



Recursos nº 522, 539 y 548/2014

Resolución nº 586/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de julio de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.C.C.P., (recurso nº 522/2014), en representación de la Federación Nacional Empresarial de Transporte en Autobús (en adelante, FENEBUS), por D. R.B.L. (recurso nº 539/2014), presidente de la Federación Española Empresarial de Transporte de Viajeros (en adelante, ASINTRA) y por D^a. M.I.G.R. (recurso nº 548/2014) en representación de la Asociación Nacional de Empresarios del Transportes en Autocares (en adelante, ANETRA), contra el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Plasencia (Cáceres), VAC-151, licitado por el Ministerio de Fomento, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El BOE del 19 de junio de 2014 publicó la Resolución de La Dirección General de Transporte Terrestre (Ministerio de Fomento), de 16 de junio de 2014, por la que se convoca licitación pública y se aprueba el pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Plasencia (Cáceres), expediente AC-CON-03/2014, servicio VAC-151. Este anuncio se publicó también en el DOUE de 25 de junio de 2014. El procedimiento de licitación es abierto. En cuanto al plazo de duración del contrato, según el pliego de condiciones, es de 10 años prorrogables.

Por otra parte, el anuncio de información previa del contrato fue publicado, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2010.

El Pliego de condiciones fue puesto a disposición de los licitadores el 20 de junio de 2014.

Segundo. El 3 de julio de 2014 tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENEBUS. El 7 de julio de 2014 es registrado el recurso presentado por ASINTRA y el 8 de julio de 2014 el presentado por ANETRA. Todos ellos fueron anunciados previamente al órgano de contratación.

En todos estos recursos se impugnan el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Plasencia. Se solicita que se deje sin efecto el pliego de condiciones por diversos motivos de invalidez, algunos de los cuales se repiten en los distintos recursos. Además, se solicita en los tres recursos la medida cautelar de suspensión provisional del procedimiento de contratación.

Tercero. El órgano de contratación, Dirección General de Transporte Terrestre, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de informe a cada uno de los recursos.

Cuarto. El 15 de julio de 2014, la Secretaria del Tribunal en el ejercicio de competencias delegadas dicta resolución concediendo la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Quinto. La Secretaría del Tribunal con fecha 17 de julio de 2014 dio traslado de los recursos a los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente. El sindicato Comisiones Obreras (Federación de servicios a la ciudadanía), solicitó al Tribunal la consideración de interesado y formuló alegaciones el 24 de julio de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.1 del TRLCSP en relación con el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), este Tribunal ha decidido la tramitación acumulada de los recursos 522, 539 y 548/2014 al interponerse todos ellos contra el mismo pliego de contratación, existiendo fundamentos comunes en los recursos de las tres recurrentes.

Segundo. Los presentes recursos se interponen ante este Tribunal competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Tercero. El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En el presente caso, las recurrentes son asociaciones representativas de intereses colectivos, correspondientes al sector del transporte de viajeros. Como hemos puesto de manifiesto en múltiples resoluciones, la jurisprudencia ha precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008), por lo que debe reconocerse el interés legítimo para interponer el recurso.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. El análisis de los requisitos de admisión de los recursos concluye con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce. Hemos de examinar si el contrato al que se refieren los pliegos tiene cabida entre los supuestos del artículo 40.1.c) TRLCSP por concurrir los requisitos que, para los contratos de gestión de servicios públicos, establece dicho precepto: *“c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”* Deben cumplirse ambos requisitos.

En relación con el plazo de duración del contrato, según la cláusula 1.3 del pliego es de

10 años, sin perjuicio de su posible prórroga.

En cuanto al segundo requisito, relativo al “*presupuesto de gastos de primer establecimiento*”, en nuestras Resoluciones números 43/2012 y 500/2014 declaramos que tal expresión se refiere al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir para la puesta en marcha del servicio.

En el caso concreto que nos ocupa, el pliego de condiciones no fija el presupuesto de gastos de primer establecimiento. No obstante, la cláusula 1.9 establece un número mínimo de cinco vehículos, cuyas características obligatorias se detallan en el anexo IV. Estos requisitos, junto a los datos que figuran en el documento “*Cálculo económico: Madrid-Plasencia*”, suscrito el 29 de mayo de 2014 por el Jefe de Área de la Dirección General de Transporte Terrestre, hacen suponer que los gastos de primer establecimiento superarán el importe mínimo de 500.000 euros, por lo que se entienden cumplidos los requisitos establecidos para acceder al recurso especial en materia de contratación.

En este fundamento, se estima oportuno resolver la alegación que hace ANETRA sobre la necesidad de celebrar un contrato de servicios para la prestación de los servicios de transporte objeto de los pliegos impugnados. Según esta asociación, los servicios que pretende prestar la Administración no deben ser objeto de un contrato de gestión de servicio público sino a la de un contrato de servicio de transporte.

La competencia de este Tribunal se extiende al conocimiento y resolución de las impugnaciones de los actos administrativos previstos en el artículo 40.2 del TRLCSP. La decisión administrativa de celebrar un tipo de contrato u otro para la satisfacción de las necesidades que se integran en su ámbito de competencias no es susceptible de recurso especial en materia de contratación y, por tanto, no es este Tribunal el competente para pronunciarse sobre esta alegación. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la facultad, que en ejercicio de su competencia tiene el Tribunal, de calificar el contrato atendiendo a su verdadera naturaleza jurídica en el caso de que hubiera sido calificado de manera incorrecta. En el caso de este recurso, no estamos en presencia de un error en la calificación del negocio jurídico sino en ante una decisión administrativa de gestión de un servicio mediante un contrato de gestión de servicio público.

En consecuencia, no se hará pronunciamiento alguno sobre este extremo. Sin perjuicio

de esta conclusión, debe recordarse la definición como servicio público que hace el artículo 71 de la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre, de 30 de julio (en adelante, LOTT), del transporte público regular de viajeros de uso general cuya titularidad corresponde a la Administración.

Sexto. Entrando en los fundamentos materiales del recurso, las recurrentes estiman que se ha incumplido la obligación establecida en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo (en adelante, Reglamento (CE) 1370/2007).

El citado precepto dispone que: *“Cada autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que, a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea los datos siguientes, como mínimo:*

- *a) nombre y datos de la autoridad competente;*
- *b) tipo de adjudicación considerado;*
- *c) servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación.*

Las autoridades competentes podrán optar por no publicar esta información cuando un contrato de servicio público tenga por objeto la prestación anual de menos de 50 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros...”

El pliego de condiciones impugnado prevé que el recorrido anual correspondiente a las expediciones mínimas es de 438.736 kilómetros, superando ampliamente los 50.000 kilómetros anuales que permitirían optar por la no publicación exigida por el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007.

El informe del órgano de contratación al recurso hace referencia a un anuncio de información previa publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de diciembre de 2010, del que existe una copia en el expediente y que se puede consultar en la dirección <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:374753-2010:TEXT:ES:HTML&tabId=1>, donde constan los datos exigidos por el Reglamento Comunitario.

Consecuentemente, mediante este anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se estima cumplido el requisito de publicidad en el ámbito comunitario previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, por lo que este motivo de impugnación debe ser desestimado.

