



Expediente R 28/2018

ACUERDO 85/2018, de 8 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se inadmite la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)” contra el anuncio de la licitación y los pliegos de la concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera entre Pamplona y Soria (NAV-001), promovida por la Dirección General de Obras Públicas del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de mayo de 2018 la Dirección General de Obras Públicas envió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación de la concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera entre Pamplona y Soria, que fue publicado en el DOUE el día 8 de mayo de 2018 con la referencia 2018/S 088-197648. Igualmente el día 4 de mayo de 2018 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación de la concesión.

SEGUNDO.- El día 14 de mayo de 2018 la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)” presenta una reclamación especial en materia de contratación pública contra el anuncio de licitación y pliegos de la concesión, que se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) El incumplimiento de los artículos 14 y 51 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP 2006), al haber incluido como uno de los criterios de adjudicación el compromiso de obtención de la certificación de cumplimiento de la norma UNE-EN 14001 Sistema de gestión ambiental.

Considera la Asociación que los certificados de aseguramiento de la calidad y de las normas medioambientales (artículo 17 LFCP 2006 y Disposición Adicional 5ª LFCP 2006) son documentos ligados a la solvencia o capacitación de las empresas sin que guarden relación con la calidad de la oferta en sí. A su vez la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero recoge las normas de aseguramiento de la calidad y las normas de gestión medioambiental en su artículo 62, es decir, en las normas de capacitación de los licitadores pero no en el artículo 67 sobre los criterios de adjudicación del contrato. En apoyo de sus tesis cita el Acuerdo 1/2011, de 16 de febrero, de la Junta de Contratación Pública y la Resolución 449/2017, de 26 de mayo de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

b) La inexistencia de un estudio económico que analice el periodo de recuperación de la inversión, o en definitiva, el rendimiento y rentabilidad de la concesión, lo que supone un incumplimiento de los principios de concurrencia y transparencia (artículo 21 LFCP 2006) y del artículo 167 LFCP 2006 en relación con los preceptos relativos a los contratos de concesión de obra pública y de los artículos 9 y 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española en lo que hace referencia a la revisión de precios.

De acuerdo con la legislación que cita considera que es la Administración quién ha determinar la viabilidad del servicio y solo así se puede conocer el plazo de la concesión, el precio de la licitación, la tasa interna de retorno de la inversión (TIR), etc. De hecho la Administración es consciente de ello, pero traslada su obligación a los licitadores, a los que se les exige la presentación de un estudio económico completo. Considera que la Administración está licitando un servicio que no sabe si es viable, qué demanda de uso tendrá y que carece de los elementos de juicio indispensables para conocer la viabilidad del servicio.

c) El incumplimiento del artículo 51 LFCP 2006 y del principio de concurrencia ya que únicamente la oferta máxima que sea igual o superior al 10% obtiene el máximo de puntuación prevista en los pliegos, apoyando sus alegación en la Resolución

281/2016, de 9 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En consecuencia solicita que se declare la nulidad del procedimiento de contratación.

TERCERO.- La Dirección General de Obras Públicas aporta el expediente de contratación el día 24 de mayo de 2018 y presenta las siguientes alegaciones a la reclamación, que se transcriben en síntesis:

a) Que el artículo 17 LFCP 2006 se refiere a normas de calidad cuando la certificación exigida en el Pliego no consiste en implantar un sistema de aseguramiento de la calidad sino un sistema de gestión ambiental.

A su vez el artículo 14.2 g) LFCP 2006 se refiere expresa y exclusivamente a los contratos de obras y asistencia por lo que no puede incluirse como criterio de solvencia técnica o profesional de esta concesión.

