



Roj: **STSJ PV 4211/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:4211**

Id Cendoj: **48020330012016100570**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2016**

Nº de Recurso: **446/2015**

Nº de Resolución: **548/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 446/2015**  
**DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO**  
**SENTENCIA NÚMERO 548/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

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

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 446/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: ACUERDO 12-7/2015 DE 19-5-2015 DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA QUE RECHAZA EL REQUERIMIENTO PREVIO A LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO FORMULADO POR LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA CONTRA ORDEN FORAL 167-T/2015 DE 9-2-2015 POR LA QUE SE ADJUDICA EL CONTRATO DE CONCESIÓN ZONAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE REGULAR DE VIAJEROS INTERURBANO POR CARRETERA DE LA COMARCA DE GOIERRIALDEA (LUR Z-04) (CLAVE 13-2014) A LA EMPRESA GOIERRIALDEA S.L.. j.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA-LEHIAREN EUSKAL AGINTARITZA, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

- **DEMANDADAS** : DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA y GOIERRIALDEA, S.L., representadas, respectivamente, por las procuradoras D<sup>a</sup>. BEGOÑA URÍZAR ARANCIBIA y D<sup>a</sup>. PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigidas por los letrados D. ANTÓN IBARGUCHI IBARGUCHI y D. JOSÉ MIGUEL IRURETAGOYENA ALMAZÁN.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** El día 28-7-2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO, actuando en nombre y representación de la AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA- LEHIAREN EUSKAL AGINTARITZA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden Foral 167-T/2015, de 9 de febrero, de la Diputada de Movilidad e Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión zonal del servicio de transporte de viajeros interurbano por carretera en Goierrialdea (LUR Z-04) a Goierrialdea S.L., y contra el Acuerdo 12-T/2015, de 19 de mayo, del Consejo de Gobierno de la misma Diputación Foral que desestimó el requerimiento para la declaración de nulidad de la precitada Orden Foral, previo a este proceso; quedando registrado dicho recurso con el número 446/2015.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estimen íntegramente sus pretensiones.

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

**CUARTO.-** Por Decreto de 1-9-2016 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

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

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

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 25-11-2016 se señaló el pasado día 1-12-2016 para la votación y fallo del presente recurso.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Orden Foral 167-T/2015 de 9 de febrero de la Diputada de Movilidad e Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión zonal del servicio de transporte de viajeros interurbano por carretera en Goierrialdea (LUR Z-04) a Goierrialdea S.L., y contra el Acuerdo 12-T/2015 de 19 de mayo del Consejo de Gobierno de la misma Diputación Foral que desestimó el requerimiento para la declaración de nulidad de la precitada Orden Foral, previo a este proceso.

En el escrito de conclusiones la demandante ha retirado los motivos del recurso expuestos en los fundamentos primero, segundo y tercero de la demanda que concernían, respectivamente, a la prórroga de la concesión del servicio de transporte, a su carácter zonal y a las previsión del Pliego de modificación del contrato para incorporar nuevas prestaciones, limitando el contencioso al motivo desarrollado en el fundamento cuarto del mismo escrito, en cuanto que este último concierne a la validez de la Orden Foral recurrida y no de actos previos, no recurridos, como el Pliego de condiciones de la contratación.

**SEGUNDO.-** En el fundamento cuarto del escrito de demanda se alega la vulneración del artículo 150-2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 porque si bien entre los criterios de adjudicación previstos en la Carátula y el Pliego de condiciones se otorga mayor puntuación (máxima de 51 puntos) al único valorable con arreglo a fórmulas matemáticas respecto a los criterios sujetos a juicios de valor (máximo de 49 puntos) en la aplicación de esos criterios a la valoración de las ofertas presentadas por las tres licitadoras ha resultado preponderante el segundo de los mencionados en cuanto que las diferencias en la puntuación del precio ofrecido han sido de tan solo 3,35 p. entre la más alta y la más baja ( 51-47,65) mientras que en la puntuación de los criterios técnicos ha habido 17 puntos de diferencia entre la más alta y la más baja, y 8 puntos de diferencia entre la primera y la segunda mejor puntuación (89,63 -83,16 y 71,59).

Asimismo, la recurrente alega que el Informe Técnico de Valoración se han introducido subcriterios de valoración de las propuestas no previstos en los Pliegos, una vez abiertos los sobres (nº 2) que contenía las propuestas y documentación necesaria para su valoración y, por lo tanto, sin la publicidad y transparencia exigidas por el artículo.

