

10/11/2021

Javier Manchado de Armas - Marta Guerrero Rodrigálvarez

---

La situación generada por el COVID-19 ha tenido un impacto extraordinario en la práctica totalidad de sectores de la actividad económica, pero, sin duda, el ámbito de la contratación con el Sector Público (en particular, en relación con el transporte público regular de viajeros por carretera) se ha visto particularmente afectado por las restricciones de movilidad y de ocupación de vehículos impuestas por razones sanitarias.

Muestra de ello es que ya desde el inicio de la pandemia se ha venido aprobando normativa *ad hoc* para abordar el impacto de la situación sanitaria en los contratos celebrados con el Sector Público en general y en el ámbito del transporte, en particular. Así, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, introdujo unas primeras medidas para tratar de compensar y restablecer el equilibrio económico-financiero de aquellos contratos ya en ejecución a la fecha de su entrada en vigor, y que se habían visto afectados por la crisis sanitaria.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica en los ámbitos de transportes y vivienda, concretó algunas de dichas medidas en el ámbito del transporte por carretera (concretamente, para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado y determinados contratos de concesión -los de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; conservación y explotación de las autovías de primera generación y áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado-), especificando las condiciones determinantes de su adopción y el alcance que podían revestir las mismas. Asimismo, a finales de 2020 -en concreto, mediante el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes-, dada la necesaria continuidad de muchas de las medidas sanitarias adoptadas para contener la pandemia y, por tanto, de sus efectos, se extendió la posibilidad de aplicar medidas de reequilibrio o compensación para paliar los mismos en el periodo comprendido entre la finalización estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (22 de junio de 2020) y el 30 de junio de 2021 para aquellos contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general.

También en el ámbito autonómico se ha aprobado normativa con la misma finalidad compensatoria respecto de aquellos contratos de concesión de servicios de transporte público regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad autonómica. A modo de ejemplo, pueden citarse el Decreto-ley andaluz 32/2020, de 9 de diciembre o el Decreto-ley 13/2020, de 23 de noviembre, aprobado en el ámbito autonómico balear. Es más, algunas Comunidades Autónomas (sería, por ejemplo, el caso de Cantabria -Decreto 51/2020, de 31 de julio-) han optado por la concesión directa de subvenciones a los operadores de transporte de viajeros por carretera destinadas a compensar el déficit de explotación originado en la prestación de estos servicios como consecuencia de las medidas impuestas por razones sanitarias.

A efectos de la presente opinión, lo relevante es que todas estas normas aluden, además de, por supuesto, a la excepcionalidad de la situación producida como consecuencia del COVID-19, al incremento de costes y reducción de ingresos -ambos extraordinarios- producidos a los prestadores de dichos operadores en el ámbito del transporte por carretera (gestores de servicios de transporte o concesionarios). Y es que la justificación empleada por la normativa citada para introducir dichas medidas de compensación radica precisamente en dichos efectos y en la imperiosa necesidad de mantener dichos servicios públicos de transporte por carretera.

Parece innecesario remarcar que la normativa referida resulta únicamente aplicable a aquellos contratos ya en ejecución en el momento en que se adoptaron las restricciones y que, por tanto, vieron afectados sus previsiones de costes-ingresos y, por tanto, los resultados de explotación derivados de su ejecución. Sin embargo, no se refieren, o no de forma expresa al menos, a cómo dichas medidas deben afectar al cálculo del presupuesto o condiciones rectoras de aquellos contratos (ya sea en el ámbito del transporte u otros) que estaban en proceso de licitación cuando entraron en vigor dichas medidas.

No obstante, alguna disposición autonómica sí ha asumido el impacto económico de las medidas adoptadas en las licitaciones en curso. A modo de ejemplo, cabe citar el Decreto -ley Foral 5/2020, de 20 de mayo, aprobado en Navarra, que, con motivo de la declaración del primer estado de alarma, permitió a los licitadores o adjudicatarios retirar las ofertas presentadas antes de la adjudicación o formalización de los contratos, respectivamente, sin consecuencia alguna, argumentando que las condiciones ofertadas habían devenido antieconómicas con motivo de dicha declaración.