Respecto a la vinculación con el objeto del contrato que exige el artículo 51 LFCP 2006 y ha corroborado la doctrina de los Tribunales administrativos de contratos (Resolución 546/2016, de 8 de julio, del Tribunal Central; Resolución 75/2016, de 8 de noviembre, del Tribunal de Castilla y León y Resolución 20/2011, de 15 de junio, del Tribunal de la Comunidad de Madrid), señala *“resulta fundamental determinar si existe o no vinculación del criterio con el objeto del contrato y si el mismo conlleva una mejor oferta en la prestación del servicio de transportes objeto del mismo.”* por lo que entiende que al determinar el artículo 51.2 LFCP 2006 que se deben elegir los criterios más adecuados al interés público y disponer el órgano de contratación de amplias facultades para satisfacer dicho interés público, entre los que se encuentra el respeto al medio ambiente (aspecto que contempla el considerando 17 del Reglamento (CE) 1370/2007), la certificación exigida contribuye a la consecución del interés público aludido y vincula el criterio de adjudicación cuestionado al objeto del contrato. En definitiva señala: *“Así la obtención de la certificación UNE-EN 14001 Sistema de*

Gestión Ambiental durante el plazo establecido en el PCAP supone la inclusión en el alcance de la misma de los elementos propios del servicio de transporte objeto de este contrato”.

b) Respecto a la ausencia de un estudio económico de viabilidad señala que los artículos 147, 149 y 150 LFCP 2006 corresponden al contrato de concesión de obras públicas y no al contrato de concesión de servicios.

No obstante, el proyecto de servicio de transporte fue aprobado por el Director General de Obras Públicas por Resolución 213/2018, de 21 de marzo, tras seguirse la tramitación establecida en el artículo 63 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Dicho proyecto contempla, conforme a lo establecido en el artículo 62 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, entre otros, los siguientes apartados:

- El plazo previsto de duración del contrato.
- La evaluación del volumen de los tráfico
- El estudio económico en el que se contempla la estructura de costes, el índice de ocupación previsto, los costes vehículo-kilómetro, los costes viajero-kilómetro y la tarifa de equilibrio.

Señala que se ha considerado necesario que las licitadoras acompañen sus ofertas de un estudio de demanda y de un estudio económico que justifique la viabilidad económica de esas ofertas, en coherencia con la información aportada por la Administración en el pliego, el plazo de duración del contrato y el marco reglamentario establecido para la revisión de las tarifas., por lo que señala que no se han vulnerado los principios de concurrencia y transparencia.

c) Reconoce que, como señala la reclamante, a partir de una baja máxima del 10% es cuando se obtiene la puntuación máxima de 30 puntos, porque se ha usado lo

que denomina “fórmula proporcional corregida”, con la intención de evitar que bajas muy pequeñas o diferencias mínimas consigan una puntuación desproporcionada, porque se estaría distorsionando la ponderación atribuida al precio, señalando varios ejemplos de ello, señalando que cuanto mayor es la baja, mayor esfuerzo se debe realizar para obtener un punto por lo que cuando la baja máxima es pequeña, el mismo esfuerzo económico conlleva una desproporción en la puntuación obtenida.

Por todo ello considera que no se incumple el artículo 51 LFCP 2006, ni el principio de concurrencia, ya que la fórmula proporcional corregida permite otorgar la mayor puntuación a la mayor baja y cuando la mayor baja se sitúa por debajo del 10% se evita que se asignen puntos desproporcionadamente.

En consecuencia solicita que se desestime la reclamación presentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP 2018), al procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, “ratione temporis”, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP 2006), siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

Por el contrario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 124.7 LFCP 2018, en relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), que señala “a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”, *sensu contrario*, a este procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

SEGUNDO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP 2018, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (de la que forma parte el Departamento de Desarrollo Económico) en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 123.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, persona legitimada al tratarse de una asociación representativa de intereses relacionados con el objeto del contrato que formula la reclamación en defensa de los intereses colectivos de sus asociados, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 124.2.a) de la LFCP 2018.

QUINTO.- Se impugnan los Pliegos de un contrato que el poder adjudicador que lo licita califica de concesión de servicios y de “*naturaleza administrativa*” (cláusula 1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-PCAP), significando además que: “...se regirá por lo establecido en este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) y en sus respectivos anexos. En todo lo no previsto en dichos Pliegos, será de aplicación:

- *El Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) Nº 1191/69 y (CEE) Nº 1107/70 del Consejo.*

- *La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT) y demás disposiciones de aplicación a este servicio de transporte de viajeros.*

- *La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP).”*

En cuanto al objeto del contrato, la cláusula 1.1 del PCAP, que lo califica de concesión de servicios, lo describe como el “*servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera entre Pamplona y Soria (NAV-001)*”. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) describe en el apartado 1 el objeto del contrato en idénticos términos que el PCAP y en el apartado 6 establece el sistema tarifario.