La demandada considera que esas alegaciones son extemporáneas porque conciernen a determinaciones del PCAP, que ha dado preponderancia a la valoración de la oferta económica con arreglo a las formulas previstas en ese documento respecto a los criterios de la propuesta técnica, sujetos a juicios de valor, de suerte que el mayor peso de los segundos en comparación con el primero, a resultas de las puntuaciones otorgadas a cada una de las ofertas, no es sino la consecuencia de la aplicación de lo previsto en los Pliegos no recurridos por la A.V.C..



Según esa misma parte, las puntuaciones asignadas por el órgano de valoración se han atendido a los siete criterios y subcriterios previstos y descritos en los Pliegos y en el Plan de explotación de la concesión zonal, sin extenderse a aspectos no contemplados en esos documentos; así y en lo que respecta al "Plan de explotación" el PCAP había previsto la distribución de los 16 puntos asignados a esos criterios a razón de 10 puntos a la operativa del servicio (nº de expediciones, mejoras horarias, etc.) y de 6 puntos al plan de organización, gestión y asignación de recursos humanos y medios materiales, señalando la cláusula 14 del PCAP la documentación técnica que debían presentar los licitadores para la ponderación del antedicho criterio y de los otros sujetos a juicios de valor.

**TERCERO.-** El artículo 150-2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 que aprobó el texto refundido de la ley del contratos del sector público dispone:

"¿. 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".

El precepto se refiere inequívocamente a la primera fase de la licitación, esto es, la de su convocatoria con arreglo a los pliegos de condiciones aprobados por la Administración contratante, no en vano los criterios de adjudicación del contrato, como las previsiones sobre la constitución del órgano de valoración o, en su caso, del comité de expertos o organismo especializado conciernen a los Pliegos rectores del procedimiento. Por lo tanto, no puede admitirse la división que hace la recurrente, en lo que atañe a la aplicación del precepto transcrito, entre determinaciones de los Pliegos y resultados de su aplicación en la fase de valoración de las ofertas.

El requisito de preponderancia de los criterios de adjudicación sujetos a fórmula respecto a otros criterios de adjudicación ha de cumplirse en los Pliegos en cuanto que a estos y solo a estos corresponde tal ponderación, con la consecuencia que de no cumplirse aquella regla ha de constituirse el comité de expertos a que se refiere el precepto.

Nótese que la tal comisión de expertos no puede constituirse "a resultas" de la valoración de las ofertas sino que, al menos, el procedimiento para su designación ha de venir establecido por los Pliegos ( artículo 29 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo ) y el organismo técnico especializado que en el mismo supuesto, y en defecto del comité de expertos, debe valorar las ofertas debe identificarse en los pliegos; esto quiere decir, que el supuesto de encomienda de la valoración a uno u otro de los mencionados viene dado por la mayor preponderancia en los Pliegos de los criterios de adjudicación según juicios de valores que de los criterios de adjudicación sujetos a fórmulas.

Así, constituye un verdadero artificio argumental la aplicación de esa regla legal de ponderación "a posteriori", esto es, la comprobación de si ha cumplido la preponderancia atribuida por los Pliegos a la oferta económica, a la vista de las puntuaciones otorgadas a esa propuesta y a la técnica y de la comparación de sus respectivas diferencias.

El hecho de que en la valoración de las propuestas técnicas haya habido más diferencias que en la valoración de la oferta económica no atañe, en absoluto, a la regla de preponderancia del artículo 150-2 del TRLCSP, sino a las condiciones de las ofertas (la económica en las concesiones como la adjudicada por la Orden Foral recurrida, muy determinada por las contraprestaciones de la Administración) sus características y diferencias, y a la evaluación, acertada o no, del órgano competente.

En consecuencia, no puede convertirse una cuestión que concierne a las previsiones de los Pliegos sobre los criterios de adjudicación de las ofertas en una cuestión que atañe a la aplicación de esos criterios, sin haber recurrido antes los Pliegos ni discutido en el recurso interpuesto contra la resolución de adjudicación la conformidad de las valoraciones de las ofertas con los criterios establecidos por aquellos.

La recurrente no ha hecho ni lo uno ni lo otro, sino extrapolar a la fase de valoración de las propuestas, conocido su resultado, una regla de ponderación necesariamente previa a esa fase y, por consiguiente, no susceptible del desdoblamiento o prolongación que implican la interpretación que ha hecho aquella parte del artículo 150-2 del RDL 3/2011 al derivar a un momento del procedimiento de licitación lo que incumbe a un momento anterior.