Adicionalmente, en la práctica sí se ha planteado el debate sobre en qué medida la crisis sanitaria debía impactar en la regulación de los contratos objeto de licitación estando vigentes ya las medidas y restricciones derivadas de la misma. Han sido de hecho varios los licitadores que han recurrido anuncios de convocatorias y pliegos de licitaciones con base, precisamente, en que el impacto de las circunstancias y medidas sanitarias no había sido considerado en las estimaciones de costes, ingresos y demanda de viajeros realizadas para fijar los términos y condiciones rectoras de los contratos.

Y, como ocurre con más frecuencia de la deseable, la respuesta de los distintos Tribunales de recursos contractuales de las distintas Comunidades Autónomas no ha sido siempre la misma pese a que el supuesto de hecho planteado en todos estos casos -y la justificación invocada- podría considerarse, en lo esencial, común.

El **Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía** parece haber sido el que en más ocasiones ha resuelto impugnaciones por este motivo. Por todas, cabe citar la Resolución 103/2021, de 25 de marzo, por la que resuelve el recurso especial

interpuesto por un potencial licitador frente a los pliegos rectores de un contrato de concesión del servicio público municipal de transporte urbano colectivo de viajeros y servicios complementarios. En el recurso, según señala la Resolución, se denunciaba que “*el estudio de viabilidad en el que se encuentran recogidas las estimaciones de costes, ingresos y demanda prevista de viajeros, entre otras, que han servido para fundamentar las concretas previsiones de los pliego, fue elaborado hace más de un año, sin tener en cuenta, por tanto, el actual contexto de crisis sanitaria y económica derivada del COVID-19 y sus innegables efectos en el transporte de viajeros, en general, y en la presente licitación, en particular*”. En definitiva, se alegaba que el régimen económico del contrato venía determinado por un estudio que partía de datos y previsiones irreales, al haberse proyectado sobre una realidad inexistente, y que, por tanto, resultaba inviable desde una perspectiva económica por el desequilibrio con el que nacía *ab initio*, que debía determinar su nulidad de pleno Derecho.

Por su parte, la Administración contratante justificaba sus estimaciones en que el plazo de ejecución del contrato (diez años) ofrecía un horizonte temporal lo suficientemente largo para que el impacto de la crisis sanitaria en su ejecución fuera mínimo y en que en todo caso podría acudir a los mecanismos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público para reequilibrar el contrato si la situación persistiese.

El Tribunal estima finalmente el recurso: anula tanto los pliegos de la licitación del contrato como todos los actos dictados en el expediente de contratación y obliga a convocar una nueva licitación. Fundamenta dicha estimación en que es innegable que la pandemia ha originado nuevos costes (compra de mascarillas y labores de desinfección e higienización de los vehículos), a la vez que una cuantiosa merma de ingresos por las restricciones de movilidad y limitaciones en el número de ocupación de viajeros, para la explotación de este tipo de concesiones, y en que, pese a lo propugnado por el órgano de contratación, el riesgo operacional inherente a este tipo de concesiones no puede amparar que el contrato nazca desequilibrado desde el inicio en beneficio de la Administración, pues ello supondría un enriquecimiento injusto en su favor. Además, destaca el Tribunal que el pliego no contemplaba la posibilidad de modificar el contrato y que, frente a lo que señalaba el órgano de contratación, una modificación *a posteriori* para el restablecimiento del equilibrio encontraría difícil encaje en las cláusulas generales previstas en el artículo 205 LCSP pues, teniendo en cuenta el tiempo de pandemia transcurrido a la fecha de la licitación, sería difícil argumentar la concurrencia de “*circunstancias imprevisibles*”.

En el mismo sentido, cabría citar también las Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 54/2021 y 55/2021, de 18 de febrero o 27/2021, de 4 de febrero, entre otras.

Ante pretensiones y argumentaciones similares de otros licitadores, sin embargo, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra** ha desestimado los recursos en los que se planteaban. Así, mediante su Acuerdo 89/2020, de 9 de octubre, resolvió el recurso por el que un licitador impugnaba los pliegos rectores de un contrato de concesión del servicio de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera con base en la inviabilidad de la concesión y en que el precio fijado era insuficiente e inadecuado al mercado, por haberse basado en los datos de explotación correspondientes al periodo 2015-2018 aportados por la anterior concesionaria, obviando con ello las importantes consecuencias de la pandemia y su impacto en las previsiones de ingresos y gastos. Es cierto que, a diferencia del supuesto anterior, en este caso, el órgano de contratación justificó que se habían excluido pretendidamente los datos de 2019, en los que se habría producido un incremento sustancial de

la demanda, de la estimación de los datos de explotación, así como que sí se había previsto también el coste de limpieza de los vehículos y, en ambos puntos, podría encontrarse una diferencia que justificara el diferente sentido de la resolución.

Aun así, pueden encontrarse respuestas distintas a argumentos similares. Así, el Tribunal navarro estima razonable el argumento del órgano de contratación sobre que el plazo de duración de la concesión, de seis años, permitiría atenuar cualesquiera efectos de la COVID-19, mientras que el andaluz, en la Resolución antes comentada, consideró que la alegada dilución de los efectos de las medidas adoptadas en el plazo de diez años de la concesión no permitía justificar que el contrato naciera desequilibrado desde el inicio. Adicionalmente, el Tribunal navarro insistió en la necesidad de que fuera el recurrente quien acreditara la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato y, en definitiva, la falta de razonabilidad o el error o arbitrariedad de los datos considerados por la entidad contratante en la fijación del precio del contrato, aspecto en el que no insistió el Tribunal andaluz, posiblemente, porque el órgano de contratación centró su argumentación en la dilución de los efectos de la crisis sanitaria a lo largo del contrato y en la posibilidad de acudir a los mecanismos generales de reequilibrio de los contratos previstos en la normativa.

Por su parte, el **Tribunal Catalán de Contratación del Sector Público** (Resolución 387/2020, de 2 de diciembre) resolvió el recurso especial interpuesto frente a la resolución de adjudicación de un contrato de concesión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en autobús, por razón de la nulidad de los pliegos, también con base en que los pliegos se habían elaborado sobre una realidad, distinta a aquella sobre la que se aplicaría, dada la drástica reducción del número de viajeros y demás medidas adoptadas por las autoridades y el consecuente impacto en los ingresos y costes del servicio. En el supuesto planteado, además, se añadía que en los años transcurridos desde la elaboración de los pliegos se había venido desarrollando una infraestructura ferroviaria con la que habría de competir a partir de determinado año. Se justificaba, en definitiva, por el recurrente nuevamente que el contrato nacería desequilibrado desde el inicio.

En este caso, la desestimación de dicho argumento se basó fundamentalmente en razones procedimentales de extemporaneidad y legitimación, dado que los pliegos no fueron impugnados en su momento y el recurrente no ostentaba la condición de adjudicatario ni su oferta era la segunda mejor clasificada. El Tribunal omitió pronunciarse sobre los motivos de fondo invocados tanto por el recurrente como por el órgano de contratación, que aludió, como ya hicieran otros, a que el concesionario era quien había de asumir el riesgo operacional durante el plazo de duración del contrato, que el órgano de contratación había valorado la posibilidad de alterar las condiciones del contrato y optado por no hacerlo por lo que no cabía rectificar dicha decisión vía recurso, etc.

En definitiva, considerando lo anterior, lo cierto es que los actos dictados en aquellos procedimientos de licitación de contratos que se basen en datos y estimaciones económicas anteriores a la crisis sanitaria originada por el Covid y que no hayan considerado, por tanto, el impacto de las medidas adoptadas a raíz de la misma en el régimen económico del contrato, serán *a priori* susceptibles de ser impugnados por este motivo, lo que constituye un aspecto a considerar tanto por los órganos de contratación, como por los licitadores. Su éxito o viabilidad variará, sin embargo, en función de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso y, en particular, de los pronunciamientos precedentes de los Tribunales y órganos especializados a los que corresponda la resolución de los recursos correspondientes.