Séptimo. En relación con la aplicación del Reglamento (CE) 1370/2007, se plantea el incumplimiento del artículo 4.1 por el pliego de condiciones. Este artículo dispone que: *“En los contratos de servicio público y en las reglas generales se deberán:*

a) definir claramente las obligaciones de servicio público que el operador de servicio público debe ejecutar, y los territorios correspondientes;

b) establecer por anticipado, de modo objetivo y transparente: i) los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación, si procede, y ii) la naturaleza y el alcance de cualesquiera derechos exclusivos, de manera tal que se evite una compensación excesiva. En el caso de los contratos de servicio público adjudicados con arreglo al artículo 5, apartados 2, 4, 5 y 6, esos parámetros se determinarán de forma que ninguna compensación pueda exceder en caso alguno del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes conservados por el operador de servicio público y la existencia de unos beneficios razonables;

c) definir las modalidades de distribución de los costes derivados de la prestación de los servicios. Estos costes podrán incluir en particular los de personal, energía, gastos de infraestructura, mantenimiento y reparación de los vehículos de transporte público, del material rodante y de las instalaciones necesarias para el funcionamiento de los servicios de transporte de viajeros, y los costes fijos y una remuneración apropiada de los capitales propios.”

Algunas de las recurrentes estiman que en el pliego de condiciones no se definen las obligaciones de servicio público ni la compensación o el derecho exclusivo que evita la compensación.

El informe del órgano de contratación al recurso entiende cumplidas estas previsiones en

la cláusula 1.6 del pliego de condiciones, en relación con el anexo III, en cuanto a las obligaciones de servicio público; y, en la cláusula 1.7, en la que se fija la compensación máxima a percibir por el contratista.

En el anexo III del pliego de condiciones al que se refiere la cláusula 1.6 del mismo son detalladas las expediciones: las rutas (cuatro), sus paradas y la distancia al origen; así como los calendarios, con indicación de los días del año (con indicación).

La cláusula 1.7, asimismo, establece las tarifas máximas admisibles en las expediciones: tarifa sin IVA: 0,069182 euros/viajero.km. Sobre esta cifra en el documento "*Cálculo económico: Madrid-Plasencia*" citado se analizan los costes que dan lugar a la tarifa.

El Tribunal estima suficientemente descrito en el pliego de condiciones tanto el servicio como la compensación que percibirá el concesionario, asumiendo que la estimación del pliego de condiciones es una tarifa máxima sobre la cual los licitadores podrán ofertar una rebaja. En consecuencia, no se aprecia la infracción denunciada.

Octavo. La asociación FENEBUS plantea en su recurso la infracción del procedimiento previsto para el establecimiento del servicio toda vez que el contrato que se pretende celebrar debe tramitarse de acuerdo con los requisitos contemplados para el establecimiento de un nuevo servicio, en los términos de los artículos 70 de la LOTT, 61.2, 62.1 y 63 del ROTT. Asimismo, la recurrente aprecia la vulneración del procedimiento establecido en el artículo 4.1 del Reglamento (CE) 1370/2007.

Para llegar a esta conclusión la recurrente aprecia la variación de las condiciones de explotación (material móvil, tarifas, abono de un canon, plazo del contrato concesional, etc.) que han venido rigiendo la concesión caducada.

Sin embargo, el informe del órgano de contratación señala que el servicio que ahora se licita, el denominado VAC-151, fue establecido el 2 de febrero de 2002 y viene prestándose continuamente hasta este momento por el mismo concesionario en virtud de la prórrogas concedidas, que figuran en el expediente de contratación como documento nº 4.

El Pliego ahora recurrido recoge tráficos idénticos a los que venían integrando el servicio VAC-151 hasta la fecha, sin que su itinerario haya sufrido tampoco alteración salvo las precisiones exigidas por la nueva nomenclatura dada a las carreteras, según mapa oficial.

Todo contrato es nuevo por definición, pero no por naturaleza. Para la legislación sectorial de aplicación en la materia, un servicio es nuevo sólo si incorpora nuevos tráficos o nuevos itinerarios y en el caso que nos ocupa tanto los tráficos como el itinerario son los mismos que integraban el anterior contrato de gestión de este servicio. A mayor abundamiento, se ha de señalar que todas las referencias técnicas contenidas en el Pliego (canon, garantías, solvencia económica/financiera y técnica/profesional) están referidas a datos de explotación del propio servicio VAC-151.

En consecuencia no procede, a juicio del órgano de contratación, tramitar el procedimiento de contratación como si se tratara de establecer el servicio.

Pues bien, el artículo 95.2 del ROTT advierte que: "*Extinguida la concesión quedarán a favor del concesionario saliente los bienes e instalaciones que hubiera aportado para la explotación del servicio.*"

En los supuestos señalados en las letras a), b), c), d), f), g), h) y j) del apartado anterior, cuando no existan razones que aconsejen la supresión de los servicios que venían siendo prestados mediante la concesión extinguida, la Administración podrá convocar un nuevo concurso para el otorgamiento de una nueva concesión, dándose por cumplidos todos los requerimientos contenidos en el capítulo primero de este título, salvo que se pretendiese introducir modificaciones significativas en relación con los tráficos o el itinerario de la concesión extinta."

Este artículo tipifica un supuesto que autoriza a excluir la aplicación del régimen contemplado para el establecimiento del servicio regular permanente de uso general, recogido en el Capítulo Primero del Título III del ROTT, en el caso de que se quisiera celebrar un nuevo contrato sobre el servicio que se extingue. En primer lugar, la norma exige que la concesión se extinga por concluir el plazo -u otras causas que no interesan a este recurso--. Del expediente remitido al Tribunal resulta que la concesión se encuentra

prorrogada. La segunda condición, exige que no se introduzcan modificaciones significativas en relación con los tráficos o el itinerario de la concesión extinta.

La recurrente no justifica en el caso objeto del recurso se incumplan las dos condiciones expuestas y cuya concurrencia excluye la aplicación del trámite seguido por la Administración para contratar el nuevo servicio regular permanente de uso general. La recurrente centra su recurso en eventuales cambios en las condiciones, pero estas no inciden en los tráficos o en los itinerarios. En consecuencia no se aprecia la infracción del procedimiento alegada.

Noveno. El siguiente motivo de impugnación se refiere a la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir al servicio. Según el recurso, que coincide en este punto con las alegaciones del sindicato Comisiones Obreras, el pliego limita *"el personal mínimo a adscribir al servicio público, y por ende, con derecho a subrogación a la categoría de conductores"*. Considera el recurrente esta *"deficiencia del pliego como esencial"* ya que *"un servicio de clase como el que nos ocupa no solo precisa de personal conductor"*, añadiendo además que ello irroga a la empresa que ha venido prestando el servicio un *"gravísimo e injustificado quebranto económico ya que no puede subrogar a la nueva empresa adjudicataria el personal que de hecho ha estado adscrito a la prestación del contrato concesional"*.

El artículo 73. 2.g) y h) de la LOTT establecen que, *en todo caso, se incluirán en el pliego los siguientes extremos:*

"g) La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio.

h) Cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose, los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir la dotación mínima señalada en el apartado anterior".

El pliego, en consonancia con el criterio de la CNMC (páginas 12 y 13 del informe, que consta en el expediente) y del TACRC (resolución nº 386/2014), aplica una interpretación restrictiva del artículo transcrito, considerando solamente como personal mínimo

necesario, y por tanto con derecho a subrogación, al personal de conducción, que es el único elemento, junto con los vehículos, indispensable para la prestación del servicio y cuya cuantificación se encuentra íntimamente relacionada con sus condiciones de prestación (número y frecuencia de expediciones, itinerario de éstas, etc.).

El órgano de contratación afirma que carece de elementos de juicio suficientes para definir y enumerar otros puestos de trabajo que la empresa prestataria del servicio pueda, en su caso, considerar adecuado utilizar en su prestación (mecánicos, taquilleros, administrativos, jefes de tráfico, etc.), lo cual, por otra parte, resultaría injustificado, puesto que, habitualmente dicho personal no está dedicado exclusivamente a la prestación de un solo servicio, sino que desempeña simultáneamente su trabajo en relación con una diversidad de servicios, regulares o discrecionales, que realiza la empresa en la que trabajan, compartiendo incluso, en ocasiones, su tiempo en la realización de funciones prestadas en concepto de colaboración en relación con servicios prestados por otras empresas transportistas.

En conclusión, el órgano de contratación sólo está en condiciones de calcular objetivamente el número mínimo y teórico de conductores necesarios para la explotación del servicio y, por otra parte, se considera inadecuada adscribir a éste una parte del personal de la empresa del anterior contratista que realizaba funciones generales de apoyo al conjunto de servicios que éste venía desarrollando.

Décimo. Varios de los recursos acumulados impugnan la cláusula 1.8 del pliego de condiciones, relativa a la subrogación del personal de la concesionaria actual. La cláusula 1.8 en relación con el personal prevé: *"De acuerdo con el artículo 73.2 g) de la LOTT, la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio es la prevista en el Anexo VII de este Pliego.*

Para cubrir dicha dotación mínima y según lo dispuesto en los artículos 73.2 h) y 75.4 de la LOTT en relación con el artículo 120 del TRLCSP, el adjudicatario deberá subrogarse como empleador en las relaciones laborales del antiguo contratista. Los empleados, sus

condiciones de contratación, así como los costes laborales que implica tal medida, serán exclusivamente los que figuran en el Anexo VII de este Pliego.

Cuanto se trate de un contrato para la gestión de un servicio de nueva creación se indicará en este apartado la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio."

Tal y como este Tribunal argumentó en la Resolución nº 386/2014, de 19 de mayo, no es la decisión administrativa sino la previsión normativa la que determina la subrogación, quedando la administración limitada a disponer el personal mínimo subrogable. Así, en aquella resolución se afirma que: *"la obligación y el alcance de subrogación tiene una previsión específica en el apartado 5 del artículo 4 del Reglamento -en referencia al Reglamento (CE)1370/2007- que se refiere al "contenido obligatorio de los contratos de servicio público y reglas generales" disponiendo que: 5. Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios."*

Del primer inciso de este artículo resulta que las autoridades competentes pueden ofrecer al personal los derechos que hubieran tenido de haberse producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE, si bien, lo hace sin perjuicio del derecho nacional y comunitario y los convenios colectivos en vigor. Por lo tanto, parece dejar un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para prever en su derecho interno, o bien, en los convenios colectivos en vigor, la posibilidad de incluir determinadas previsiones referentes al personal previamente contratado y a la posibilidad de prestar los servicios que hubiera tenido si se hubiera producido un traspaso.

En este sentido, el considerando 16 del Reglamento dispone que la Directiva 2001/23/CE "no impide que los Estados miembros salvaguarden las condiciones de traspaso de otros derechos de sus empleados distintos de los cubiertos por la Directiva 2001/23/CE teniendo para ello en cuenta, si procede, las normas sociales establecidas en la legislación, las disposiciones administrativas nacionales o los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales". En lo que se refiere a nuestro Derecho interno, existe precisamente una previsión específica en la LOTT, en el artículo 75 apartado 4 que indica que "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".

Es decir, el Pliego de condiciones fijará conforme a la letra g) "La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio" y conforme a la letra h) "Cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose, los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir la dotación mínima señalada en el apartado anterior". En este caso, conforme al artículo 75 apartado cuatro, párrafo segundo "...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". El párrafo cuarto añade que a estos efectos "...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".

Esta previsión ha sido introducida por la Ley 9/2013 de 4 de Julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Por lo tanto, podemos concluir, que en el caso que nos ocupa, la exigencia de subrogación no ha sido determinada en los pliegos por el propio órgano de contratación, sino que es una exigencia impuesta por la LOTT. Esta obligación no se preveía con anterioridad en la LOTT que únicamente indicaba, en el apartado 4 del artículo 75 que: "Cuando como consecuencia de los establecidos en esta Ley, resulte adjudicataria de la concesión una empresa distinta de la que hasta entonces hubiera explotado el servicio, se observarán respecto a la posible subrogación de la misma en las relaciones con los trabajadores de la anterior, las normas establecidas en la legislación laboral".

A la vista de la modificación operada en la LOTT, aplicable al expediente de licitación que nos ocupa, parece que es necesario llegar a la conclusión de que en este caso la obligación de subrogación lo es en los términos que establece esta disposición. No desconoce este Tribunal que existe algún pronunciamiento jurisprudencial reciente, que interpretando conjuntamente el Reglamento (CE) nº 1370/2007 y la LOTT ha llegado a la conclusión de que el órgano de contratación no puede determinar en los Pliegos la exigencia de dicha subrogación (en este sentido se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de febrero de 2014, recurso 1905/2011). No obstante, esa conclusión era la procedente antes de la reforma operada por la Ley 9/2013, siendo la regulación actual distinta. Así, cabe concluir que la obligación de subrogación, únicamente en la dotación de personal mínimo, y la obligación de incluirse esta previsión por el Órgano de contratación en los pliegos es una exigencia establecida por la LOTT. No habiendo convenio colectivo que prevea la subrogación, la misma se producirá estrictamente en los términos que prevé la LOTT.

No parece que esta previsión sea contraria al Derecho de la Unión, en concreto al Reglamento (CE) nº 1370/2007, pues éste, como ya hemos explicado, deja a salvo en este punto el derecho nacional. Aunque, sí indica expresamente en el inciso segundo del apartado 5 del artículo 4 que si se impone la obligación de cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el

personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considerara a los empleados vinculados a dichos servicios. Por lo tanto, efectivamente, no existe ningún derecho genérico a la subrogación, en la medida en que no existe Convenio Colectivo que lo prevea, ni ha habido una sucesión de empresas en los términos previstos en el artículo 44 del ET y en la Directiva 2001/23/CE. Por el contrario, sólo tendrán ese derecho los trabajadores que el órgano de contratación haya incluido en los pliegos conforme a las previsiones de la LOTT."

En consecuencia, asumiendo los argumentos de la resolución transcrita debe rechazarse este motivo del recurso estimándose que la cláusula 1.8 del pliego de condiciones es conforme no a una exigencia nacida en el convenio colectivo sino de una normativa específica de los contratos de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general. Y, todo ello sin perjuicio de lo que diremos en el siguiente fundamento.

Undécimo. Esta misma cláusula 1.8 del pliego de condiciones ha suscitado, en algunos de los recursos, un nuevo motivo de impugnación. En este caso, se centra en la limitación que hace la Administración de la subrogación al personal conductor cuando para la adecuada prestación del servicio público resulta imprescindible otro tipo de personal que por no ser adscrito al servicio no será subrogado.

El informe del órgano de contratación, con fundamento en la Resolución 386/2014, afirma que el pliego de condiciones acoge una interpretación restrictivamente del artículo 73.2.g) de la LOTT. En su informe el órgano de contratación considera que la adscripción de más personal, más allá de los conductores, podría condicionar el modelo de gestión o explotación del servicio. Además, el personal no conductor, afirma el órgano de contratación, generalmente no está dedicado exclusivamente a un solo servicio sino que desempeña el trabajo en relación con varios servicios. A título de ejemplo, indica el informe, el personal de taquilla, los mecánicos, administrativos, etcétera. En el pliego de condiciones se refleja un número mínimo y teórico de conductores que se ha calculado necesario para la explotación del servicio. Por último, se aprecia inadecuado adscribir personal de la empresa anterior para prestar el servicio en la nueva concesionaria que realizará funciones generales de apoyo al conjunto de servicios que aquella empresa venía desarrollando.

La cláusula 1.8 del pliego de condiciones hace una remisión al anexo VII en el que se identifican a cinco conductores, con su tipo de contrato, antigüedad, convenio colectivo aplicable, los derechos laborales y colectivos y el coste para la empresa.

En la Resolución 386/2014, de 19 de mayo, el Tribunal entendió: *“que estamos ante una apreciación de carácter técnico y discrecional, y por lo tanto, tratándose de una cuestión técnica el Tribunal no puede corregir dicha conclusión aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.”*

La conclusión a la que se llega y a que no se ha puesto de manifiesto por ninguno de los recurrentes arbitrariedad, discriminación o error material alguno es que, la decisión técnica impugnada se ajusta a derecho. A mayor abundamiento se estima razonada y justificada en los términos que expresa el informe del órgano de contratación al recurso.

Asimismo, debe recordarse que el personal mínimo adscrito no constituye sino el mínimo imprescindible para la ejecución del contrato, condicionando en la menor medida posible su ejecución a través del resto de personal que sea necesario, a juicio del licitador, y de conformidad con la idea que de servicio público de transporte que desee establecer y oferte en su proposición.

Por lo expuesto no puede acogerse el motivo de impugnación alegado.

Duodécimo. La asociación FENEBUS aprecia que en el pliego, por aplicación del artículo 73.2 del ROTT, se debe introducir como criterio de valoración las instalaciones propias de las empresas contratistas.

El informe del órgano de contratación estima que, siendo obligatorio el uso de las estaciones públicas de autobuses, de conformidad con el artículo 75.2 del ROTT, no puede considerarse un defecto del pliego de condiciones la falta de mención de las instalaciones.

El órgano de contratación acude a la discrecionalidad técnica para justificar la falta de inclusión de las instalaciones propias de la empresa licitadora entre los criterios de adjudicación. Considerando, a su vez, que el uso de este criterio no se justificaría en términos de mejora del servicio y por el contrario limitaría la concurrencia efectiva al favorecer al gran operador ya establecido.

El artículo 73.2 de la LOTT dispone: *"En todo caso, se incluirán en dicho pliego los siguientes extremos: (...) i) Las instalaciones fijas que, en su caso, haya de aportar el contratista para la prestación del servicio."*

El artículo 73 del ROTT prevé que: *" 1. En la valoración de las proposiciones formuladas y con la consiguiente resolución del concurso, se tendrán en cuenta las circunstancias de todo orden que concurran en las distintas ofertas y en las Empresas que las formulen, sin atender exclusivamente al contenido económico de aquéllas, de acuerdo con los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones.*

2. Se valorará cada uno de los componentes de la oferta en virtud de su importancia para la prestación del servicio.

En especial, serán objeto de dicha valoración las concreciones que sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones, compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda, y calidad y seguridad del servicio realicen los distintos licitadores."

El artículo 68.3 del ROTT dispone: *"se harán constar en el pliego de condiciones los siguientes extremos: (...) 5º Las instalaciones que, en su caso, resulten necesarias."*

El artículo 75.2 del ROTT, respecto de las estaciones, establece: *"2. En las poblaciones que dispongan de estaciones de viajeros será preceptiva su utilización por las líneas de transporte interurbano, salvo que la Administración concedente del servicio, previo informe del correspondiente Ayuntamiento, autorice otros lugares de parada diferentes, lo cual podrá tener lugar en los siguientes casos:*

a) Cuando las correspondientes Empresas dispongan de instalaciones propias con condiciones adecuadas.

b) Cuando existan razones objetivas de interés público y así se constate en el oportuno expediente, en el que deberá darse audiencia al concesionario del servicio y al titular de la estación de viajeros.

3. No obstante lo dispuesto en el punto anterior, salvo que el órgano concedente, previo informe del correspondiente Ayuntamiento, imponga de forma expresa la obligatoriedad de utilizar la estación, ésta no será preceptiva para las líneas de corto recorrido que discurren en la zona de influencia de las ciudades de más de 50.000 habitantes, sin exceder de las distancias expresadas en el apartado a) del punto 1 del art. 65."

El Tribunal estima que, si bien el párrafo segundo del artículo 73.2 del ROTT se refiere a las instalaciones como uno de los elementos componentes de la oferta que será objeto de valoración, no debe concluirse que este precepto imponga al órgano de contratación un límite en su discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación. A esta conclusión se llega de una interpretación literal, gramatical y sistemática de los preceptos, tanto de la LOTT y el ROTT que regulan el contenido de los pliegos de condiciones y los criterios a valorar. El mismo artículo 73 del ROTT en su primer párrafo permite considerar en la valoración de las proposiciones formuladas los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes (entre los que se encuentra las instalaciones) o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones. Así, el precepto permite que el pliego de condiciones establezca unos criterios diferentes a los establecidos en los puntos siguientes del ROTT.

El artículo 73.2 de la LOTT, al regular el contenido de los pliegos de condiciones incluye a las instalaciones fijas que en su caso deba aportar el contratista. De modo que, en el caso de que el órgano de contratación estime que no debe aportarse instalación fija alguna la LOTT no exige la mención de estas en los pliegos. En el mismo sentido debe interpretarse el artículo 68.3 del ROTT.

Así, del régimen expuesto resulta que la falta de mención a las estaciones o instalaciones es una opción del órgano de contratación en el ejercicio de su facultad discrecional para

fijar los elementos del pliego de condiciones y, particularmente, los criterios de valoración de las proposiciones. No estimándose necesaria la aportación de instalaciones por los licitadores, no será oportuno incluir éstas entre los criterios a valorar.

A mayor abundamiento, la opción del órgano de contratación es coherente con el hecho de que existe una obligación de uso por el concesionario de las estaciones de viajeros existentes, en los términos que señala el artículo 75.2 del ROTT.

Este argumento es igualmente aplicable para desestimar la impugnación del pliego de condiciones por la falta de mención o consideración a efectos de valoración de otras instalaciones destinadas a garaje, estacionamiento de vehículos o almacenamiento.

Decimotercero. Varios recurrentes alegan al invalidez de la cláusula 3.3.1 del pliego de condiciones en cuanto que resulta contraria al artículo 81 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 (en adelante, RLCAP).

El informe del órgano de contratación defiende la conformidad a derecho de la citada cláusula manifestando que la potestad que tienen la mesas de contratación de conceder 1, 2 o 3 días para la subsanación por los candidatos de los errores detectados en sus proposiciones y no a la falta de aplicabilidad de la medida. El informe del órgano de contratación viene a reconocer la tesis del recurrente, estimando que se trata de un mero problema interpretativo.

La cláusula 3.3 del pliego de condiciones se detiene a regular la apertura de los sobres en los que se contiene las proposiciones, la calificación de los documentos y su examen y valoración.

La citada cláusula dispone, *“si la Mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días hábiles para que el licitador subsane el error. De lo actuado se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse.”*

El artículo 81.2 del RLCAP establece respecto del trámite de subsanación que: *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo*

comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”

La cláusula impugnada parece mal redactada. Si la voluntad del órgano de contratación fuera reconocer la disponibilidad de la mesa de contratación de los días de subsanación, hasta un máximo de tres hubiera sido suficiente con indicar que la mesa podrá conceder un plazo no superior a tres días hábiles para que el licitador subsane el error. Añadir la expresión “*si lo estima conveniente*” resulta redundante para reconocer la disponibilidad del plazo de subsanación y lleva a la confusión acerca de si la disponibilidad es del trámite de subsanación o del plazo. No obstante, aclarada en el informe al recurso la interpretación que el órgano de contratación pretende dar a la cláusula, de conformidad con la pretensión de los recurrentes, se estima que no procedería la revisión de la misma toda vez que se trataría de un problema de interpretación de la cláusula que deberá hacerse conforme a la norma aplicable.

Por otro lado, a la vista del informe del órgano de contratación, se ha producido una suerte de reconocimiento por éste de la interpretación que ha de darse a la cláusula impugnada, que será conforme a la alegación de los recurrentes.

Decimocuarto. Varios de los recursos acumulados impugnan la cláusula 1.11 del pliego de condiciones, rechazando ésta por estimar que rebasa la obligación legal y sustantiva de sometimiento a las Juntas Arbitrales del Transporte. La LOTT únicamente faculta a los usuarios del servicio a acudir al arbitraje, sin ser una obligación para estos. En consecuencia la obligación contenida en la cláusula 1.11 del pliego de condiciones supone una vulneración del artículo 38 de la LOTT.

En el recurso de FENEBUS se concluye que el sometimiento a las Juntas Arbitrales de Transporte es voluntario en todo caso de acuerdo con el artículo 38.1 de la LOTT. Sin perjuicio de presumir, salvo acuerdo expreso en contrario, que el sometimiento a arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte existe cuanto la cuantía excede de 15.000 euros.

La cláusula 1.11 del pliego de condiciones dispone que: *“la empresa contratista del servicio público de transporte se compromete a someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte en relación con cualquier controversia que, pueda suscitarse con los usuarios del servicio, en el cumplimiento del transporte”*.

Debe advertirse que el régimen normativo, contenido en los artículos 38 y 73 de la LOTT y 68 del ROTT, no establece la obligación de sujeción a arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte.

En cuanto al contenido de los pliegos de condiciones para las concesiones correspondientes a servicios regulares permanentes de viajeros de uso general, previsto en el artículo 68.1 del ROTT prevé en su número 8 el compromiso de la empresa prestataria de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en los litigios que, en relación con el contrato de transporte, puedan suscitarse con los usuarios del servicio, cuando dicho arbitraje sea instado por éstos conforme a lo que se señala en el artículo 9 del ROTT.

El artículo 73.2.º de la LOTT dispone entre el contenido del pliego de condiciones para la celebración de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general dispone: *“8.º El compromiso de la empresa prestataria de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en los litigios que, en relación con el contrato de transporte, puedan suscitarse con los usuarios del servicio, cuando dicho arbitraje sea instado por éstos conforme a lo que se señala en el artículo 9.”*

En todo caso, del régimen jurídico expuesto no se aprecia que la cláusula 1.11 del pliego resulte contraria a la normativa aplicable sino todo lo contrario, de acuerdo con el transcrito artículo 73.2.º de la LOTT, el órgano de contratación, de acuerdo con la norma aplicable, incluye en el pliego de condiciones la obligación del contratista de sumisión expresa al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte.

Resulta evidente que la sujeción a arbitraje del concesionario deja a salvo la facultad del usuario del servicio la opción de poder acudir a la jurisdicción sin pasar por el procedimiento arbitral ya que la cláusula arbitral del pliego de condiciones no vincula al usuario.

En consecuencia, se estima que la cláusula 1.11 del pliego de condiciones es conforme a derecho.

Decimoquinto. El recurso de ANETRA impugna la cláusula 2.4.2, relativa a la garantía definitiva, al establecer ésta en un 5 por ciento del importe de la adjudicación, excluido el IVA. Estima la recurrente que el órgano de contratación debió apreciar circunstancias en el caso que eximan al adjudicatario de la constitución de garantía. La asociación recurrente considera que la cuantía de la garantía definitiva exigida impide la participación de pequeñas y medianas empresas en los términos que dispone el artículo 22 del TRLCSP.

Ciertamente, el artículo 22 del TRLCSP prevé que los entes, organismos y entidades del sector público promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa a los procedimientos de contratación. No obstante, esta norma no puede interpretarse en sentido de impedir la aplicación del resto de disposiciones del TRLCSP en aras a la eliminación de requisitos, condiciones o garantía que pretenden asegurar la contratación, como es el artículo 95 del TRLCSP. Debe recordarse que la garantía definitiva tiene por objeto responder de los conceptos previstos en el artículo 100 del TRLCSP, particularmente de la correcta ejecución del contrato.

Por otro lado, el artículo 95 del TRLCSP establece como regla general la constitución de una garantía del 5 por ciento del importe de la adjudicación excluido el IVA. De manera que el pliego de condiciones no recoge sino la previsión normativa. No obstante el propio artículo 95 del TRLCSP reconoce al órgano de contratación la facultad de eximir al adjudicatario, de la obligación de constituir garantía, imponiendo al órgano de contratación la obligación de motivar la excepción en consideración de las circunstancias concurrentes. Este precepto no configura la exclusión de la garantía como un derecho del contratista sino una facultad de la Administración que ejercerá, por ser excepcional, de forma motivada.

Por otro lado, aunque la promoción de la pequeña y mediana empresa es un principio que debe mover la actuación de la Administración en su actividad contractual, no parece ser suficiente para justificar la exclusión de la garantía definitiva del contrato en presencia, toda vez que se trata de garantizar la finalidad del contrato que no es otra que

satisfacer las necesidades que lo motivaron.

Decimosexto. Los diversos recursos impugnan el pliego de condiciones por la forma que el órgano de contratación configura alguno de los criterios de adjudicación. Las asociaciones recurrentes estiman que los criterios de mejora del confort del material móvil (3.4.1.1), conectividad e intermodalidad (3.4.1.3), la seguridad (3.4.1.4) y el programa de eficiencia energética (3.4.1.5) carecen de la concreción suficiente vulnerando así los principios de transparencia, objetividad e igualdad establecidos en el artículo 1 del TRLCSP.

El órgano de contratación estima que la Administración disfruta de un cierto grado de discrecionalidad a la hora de definir y cuantificar la importancia que debe darse a cada uno de los criterios existentes en el Pliego.

El artículo 150 del TRLCSP regula el régimen de los criterios de valoración de las ofertas. En cuanto a la determinación o concreción de los criterios, en lo que interesa a este recurso, el artículo dispone: “(...) **2.** *Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...)*

4. *Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. (...).*

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.”

La legislación sectorial, LOTT también contiene un precepto sobre la materia. El artículo 74 establece: “**1.** *En la adjudicación del contrato únicamente podrán tenerse en cuenta variantes o mejoras ofrecidas por los licitadores cuando tal posibilidad se hubiese previsto expresamente en el pliego.*

Los criterios señalados a tal efecto en el pliego deberán estar relacionados, en todo caso, con el régimen económico y tarifario, la seguridad, la eficacia o la calidad y frecuencia del



servicio objeto del contrato y tendrán especialmente en cuenta factores ambientales y la mejor integración con la red de servicios públicos de transporte de viajeros que vertebran el territorio. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en el propio pliego.”

Los pliegos en cuanto al criterio 3.4.1.1, mejoras en el confort del material móvil, establece que *se valorará en este apartado las propuestas que supongan mejoras en los vehículos en cuanto a:*

- Elementos de confort y ergonomía: máximo 3 puntos.*
- Opciones de entretenimiento durante el viaje: máximo 2 puntos.*
- Equipamiento de dispositivos que permitan al viajero el acceso durante el viaje a las nuevas tecnologías: máximo 2 puntos.*

El criterio descrito en el número 3.4.1.3 es la conectividad e intermodalidad: máximo 5 puntos. El pliego establece que *se valorará en este apartado las propuestas que incluyan: medidas que fomenten la conectividad y la intermodalidad con otros modos de transporte y que faciliten al viajero información sobre las mismas.*

El criterio número 3.4.1.4, sobre seguridad, se valora con una puntuación máxima de 5 puntos, las propuestas que incluyan *medidas dirigidas a la obtención de certificaciones o auditorías de seguridad que incluyan entre sus indicadores la existencia de un plan de seguridad y que analicen al menos los siguientes factores: conductor, vehículo, operación y gestión de seguridad, realizadas por entidades de reconocido prestigio. Las certificaciones o auditorías deberán mantener su vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato.*

El criterio 3.4.1.5 valora el programa de eficacia energética con un máximo de 5 puntos. El pliego de condiciones pretende que sean evaluadas las *medidas dirigidas a la obtención de certificaciones o auditorías de eficiencia energética que incluyan la existencia de un plan con sus correspondientes objetivos e indicadores que incorporen medidas distintas a las exigidas en la norma UNE EN ISO 14001 o en otros apartados de este Pliego. Las certificaciones o auditorías deberán mantener su vigencia durante todo el*

tiempo de duración del contrato.

Todos estos criterios se integran entre los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, determinados por el órgano de contratación en ejercicio de la facultad que le reconoce la norma. Tampoco resultan ajenos a la previsión que para los criterios establece el artículo 73 de la LOTT. Así, se comprueba que los criterios de adjudicación discutidos tienen relación con el citado la seguridad (3.4.1.4), la calidad (3.4.1.1), factores ambientales (3.4.1.5) y la mejor integración con la red de servicios públicos de transporte de viajeros que vertebran el territorio (3.4.1.3).

Asimismo, se observa que el pliego de condiciones atribuye una ponderación a cada uno de los criterios discutidos, estableciendo una puntuación máxima que constituye el límite que podrá conceder la mesa al evaluar las proposiciones.

De acuerdo con los requisitos previstos en la norma no se aprecia infracción de las reglas aplicables a la determinación de los criterios de adjudicación en el pliego de condiciones impugnado. Debe reconocerse, por ello, que el órgano de contratación actuó dentro de los límites de la discrecionalidad técnica amparados por la norma para la fijación de los criterios de adjudicación, sin apreciar arbitrariedad, discriminación error material o de procedimiento en la definición de los criterios y en la ponderación que a cada uno se atribuye.

Los criterios están adecuadamente delimitados y descritos en el pliego de condiciones de manera que el Tribunal aprecia que las medidas que se valoran son conocidas de forma suficiente por los licitadores sin incurrir en la indeterminación denunciada.

A la misma conclusión se llega respecto del criterio 3.4.2.4, que a diferencia de los anteriores es un criterio objetivo que permite atribuir tres puntos o cero puntos si el licitador, respectivamente, se compromete o no a obtener, en el plazo de catorce meses, el certificado de cumplimiento de la norma UNE EN 13816.

Respecto de este certificado, resulta aceptable reconocerlo como criterio de valoración objetivo toda vez que permitirá a las empresas que liciten y no vengan prestando un servicio como el que es objeto de contratación, para adquirir mayor calidad



correspondiéndose así, según hemos indicado, a uno de los criterios a los que debe responder los criterios de valoración de las proposiciones en este tipo de procedimiento.

Decimoséptimo. Los recursos de dos de las asociaciones consideran, en relación con las instalaciones, particularmente las estaciones, que éstas no se han considerado en el pliego de condiciones suponiendo este hecho una infracción de las normas aplicables.

El informe del órgano de contratación estima que, siendo obligatorio el uso de las estaciones públicas de autobuses, de conformidad con el artículo 75.2 del ROTT, no puede considerarse un defecto del pliego de condiciones la falta de mención de las instalaciones.

El órgano de contratación acude a la discrecionalidad técnica para justificar la falta de inclusión de las instalaciones propias de la empresa licitadora entre los criterios de adjudicación. Considerando, a su vez, que el uso de este criterio no se justificaría en términos de mejora del servicio y por el contrario limitaría la concurrencia efectiva al favorecer al gran operador ya establecido.

El artículo 73.2 de la LOTT dispone: *“En todo caso, se incluirán en dicho pliego los siguientes extremos: (...) i) Las instalaciones fijas que, en su caso, haya de aportar el contratista para la prestación del servicio.”*

El artículo 73 del ROTT prevé que: *“1. En la valoración de las proposiciones formuladas y con la consiguiente resolución del concurso, se tendrán en cuenta las circunstancias de todo orden que concurran en las distintas ofertas y en las Empresas que las formulen, sin atender exclusivamente al contenido económico de aquéllas, de acuerdo con los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones.*

2. Se valorará cada uno de los componentes de la oferta en virtud de su importancia para la prestación del servicio.

En especial, serán objeto de dicha valoración las concreciones que sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones, compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda, y calidad

y seguridad del servicio realicen los distintos licitadores.”

El artículo 68.3 del ROTT dispone: *“se harán constar en el pliego de condiciones los siguientes extremos: (...) 5º Las instalaciones que, en su caso, resulten necesarias.”*

El artículo 75.2 del ROTT, respecto de las estaciones, establece: *“2. En las poblaciones que dispongan de estaciones de viajeros será preceptiva su utilización por las líneas de transporte interurbano, salvo que la Administración concedente del servicio, previo informe del correspondiente Ayuntamiento, autorice otros lugares de parada diferentes, lo cual podrá tener lugar en los siguientes casos:*

a) Cuando las correspondientes Empresas dispongan de instalaciones propias con condiciones adecuadas.

b) Cuando existan razones objetivas de interés público y así se constate en el oportuno expediente, en el que deberá darse audiencia al concesionario del servicio y al titular de la estación de viajeros.

3. No obstante lo dispuesto en el punto anterior, salvo que el órgano concedente, previo informe del correspondiente Ayuntamiento, imponga de forma expresa la obligatoriedad de utilizar la estación, ésta no será preceptiva para las líneas de corto recorrido que discurren en la zona de influencia de las ciudades de más de 50.000 habitantes, sin exceder de las distancias expresadas en el apartado a) del punto 1 del art. 65.”

El Tribunal estima que si bien el párrafo segundo del artículo 73.2 del ROTT se refiere a las instalaciones como uno de los elementos componentes de la oferta que será objeto de valoración, no debe concluirse que este precepto imponga al órgano de contratación un límite en su discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación. A esta conclusión se llega de una interpretación literal, gramatical y sistemática de los preceptos, tanto de la LOTT y el ROTT que regulan el contenido de los pliegos de condiciones y los criterios a valorar. El mismo artículo 73 del ROTT en su primer párrafo permite considerar en la valoración de las proposiciones formuladas los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes (entre los que se encuentra las instalaciones) o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones. Así, el precepto permite que el

pliego de condiciones establezca unos criterios diferentes a los establecidos en los puntos siguientes del ROTT.

El artículo 73.2 de la LOTT, al regular el contenido de los pliegos de condiciones incluye a las instalaciones fijas que en su caso deba aportar el contratista. De modo que, en el caso de que el órgano de contratación estime que no debe aportarse instalación fija alguna, la LOTT no exige la mención de estas en los pliegos. En el mismo sentido, debe interpretarse el artículo 68.3 del ROTT.

Así, del régimen expuesto resulta que la falta de mención a las estaciones o instalaciones es una opción del órgano de contratación en el ejercicio de su facultad discrecional para fijar los elementos del pliego de condiciones y particularmente los criterios de valoración de las proposiciones. No estimándose necesaria la aportación de instalaciones por los licitadores, no será oportuno incluir estas entre los criterios a valora.

A mayor abundamiento, la opción del órgano de contratación es coherente con el hecho de que existe una obligación de uso por el concesionario de las estaciones de viajeros existentes, en los términos que señala el artículo 75.2 del ROTT.

Este argumento es igualmente aplicable para desestimar la impugnación del pliego de condiciones por la falta de mención o consideración a efectos de valoración de otras instalaciones destinadas a garaje, estacionamiento de vehículos o almacenamiento.

Decimoctavo. La asociación FENEBUS aprecia que en el pliego no se definen adecuadamente las obligaciones contractuales calificadas como esenciales, en cumplimiento de la previsión del artículo 223 del TRLCSP. La recurrente concluye que la falta de calificación como esencial de una condición del pliego de condiciones impedirá la resolución del contrato.

El artículo 69 del ROTT obliga a que las condiciones establecidas en el pliego se clasifiquen en esenciales, condiciones con carácter de requisito mínimo, y de carácter orientativo, lo que no hace el pliego."

El artículo 223 del TRLCSP dispone, al regular las casusas de resolución del contrato, particularmente letra f) dispone entre ellas: *el incumplimiento de las restantes*

obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

El artículo 69 del ROTT, en relación con las obligaciones establecidas en el pliego de condiciones, previstas en el artículo 68 del mismo texto, prevé: "**1.** *Las anteriores condiciones establecidas en el pliego de condiciones se clasificarán de la siguiente manera: a) Condiciones esenciales, que deberán ser respetadas por las distintas ofertas, las cuales no podrán introducir variaciones en las mismas; deberán figurar como tales los tráficos a realizar, el plazo de duración de la concesión, el compromiso del concesionario de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte cuando éste sea instado por los usuarios y las demás circunstancias a las que expresamente se atribuya dicho carácter esencial en el pliego de condiciones.*

Tendrá asimismo carácter de condición esencial el itinerario de la concesión, si bien el pliego de condiciones podrá incluir más de un itinerario.

b) *Condiciones con carácter de requisito mínimo, que podrán ser mejoradas por las distintas ofertas, siempre y cuando se respete el mínimo establecido; tal carácter tendrán el número mínimo de vehículos o número mínimo de plazas ofertadas, las características técnicas de los vehículos, el calendario y número mínimo de expediciones y las demás a las que se atribuya dicho carácter en el pliego de condiciones.*

c) *Condiciones de carácter orientativo, que podrán ser modificadas por las distintas ofertas en los términos que cada licitador estime convenientes; tendrán tal carácter las tarifas, los horarios, los plazos de amortización y las instalaciones fijas, siempre que cualquiera de ellos no haya sido establecido en el pliego de condiciones con otro carácter, así como cualesquiera otras que no se hayan determinado expresamente en el pliego como condiciones esenciales o como requisito mínimo."*

Aunque el pliego de condiciones no contiene la clasificación prevista en el artículo 69 del ROTT entre condiciones esenciales, mínimas y orientativas, esta omisión no determina su invalidez.

Aunque es del todo punto aconsejable la identificación formal de las condiciones u obligaciones que se estiman esenciales, su ausencia, no impide reconocer estas en el propio pliego de condiciones, incluso a los efectos que el artículo 69 del ROTT atribuya a estas condiciones. No ya solamente a efectos de determinar la posible resolución del contrato, por previsión expresa del pliego de condiciones, según su cláusula 5, o por aplicación directa de la norma de contratación en los términos previstos en el artículo 223 y 286 del TRLCSP, o la norma sectorial aplicable al contrato de gestión de servicio público de transporte, 82.3 de la LOTT, sino por la propia naturaleza de la obligación en relación con el contrato que es objeto de adjudicación, según resulta del propio pliego de condiciones.

Además, como informa el órgano de contratación, la LOTT, tras su modificación por parte de la Ley 9/2013, ya no clasifica las condiciones contenidas en los Pliegos según su carácter esencial, de requisito mínimo u orientativo. El Pliego de condiciones introduce en su apartado 5 un listado de causas de resolución lo suficientemente detallado y exhaustivo como para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 223.f) del TRLCSP.

En consecuencia no se aprecia el motivo de impugnación.

Decimonoveno. En relación con los criterios de adjudicación, la asociación ANETRA considera que el pliego reconoce un derecho preferente a favor de la concesionaria que permite que no gane la oferta económicamente más ventajosa, resultando contrario a los principios de equidad, transparencia e igualdad y no discriminación. Asimismo, se vulnera el artículo 32.d) del TRLCSP.

La cláusula 3.5 del pliego de condiciones prevé: *“En caso de empate entre dos o más proposiciones, la propuesta de adjudicación se hará a favor del licitador que haya ofertado la tarifa más baja, si continuase el empate, se resolvería a favor de la proposición que haya ofertado el mayor número de expediciones y, en último caso, si ambas ofertas fueran iguales, mediante sorteo. En el caso de que una de las ofertas que siguieran empatadas tras la aplicación de los dos primeros criterios previstos, fuera del anterior contratista que hubiese cumplido satisfactoriamente el contrato, no se procederá al sorteo sino que el empate se resolverá a su favor, por aplicación de lo establecido en el artículo 74.3 de la LOTT.”*

El artículo 74.3 de la LOTT, dispone que: *“Cuando el objeto de un nuevo contrato sea la gestión de un servicio que ya se venía prestando con anterioridad, se adjudicará al anterior contratista siempre que éste hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas.”*

El derecho preferente a favor del concesionario que viene prestando el servicio público ya fue tratado por este Tribunal en la Resolución nº 134/2013 de 5 de abril. Esta resolución ha sido invocada en el recurso de la asociación ANETRA.