**CUARTO.-** No se ha acreditado que el Informe de valoración de las propuestas técnicas hubiese introducido criterios de adjudicación distintos o complementarios de los previstos en los Pliegos, con sus respectivas ponderaciones, sino que la puntuación asignada a cada uno de esos criterios o características del objeto contractual sujetos a juicio de valor se ha ajustado a dichos criterios, siete en total, con las ponderaciones adecuadas a su estructura o composición que correspondía hacer al órgano de valoración en ejercicio de su discrecionalidad técnica.

Así es que dentro de los márgenes de esa discrecionalidad y en aras de la mejor motivación de sus evaluaciones lo que hizo el órgano competente fue establecer las pautas a las que debía acomodarse la aplicación de los criterios de adjudicación previstos a los Pliegos, atendida su propia estructura y definición, y por razones inherentes al mismo proceso de valoración.

En efecto, tratándose de elementos de las ofertas valorables con arreglo a juicios de valor y no mediante la aplicación de fórmulas, la sola descripción de los criterios de adjudicación en los Pliegos, por precisa que fuere, no permite su aplicación automática, sino que requiere de la función interpretativa del órgano de valoración, esto es, de la fijación de los parámetros o pautas que acordes a los criterios establecidos en los Pliegos han de servir para la aplicación o concreción de estos al momento de su puntuación.

En particular, y por lo que respecta a la valoración de la "operativa del servicio" (10 puntos, según el Pliego) lo que ha hecho el Informe de valoración fue ponderar la importancia de cada línea en función de su cuota (%) de participación en el kilometraje de todas las líneas, y según los porcentajes (30% y 70%) asignados, respectivamente, a determinados factores objetivos y adecuados a las implicaciones de aquel criterio; y lo mismo cabe decir respecto a las ponderaciones referidas al "plan de organización, gestión y asignación de recurso humanos y medios materiales".

La recurrente, en fin, no ha dado ninguna razón más allá de disquisiciones teóricas, que denoten la extralimitación del mencionado Informe en la ponderación derivada o aplicativa que corresponde al órgano de valoración en la interpretación y aplicación de los criterios establecidos por el Pliego, además de que no puede reprocharse a ese órgano la generalidad o imprecisión de la que, en su caso, adolezcan las determinaciones de los Pliegos.

A la misma conclusión se llega si atendemos a la documentación y contenido de las proposiciones técnicas establecidos por el artículo 14 del PCAP y, por lo tanto, a la adecuación de las puntuaciones a los distintos aspectos de esas proposiciones contemplados en los Pliegos.

En conclusión, el órgano de valoración no ha innovado los elementos o características de las proposiciones técnicas establecidos por los Pliegos a los que debían contraerse sus juicios de valor y tampoco se ha apartado de las ponderaciones fijadas en los Pliegos, sino que los ha interpretado y aplicado con arreglo a unas pautas preestablecidas, iguales para todos los interesados, y que por no tener más alcance que el de servir a la aplicación particularmente motivada de los criterios de adjudicación fijados por los Pliegos no requería de su publicidad anterior a la apertura del sobre 2, en garantía de los principios de transparencia, igualdad y libre competencia invocados por la recurrente con alusión a los artículos 14 de la CE, 1 y 32 del RDL 3/2001, y no a los preceptos de la legislación de defensa de la competencia que legitima la actuación de la A.V.C., con lo cual tampoco podemos apreciar en qué medida la actuación del órgano de valoración ha vulnerado esa legislación.

**QUINTO.-** Hay que imponer las costas del procedimiento a la recurrente, de conformidad con el artículo 139-1 de la Ley Jurisdiccional.

## FALLAMOS

**Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO, en nombre y representación de la AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA-LEHIAREN EUSKAL AGINTARITZA, contra la Orden Foral 167-T/2015, de 9 de febrero, de la Diputada de Movilidad e Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión zonal del servicio de transporte de viajeros interurbano por carretera en Goierrialdea (LUR Z-04) a Goierrialdea, S.L., y contra el Acuerdo 12-T/2015, de 19 de mayo, del Consejo de Gobierno de la misma Diputación Foral que desestimó el requerimiento para la declaración de nulidad de la precitada Orden Foral, previo a este proceso; e imponemos a la recurrente las costas del procedimiento.**

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.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0446 15, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

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

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 14 de diciembre de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD