a continuación sigue a propósito de la pretensión subsidiaria de carácter indemnizatorio que se formula:

"Ante una eventual estimación de la pretensión principal, e invocando los artículos 31,2 y 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), interesa la actora la fijación de indemnización por los daños y perjuicios irrogados para el caso de resultar imposible la ejecución de la Sentencia por haberse adjudicado el contrato a otra entidad a resultas de una nueva licitación desarrollada sin que haya resuelto el presente proceso. En lo que concierne a la cuantía de tal indemnización, se insta por la recurrente la determinación de sus bases, sin perjuicio de que su concreción definitiva se lleve a cabo en ejecución de Sentencia. Así las cosas, esgrime lo que da en llamar la "*normativa en la materia*" (sin especificarla) y que llevaría a "*indemnizar por el lucro cesante, asimilable al beneficio industrial, incrementado con el interés legal correspondiente, así como aquellos perjuicios que puedan acreditarse*".

Tal pretensión debe ser rechazada. En primer lugar, por cuanto su formulación en la demanda aparece supeditada al éxito de la pretensión principal, la

cual ha sido desestimada. En segundo término, en tanto que no solo nada se justifica sobre los "*perjuicios que puedan acreditarse*" sino ni tan siquiera se menciona a qué concretos perjuicios puede referirse. Y, en tercer lugar, porque la simple invocación del lucro cesante con referencia al "*beneficio industrial previsto y documentado en el estudio económico de nuestra propuesta*" no puede reputarse suficiente a la hora de fijar una indemnización en supuestos como el presente en el que lo que resulta anulado es el procedimiento de licitación en su conjunto, consecuencia bien distinta a la del supuesto en que a la recurrente se le hubiera excluido de la licitación -y ésta siguiese desarrollándose- por cuanto entonces bien podría inferirse que tal falta de participación (que ciertamente no aseguraría que de haber participado fuese la adjudicataria) sí podría determinar la procedencia de tal reparación a fijar precisamente sobre el correspondiente porcentaje del beneficio industrial".

Incorpórese esta resolución al Libro de Sentencias y llévese testimonio a los autos principales.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución originaria, que ya quedaron indicados al ser notificada (artículos 214,4 y 215,5 LEC). Los plazos para dichos recursos se contarán desde el día siguiente a la notificación de esta resolución (artículo 448,2 LEC).

Así por este su Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe."

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 veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.