



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 329/2023

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Educación, Formación Profesional y Empleo (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 11 de octubre de 2023 (COMINTER 240801), sobre resolución de contrato del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de transporte escolar (exp. 2023_328), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de noviembre de 2021 se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de transporte escolar de la Consejería con competencias en materia de Educación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Su cláusula 1 establece que el Acuerdo Marco, *“como sistema de racionalización técnica de la contratación, tiene por objeto la determinación de las empresas adjudicatarias, de los porcentajes mínimos de descuento por cada lote que se les adjudique (sobre los precios de referencia establecidos en el anexo I), así como de las condiciones generales de los servicios y los términos básicos a los que habrán de ajustarse los contratos basados en el Acuerdo Marco para prestar los servicios de transporte escolar, cuya gestión corresponda a la Dirección General competente en materia de servicios escolares complementarios (en adelante, Dirección General competente)”*.

Se proclama que el Acuerdo Marco será de aplicación obligatoria para la realización de las rutas de transporte escolar cuya gestión corresponda a la Dirección General competente y que tales servicios de transporte se contratarán mediante contratos basados en el Acuerdo, cuya adjudicación se efectuará convocando a las partes a una segunda licitación, que se desarrollará conforme a lo previsto en la cláusula 29.2 del pliego.

El servicio consiste en el traslado de los alumnos desde la localidad o zona donde se encuentren sus domicilios al centro docente, conforme a la ruta y las paradas que se definan para cada uno de los servicios de transporte escolar objeto del Acuerdo Marco.

Según la cláusula 4, el Acuerdo Marco tiene una duración de cuatro años sin posibilidad de prórrogas. Sólo podrán adjudicarse contratos basados en el Acuerdo Marco durante la vigencia de éste. Durante la vigencia del Acuerdo Marco sólo se podrán contratar los servicios de transporte escolar gestionados por la Dirección General competente con las empresas adjudicatarias del mismo, y en las condiciones que se fijan en el pliego.

A efectos de adjudicación del Acuerdo Marco y de la formación de lotes para la adjudicación de contratos basados se definen diversas zonas de transporte escolar, cada una de las cuales constituye un lote. La cláusula 18 establece el número de empresas a seleccionar por cada zona/lote para formalizar el Acuerdo Marco.

Los criterios de valoración de las ofertas se establecen en la cláusula 17, conforme al siguiente detalle:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN..... PUNTUACIÓN MÁXIMA

1. Oferta económica40 puntos

2. Prestaciones adicionales

2.1 Aumento de plazas por adscripción de medios35 puntos

2.2 Adaptabilidad en los itinerarios25 puntos

Puntuación total100 puntos

Según la cláusula 20, no se exige la constitución de garantía para concurrir al Acuerdo Marco.

De conformidad con la cláusula 23, la ejecución del Acuerdo Marco se llevará a cabo mediante la adjudicación de los contratos basados en el mismo, los cuales se realizarán a riesgo y ventura de los contratistas, con sujeción a las condiciones establecidas en los pliegos, en los documentos de licitación para la adjudicación de los contratos basados, así como en las ofertas de las empresas adjudicatarias.

La cláusula 26 dispone que la resolución del Acuerdo Marco, además de en los supuestos señalados en los artículos 211 y 313.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), procederá por el incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales por el pliego, entre las cuales se encuentra *“La presentación de oferta válida en los contratos basados, salvo causa justificada manifestada por la empresa”*. Se precisa, asimismo, que *“El incumplimiento de las anteriores obligaciones esenciales solo acarreará la resolución del Acuerdo Marco respecto de las empresas incumplidoras”*.

De conformidad con la cláusula 29, *“Una vez celebrado el Acuerdo Marco y adoptado, en cada caso, el descuento mínimo para la ejecución de servicios de transporte escolar, la Consejería competente en materia de educación procederá a contratar los servicios que fueran precisos en cada momento. Se celebrará un contrato basado por cada lote de rutas de transporte escolar de los que se definan por la Consejería en cada proceso de licitación”*.

La cláusula 29.2, dedicada al procedimiento de adjudicación de los contratos basados, establece que *“de conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la LCSP, la adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco se realizará invitando a las empresas parte de éste a una nueva licitación, que tendrá lugar con arreglo al siguiente procedimiento:*

1. Por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas parte del Acuerdo Marco en las respectivas zonas de transporte escolar a las que afecte la licitación que cumplan el requisito de solvencia en función del presupuesto de los distintos lotes...

(...)

4. Las empresas parte del Acuerdo Marco estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación de uno o varios de los lotes de las zonas de transporte de las que fueran adjudicatarias del Acuerdo Marco, salvo causa justificada.

(...)

6. Las empresas presentarán oferta por un precio cierto por cada lote igualando al menos o mejorando el porcentaje de descuento sobre el presupuesto de licitación que fue ofrecido para la adjudicación del Acuerdo Marco, que tiene la condición de mínimo.

(...)

Igualmente deberán mantener o aumentar, en caso de que sea posible, su oferta de prestaciones adicionales respecto a las ofertadas en su día en la licitación del Acuerdo Marco (...) Por tanto, se considerarán no válidas aquellas ofertas que ofrezcan porcentajes de descuento (criterio de valoración 1) o prestaciones adicionales (criterio de valoración 2) inferiores a los que la empresa hubiera ofrecido para la adjudicación del Acuerdo Marco, por lo cual no serán objeto de valoración, en su caso”.

La cláusula 36 dispone que “no procede la revisión de precios en la presente contratación”.

SEGUNDO.- Por Orden de 24 de mayo de 2022 de la Consejería de Educación, se adjudican los doce lotes que integran el Acuerdo Marco a las empresas licitadoras, conforme al detalle contenido en el apartado tercero de la parte dispositiva. En él, la empresa “Autocares Águilas, S.L.” resulta adjudicataria en los siguientes lotes/zonas, con las mejoras ofertadas en relación al porcentaje de descuento sobre el precio, ampliación de plazas y ampliación de recorrido, que a continuación se detallan:

- Lote 2, Zona B: porcentaje de descuento ofertado, 4%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 3, Zona C: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 4, Zona D: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 5, Zona E: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 6, Zona F: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 7, Zona G: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 9, Zona I: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.
- Lote 12, Zona L: porcentaje de descuento ofertado, 1%; ampliación de plazas, Sí; ampliación de recorrido, Sí.

TERCERO.- El 8 de octubre de 2022 se procede a formalizar el Acuerdo Marco con la empresa “Autocares Águilas, S.L.”. El plazo cuatrienal de vigencia del Acuerdo comienza el día siguiente al de la formalización.

CUARTO.- Tras la formalización del Acuerdo Marco, se procede a invitar a la licitación de los contratos basados de cada zona-lote que se van tramitando a todas las empresas parte del Acuerdo Marco; entre ellas, se invita a “Autocares Águilas, S.L.” para las siguientes licitaciones:

- Número de Expediente 15035/2023: lote 4-zona D
- Número de Expediente 15036/2023: lote 5-zona E
- Número de Expediente 15049/2023: lote 6-zona F
- Número de Expediente 15061/2023: lote 3-zona C
- Número de Expediente 15064/2023: lote 7-zona G

QUINTO.- Tras ser invitada a participar en la licitación de contratos basados correspondientes al Lote 4-zona D, la oferta presentada por la empresa no igualaba ni mejoraba a la presentada para el Acuerdo Marco en el que se basa, tal y como se exige en la cláusula 29.2 del PCAP. En concreto, la oferta económica para los contratos basados del lote no igualaba ni mejoraba el porcentaje de reducción sobre el precio ofertado en la licitación del Acuerdo Marco, pues contenía un redondeo en el tercer decimal que impide llegar al 1 % previsto en el Acuerdo. Asimismo, no ofrecía la ampliación de plazas y de recorridos a que se comprometió la empresa en la licitación del Acuerdo y que aceptó expresamente en la formalización de éste.

Detectadas estas circunstancias por la Mesa de Contratación constituida el 12 de junio de 2023, se solicita

aclaración a la empresa, que no contesta. Tras lo cual se requiere a la empresa que justifique la presentación de oferta irregular, de conformidad con lo previsto en la cláusula 29.2, apartado 4 PCAP.

En escrito fechado el 5 de julio de 2023 (se desconoce la fecha de presentación del mismo ante la Administración), la empresa manifiesta que *“en estos últimos meses ha habido una subida generalizada de los costes relacionados con el servicio de transporte objeto de la presente licitación; teniendo especial afección los principales gastos de la empresa como son: (i) gastos de personal relacionados con conductores y acompañantes (cuyo incremento según convenio es superior al 7,5%), (ii) el combustible de los vehículos (incremento actual del 10% respecto a 2021), (iii) el mantenimiento y reparación de vehículos, (iv) así como los gastos indirectos”*.

Dichas subidas han hecho imposible mantener las condiciones indicadas en la oferta presentada para el acuerdo marco, sin reducir la calidad del servicio ofertado, de modo que considera la empresa *“prácticamente inviable llevar a cabo las prestaciones objeto de la presente licitación a las condiciones económicas propuestas, que al día de hoy resultan insuficientes para que cualquiera empresa de transporte pueda operar con una mínima rentabilidad”*

Valorada la documentación presentada por la empresa, la Mesa de Contratación considera que no ha justificado debidamente la presentación de oferta irregular para los lotes D1, D2, D3 y D4, por lo que propone el inicio del procedimiento de resolución del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula 26 del PCAP.

SEXTO.- En el lote 5-Zona E, tras ser invitada el 6 de junio de 2023, a través de la Plataforma de Contratación del Estado, a la licitación de un contrato basado correspondiente a dicho lote y zona, la empresa no presenta oferta, por lo que la Mesa de Contratación, en sesión de 19 de junio de 2023, la requiere para que justifique su proceder.

La justificación presentada por la empresa en escrito fechado el 12 de julio de 2023 es idéntica a la expresada en relación al lote 4-Zona D y que se ha transcrito parcialmente en el Antecedente quinto de este Dictamen. La Mesa de Contratación, en sesión de 17 de julio de 2023, no entiende justificada la no presentación de oferta válida, toda vez que las alegaciones de subidas de costes no se han acompañado de documentación acreditativa. Propone el inicio del procedimiento de resolución contractual.

SÉPTIMO.- En el lote 6-Zona F, la empresa nuevamente presenta una oferta para los contratos basados de dicho lote y zona que no iguala ni mejora la presentada a la licitación del Acuerdo Marco en los apartados de *“mejoras de la calidad del servicio”*, pues no ofrece adaptabilidad de itinerarios ni aumento de plazas, cuando en la oferta presentada al Acuerdo Marco sí se comprometía a ofrecerlos en los contratos basados para este lote y zona.

Detectadas estas circunstancias por la Mesa de Contratación constituida el 5 de julio de 2023, se solicita aclaración a la empresa, que no contesta. Tras lo cual se requiere a la mercantil para que justifique la presentación de oferta no válida, a lo que procede mediante escrito fechado el 18 de julio de 2023, que reproduce los argumentos ya conocidos y relativos al incremento de costes.

Tales justificaciones son rechazadas por la Mesa en sesión de 24 de julio de 2023, que propone el inicio del procedimiento de resolución contractual.

OCTAVO.- En el lote 2-Zona B, tras ser invitada el 30 de agosto de 2023, a través de la Plataforma de Contratación del Estado, a la licitación de los contratos basados correspondientes a dicho lote y zona, la empresa no presenta oferta. La Mesa de Contratación, en sesión de 7 de septiembre de 2023, requiere a las empresas invitadas a la licitación que no han cumplido su compromiso de presentar oferta para que justifiquen su proceder. La empresa “Autocares Águilas, S.L.” no consta entre las intimadas al efecto por la mesa.

NOVENO.- En el lote 3-Zona C, la empresa no presenta oferta para un contrato basado en el Acuerdo Marco, según advierte la Mesa de Contratación en sesión de 3 de agosto de 2023. En la documentación que obra en el expediente adjunto a la consulta no consta que se requiriera a la empresa a aclarar y justificar la ruptura del compromiso adquirido con la firma del Acuerdo Marco.

DÉCIMO.- En el lote 7-Zona G, la empresa no presenta oferta, según advierte la Mesa de Contratación en sesión de 3 de agosto de 2023. En la documentación que obra en el expediente adjunto a la consulta no consta que se requiriera a la empresa a aclarar y justificar la ruptura del compromiso adquirido con la firma del Acuerdo Marco.

UNDÉCIMO.- En el lote 12-Zona L, la empresa no presenta oferta, según advierte la Mesa de Contratación en sesión de 7 de septiembre de 2023. En la documentación que obra en el expediente adjunto a la consulta no consta que se requiriera a la empresa a aclarar y justificar la ruptura del compromiso adquirido con la firma del Acuerdo Marco.

DUODÉCIMO.- Por Orden de la Consejería de Educación, de 1 de septiembre de 2023, se acuerda incoar procedimiento de resolución del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de transporte escolar de la Consejería con competencias en materia de Educación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con número de expediente SG/CA/15027/2021, suscrito por la empresa "Autocares Águilas, S.L.", el 8 de octubre de 2022.

Tras detallar los incumplimientos de las obligaciones asumidas por la empresa firmante del Acuerdo Marco, la Orden señala que *"la Mesa de contratación ha plasmado en las actas de todas las licitaciones en las que ha concurrido la empresa AUTOCARES ÁGUILAS, S.L., que ésta no ha justificado debidamente la no presentación de oferta válida, limitándose a emitir afirmaciones genéricas sobre el coste de la vida, sin ningún tipo de acreditación documental. También ha quedado patente el hecho de que la citada empresa no ha presentado oferta o [ha] presentado oferta no válida en todas las invitaciones efectuadas a día de la fecha. Como consecuencia de lo anterior, procede iniciar el procedimiento de resolución del Acuerdo Marco efectuado por la empresa"*.

Consta en el expediente que la referida orden de incoación del procedimiento de resolución contractual se notifica a la empresa el 9 de septiembre de 2023.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 18 de septiembre de 2023, el representante de la empresa presenta alegaciones para oponerse a la resolución del Acuerdo Marco.

Afirma que la obligación de presentar oferta válida en los contratos basados encuentra su excepción cuando exista una causa justificada por la empresa para no hacerlo, tal y como recoge el PCAP en su cláusula 26. En cada ocasión en que la Administración ha requerido a la empresa para justificar la no presentación de oferta válida, aquélla ha cumplimentado el requerimiento y lo ha justificado.

La justificación *"se basa en el desfase entre el precio establecido en el acuerdo marco y la elevación desmesurada de costes que se ha producido hasta la fecha actual, que más adelante se dirán y documentarán, lo que supondría a mi representada no solo incumplir el contrato en fase ejecución sino que, además y junto a ello, abocar en ruina. Estamos ante un flagrante desequilibrio económico del contrato, y su cumplimiento conllevaría un enriquecimiento injusto de la administración contratante, que mi representada no está obligada a soportar. El aumento de la actividad económica que ha tenido lugar tras la pandemia y las fuertes tensiones comerciales que se han producido tras la invasión de Ucrania han provocado un incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos públicos que está perturbando seriamente las relaciones contractuales entre la Administración pública y sus contratistas"*.

De forma más específica señala que los gastos de personal de conductores y acompañantes se han incrementado un 7,5% con ocasión de la entrada en vigor en 2022 del convenio colectivo sectorial aplicable; que los gastos de combustible han subido un 10%; y que el coste de mantenimiento y reparación de los vehículos también se ha incrementado fuertemente.

"Según el observatorio de costes del Transporte de Viajeros en Autocar (documento que utiliza la Consejería para realizar los cálculos), la explotación de un autobús de tamaño medio (39 a 55 plazas) cuesta el 1 de julio de 2023 105.561,28€, mientras que a 1 de enero de 2021 el coste es de 91.282,94 €, lo que supone un incremento del 15,64%".

Entiende la empresa que, para corregir el desequilibrio económico indicado, procede incrementar el precio pactado al amparo de lo establecido en el artículo 205.2, b) LCSP y con invocación expresa de la teoría del riesgo imprevisible, pues se trataría de circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en que tuvo lugar la licitación.

Dicha alza del precio vendría amparada por el artículo 72, c) de la Directiva 2014/14/UE y el artículo 205 LCSP, que habilitaría para realizar una modificación no prevista en el Acuerdo Marco, en el entendimiento de que la variación del precio no tendría la condición de modificación esencial del Acuerdo.

Alega la empresa que *“lo único que se pretende es justificar la concurrencia de causa imprevisible, a efectos de modificar el precio del contrato con base en el supuesto previsto en el artículo 205.2.b) LCSP. Si bien, lo que igualmente se pretende con la medida de modificar el contrato es restablecer el equilibrio económico del contrato, reconociendo la excepcional situación en que se encuentra el mercado”*.

Para la alegante, *“el fuerte incremento de los costes de ejecución de los contratos públicos que se ha producido en los últimos dos años ha roto por completo el equilibrio económico de muchos de ellos, lo que excede del riesgo y ventura que asume todo contratista. Una primera solución, que gozaría del apoyo explícito del Derecho positivo, consiste en modificar al alza el precio del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 205.2.b) LCSP, que permite el ejercicio del ius variandi por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles como las que aquí han acaecido, y que se justifican en la alegación segunda precedente. Una modificación sólo del precio que no implique una alteración de su cuantía superior al del 50 % cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no ha podido prever y, además, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica, con ello, el tipo de contrato), por lo que se cumplirían las tres condiciones que, para ejercer el ius variandi, exige dicho precepto en su estricta literalidad”*.

Entiende, asimismo, que otra solución pasaría por reconocer una compensación al contratista por riesgo imprevisible, para restablecer el equilibrio económico del contrato.

Finaliza sus alegaciones la empresa con la solicitud de que se tenga por cumplimentada la justificación exigida en las cláusulas 26 y 29.2 PCAP, se archive el expediente de resolución y que se inicie el procedimiento de modificación contractual del precio del Acuerdo Marco en aras a conseguir el equilibrio económico.

Adjunta al escrito de alegaciones la siguiente documentación: Directiva 2014/14/UE; convenio colectivo de sector transportes regulares y discrecionales de viajeros de la Región de Murcia, publicado en BORM núm. 53, de 5 de marzo de 2022; histórico de precios de combustible en la Región de Murcia entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de julio de 2023; diversas facturas expedidas a nombre de la empresa en concepto de gastos de combustible, neumáticos, reparaciones de lunas; el número correspondiente a enero 2021 del Observatorio de costes del transporte en autocar, elaborado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; y un artículo doctrinal sobre los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 3 de octubre de 2023, el Servicio de Contratación de la Consejería consultante formula la siguiente propuesta:

“Primero.- La resolución del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de transporte escolar de la Consejería con competencias en materia de Educación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con número de expediente SG/CA/15027/2021, suscrito por la empresa AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. con NIF: B30299895, el 8 de octubre de 2022, por vulnerar la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco, relativa al incumplimiento de la obligación esencial de presentar oferta válida en los contratos basados e incurrir en causa de resolución contractual de conformidad con lo previsto en el artículo 211.1 f) LCSP.

Segundo.- Tras la resolución, que se incoe procedimiento contradictorio a fin de determinar la procedencia e importe de la indemnización por los daños y perjuicios que la resolución pueda causar a esta Administración.

Tercero.- El inicio de expediente de prohibición de contratar de la empresa AUTOCARES ÁGUILAS S.L., por la causa contemplada en la letra d) del apartado 2 del artículo 71 LCSP”.

DECIMOQUINTO.- El 5 de octubre, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación Profesional y Empleo informa en sentido favorable la propuesta de resolución del Acuerdo Marco formulada por el Servicio de Contratación.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante comunicación interior del pasado 11 de octubre de 2023.

Con posterioridad, la Consejería consultante remite al Consejo Jurídico Orden de 13 de octubre de 2023, por la que se acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento de resolución contractual con ocasión de la consulta realizada a este Órgano Consultivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo puesto que versa sobre un procedimiento de resolución de un Acuerdo Marco en el que se ha formulado oposición por parte de la empresa contratista. Si bien el supuesto no se encuentra expresamente previsto entre aquellos que determinan la preceptividad de la consulta al Consejo Jurídico, lo cierto es que la naturaleza esencialmente contractual del Acuerdo Marco determina que para su resolución haya de estarse, en lo no previsto expresamente para este tipo de negocios jurídicos, a las prescripciones generales en materia de contratos del sector público. De ahí que se afirme la preceptividad de este Dictamen al amparo de lo que se establece en los artículos 191.3,a) LCSP, 109.1,d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC), y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Sin perjuicio de las pretensiones esgrimidas por la empresa contratista respecto a la procedencia de modificar el precio del Acuerdo Marco al amparo del artículo 205.2, b) LCSP, lo cierto es que ello excede del objeto de este Dictamen, que atendidos los términos de la consulta efectuada y los de la norma que establece la preceptividad de aquélla, no es otro que determinar si procede la resolución del Acuerdo Marco propuesta por la Consejería.

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, plazo máximo de resolución y procedimiento.

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, en ambos aspectos es aplicable la LCSP y el RG.

II. La vigencia de la LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución, el 1 de septiembre de 2023, hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Sin embargo, la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) produce como efecto la no aplicabilidad de este plazo a los expedientes tramitados por nuestra Comunidad Autónoma, como hemos señalado en distintos Dictámenes (por todos el Dictamen 126/2022) y en consecuencia, dado el poco tiempo transcurrido desde la publicación de la comentada STC y ante la ausencia de jurisprudencia sobre la supletoriedad del derecho estatal en esta materia, y en aras del principio de seguridad jurídica, sería aplicable al presente supuesto la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico de que, ante la ausencia de plazo de resolución en estos procedimientos, y dado que la propia LCSP establece la subsidiariedad de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) a los procedimientos regulados en aquélla (Disposición final cuarta), debemos entender más seguro y prudente que el plazo de resolución del procedimiento sea el de tres meses que establece su artículo 21.3.

Iniciado el procedimiento de resolución contractual por Orden de 1 de septiembre de 2023, y habiendo hecho uso la Consejería consultante de la posibilidad prevista en el artículo 22.1.d) LPAC, mediante resolución de 13 de octubre de 2023 y constando la solicitud de Dictamen tres días antes de esa fecha, el 10 de octubre, el procedimiento objeto de Dictamen se encontraría en plazo para resolver.

Cabe recordar que, para que la suspensión despliegue sus efectos, la resolución suspensiva del transcurso del plazo ha de notificarse a los interesados, en este supuesto el contratista, lo que no ha quedado acreditado en el expediente.

No se puede olvidar que la notificación del acuerdo de suspensión constituye un requisito formal exigido por el

citado artículo de la LPAC para que pueda operar dicho efecto, y que así se ha reconocido particularmente por este Órgano consultivo en sus Dictámenes números 181 de 2009; 40 y 151 de 2010; 29, 45, 49, 146 y 273 de 2012; 128 y 162 de 2013; 16, 155 y 285 de 2014 y 287 de 2017, entre otros muchos.

III. En cuanto a la tramitación realizada a los fines de declarar la resolución del Acuerdo Marco, no hay objeción sustancial que señalar, pues se han emitido los informes preceptivos y otorgado a la empresa interesada el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, en el cual han podido obtener copia de los documentos que estimasen oportunos y han alegado lo conveniente en defensa de sus intereses.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

El procedimiento instruido lo es para declarar la procedencia de la resolución del Acuerdo Marco suscrito entre la Consejería consultante y la empresa "Autocares Águilas, S.L.", por incumplimiento de su obligación esencial de presentar oferta válida en los contratos basados en el referido Acuerdo Marco. Su examen obliga a hacer las siguientes consideraciones:

I. Sobre la naturaleza jurídica del acuerdo marco.

El acuerdo marco es un negocio jurídico con una particular naturaleza jurídica, que se contempla expresamente en la normativa de contratos del sector público pero que no cuenta con una definición legal.

Se ha discutido ampliamente en la doctrina cuál sea su naturaleza jurídica, llegando a ser calificado como "contrato de contratos", en la medida en que sirve de pilar y línea de sustentación de una pléyade de negocios jurídicos posteriores, que pueden ser concertados precisamente porque hubo uno inicial -el acuerdo marco- que amparó y legitimó el nacimiento de todos los demás.

Para el Consejo de Estado, se trata de un contrato normativo o precontrato (Dictamen n.º 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016), respecto del que, como dice este mismo Órgano consultivo en su Dictamen número 68/2021, *"Aunque en la Ley 9/2017 no se contiene una definición de lo que sea un acuerdo marco, 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, sí lo recoge en su artículo 33.1, entendiendo por tal "un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas"*.

Como queda dicho, especial relevancia tiene el hecho de que la concertación de un acuerdo marco afecta a los negocios jurídicos posteriores que lo desarrollan, hasta el punto de que condiciona legalmente su perfección, su recurso o su presupuestación.

En efecto, si de conformidad con el artículo 36.1 de la Ley 9/2017 los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, los contratos basados en un acuerdo marco (al igual que los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición) se perfeccionan con su simple adjudicación (artículo 36.3), no siendo necesaria la formalización (artículo 153.1). En la misma medida, la interposición del recurso especial en materia de contratación produce como efecto (artículo 53 de la Ley 9/2017) dejar en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Y desde el punto de vista de la obligada existencia de un presupuesto base de licitación con carácter general (artículo 100 de la Ley 9/2017), con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto de licitación.

[...] La celebración de los acuerdos marco tiene como fin fijar las condiciones a que habrán de ajustarse una o varias empresas con las que se suscriba a la hora de contratar determinadas prestaciones durante un periodo determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. Suponen una muestra de eficiencia en la contratación administrativa al introducir economías de escala, propiciar el ahorro de tiempo y recursos del órgano de contratación, disminuir los costes de preparación de ofertas y seguir procedimientos de contratación sucesivos en la misma materia, garantizando la flexibilidad para el poder adjudicador a la hora de contratar, y reduciendo su incertidumbre en cuanto a los precios a aplicar.

Pero, simultáneamente, también deben ser objeto de un empleo muy estricto en la medida en que (como ha indicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -INF/DP/ 0018/2014-) se produce un cierre efectivo del mercado durante el período de duración del mismo, pues no existe la posibilidad de incorporación inmediata de otros operadores no participantes. Este complejo equilibrio entre eficiencia y restricción no deja de ser un extremo que requiere un análisis muy exhaustivo del cumplimiento de las exigencias de sus pliegos para con quienes son sus adjudicatarios, especialmente cuando solo existen dos (como es el caso que ahora ocupa). La exposición de motivos de la Ley 9/2017 lo recuerda cuando recoge que "Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio".

Quede destacada, pues, como nota previa relevante para el supuesto aquí examinado, la obligada llamada de atención sobre el necesario rigor en el cumplimiento de un acuerdo marco y sus contratos basados, en la medida en que -entre otros extremos- conlleva de partida una menor publicidad que si se hubieran adjudicado a través de un procedimiento abierto [...]"

II. Como ya se indicó, el análisis de las pretensiones esgrimidas por la empresa contratista respecto a la procedencia de modificar el precio del Acuerdo Marco al amparo del artículo 205.2, b) LCSP, excede del objeto de este Dictamen, que no es otro que determinar si procede la resolución del Acuerdo Marco propuesta por la Consejería consultante. A tal efecto resulta decisivo establecer si la omisión por parte de la empresa del compromiso adquirido al formalizar el Acuerdo Marco de presentar oferta válida en la licitación de los contratos basados puede considerarse justificada o no, en los términos establecidos en las cláusulas 26 y 29.2 PCAP.

En efecto, la cláusula 29.2 PCAP establece que *"de conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la LCSP, la adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco se realizará invitando a las empresas parte de éste a una nueva licitación, que tendrá lugar con arreglo al siguiente procedimiento:*

1. Por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas parte del Acuerdo Marco en las respectivas zonas de transporte escolar a las que afecte la licitación que cumplan el requisito de solvencia en función del presupuesto de los distintos lotes...

(...)

4. Las empresas parte del Acuerdo Marco estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación de uno o varios de los lotes de las zonas de transporte de las que fueran adjudicatarias del Acuerdo Marco, salvo causa justificada.

(...)

6. Las empresas presentarán oferta por un precio cierto por cada lote igualando al menos o mejorando el porcentaje de descuento sobre el presupuesto de licitación que fue ofrecido para la adjudicación del Acuerdo Marco, que tiene la condición de mínimo.

(...)

Igualmente deberán mantener o aumentar, en caso de que sea posible, su oferta de prestaciones adicionales respecto a las ofertadas en su día en la licitación del Acuerdo Marco (...). Por tanto, se considerarán no válidas aquellas ofertas que ofrezcan porcentajes de descuento (criterio de valoración 1) o prestaciones adicionales (criterio de valoración 2) inferiores a los que la empresa hubiera ofrecido para la adjudicación del Acuerdo Marco, por lo cual no serán objeto de valoración, en su caso".

La cláusula 26 PCAP, por su parte, dispone que la resolución del Acuerdo Marco, además de en los supuestos señalados en los artículos 211 y 313.1 LCSP, procederá por el incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales por el pliego, entre las cuales se encuentra *"La presentación de oferta válida en los contratos basados, salvo causa justificada manifestada por la empresa".*

Es precisamente este último inciso el que esgrime la empresa contratista para oponerse a la resolución, al

entender que la no presentación de oferta válida con ocasión de la licitación de los contratos basados, circunstancia ésta aceptada de forma pacífica, se debió a una causa justificada.

La justificación esgrimida por la empresa se sintetiza en que el excepcional incremento de los costes salariales, de combustible y de mantenimiento de los vehículos afectos al servicio han supuesto una ruptura del equilibrio económico del Acuerdo Marco y que ello impide a la empresa mantener sus compromisos del Acuerdo sin incurrir en unas pérdidas que abocarían a la ruina del negocio.

Dados los factores que, según la empresa, han incidido en esa elevación extraordinaria de los costes de ejecución de los contratos, la situación sería reconducible a una quiebra del equilibrio económico del Acuerdo Marco por riesgo imprevisible.

Siguiendo en las siguientes consideraciones el informe 13/2023, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, cabe recordar que la ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes –*pacta sunt servanda*- consagrado en el artículo 189 “*los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas (...)*”. De dicho principio se inducen dos consecuencias: la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato (artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015).

El Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de mayo de 1998, abordó este principio del riesgo y ventura, según el cual “*el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados*”. En similar sentido, cabe citar, los dictámenes 2918/2004, 888/2008, 235/2011, y 709/2019. Ese mismo criterio es el mantenido por el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001 donde señala que “*el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o media*”.

El fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado o la existencia de pérdidas genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

Recuerda la Junta Consultiva de Contratación del Estado (también en informes 18/19 y 24/21) que “*en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional prever una serie tasada de excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos en supuestos en que la causa de la mayor onerosidad sobrevenida altere los términos iniciales de la relación contractual para una de las partes, siendo la finalidad perseguida reequilibrar la paridad económica del contrato y sólo cuando se haya producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que excedan de la normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 105/2022, de 31 de enero, cuando indica que “el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución; y, consiguientemente, para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria, regirá la regla general, presente en nuestra legislación de*

contratos públicos, de que no bastará con que su economía haya resultado alterada, sino que será preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible".

Por su parte, el Consejo de Estado (Dictamen 93/2019) insiste en que los límites de la regla del riesgo y ventura vienen *"determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero"*. Así, aunque la regla general es la obligatoriedad de las prestaciones consignadas en el contrato público, excepcionalmente, dicha obligatoriedad puede ceder cuando se altere la base del negocio o sus condiciones de modo que se *"trastoque completamente"* la relación contractual. El alto órgano consultivo alude a la doctrina del restablecimiento del equilibrio del contrato *"cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista"*. En consecuencia, cabe inferir que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales genera en el contratista el derecho a solicitar el restablecimiento de la situación existente al momento de la firma sino, de modo exclusivo, aquellos supuestos en que se verifiquen determinadas circunstancias que habrán de analizarse caso por caso. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo antes citada de 31 de enero de 2022 insiste en esta idea al indicar que *"El reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla"*.

Con carácter general, la doctrina ha señalado la necesidad de mantener o restablecer el equilibrio económico-financiero de los contratos en los supuestos siguientes: *"ius variandi"*, es decir, cuando el desequilibrio se debe al ejercicio por la Administración de su prerrogativa para modificar el contrato; *"factum principis"*, cuando el desequilibrio se produce por una medida general de índole económica adoptada de manera imprevista por la Administración y que, aunque no pretende modificar el contrato, indirectamente acaba repercutiendo en el mismo; fuerza mayor, en cuya virtud el desequilibrio es debido a alguno de los acontecimientos extraordinarios calificados como tales en la Ley (art. 239 LCSP); y riesgo imprevisible, cuando el desequilibrio es ocasionado por un acontecimiento ajeno a la Administración y al contratista (pero distinto de la fuerza mayor), que no era razonablemente previsible al tiempo de celebrar el contrato y que produce una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes en el contrato.

Centrando nuestra atención en la creación doctrinal y jurisprudencial del riesgo imprevisible, se admite la posibilidad de introducir correcciones en las condiciones pactadas *ab initio* cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que los riesgos fueran razonablemente imprevisibles. En el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 5/2010, de 23 de julio, se señalaba que *"para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato"*.

Para la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2008, la imprevisibilidad exige la concurrencia de *"sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación"*.

- Que los hechos que producen la alteración en la relación sinalagmática no sean consecuencia de la mala gestión de la entidad pública contratante.

- Que tales hechos sean independientes de la voluntad del contratista, quien deberá haber actuado en todo momento de buena fe y con un grado razonable de diligencia y previsión.

- Que los sucesos en cuestión tengan entidad suficiente para alterar gravemente la prestación debida por el contratista, sin que quepa su previa reparación mediante otros mecanismos regulares del contrato (en su caso, la revisión de precios). Es decir, un riesgo que no sea normal *"sino patológico y desmesurado"*, un riesgo

completamente excepcional que “desbarata” la ecuación financiera del contrato (Consejo de Estado, dictámenes 93/2019 y 512/2006), sin que puedan admitirse supuestos de mera disminución del beneficio del contratista (Consejo de Estado 669/2014).

- Que la magnitud de tales acontecimientos quede debidamente acreditada atendiendo al contrato público considerado en su conjunto, sin que quepa la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido esta posibilidad de restaurar el equilibrio financiero del contrato tras su ruptura como consecuencia de la concurrencia de un riesgo imprevisible. Así, entre otras muchas, las sentencias de 27 de octubre de 2009, de 6 de mayo de 2008, y las de 18 y 25 de abril de 2008. En esta última se indica que exige “*aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C. Civil) y de buena fe (art. 7.1 C. Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública*”.

El Consejo de Estado, por su parte, señala que para la aplicación de esta doctrina habrá de atenderse a cada caso concreto, ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual. En todo caso, como señala en su ya citado Dictamen de 14 mayo 1998, la aplicación de la doctrina de la imprevisión exige, por su misma naturaleza, de cautelas especiales y de una interpretación estricta que evite efectos expansivos no deseados, y no está concebida como una garantía del beneficio del contratista, ni como un sistema de aseguramiento que cubra las posibles pérdidas a que puede dar lugar normalmente la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público. Se trataría, en cambio, de un mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales. En consecuencia, queda meridianamente claro que la doctrina del riesgo imprevisible se ha configurado como un criterio de aplicación excepcional al principio general de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 de la LCSP debiendo primar, por tanto, la obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado por las partes en el contrato y solo podrá aplicarse a lo debido por el contratista en supuestos concretos en los que queden fehacientemente acreditados los requisitos que se han señalado *supra*.

III. La aplicación de la doctrina general expuesta al caso que se somete a consulta exige un análisis separado de los distintos conceptos en los que se ha producido el alegado incremento de costes de ejecución de los contratos y que pretende justificar el incumplimiento de la obligación esencial del contratista de presentar oferta válida para la licitación de los contratos basados en el Acuerdo Marco.

1. En relación al incremento de los costes salariales, resulta obligado remitirnos a lo indicado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, según la cual “... *del mismo modo que la Jurisprudencia admitió que el incremento de precios del petróleo en un mercado liberalizado constituía un riesgo propio del contrato o una ventura en el caso de que aquel disminuyese, el crecimiento del importe de los costes de mano de obra como consecuencia de un acontecimiento previsible como es la negociación colectiva no puede calificarse en modo alguno como un riesgo imprevisible, que justifique la modificación posterior del contrato. Es esta una circunstancia que claramente puede anticiparse en el momento de celebrarse el contrato y que el contratista puede prever. Es cierto que la ley ordena que los órganos de contratación cuiden de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado, pero también lo es que, una vez determinadas las condiciones aplicables al contrato y consentidas por las partes, existe un riesgo que asume el contratista y del que no puede desligarse por acontecimientos previsibles, aunque no sean cuantificables de antemano. En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado estima, por virtud de los precedentes argumentos, que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato*”.

En cualquier caso, ha de ponerse de relieve que a la fecha en que se formalizó el Acuerdo Marco, el 8 de octubre de 2022, momento en que dicho negocio jurídico comienza a producir efectos, siendo sus cláusulas plenamente exigibles a las partes contratantes, el Convenio Colectivo aludido ya se encontraba en vigor, pues fue publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 53, de 5 de marzo de 2022. De modo que, meses antes de

formalizarse el Acuerdo marco, la empresa contratista ya era consciente del incremento de gasto a que habría de hacer frente en la prestación de los servicios que se iba a comprometer a prestar. Ciertamente es que la renuncia a formalizar el contrato ya adjudicado podría derivar en una penalización económica para la empresa ex artículo 153.4 LCSP, pero es que el convenio colectivo se publicó en el mes de marzo de 2022 y la adjudicación del Acuerdo marco tiene lugar en mayo de ese año. Si la empresa consideraba que las nuevas condiciones salariales derivadas del convenio hacían excesivamente gravosa la prestación del servicio conforme a la oferta que había presentado a la licitación del Acuerdo marco, podría haber retirado su oferta antes de la adjudicación.

Adviértase, además, que antes de esa fecha y en el momento en que hubo de presentarse la oferta económica para concurrir al Acuerdo Marco, que la propuesta de resolución data el 23 de diciembre de 2021, un empresario diligente, que se compromete a prestar servicios de transporte durante un período de cuatro años, ya debía poder anticipar que en ese largo período de tiempo se produciría un incremento de los costes salariales, máxime estando tan próxima la fecha de aprobación del convenio colectivo, cuyas tablas salariales no sólo se iban a aplicar a los años venideros (2022-2023), sino también, con efecto retroactivo a años ya vencidos (2020-2021), en los que la tendencia al alza de los salarios era ya perceptible en diversos sectores de actividad. Así, por ejemplo, la Encuesta Anual de Coste Laboral que publica el Instituto Nacional de Estadística, revela que en el año 2021 el coste salarial anual medio fue un 6,2% más elevado que en 2020, mientras que en el año 2022 el salario anual bruto por trabajador fue un 4,6% superior al de 2021. Este último dato, por cierto, puede ponerse en relación con el alza prevista para el año 2022 en el convenio sectorial aplicable a la empresa, que preveía una subida salarial del 4%, es decir, inferior al incremento medio de los salarios en el conjunto de los sectores de actividad. De donde se desprende que el incremento de los costes salariales de la empresa no puede considerarse como desmesurado ni absolutamente sorpresivo o imprevisible.

2. En relación con el incremento del precio de los combustibles y de los costes de mantenimiento de los vehículos, tanto la pandemia provocada por el COVID-19, como el incremento de los precios de determinadas materias primas, suministros y otros elementos, incremento originado y agravado por el conflicto bélico en Ucrania, han provocado la alteración de la ejecución y de las condiciones económicas de numerosos contratos públicos.

Atendidas las fechas en las que se realizó la oferta económica, se adjudicó el Acuerdo marco y se procedió a su formalización cabe señalar que el mayor incremento del precio del gasóleo de automoción se produjo durante el primer semestre de 2022, alcanzando su punto álgido en junio de ese año, momento a partir del cual comenzó un claro descenso hasta el verano de 2023.

En el momento de la adjudicación del Acuerdo marco, en mayo de 2022, el coste del combustible estaba muy próximo a sus máximos y la evolución de precios era en ese momento claramente ascendente. En el momento de la formalización (en octubre de 2022) el precio del gasóleo ya había comenzado un descenso que se agudizó en el mes de diciembre de 2022, tendencia descendente que se mantuvo hasta el verano de 2023, cuando la empresa venía obligada a presentar oferta para la licitación de los contratos basados en el Acuerdo.

De hecho, la consulta del histórico de precios del combustible que publica el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (fuente utilizada por la empresa para intentar justificar su incumplimiento) permite advertir que el precio medio del gasóleo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el mes de diciembre de 2021, fecha de presentación de la oferta económica para el Acuerdo Marco, era de 1,32 euros/litro, mientras que en junio de 2023, cuando la empresa venía obligada a presentar oferta válida para los contratos basados en el Acuerdo, ese precio era de 1,39 euros/litro. Es decir, el encarecimiento entre estas dos fechas fue de un 5,3%, insuficiente para considerar que desbarataba de forma absoluta el equilibrio económico del Acuerdo Marco, aunque sí afectara, y de forma importante, al margen de beneficio que la empresa podría obtener de las correspondientes rutas.

Respecto al coste de mantenimiento de los vehículos, experimentó importantes fluctuaciones durante el período a considerar. Así, en enero de 2022, fecha más próxima a la presentación de la oferta económica para el Acuerdo Marco en diciembre de 2021, el Observatorio de costes de transportes de viajeros en autocar, de periodicidad semestral, arrojaba un coste total anual para un autocar de entre 39 y 55 plazas, de 97.338,72 euros. Seis meses después, en julio de 2022, dicho coste se había incrementado hasta los 109.472,09 euros. Éste es el momento más próximo a la adjudicación del Acuerdo Marco (mayo de 2022), de modo que, una vez más, antes de la adjudicación del Acuerdo Marco, la empresa ya debía de ser consciente del sustancial incremento de los costes de explotación de sus vehículos y aun así mantuvo su oferta, resultó adjudicataria y formalizó el Acuerdo Marco en un documento en el que de forma expresa reconocía su obligación de presentar ofertas a los contratos basados que

igualaran o mejoraran las condiciones ofrecidas en la licitación del Acuerdo. Las fluctuaciones de los costes no acabaron ahí, sino que en enero de 2023, el coste bajó hasta los 95.561 euros, es decir, menor que el que se había considerado en diciembre de 2021, si bien en verano de 2023 volvió a escalar hasta los 105.561 euros anuales.

3. En cualquier caso, la justificación ofrecida por la empresa en relación con la excepcionalidad de los costes de ejecución no deja de ser fragmentaria o parcial y, aunque es innegable que durante la ejecución del Acuerdo Marco se ha producido un incremento en los costes de prestación del servicio no se ha llegado a acreditar que, en el conjunto del Acuerdo Marco y en una consideración global de todos los factores concurrentes, la explotación de las rutas de transporte escolar a las que se invitó a licitar a la empresa resultara ruinosa, como aquélla alega.

Además, debe recordarse el criterio de especial rigor que en las exigencias de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un Acuerdo Marco impone el Consejo de Estado, en su ya citado Dictamen 68/2021, al señalar que estos negocios jurídicos *“deben ser objeto de un empleo muy estricto en la medida en que (como ha indicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -INF/DP/ 0018/2014-) se produce un cierre efectivo del mercado durante el período de duración del mismo, pues no existe la posibilidad de incorporación inmediata de otros operadores no participantes. Este complejo equilibrio entre eficiencia y restricción no deja de ser un extremo que requiere un análisis muy exhaustivo del cumplimiento de las exigencias de sus pliegos para con quienes son sus adjudicatarios (...)*

Quede destacada, pues, como nota previa relevante para el supuesto aquí examinado, la obligada llamada de atención sobre el necesario rigor en el cumplimiento de un acuerdo marco y sus contratos basados, en la medida en que -entre otros extremos- conlleva de partida una menor publicidad que si se hubieran adjudicado a través de un procedimiento abierto”. Tales exigencias de rigor resultan extensibles a la justificación del incumplimiento, que debe ser exhaustiva y completa.

A tal efecto ha de recordarse que, para entender que se produce una ruptura del equilibrio económico del contrato, se exige acreditar que se ha producido un riesgo que no sea normal en el *aleas* del contrato, *“sino patológico y desmesurado”*, un riesgo completamente excepcional que *“desbarata”* la ecuación financiera del contrato (Consejo de Estado, dictámenes 93/2019 y 512/2006), sin que puedan admitirse supuestos de mera disminución del beneficio del contratista (Consejo de Estado 669/2014). Y, además, que la magnitud de tales acontecimientos quede debidamente acreditada atendiendo al contrato público considerado en su conjunto, sin que quepa la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión.

Atendidos tales parámetros y en consideración a que el Acuerdo marco extiende en el tiempo su vigencia durante cuatro años, amplio período en el que *a priori* cabe considerar muy posible que se produzcan importantes fluctuaciones en los costes de explotación del servicio, cabe relativizar la característica de la *“imprevisión”*.

Por otra parte, ya se ha señalado que, aun cuando pudiera aceptarse que el contexto económico en el que se ha venido ejecutando el Acuerdo Marco se ha visto alterado por riesgos difíciles de prever con antelación, lo cierto es que la empresa contratista, tras participar en la licitación del Acuerdo Marco, pudo retirarse de dicho procedimiento concurrencial antes de la adjudicación o, incluso, antes de la formalización del Acuerdo, actuaciones éstas que tuvieron lugar en fechas en las que los costes ya habían mostrado una clara tendencia ascendente, por lo que si consideraba que la oferta presentada al Acuerdo marco no resultaba viable desde el punto de vista económico, pudo retirarla, posibilitando, en su caso, la adjudicación del acuerdo marco a otros licitadores en orden a salvaguardar el interés público en la prestación el servicio, y sin embargo no lo hizo.

IV. Corolario de lo expuesto es que, una vez acreditado que la empresa contratista incumplió su obligación de presentar oferta válida para la licitación de los contratos basados, conforme se detalla en los Antecedentes quinto a undécimo de este Dictamen, y que dicho incumplimiento no se encontraba amparado por una causa justificada, procede acordar la resolución del Acuerdo Marco formalizado con la empresa, al amparo de lo establecido en el artículo 211.1, letra f) LCSP, en la medida en que se ha producido el incumplimiento de una obligación esencial definida como tal por el PCAP.

V. En consecuencia, siendo imputable al contratista la causa de resolución del Acuerdo Marco, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 213.3 LCSP, declarar su obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que de dicho incumplimiento se deduzcan para aquélla, lo que habrá de determinarse en un procedimiento *ad hoc* de carácter contradictorio, ex artículo 113 RGC.

Y todo ello sin perjuicio de señalar que, una vez firme la resolución del contrato y de conformidad con el artículo 71.2,d) LCSP, existiría causa para la declaración de prohibición de contratar con el sector público, para lo que habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto por el artículo 19 RGC.

No es de aplicación en el supuesto sometido a consulta la previsión del artículo 213.3 LCSP relativa a la incautación de la garantía como efecto de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, toda vez que para la suscripción del Acuerdo Marco no se exigió garantía alguna.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución del Acuerdo Marco por causas imputables a la empresa contratista, al haber incumplido una obligación esencial así definida en el PCAP del Acuerdo Marco, según establece el artículo 211.1,f) LCSP.

SEGUNDA.- Procede, asimismo, incoar un procedimiento contradictorio en orden a determinar si del incumplimiento del contratista se derivan para la Administración daños y perjuicios, que, de existir, habrían de ser sufragados por aquél.

No obstante, V.E. resolverá.

