



Recurso nº 176/2011

Resolución nº 220/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto el día 5 de agosto de 2011 por Don J.R.A.M en representación de COMPAÑÍA TRANSMEDITARRÁNEA S.A. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares de la licitación convocada para adjudicar la gestión de servicios de las líneas marítimas de interés público Península-Baleares, publicados en el Boletín Oficial del Estado con fecha 21 de julio de 2011, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de julio de 2011, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de gestión de servicios de las líneas marítimas de interés público Península-Baleares por importe de 2.660.000 euros.

Segundo. Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares que han de regir la indicada licitación ha interpuesto recurso la COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A. mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal el día 5 de agosto del presente año solicitando la declaración de nulidad de los pliegos por considerarlos contrarios a derecho en los términos que después diremos.

Tercero. Con fecha 10 de agosto el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de licitación hasta la resolución del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Antes de entrar en el análisis del cumplimiento de los diferentes requisitos de admisión del recurso debe examinarse el relativo a la competencia. En efecto, el contrato a que se refiere el presente recurso tiene por objeto el servicio de transporte de las líneas marítimas de interés público Península-Baleares. Dichos transportes pueden prestarse, de conformidad con la legislación vigente, y, en especial con la Ley 27/1992, de su artículo 7.4 en régimen de obligación de servicio público o de contrato administrativo especial. De conformidad con ello, puesto que la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 310.1 no menciona este último tipo de contratos entre los sujetos a recurso especial en materia de contratación, en principio, debería entenderse que el Tribunal no es competente para resolver el presente recurso.

Sin embargo, el propio Tribunal ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre esta misma cuestión en la resolución 154, de 1 de junio de 2011, dictada en el recurso 116 del mismo año, en la que se establece el siguiente criterio: “La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, artículo 7.4, califica el contrato en cuestión como contrato administrativo especial, al decir: *“El Gobierno en el ámbito de las competencias del Estado podrá establecer, en su caso, que la prestación de todas o alguna de estas navegaciones se realice con imposición de obligaciones de servicio público con el fin de garantizar la suficiencia de servicios de transporte regular con destino a y/o procedencia de las islas Baleares, islas Canarias, Ceuta y Melilla o bajo el régimen de contrato administrativo especial en atención a la satisfacción de forma directa o inmediata de la finalidad pública que aquéllas representan”*.

Sin embargo, la previa calificación legal de este contrato como administrativo especial no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato, pueda ser subsumido éste bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la

posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que *“La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”*. Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional. Al respecto, el artículo 5 de la ley citada dispone: *“1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. 2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación”*.

Por tanto para poder decidir acerca de si estamos ante alguno de los contratos típicos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público debemos acudir en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Sólo para el caso de que no encajen en ninguna de ellas, será posible acudir a la definición de las normas específicas que los regulan”.

Segundo. Para ello, tal como señala la resolución mencionada “debemos entrar en el análisis de si las características que configuran la prestación del contrato objeto del presente recurso permiten mantener la calificación atribuida por la Ley especial que lo regula o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una primera aproximación nos dice que el contrato puede guardar similitud con dos de los tipos que regula la ley mencionada, el de gestión de servicios públicos y el de servicios.

El primero de ellos se define en el artículo 8 como *“aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”*.

Prescindiendo de la mención que de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se hace en el artículo en cuestión, el núcleo de la definición gira en torno a los conceptos de encomienda y gestión de servicio público. Es decir hay contrato de gestión de servicios públicos allí donde existe un servicio público respecto del cual la potestades de gestión y explotación de la Administración titular se ceden a otra persona, física o jurídica.

Este contrato admite diversas modalidades, contempladas en el artículo 253 de la Ley: *“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*.

Esta enumeración difiere en lo que afecta a la modalidad de concesión, de la contenida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 1, en su apartado 4 la define como *“un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”*.

Sin embargo, después veremos que los términos de una y otra, en definitiva, son coincidentes, pues tanto vale hablar de “encomienda de la gestión de un servicio público”, como de cesión del derecho a explotar el servicio.

Por otra parte, el artículo 10 de la ley considera que *“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”*.

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato de servicios se delimita sobre la base de lo que no es, si bien haciendo referencia a que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. El elemento caracterizador de la definición, sin embargo, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la ley de Contratos del Sector Público.

Por otra parte, ya hemos visto que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia, inicial, con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista.

Llegados a este punto, corresponde ahora examinar si por su caracterización el contrato que examinamos puede ser incluido dentro de alguno de los dos tipos de contratos mencionados. Al respecto debe señalarse que la actividad del contrato que se analiza es la de transporte marítimo de pasajeros que se encuentra incluida en la categoría 19 del Anexo II mencionado, por lo que, en principio, es posible entender que el contrato examinado reúne por su objeto las características de cualquiera de los dos mencionados.

La cuestión a plantear ahora es por cuál debemos decantarnos, y para ello es imprescindible establecer en qué consiste la diferencia esencial entre ambos.

Ante todo debe aclararse que cuando nos referimos al contrato de gestión de servicios públicos, hemos de entender hechas todas las referencias exclusivamente a la modalidad de concesión, toda vez que ninguna de las otras tres encaja en el caso presente.

Pues bien, del análisis de las definiciones antes transcritas, se deduce una diferencia esencial: en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio.

Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Ciertamente, no es ésta la única diferencia que existe entre ambos, pero, a los efectos que aquí interesan puede considerarse como la más relevante.

Este criterio diferenciador ha sido tratado reiteradamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09, en el primero de los cuales se dice: *“Para responder a esta cuestión debe sentarse el principio de que de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del Servicio Público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura.*

Esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. En ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder

directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario.

Claro está que siendo así las cosas, nada puede obstar a que la retribución al concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.

A este respecto conviene mencionar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05, a que alude la consulta, dice expresamente que “...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata...”, sin que, como vemos, haga manifestación alguna respecto de quién debe abonar la contraprestación. Abunda en esta idea el hecho de que la propia sentencia niega que el contratista haya asumido el riesgo derivado de la explotación del negocio en función de las características de los pagos asumidos por la Administración, al decir que “está acreditado que, en virtud de los convenios controvertidos, el Comisario delegado se compromete, por un lado, a que todos los municipios afectados transfieran la totalidad de su fracción residual de residuos al operador y, por otro lado, a que le sea transferida a este último una cantidad anual mínima de residuos. Además, los citados convenios prevén la adaptación del importe del canon en el supuesto de que la cantidad anual efectiva de residuos transferida sea inferior al 95% o superior al 115% de dicha cantidad máxima garantizada, y ello con el fin de garantizar el equilibrio financiero y económico del operador. Tales convenios prevén asimismo que el importe del canon será objeto de una revalorización anual que estará en función de la evolución de los costes relativos al personal, a las materias consumibles y a los trabajos de mantenimiento, así como de un índice financiero. Estos mismos convenios establecen además una renegociación del canon cuando el operador tenga que hacer frente, para adecuarse a una modificación del marco normativo, a inversiones que superen un determinado nivel”.

En definitiva, así pues, lo que determina que en la indicada Sentencia se niegue a los convenios objeto de la misma la naturaleza jurídica de concesiones administrativas no es

el hecho de que el canon sea satisfecho por la Administración concedente, sino el de que su importe no se vincule con el riesgo de explotación del servicio”.

Es por tanto, la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios.

Sentado lo anterior, procede examinar la configuración que de la contraprestación a percibir por el adjudicatario se hace en el pliego de cláusulas administrativas particulares con objeto de aclarar si puede ser considerada como caracterizadora de una concesión de servicio público o, por el contrario, como un contrato de servicios.

Para ello la única cuestión a debatir es la de si tal contraprestación comporta o no la asunción del riesgo de la explotación por el concesionario. La cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece, entre los derechos del contratista, los de percibir de la Administración mensualmente la compensación económica que corresponda al servicio prestado y el de percibir de los usuarios las contraprestaciones económicas por las tarifas que se apliquen.

De lo anterior, y dada la estructura de la contraprestación, resulta evidente que el riesgo asumido por el contratista en el caso presente o es nulo, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración, o es tan escaso que resulta irrelevante a la hora de calificar la relación contractual. Ello significa, en consecuencia que al no existir asunción de riesgo en la explotación del servicio el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios.

Queda ya tan solo esclarecer si cabe la calificación como contrato de servicios. En tal sentido y, dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en el Anexo II de la ley, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios. Interesa a este respecto, sin embargo, dejar claro que esta calificación no tiene más efectos que los referentes a la aplicación de las normas que regulan el recurso especial en materia de contratación. Para el resto de los aspectos del mismo habrá de estarse a la calificación que le atribuye la ley 27/1992, de 24 de noviembre, y aplicarle el régimen propio de los contratos administrativos especiales.

Como conclusión, en relación con la posibilidad o no de interponer recurso especial en materia de contratación debe entenderse que el contrato está incluido dentro de los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, puesto que su objeto consiste en el desarrollo de una actividad contemplada en el número 19 del Anexo II de la ley citada y cuyo importe supera los 193.000,- €. Por todo ello debe entenderse que pueden recurrirse en esta vía los actos preparatorios y del proceso de adjudicación que se refieran a él siempre que estén incluidos entre los mencionados en el apartado 2 del mismo artículo mencionado”.

Tercero. A pesar de que lo dicho en los apartados anteriores abona la declaración de competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso, antes de hacerlo, debe examinarse si por razón de su contenido las cláusulas objeto de impugnación pueden serlo en esta vía de recurso.

A este respecto debe recordarse que el recurso especial en materia de contratación tiene su fundamento en las exigencias del derecho de la Unión Europea y, en particular, en la Directiva 89/665/CEE, en la redacción resultante de las modificaciones efectuadas en ella por la Directiva 2007/66/CE, y que dichas disposiciones, de conformidad con su artículo 1 tienen como objeto, según se dijo anteriormente, los contratos regulados en la Directiva 2004/18/CE en las materias que esta regula. Es decir, básicamente, los actos relativos al procedimiento de licitación y a las cláusulas de los pliegos de condiciones en lo que afecta al principio de no discriminación.

De conformidad con ello, quedarían excluidas del conocimiento del Tribunal, por no ser susceptibles de recurso especial en materia de contratación, todas aquellas cláusulas que no resultaran afectadas por las disposiciones de la Directiva antes mencionada. Tal sería el caso de las que constituyen el objeto de la presente impugnación.

Sin embargo, a este respecto debe ponerse de manifiesto que la regulación del recurso especial en materia de contratación en nuestro derecho ha ido más allá de lo exigido por la normativa de la Unión Europea y tal como ya dijimos en nuestra resolución de 9 de marzo de 2011, dictada en el recurso 76/2010, la Ley de Contratos del Sector Público “en su artículo 310.2 no se refiere a los pliegos restringiéndolos a sólo lo que afecta a la regulación de la licitación, sino, por el contrario, ampliándolos a las condiciones que

deban regir la contratación. De esta expresión cabe deducir que el legislador ha querido avanzar en el camino del control de legalidad un paso más estableciendo la posibilidad de que este Tribunal controle no sólo las condiciones de los documentos contractuales que regulan la licitación y las que establecen las características de la prestación, sino también el resto de sus cláusulas, es decir las que contengan la regulación del contenido y ejecución de los contratos en general”.

En consecuencia, considerando conjuntamente los razonamientos efectuados en ambas resoluciones debemos concluir que el Tribunal es competente para conocer del presente recurso.

Cuarto. En cuanto al cumplimiento de los restantes requisitos de admisión del recurso debe ponerse de manifiesto que este ha sido interpuesto por persona legitimada para el ello, en tiempo y forma oportunos, por lo que también por estos motivos debe admitirse.

Quinto. Entrando en el análisis de la cuestión de fondo, esta se basa en la falta de conformidad del contenido de la prescripción técnica 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares con lo dispuesto en los artículos 7 y 8.1 del Real Decreto 1516/2007, de 16 de noviembre y con la regulación de las líneas de interés público en general, y en la disconformidad con la legislación de contratos del sector público de lo establecido en el apartado 5 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares con referencia a los méritos valorables a efectos de la adjudicación del contrato.