Finalmente, la cláusula 29 del PCAP determina lo siguiente:

“Las empresas y profesionales interesados en la licitación y adjudicación del contrato podrán interponer, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, reclamación contra los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, en el plazo de 10 días naturales contados desde el día siguiente al de la notificación o publicación del acto, siempre y cuando esté fundada en alguno de los motivos establecidos en el artículo 210.3 de la Ley Foral de Contratos Públicos y de acuerdo con el procedimiento establecido en la misma.”

Traemos a colación las citadas disposiciones del PCAP y el PPTP debido a que, con independencia de la calificación del contrato y del régimen de reclamaciones que el órgano de contratación haya dispuesto en el Pliego, corresponde a este Tribunal analizar su propia competencia objetiva para enjuiciar la legalidad de los pliegos impugnados, todo ello debido a que la competencia es una cuestión de orden público y la posibilidad de impugnar ante este órgano el Pliego no debe quedar condicionada por una errónea

disposición contenida en el mismo como, adelantamos, sucede en el caso que nos ocupa.

Como ya se ha señalado anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP 2018), al procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, “ratione temporis”, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP 2006).

No obstante, con anterioridad a la fecha de publicación del anuncio de la licitación que nos ocupa se produce un hecho de particular importancia cual es la finalización (el 18 de abril de 2016) del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Si bien dicha transposición no se había llevado a cabo en Navarra en la fecha del anuncio esto no puede impedir el efecto directo de las citadas Directivas, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Como significamos los Tribunales administrativos de contratación pública en el documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición, la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado (artículo

288 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Se trata, pues, de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado el contenido de las mismas (o habiéndose incorporado incorrectamente), las consecuencias jurídicas son, además de las condenas por incumplimiento e indemnizaciones a particulares que el TJUE puede imponer, el efecto directo de la propia Directiva, cumpliéndose ciertos requisitos.

A estos efectos, la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general (STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, y la STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* asunto C-8/81), como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública (STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97 y la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04) tiene dicho, en síntesis, que el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente claros, precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

Como también señalamos en el documento citado, la reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial (en nuestro caso reclamación), máxime cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

La nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recursos, como bien se advierte en considerando 122 de la Directiva 2014/24 al declarar que *“Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva”*. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas Directivas en los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones, que dice ahora:

“1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”.

La conclusión final que se extrae, en lo que aquí interesa, en el documento citado es la siguiente:

“De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Así se debe interpretar el inciso del referido precepto cuando dice “...cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública...”, en tanto obliga a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual (lo que se refiere, fundamentalmente, a las Directivas de contratación pública).

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo.”

En definitiva, como resume el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 738/2017, de 5 de septiembre de 2017:

“Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.”

SEXTO.- La Directiva 2014/23, de concesiones, define en su artículo 5.1.b) el contrato de concesión de servicios en los siguientes términos:

“...un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más

operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Por su parte, la LFCP 2006 definía la concesión de servicios en el apartado 5 de su artículo 4, en estos términos: *“Se entiende por contrato de concesión de servicios, aquel en el que una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o concedente encarga a un empresario o profesional denominado concesionario la prestación de un servicio de los enumerados en el Anexo II de esta Ley Foral a cambio de una retribución consistente en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio”.*

Y la hoy vigente LFCP 2018 lo hace de la siguiente manera en su artículo 32: *“El contrato de concesión de servicios es aquel cuyo objeto sea la prestación de un servicio en el que la retribución consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio, transfiriendo al concesionario el riesgo operacional”.*

Como se puede apreciar las definiciones se asemejan, aunque en la LFCP 2018 se añade la expresamente el elemento “transmisión del riesgo operacional”, que en la Ley Foral de 2006 no se expresaba aunque, conforme a la jurisprudencia comunitaria (artículo 21 de la LFCP 2006), debía entenderse ínsito en el negocio concesional.

Pues bien, el contrato que nos ocupa, atendiendo a las cláusulas del Pliego que lo rige, encajaría claramente dentro del concepto de contrato de concesión de servicios pues, además de calificarse así expresamente en el Pliego, efectivamente se transfiere al concesionario el riesgo operacional en la explotación de un servicio a prestar para el público en general.

¿Quiere esto decir que por ello la licitación del contrato está sujeta a las normas que en materia de reclamación especial se recogen en la normativa contractual? Como vamos a ver, la respuesta es negativa.

La Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, dispone en su artículo 10, referido a las exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, lo siguiente:

“3. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (22), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) n° 1370/2007 (el subrayado es nuestro).”

El mandato de la Directiva es claro, preciso e incondicionado por lo que, conforme a lo anteriormente expresado, es directamente aplicable en tanto no sea transpuesto al ordenamiento interno. Por ello, como también se ha expresado, dependiendo el objeto del recurso especial en materia de contratación del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública, el precepto implica, en el caso que nos ocupa, *“que se trata de un contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera sujeto a la normativa especial contenida en el Reglamento (CE) n° 1370/2007, por lo que se encuentra expresamente excluido de la normativa de la DC (artículo 10.3) y por lo tanto, del régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa*

contenidas en las Directivas comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE” (Resolución del TACRC nº 738/2017, de 5 de septiembre de 2017, en un supuesto similar) .

A mayor abundamiento la cláusula 1.3 del PCAP determina que el contrato de concesión “...se regirá por lo establecido en este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) y en sus respectivos anexos. En todo lo no previsto en dichos Pliegos, será de aplicación:

- El Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) Nº 1191/69 y (CEE) Nº 1107/70 del Consejo.

- La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT) y demás disposiciones de aplicación a este servicio de transporte de viajeros.

- La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP).”

Pues bien, el artículo 5, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1370/2007 dispone lo siguiente:

Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de concesión de servicios (el

subrayado es nuestro) *en la acepción de dichas Directivas. No se aplicarán los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE*”.

En conclusión, en la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios frente al que se reclama (4 de mayo de 2018) este Tribunal ya carecía de competencia objetiva para resolver sobre la legalidad de los Pliegos reguladores del contrato.

SÉPTIMO.- El día 7 de abril de 2018 entra en vigor la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, en cumplimiento de lo previsto en su Disposición Transitoria Primera. Como se significa en el Preámbulo de la norma, una de sus finalidades, la principal, es transponer *“las Directivas, denominadas de cuarta generación, que conforman el nuevo paquete europeo en materia de contratación pública y que derogan a la anterior Directiva 2004/18/CE. Se trata de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y la novedosa Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de la que no existe precedente en la normativa europea”*.

El día 14 de mayo de 2018, es decir, poquísimos días después de la entrada en vigor de la nueva norma, se interpone la reclamación especial en materia de contratación pública que nos ocupa.

Como ya hemos significado, si bien al procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, *“ratione temporis”*, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la LFCP 2006, siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada, por el contrario, a este procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

Por ello, a los efectos que aquí interesan, deberemos tener en cuenta el precepto recogido en el artículo 7, apartado 1, letra a) de la LFCP 2018, que determina la

exclusión del ámbito de aplicación de la Ley Foral, por razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica, de las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

Dicha exclusión no es otra cosa que la fiel transposición del mandato recogido en el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que excluye de su ámbito de aplicación las concesiones de servicios relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007.

Pues bien, existiendo dicha exclusión, el contrato de concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera entre Pamplona y Soria (NAV-001), promovido por la Dirección General de Obras Públicas del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra, queda fuera del ámbito objetivo de aplicación de la LFCP 2018 y, por ello, en aplicación del artículo 122 de la misma norma, este Tribunal carece de competencia para enjuiciar su legalidad. Por ello, la reclamación especial formulada debe ser inadmitida.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127.2 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Inadmitir la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET) contra el anuncio de la licitación y los pliegos de la concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera entre Pamplona y Soria (NAV-001), promovida por la Dirección General de Obras Públicas del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra.

2º. Notificar este Acuerdo a la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET) y a la Dirección General de Obras Públicas del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra, así como ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 8 de agosto de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.