



**Recurso nº 102/2017**

**Resolución nº 256/2017**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 10 de marzo de 2017

**VISTO** el recurso interpuesto por D. R. C. G. en nombre y representación de la sociedad mercantil GLOBALIA AUTOCARES S.A, por medio del cual impugna el Pliego de Condiciones que rige el contrato de gestión de servicio público de *“transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Mergal de Fernamental (Burgos) (expediente AC-CON-01/2017)”*, promovida por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** La Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento convocó mediante anuncio publicado en el BOE nº 10 de 12 de enero de 2017, y en el DOUE 2017/S 011-016813 de 17 de enero la licitación del contrato de gestión de servicio público denominado *“transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Mergal de Fernamental (Burgos) (expediente AC-CON-01/2017)”*, procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato, IVA excluido, de 7.114.813 € y un plazo de duración de diez años.

**Segundo.** El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de gestión de servicio público y modalidad de concesión conforme a los arts. 8 y 277 a) del RDL 3/2011.



**Tercero.** Mediante escrito presentado el 2 de febrero de 2017 en el Registro de este Tribunal, D. R.C.G, en nombre y representación de la sociedad mercantil *GLOBALIA AUTOCARES S.A* interpone recurso especial en materia de contratación, contra el Pliego de Condiciones que rige la contratación de la concesión para la gestión de servicio público denominado *"transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Mergal de Fernamental (Burgos) (expediente AC-CON-01/2017)"*.

**Cuarto.** El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** El Subdirector General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre, acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, que se ha unido al expediente administrativo remitido por el órgano de contratación el 7 de febrero de 2017.

**Sexto.** Interpuesto el recurso, con fecha 9 de febrero de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se acordaba la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del TRLCSP.

**Séptimo.** El 13 de febrero de 2017 se ha personado en el procedimiento y formulado alegaciones LA SEPULVEDANA S.A, actual prestador del servicio al que se refiere el Pliego impugnado y por tanto interesado en el presente recurso alegaciones que han sido ampliadas mediante un nuevo escrito de 24 de febrero de 2017.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.1 del TRLCSP al formar parte el Ministerio de Fomento de la Administración General del Estado.



**Segundo.** La recurrente, GLOBALIA AUTOCARES SA está legitimada al poder presentar oferta en la licitación de referencia, estando las prestaciones del contrato de servicios dentro del ámbito de su objeto social por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** El acto que es objeto de recurso es formalmente el Pliego de Condiciones que rige la licitación de la concesión para la gestión de servicio público denominado *"transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Mergal de Fernamental (Burgos)"*, respecto del cual solo se formulan alegaciones y motivos de nulidad sobre la cláusula 1.8: "Personal" y el Anexo VIII; en concreto, los motivos de la impugnación son: la nulidad por vulneración del artículo 32 d) del TRLCSP y artículo 45 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que consideran causas de nulidad y por tanto prohíben, las disposiciones que otorguen alguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, añadiendo la ley citada en último lugar que: *serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.* Se considera por el recurrente que las cláusulas impugnadas del Pliego incurren en la prohibición legal al remitirse al citar las disposiciones legales aplicables que ordenan la subrogación del personal del actual concesionario y al describir conforme a la información facilitada por el contratista el citado personal. Adicionalmente se solicita del Tribunal que declare la inaplicación del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, publicado en el BOE de 26 de febrero de 2015.

**Cuarto.** De conformidad con los artículos 40.2.a) y 40.1.c) del TRLCSP los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Administrativas de un contrato administrativo de gestión de servicios es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando concurren determinados requisitos. El propio pliego de

condiciones ha previsto la procedencia de este recurso especial en su cláusula 6. Por otra parte, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo plazo de trasposición al derecho interno español venció el pasado 18 de abril de 2016, se refiere a los contratos de concesión, como el que nos ocupa en este recurso, y los considera sujetos a la propia Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros). En el presente caso el anuncio de esta licitación publicado en el DOUE considera como valor estimado del contrato el importe de 7.114.813 € y la sujeción a la citada Directiva conlleva entre otros efectos el sometimiento a las garantías jurídicas como la que supone quedar en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratos, conforme al art. 46 de la propia Directiva 2014/23/UE, razones todas ellas por las que se concluye la procedencia de admitir el presente recurso.