Sexto. Con respecto a la prescripción 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares, que regula las frecuencias mínimas y los horarios de cada una de las líneas, la impugnación se refiere a dos aspectos de la misma. En primer lugar a la declaración que en ella se hace de que *“En los servicios entre la Comunidad Autónoma Valenciana y las islas de Ibiza y Menorca, el contratista en su oferta puede proponer otros puertos comerciales, ubicados dentro de la referida Comunidad Autónoma y dentro de las citadas islas, diferentes respectivamente del puerto de Valencia y de los puertos de Ibiza y de Mahón, siempre que éstos reúnan las condiciones exigibles en materia de seguridad marítima”* y en segundo lugar a la determinación de las frecuencias mínimas exigidas que son inferiores a las previstas en el artículo 8.1 del Real Decreto 1516/2007.

A juicio de la recurrente esto supone infracción del citado artículo y del propio concepto de navegación de interés público a que se refiere el artículo 7 del mismo Real Decreto citado.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que si no se admitiera la posibilidad de alterar los itinerarios previstos en el Real Decreto o las frecuencias que establece no tendría sentido lo dispuesto en el artículo 13.2 del mismo a cuyo tenor: *“El pliego de cláusulas de cada contrato determinará el plazo máximo de duración del mismo, que no podrá ser superior a cinco años, las condiciones de continuidad, frecuencia y regularidad de los servicios, el cuadro básico de itinerarios y líneas, las características de los buques requeridos para prestar servicio, las pruebas y reconocimientos a los que deban someterse tales buques, la posibilidad o no de subcontratación, el régimen tarifario máximo y el procedimiento de actualización de las cuantías, así como los derechos y obligaciones recogidos en los apartados 3 y 4 siguientes y las condiciones para su revisión”*.

Séptimo. Refiriéndonos a la primera de las cuestiones, es decir la relativa a la posibilidad de modificar los itinerarios previstos como de interés público en el artículo 8.1, la cuestión a debatir debe remontarse a si existe o no la posibilidad legal de celebrar contratos entre la Administración y los particulares para la gestión de líneas de cabotaje regulares que no tengan la consideración de líneas de interés público. Y ello, porque si tal posibilidad existe no habría inconveniente para admitir que la Administración permitiera ofertar itinerarios que no se atengan estrictamente a los declarados de interés público por las disposiciones en vigor. En caso contrario, evidentemente tal posibilidad no cabría y sería preciso reconocer la razón que asiste a la recurrente.

A este respecto debe traerse a colación lo dispuesto en el Reglamento (CEE) 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, cuyo artículo 1 dispone que *“a partir del 1 de enero de 1993, la libre prestación de servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro (cabotaje marítimo) se aplicará a los armadores comunitarios que utilicen buques matriculados en un Estado miembro y que naveguen bajo pabellón de dicho Estado miembro, siempre que cumplan todos los requisitos necesarios para poder efectuar servicios de cabotaje en dicho Estado miembro”*. Por su parte, el artículo 4 de este mismo Reglamento establece que *“los Estados miembros podrán celebrar contratos*

de servicio público o imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas [...]. Cuando impongan obligaciones de servicio público, los Estados miembros se limitarán a los requisitos relativos a los puertos a los que se debe prestar el servicio, a la regularidad, la continuidad, la frecuencia, la capacidad de prestación del servicio, las tarifas practicadas y a la tripulación del buque ”.

Por su parte, la ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y Marina Mercante se remite en su artículo 81 a las disposiciones de la Unión europea en cuanto a la libre prestación de servicios de transporte marítimo en la navegación de cabotaje, consagrando en su el 83 la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público, al decir: *“La Administración competente podrá establecer obligaciones de servicio público en aquellos servicios regulares de navegación interior y de cabotaje en que así lo estime pertinente, en atención a sus especiales características, con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad. Dichas obligaciones podrán, en su caso, dar derecho a compensaciones económicas por parte de la Administración, en las condiciones que se determinen con carácter general o bien en las correspondientes autorizaciones”.*

Completando las disposiciones de la ley que acabamos de transcribir, el Real Decreto 1516/2007, de 26 de noviembre, dispone en su artículo 7: *“La navegación de línea regular de cabotaje insular que transporte pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga rodada, entre puertos situados en la península y los territorios españoles no peninsulares, para los trayectos que figuran en el artículo 8.1, se declara de interés público, a fin de garantizar la suficiencia de servicios, y podrá hacerse: a) Bajo obligaciones de servicio público. b) En régimen de contrato administrativo, en función de lo prescrito en los artículos 12 y siguientes”.*

De cuanto antecede se desprende que la navegación marítima de cabotaje en los estados miembros de la Unión Europea y, por ende en España, se encuentra liberalizada, sin más limitación que la posibilidad permitida por la normativa europea y expresamente reconocida en la nuestra, de imponer obligaciones de servicio público a las compañías que presten determinados servicios a través de la doble modalidad de simple

establecimiento de la obligación de prestación a través de un acto administrativo o mediante la celebración de un contrato administrativo especial.

Esta potestad de la Administración queda limitada, de una parte, por la necesidad de que las obligaciones impuestas se restrinjan a los trayectos a cubrir, a la frecuencia de prestación del servicio y, en su caso, a las tarifas. En todo caso el establecimiento de la citada obligación de servicio público puede ir acompañada de una compensación económica. Todos estos requisitos se contienen en el artículo 8.1 del Real Decreto que venimos analizado de conformado el cual: *“1. Las obligaciones de servicio público previstas en este artículo, que tienen carácter de mínimos, son las indicadas a continuación y para las líneas que igualmente se determinan:*

a) Frecuencias mínimas de los servicios:

[...]

Línea Valencia-Ibiza y viceversa: 3 viajes semanales.

Línea Denia-Ibiza y viceversa: 3 viajes semanales.

[...]

Línea Valencia-Mahón y viceversa: 3 viajes semanales.

[...]

Las frecuencias señaladas deberán cumplirse bien de forma individual por cada una de las empresas prestatarias del servicio o bien colectivamente por el conjunto de todas ellas, mediante el oportuno compromiso de las mismas ante la Dirección General de la Marina Mercante. Asimismo, los trayectos podrían prestarse directamente o combinados entre sí.

b) Tiempo mínimo de los servicios. El tiempo mínimo de prestación del servicio en las líneas regulares a que se refiere el apartado anterior será de dos años a contar del momento en que la línea haya iniciado o inicie su prestación”.

Para la celebración de contratos administrativos especiales, el Real Decreto antes citado en su artículo 12 impone como condición que *“se acredite que la imposición de obligaciones de servicio público no asegure una oferta adecuada en cantidad y calidad”*.

Es consecuencia que se desprende de lo anterior, aún cuando de modo expreso no se disponga en la normativa vigente, que la navegación sujeta a obligación de servicio público o prestada mediante contrato administrativo es plenamente compatible con la prestación simultánea del servicio por otras empresas.

Sentado lo anterior, queda clara una condición indispensable a cumplir por los actos o contratos a través de los cuales se concrete la obligación de servicio público, y es que éstos deben ser ante todo respetuosos con las condiciones de libre competencia. Ello significa que no podrán imponerse a ninguna empresa obligaciones de servicio público que les hagan más gravosa que a las demás la prestación del servicio, ni tampoco establecer condiciones compensatorias que favorezcan a una empresa en perjuicio de las demás que presten el servicio.

De cuanto llevamos dicho se desprende que el establecimiento de las obligaciones de servicio público a través de los contratos a que nos venimos refiriendo exige en todo caso sujeción a las condiciones legalmente previstas. En caso contrario, no podría considerarse como un contrato de los regulados en la ley 27/1992, de 24 de noviembre y en el Real Decreto 1516/1992, de 16 de noviembre, y en consecuencia quedaría vedada la posibilidad de celebrarlo, pues el establecimiento en él de prestaciones compensatorias del riesgo para el contratista, supondría una ruptura frontal del régimen de libre competencia.

Para determinar si el contrato cumple o no las condiciones indicadas, es necesario acudir al contenido del artículo 8.1 del Real Decreto 1516/1992, que antes hemos transcrito. En efecto, dicho artículo junto con la declaración de las líneas que se consideran de interés público y, en consecuencia, susceptibles de la imposición de obligaciones de servicio público, determina las frecuencias mínimas a establecer para cada una de ellas. Concretamente dice, según hemos visto más arriba: *“Las obligaciones de servicio público previstas en este artículo, que tienen carácter de mínimos, son las indicadas a continuación y para las líneas que igualmente se determinan...”*. Puesto que en los

apartados que siguen el artículo en cuestión establece los puertos de origen y de llegada de cada línea es evidente que no cabe hacer ninguna alteración en lo que a estos dos puntos se refiere.

Cuestión diferente es la de si se permite hacer escalas en otros puertos antes de concluir el viaje, que debe ser resuelta en el sentido de que desde el punto de vista contractual no existe inconveniente alguno para aceptarlo, toda vez que de modo expreso se establece en el pliego la posibilidad de ofertar este tipo de variantes (artículo 131.1 de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*), aunque al no preverse ningún criterio de valoración para ellas, su inclusión en la oferta no puede ser tenida en cuenta a efectos de la adjudicación del contrato.

Sin embargo, planteada la cuestión desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos de legalidad que establece la legislación sectorial, resulta claro que si la oferta incluye la navegación a otros puertos no previstos expresamente en el artículo 8.1 antes mencionado, podrían resultar alteradas la condiciones de competencia respecto de dichos puertos al resultar beneficiada la navegación a los mismos por las condiciones ofertadas con carácter general para toda la línea. Sin embargo, este Tribunal no puede determinar a priori si tales consecuencias se producen o no, pues evidentemente ello dependerá del contenido de cada una de las ofertas presentadas. Sólo tras el análisis de las mismas podría llegarse a la conclusión de si las condiciones de la oferta alteran la libre competencia respecto de los puertos no incluidos en el artículo 8.1 por resultar afectados por las condiciones ventajosas establecidas para la prestación del servicio declarado de interés público.

Ello nos debe llevar a considerar que la prescripción 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares en la medida en que autoriza a los licitadores a “proponer otros puertos comerciales, ubicados dentro de la referida Comunidad Autónoma y dentro de las citadas islas, diferentes respectivamente del puerto de Valencia y de los puertos de Ibiza y de Mahón” no es contraria a derecho y, en consecuencia, no debe ser declarada su nulidad.

Octavo. Con respecto de la segunda cuestión planteada que, al igual que la anterior afecta a la prescripción 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares, es decir la relativa a las frecuencias mínimas que deben observarse en los trayectos declarados de interés público, debemos, asimos, resolverla en base a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto 1516/2007 a que tantas veces nos venimos refiriendo.

Dicho precepto dispone que *“las obligaciones de servicio público previstas en este artículo, que tienen carácter de mínimos, son las indicadas a continuación...”*.

El pliego, en la prescripción 3.2 impugnada, establece, en lo que aquí nos interesa, que las frecuencias a observar en determinadas líneas son las siguientes:

- Barcelona-Mahón y viceversa: Un viaje diario, dos días a la semana.
- Valencia-Ibiza y viceversa: Un viaje diario, un día a la semana.
- Valencia -Mahón y viceversa: Un viaje diario, un día a la semana.

Dichas frecuencias son inferiores a las establecidas en el artículo 8.1. Este precepto establece para cada una de ellas un mínimo de tres viajes semanales, que claramente son más de los previstos en el pliego de prescripciones técnicas. Siendo esto así, y puesto que el artículo tantas veces mencionado dispone que las frecuencias establecidas en él tienen el carácter de mínimas, es evidente que la prescripción impugnada incumple en este punto la normativa en vigor y debe en consecuencia ser declarada nula por lo que deberá modificarse de forma que se ajuste a lo dispuesto en el artículo en cuestión.

Frente a ello no cabe argumentar, como hace el órgano de contratación, que de interpretarse en este sentido el artículo 8.1 no tendría sentido la facultad que reconoce el artículo 13 del mismo Real Decreto al órgano de contratación cuando dispone que *“el pliego de cláusulas de cada contrato determinará el plazo máximo de duración del mismo, que no podrá ser superior a cinco años, las condiciones de continuidad, frecuencia y regularidad de los servicios...”*, pues esta facultad de incluir en el pliego cláusulas que establezcan la frecuencia en que deben ser prestados los servicios sólo puede ser interpretada en el sentido de que el órgano de contratación en los pliegos puede exigir una frecuencia superior a la prevista en el Real Decreto, pero nunca inferior.

Procede, en consecuencia estimar en este punto el recurso.

Noveno. La última cuestión que plantea la compañía recurrente, es decir la valoración como mejora el establecimiento de servicio entre la Península y la Sabina (Formentera), debe ser resuelta desde el punto de vista estrictamente contractual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.1 de la Ley de Contratos del Sector Público antes citado, de conformidad con el cual *“cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*, con la particularidad respecto del supuesto contemplado en el apartado séptimo de esta resolución de que en el caso presente sí es aceptable la valoración de tal línea toda vez que el pliego de cláusulas administrativas particulares, en su Anexo I, no sólo prevé esta posibilidad sino que además le asigna una puntuación específica para el caso de que sea ofertada.

Cosa diferente puede ser el planteamiento de esta misma cuestión desde el punto de vista de su adecuación a las normas que regulan las obligaciones de servicio público y la navegación de cabotaje en general. Tal como hemos dicho, al plantear la cuestión equivalente en el apartado séptimo de esta resolución, ésta no puede ser resuelta a priori por el Tribunal, pues llegar a la conclusión de que se adapta o no a las exigencias de la legislación citada dependerá del contenido de la oferta que se formule por los licitadores. En efecto, puesto que la celebración del contrato administrativo especial en relación con los trayectos de líneas de navegación de cabotaje, se justifica por las normas de la Unión Europea y las del derecho interno español por el hecho de que las líneas en cuestión sean consideradas de interés público, al no estar incluida entre éstas, la mencionada entre la Península y La Sabina (Formentera), es claro que no puede resultar afectada por las condiciones que para favorecer la navegación se establecen en los pliegos del contrato y que tienen como objetivo fundamental eliminar el riesgo de pérdida que de la imposición de las obligaciones de servicio público se derivaría.

En consecuencia, dependerá del contenido de la oferta que se presente por cada uno de los licitadores el establecer si las condiciones ofertadas implican mejoras respecto de la

prestación del servicio a La Sabina, que sean determinantes de la ruptura de las condiciones de competencia entre las distintas compañías que presten o aspiren a prestar el servicio. En consecuencia, no es posible de antemano concluir que esta cláusula implica infracción de las normas que regulan la navegación de cabotaje y la prestación de servicios de interés público.

El recurso debe, por tanto, desestimarse también en cuanto a este punto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Don J.R.A.M en representación de COMPAÑÍA TRANSMEDITARRÁNEA S.A. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares de la licitación convocada para adjudicar la gestión de servicios de las líneas marítimas de interés público Península-Baleares, en los siguientes términos:

1º) Declarar ajustada a derecho la prescripción 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares en cuanto dispone que *“En los servicios entre la Comunidad Autónoma Valenciana y las islas de Ibiza y Menorca, el contratista en su oferta puede proponer otros puertos comerciales, ubicados dentro de la referida Comunidad Autónoma y dentro de las citadas islas, diferentes respectivamente del puerto de Valencia y de los puertos de Ibiza y de Mahón, siempre que éstos reúnan las condiciones exigibles en materia de seguridad marítima”*, sin perjuicio de que de los términos de las ofertas presentadas puedan resultar alteradas sustancialmente las condiciones de libre competencia establecidas por la legislación europea y española lo que las haría incompatibles con dicha legislación.

2º) Declarar contraria a derecho y, por consiguiente nula, la prescripción 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares en lo relativo a las frecuencias mínimas que deben observarse en los trayectos declarados de interés público, que deberá ser modificada de forma que se adapte a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto 1516/2007, de 16 de noviembre.

3º) Declarar ajustado a derecho el apartado 5 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto prevé la posibilidad de ofertar adicionalmente el trayecto Península-La Sabina (Formentera), y establece la mencionada oferta como mejora susceptible de valoración a los efectos de adjudicar el contrato. Todo ello, sin perjuicio de que de los términos de las ofertas presentadas resulte que las condiciones contenidas en ellas implican mejoras respecto de la prestación del servicio a La Sabina, que sean determinantes de la ruptura de las condiciones de competencia entre las distintas compañías que presten o aspiren a prestar el servicio.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley, mediante resolución del día 10 de agosto.

Tercero. 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.