

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.J.D., en nombre y representación de R.J. Autocares S.L., contra los actos de modificación del contrato “Gestión del servicio público en la modalidad de concesión de transporte turístico urbano con itinerario fijo en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 165/2010/00913, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 11 de enero de 2011 se publicó en el BOE, el BOCM y el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Los gastos de primer establecimiento estimados eran de 5.990.000 euros y el plazo de la concesión de diez años con posibilidad de prórroga de un año.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación, se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación a la UTE Juliá Travel, S.A., Automóviles Luarca, S.A.U. y Transportes Bacoma, S.A.U. El contrato se formalizó el 1 de julio de 2011.

Tercero.- El 17 de diciembre de 2018, la representación de R.J. Autocares, S.L. presenta ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra lo que considera una modificación ilegal del contrato realizada mediante la autorización del Ayuntamiento para que la concesionaria lleve a cabo lo que denomina el “Tour de Navidad”, prestación que debería haber sido objeto de licitación, así como que se le haya autorizado a la venta de billetes en la vía pública correspondientes al servicio objeto de la concesión así como de otros distintos, en base a lo previsto en el artículo 51 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Con fecha 21 de diciembre de 2018, se remite a este Tribunal copia del expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

El informe solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al analizar el fondo del asunto.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al adjudicatario del contrato en calidad de interesado en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado escrito la representación de la UTE formada por las empresas Juliá Travel, S.A., Automóviles Luarca, S.A. y Transportes Bacoma, S.A.U., concesionarias del servicio en el que manifiestan, en síntesis, el confuso planteamiento y la mala fe la recurrente, la inexistencia de modificación contractual puesto que lo que ha existido son unas determinadas autorizaciones y en cualquier caso, si se entendiese que se ha modificado el contrato se habría hecho con amparo legal puesto esta posibilidad estaba prevista en el clausulado del Contrato de concesión. En consecuencia solicita la inadmisión del recurso o subsidiariamente su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, Decreto de autorización del itinerario de Navidad, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de RJ Autocares, S.L. para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP), que solicita la nulidad de la modificaciones realizadas y que sean objeto de un procedimiento de licitación y adjudicación independiente.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra la modificación de un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión de valor estimado superior a 3.000.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1.c) y 2.d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 50.1 de la LCSP puesto que no habiéndose publicado la modificación, debe tenerse en cuenta el momento en que la recurrente tuvo conocimiento de la misma.

Quinto.- El recurso alega que *“las modificaciones del contrato no han respetado las exigencias del derecho comunitario. En cuanto a la modificación para la realización del servicio denominado NAVILUZ nos encontramos en presencia de un nuevo contrato que EXIGE su licitación y adjudicación mediante el procedimiento correspondiente. Tal y como se señala en el considerando 107 de la Directiva de contratación pública de 2014: ‘Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial’.*

Siguiendo tales directrices esta mercantil considera que la realización de una nueva actividad como la denominada NAVILUZ, con una afluencia de 90.000 pasajeros entre los meses de Diciembre de 2018 y Enero de 2019, y unos ingresos de unos 360.000 € (4€ por usuario), la posibilidad de comercializar otros tours turísticos operados por otras empresas del sector, y la posibilidad de vender los productos en la vía pública, resultan esenciales en la cuenta de explotación del servicio ADJUDICADO”.

Además añade que las modificaciones indicadas suponen:

“- El encubrimiento de una nueva adjudicación directa que debe ser declarada ilegal en tanto se ha incumplido con los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a la contratación pública, otorgando una posición de ventaja competitiva a la empresa actualmente prestataria de forma indebida.

- Una alteración esencial del objeto inicial y del sistema de retribución inicialmente pactado, introduciendo una compensación económica que no existía, resultando así un negocio jurídico diferente al inicialmente celebrado que además puede tener la consideración de ayuda incompatible con el artículo 107 TFUE”.

El órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso expone que *“la actuación que se recurre no tiene la consideración de modificación de contrato al tratarse de una autorización de recorrido especial prevista expresamente en los pliegos reguladores del contrato por lo que el recurso no procede desde el punto de vista formal ni material (...) entiende este órgano de contratación que la autorización del servicio de Navidad no implica la introducción en el contrato de ningún cambio, menos aun de carácter fundamental, y ello por cuanto dicha autorización no es más que la concreción de la previsión recogida en la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas regulador del contrato y, como es sabido, el contrato se conforma con el contenido de los pliegos y la oferta del contratista, por lo que, estando previsto en los pliegos, no puede considerarse una modificación en cuanto no hay cambio del contenido del contrato.*

Así, la cláusula 2 del citado PPT, referida a las rutas de finalidad turística y cultural que debe realizar el bus turístico, prevé las rutas de carácter ordinario (en concreto, dos), establece la posibilidad de la Administración de alterar dichas rutas por motivos de tráfico, actos, obras o cualquier otra circunstancia en la vía pública y finalmente recoge una posibilidad adicional, a iniciativa del contratista si bien, sujeta a autorización de la Administración: ‘la empresa adjudicataria podrá solicitar de la Administración, por motivos justificados y de interés público, variaciones que sean esporádicas o no permanentes en el recorrido o itinerarios especiales. En todo caso, para llevar a cabo las citadas variaciones, se precisará la autorización explícita de la Administración. La autorización emitida el pasado 11 de diciembre para la realización por parte de la concesionaria del servicio de Navidad es precisamente la ejecución de esta previsión recogida en el PPT y, por tanto, en el contrato, por lo que no se ha producido -como sería necesario para poder calificar la actuación administrativa como modificación de contrato- ninguna “introducción de cambio en el contrato’, en términos de la Directiva”.

Respecto a la autorización para la venta de billetes en la vía pública, señala el Ayuntamiento que *“en abril de 2018 se presentó solicitud por parte de la concesionaria de autorización de la figura de ‘promotores’ en la parada de Gran Vía, que desarrollarían su actividad ‘de apoyo logístico y de promoción del servicio en el*

entorno de dicha parada realizando’, según se indicaba en la solicitud de la empresa, en concreto ‘tareas de atención personalizada a los usuarios, acciones de subida y bajada de los mismos, ofrecimiento de información complementaria, resolución de incidencias, incidiendo en las tareas de expedición y cobro de billetes’. Debe indicarse en relación con esta cuestión que la autorización emitida lo fue en el ámbito y con la única extensión de las autorizaciones que corresponden a los órganos con competencias en la ejecución del contrato (responsable del contrato u órgano de contratación, según el caso) dejando a salvo, tanto las competencias de otros órganos que pudieran ser necesarias, como indicando expresamente la necesidad de proceder al cumplimiento de la normativa relevante en el desarrollo de las actividades que la concesionaria solicitaba y que se desarrollarían en la vía pública. Así, cualesquiera actuaciones que la concesionaria pudiera estar realizando -si así fuera- en la vía pública que no tengan amparo jurídico, no lo son como consecuencia de la autorización emitida en el ámbito del contrato a la que se refiere el recurso. En este sentido cabe señalar que en ningún momento en la solicitud de la empresa concesionaria se indicaba que se fuera a proceder a la venta efectiva de billetes en la vía pública, sino a desarrollar una serie de actuaciones promociona les que incidirían en dicha venta (según los propios términos de la solicitud) y la autorización se emitió en los términos solicitados indicando, además, expresamente la obligación de respetar la Ordenanza de Publicidad y demás normativa relevante”.

Debe recordarse que, como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Debe aclararse en primer lugar que tal y como consta en el expediente, el servicio denominado Naviluz lo presta la Empresa Municipal de Transportes con su flota por lo que no tiene nada que ver con el itinerario que aquí se examina que se refiere al contrato de concesión de transporte turístico urbano con itinerario fijo.

En segundo lugar hay que advertir que si bien al recurso le es de aplicación la vigente LCSP, el contrato se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público.

Dicho esto, se constata que en este caso el Pliego de Prescripciones Técnicas prevé la posibilidad indicada por el Ayuntamiento en su informe, de autorizar itinerarios especiales de manera esporádica o no permanente.

Para determinar el carácter de tales autorizaciones, es decir, si deben entenderse modificaciones del contrato, debe tenerse en cuenta lo establecido por Jurisprudencia del TJUE, entre otras, en la sentencia de 13 abril 2010 del TJUE (TJCE 2010\94) caso Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Menoy, asunto C-91/08. Esta sentencia aborda una cuestión relativa a los contratos de concesión de servicios que, aunque no se regían entonces por alguna directiva comunitaria, deben respetar, como en el caso planteado, las normas fundamentales del Tratado CE-hoy TFUE-, así como cumplir la obligación de transparencia. La sentencia declara:

1. *“Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato”.*
2. *“La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la*

participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”.

Por su parte la Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado resume la jurisprudencia comunitaria del siguiente modo:

1) La modificación del contrato exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.

2) De no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato.

3) De ser necesaria una modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente es resolver el contrato.

El Tribunal comprueba que en este caso, indudablemente el objeto de la concesión ha sido modificado por la autorización de una nueva ruta no prevista inicialmente en el Pliego pero que esta modificación viene prevista en el PPT y sometida a razones de interés público, de acuerdo con la normativa aplicable al contrato.

Por otra parte la autorización modificativa se limita a unas fechas determinadas, de 29 de noviembre hasta el 7 de enero, algo más de un mes, en el marco de una concesión de servicio de 10 años de duración y se circunscribe a una única ruta operada por ocho autobuses.

De esas circunstancias puede deducirse que no se trata de una modificación sustancial de las condiciones del contrato de concesión y tampoco parece que esa prestación, itinerario especial y limitado temporalmente, si hubiera figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habría permitido la participación de otros licitadores o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Tampoco queda acreditado que la licitación independiente de ese único servicio como concesión de un mes de duración sea económicamente viable.

En consecuencia cabe concluir que la modificación se ha realizado de acuerdo con los Pliegos y la legislación de aplicación por lo que el motivo de recurso debe ser desestimado.

Respecto al otro motivo de recurso referente a la autorización para la venta de billetes, el Tribunal comprueba que las actuaciones permitidas por el Ayuntamiento, de acuerdo con el Decreto de 23 de mayo de 2018, se refieren exclusivamente a *“acciones de apoyo logístico y promoción del servicio de gestión de servicio público, modalidad de concesión, denominado TRANSPORTE TURÍSTICO URBANO CON ITINERARIO FIJO en la parada de Gran Vía, acciones que deberán desarrollarse de conformidad con la normativa vigente y, en particular, con la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior”*.

Por lo tanto, en este caso no se trata de una modificación de las condiciones de la concesión sino de actuaciones relativas al desarrollo de la misma que deben en todo caso respetar la normativa municipal de aplicación y el motivo de recurso debe ser igualmente desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don F.J.D., en nombre y representación de R.J. Autocares S.L., contra los actos de modificación del contrato “Gestión del servicio público en la modalidad de concesión de transporte turístico

urbano con itinerario fijo en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 165/2010/00913.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.