**Quinto.** El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 2 de febrero de 2017, consta en el expediente la publicación del anuncio de la licitación el 12 de enero de 2017, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Sexto.** En lo que respecta al fondo del asunto, debe comenzarse por rechazar la competencia de este Tribunal para la pretendida declaración de la inaplicación del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, publicado en el BOE de 26 de febrero de 2015, pretensión que se contiene en el suplico del recurso especial presentado, siendo evidente que no se trata de ninguno de los actos susceptibles de revisión por este Tribunal o sobre los que la competencia de este Tribunal pueda extenderse o pronunciarse en cuanto a su aplicación o efectos. El citado Acuerdo por su naturaleza jurídica recibe el mismo tratamiento que un Convenio colectivo que se aprueba al amparo del artículo 83 en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y su impugnación directa o indirecta mediante la de actos de aplicación corresponde al conocimiento de los órganos de la jurisdicción

socia En segundo lugar, el recurso describe la subrogación que el Pliego impugnado prevé de los trabajadores empleados por el actual concesionario en la empresa del futuro adjudicatario, distinguiendo dos supuestos: por una parte los conductores de los autobuses cuyo número ha sido calculado por el órgano de contratación en aplicación del artículo 73. 2.g) y h) de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, es decir la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio, que asciende a 28 conductores. Esta subrogación no es cuestionada ni impugnada por el recurrente.

Y por otra parte, el recurso se refiere a la subrogación que resulta de la aplicación del Acuerdo marco estatal antes citado, concretamente de su título IV con rúbrica, sucesión convencional y subrogación, (artículos 19 y ss) y que se refiere tanto a los conductores adscritos (cuyo concepto técnico define concretamente) como al resto del personal (Taquilleros, Talleres, Administración, Gestión, Explotación, Logística y demás departamentos o secciones) pertenecientes a otras categorías o grupos profesionales, que desarrollen su actividad, aunque sea en parte, en el servicio concesional afectado.

En virtud de este segundo supuesto de subrogación, y atendiendo a la obligación de suministrar información por el actual prestador de servicios el personal resultante asciende a 22 conductores adicionales y 40 trabajadores adicionales en actividades diferentes a la conducción, lo que al recurrente le parece tan excesivo como para considerar vulnerados los artículos 32 d) del TRLCSP y artículo 45 de la Ley 14/2013 por considerar que impiden en la práctica la presentación de otros licitadores que quieran asumir esa carga laboral lo que traduce en la existencia de una ventaja al actual concesionario de la Administración y como tal prohibida.

Como se ha indicado, la cifra de trabajadores a subrogar en virtud del Acuerdo Marco, resulta de la información que el empresario que actualmente presta el servicio de transporte ha suministrado al órgano de contratación en aplicación del art. 120 del TRLCSP, que dispone: *"En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores*

*a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste."*

Pues bien, ante esta situación el recurrente no cuestiona tanto la veracidad de los datos aportados por el actual concesionario sino más bien las normas convencionales (el acuerdo marco) al amparo del cual se debe producir la subrogación en los términos o con el alcance del personal que resulta del pliego en el anexo VIII. En efecto, en realidad los datos que resultan del anexo VIII del Pliego, no es sino información, es decir no tiene contenido jurídico y su impugnación solo puede basarse en su falsedad o falta de veracidad o bien en la falta de encaje en las categorías profesionales o ámbito definido en el artículo 19.4 y 5 del Acuerdo Marco. Sin embargo, el recurso no plantea esa falsedad o falta de veracidad ni tampoco aporta o propone prueba sobre los datos suministrados por el concesionario actual, (sin perjuicio de que realiza diversas conjeturas sobre determinados salarios y la dedicación total o parcial que debe conllevar en la prestación del servicio, conjeturas por otra parte muy genéricas o abstractas ya que ni siquiera toman en consideración la posibilidad de la existencia de contratos a tiempo parcial o durante una parte del año u otras circunstancias concretas de cada empleado como las que enumera el actual concesionario en sus alegaciones), sino lo que cuestiona es la adecuación de la dimensión de esa plantilla a la prestación del servicio, precisamente por permitirlo el Acuerdo Marco vigente en ese sector de actividad. En consecuencia el motivo de impugnación reside exclusivamente en la aplicación de dicho Acuerdo Marco.

Ahora bien, en relación con la dimensión de la plantilla y el correspondiente coste salarial suministrados por el actual concesionario es preciso tener en cuenta que son circunstancias que no tienen por qué suponer un obstáculo para la concurrencia de licitadores ya que el órgano de contratación, tal como explica en su informe y como se constata conforme al anexo del cálculo económico de las tarifas que acompaña a la resolución de 10 de enero de 2017 por la que se aprueba la convocatoria de la licitación y los pliegos que la rigen, obrante en el expediente, ha dimensionado la tarifa máxima a

aplicar al viajero teniendo en cuenta el coste total de personal (2.276.948 €) que consta en el Anexo VII y VIII del Pliego y estableciendo un 15 por ciento como beneficio empresarial, por lo que el citado coste de personal y la obligación de subrogación, no cuestionando el recurrente la veracidad de la información suministrada, no supone por sí ninguna ventaja para el actual concesionario, además de tener una incidencia igual para todos los licitadores.

Por tanto, el órgano de contratación al incluir en el pliego las previsiones que corresponde a la obligación legal de subrogación, bien sea por aplicación de la LOTT, bien del Acuerdo Marco, no hace sino cumplir con la normativa que constituye derecho necesario y de inexcusable cumplimiento, normativa cuya conformidad con los principios propios de la contratación del sector público se encuentra refrendada por la previsión específica contenida en el artículo 120 del propio TRLCSP. En este sentido, en nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos que *“la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo.”* De igual modo existiendo dicha obligación de subrogación bien en la normativa que rige la actividad (en este caso en la LOTT) y en el Acuerdo Marco o Convenio Colectivo aplicable al objeto del contrato, atendiendo a su ámbito territorial, subjetivo y funcional, el hecho de que el Pliego contemple la subrogación no resulta contrario a derecho pues la subrogación sigue sin proceder del Pliego.

En este sentido no puede obviarse la aplicación del art. 75.4 de la LOTT, en la redacción vigente, cuyo cumplimiento es lo que hace el pliego en la cláusula y anexo impugnados y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 87/2017 de 23 de enero, de la que se deduce que ahora impone la exigencia en los pliegos de la subrogación del nuevo concesionario en los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios con el anterior operador en los términos que resulte de la legislación vigente, incluidos los convenios colectivos.

*"Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.*

*En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.*

*Tal información se suministrará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*

*A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.2.*

*El nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior.*

Por último, el recurrente impugna especialmente el último párrafo de la cláusula 1.8 del Pliego, que contiene la previsión de que: *"Si como consecuencia de la reducción del objeto del contrato, hubiese trabajadores que no puedan quedar afectados por la subrogación, la empresa adjudicataria del nuevo contrato asume la obligación de compensar a los trabajadores"*. Esta previsión no es sino una consecuencia necesaria de la obligación de subrogación impuesta respecto del personal mínimo por la LOTT y





respecto del restante por el Acuerdo marco estatal aplicable, así como de la normativa laboral en caso de que la empresa adjudicataria en el futuro deba proceder al despido de algunos de los trabajadores por causas de producción lo que acontecería en caso de una posible reducción del objeto de la concesión, reducción que no puede saberse en la actualidad al constituir un hecho futuro e incierto que forma parte del riesgo y ventura empresarial del contratista, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos en el art. 282 del TRLCSP de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos. Es decir, una vez operada la subrogación que viene impuesta por la normativa aplicable, ésta subrogación produce los efectos que son propios a una relación laboral entre empresario y trabajadores.

Mediante otrosí, el recurrente ha solicitado la práctica de la prueba consistente en la solicitud de informe a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que versará sobre si el contenido del Acuerdo marco estatal y, en especial su artículo 19, es contrario al principio de prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública previsto en el artículo 45 de la Ley 14/2013, así como sobre el impacto de su aplicación en procedimientos de contratación pública. Se desestima la pertinencia de la prueba practicada pues su objeto es una cuestión estrictamente jurídica cuya solución se corresponde precisamente con las funciones de este Tribunal.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. R. C. G., en nombre y representación de la sociedad mercantil GLOBALIA AUTOCARES S.A, por medio del cual impugna el Pliego de Condiciones que rige el contrato de gestión de servicio público de *“transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Mergal de Fernamental (Burgos) (expediente AC-CON-01/2017)”*.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con el art. 47.4 del TRLCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.