Si bien es cierto que el régimen jurídico de la preferencia objeto de aquel recurso ha sido modificado por la Ley 9/2013, de 4 de julio, es oportuno recordar los argumentos de aquella resolución en la que fue anulada la cláusula que reconoció la preferencia del concesionario actual. Así: *“La remisión contenida en los pliegos obliga a analizar el contenido de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y de su Reglamento en este punto concreto. Pues bien, la ley en su artículo 74.2 establece a este respecto que “en el supuesto de que la oferta, que en su caso hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera similar valoración que otra u otras de las presentadas, deberá tener preferencia sobre las mismas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, en los términos que reglamentariamente se determinen”. No hay que olvidar que la finalidad de este tipo de procedimientos, siempre según la LOTT es seleccionar un concesionario (artículo 71.1), lo que significa que habrá que establecer un procedimiento selectivo que se ajuste a las condiciones de la ley a la hora de seleccionar a quien mejor pueda prestar el servicio.*

El ROTT después de establecer las reglas aplicables al procedimiento (que deberá revestir la forma de concurso) y a su pliego rector, establece en el artículo 73.3 una previsión idéntica a la contenida en los pliegos, añadiendo que se entenderá que se produce la similitud cuando, existiendo valoración cuantitativa, la oferta del anterior concesionario mereciera una valoración que no difiera de la mejor de las restantes en más del 5% de la puntuación máxima posible.

Finalmente, para cerrar el marco normativo específicamente aplicable debemos acudir al Reglamento 1370/2007 de 23 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo. En esta



norma, en su artículo 3, se establece que la concesión de un derecho exclusivo en este sector deberá hacerse en el marco de un contrato de servicio público; y de conformidad con el artículo 5 del mismo, si estos contratos adoptan la forma de concesión de servicios no será de aplicación lo dispuesto en las Directivas 2004/17CE y 2004/18CE, siendo este el caso que nos atañe. Por lo demás, en lo que hace a la preferencia invocada, nada se dice en el Reglamento comunitario que, en este punto se limita a señalar que el procedimiento estará abierto a cualquier licitador (fuera de los casos en que se admite la adjudicación directa), será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación.

Finalmente, el artículo 69.2 LOTT señala que la gestión de los servicios de transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general se regirá, “en lo previsto en esta ley y sus disposiciones de desarrollo” por las normas generales reguladoras de la contratación administrativa.

Pues bien, teniendo en cuenta todas estas normas cabe destacar que la LOTT se limita a declarar la preferencia, como fórmula para dirimir empates en caso de similitud de la oferta, pero sin prefijar cuándo existe esa similitud; que el ROTT consagra una preferencia incluso en el caso de que la puntuación sea inferior a la de la empresa que haya obtenido la mejor puntuación.

Debe ser tenido en cuenta que las normas sobre adjudicación de los contratos del TRLCSP y del Reglamento LCAP son claramente posteriores a las normas sobre transporte terrestre. No es de extrañar, por tanto, que los propios pliegos impugnados hablen de las reglas del TRLCSP como fuente del proceso selectivo, siendo ésta, sin ninguna duda, la cuestión a la que se refiere la expresión “gestión de los servicios de transportes regulares de viajeros” a que se refiere el artículo 69.2 de la LOTT, pues las reglas sobre selección del contratista son las únicas que se pueden aplicar a esta materia dentro de la normativa sobre contratación pública. E incluso cabría destacar que, para los efectos del proceso de selección del contratista, los principios esenciales de la contratación pública, como sería la igualdad y no discriminación, la concurrencia y la transparencia son directamente aplicables, y no por vía supletoria, al proceso por el cual se decide el concesionario en este tipo de contratos.



A la misma conclusión hay que llegar si atendemos a la regla contenida en el Reglamento comunitario, antes citado, norma esta sobre la que no puede existir duda alguna acerca de su aplicabilidad directa y preferente, incluso aunque las disposiciones de la ley nacional la contradigan. El Reglamento CE establece que la elección se debe regir por el principio de que el procedimiento estará abierto a cualquier licitador (conurrencia), será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación.

Es patente que el sector en cuestión ha evolucionado mucho con el transcurso del largo tiempo de vigencia de la ley, por lo que las normas aplicables lo han hecho también. Si bien la LOTT y su reglamento establecieron un sistema para la adjudicación de los contratos que regulan, esta normativa debe considerarse superada actualmente por la de contratos públicos, de manera que, al menos, es necesario que las administraciones contratantes respeten los principios fundamentales en que se basa la contratación pública española. Uno de esos principios, recogido también en el Reglamento comunitario, es el de igualdad y no discriminación, que exige que se dé a los licitadores un trato equitativo. Pero no puede existir un trato equitativo si se beneficia a alguno de los licitadores en los extremos referentes a su valoración por el mero hecho de que fuera el anterior contratista. Esta práctica ha sido severamente proscrita por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en multitud de sentencias. Como expresamos en nuestra Resolución nº 021/2013, “el principio de igualdad de trato entre los candidatos que rige toda la contratación administrativa (artículo 1 TRLCSP), prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, ora lo sean en las exigencias de solvencia, ora lo sean en los criterios de adjudicación, distorsionen la libertad de concurrencia, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia, la no discriminación y la igualdad de trato entre los licitadores. Resulta obligada la cita de varios fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como los expresados en las Sentencias de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003 y 1 de julio de 2004. En particular, la Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (INSALUD) condenó a España por entender que existe discriminación afirmando que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego condiciones (...) que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en

que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

Merece la pena recordar que la preferencia establecida en el pliego recoge no sólo el caso de empate, sino que beneficia al anterior concesionario incluso en el caso de que su valoración sea menor (hasta un 5% de la puntuación máxima posible). Esta preferencia es excesiva a juicio de este Tribunal, no respeta el principio de igualdad de trato a los licitadores, no está justificada por otras razones de interés público claramente visibles, ni es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido con la licitación, pues es perfectamente posible que cualquiera de los demás licitadores pueda ejecutar el servicio en perfectas condiciones.

Este criterio viene ratificado por los pronunciamientos judiciales que invoca el recurrente. En efecto, tanto el TSJ de Madrid como el Tribunal Supremo han considerado que esta preferencia no es ajustada a derecho cuando los pliegos diseñen un sistema que de manera efectiva impida la concurrencia en condiciones de igualdad, cuestión que analizaremos con más detalle posteriormente. Igualmente cabe señalar que tal preferencia es contraria al principio de igualdad recogido en la normativa sobre contratación pública española y en el Reglamento 1370/2007 de 23 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo.

Consecuentemente, es preciso estimar el primer argumento del recurrente y declarar la procedencia de anular el pliego en este punto.”

En el recurso que resolvimos anulando la cláusula a favor del concesionario que venía gestionando el servicio la preferencia se producía no en el caso de empate sino en el caso de similitud de ofertas en los términos que se indicaban en el artículo 73.3 de ROTT. Este artículo del reglamento fue derogado por la Ley 9/2013, de 4 de julio, de manera que la actual regulación del derecho preferente a favor del actual concesionario del servicio ha sido delimitado y circunscrito al supuesto el anterior contratista *hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas.*

En la Resolución 134/2013, de 5 de abril ya dijimos que *el Reglamento comunitario, antes citado, norma ésta sobre la que no puede existir duda alguna acerca de su aplicabilidad directa y preferente, incluso aunque las disposiciones de la ley nacional la contradigan. El Reglamento CE establece que la elección se debe regir por el principio de que el procedimiento estará abierto a cualquier licitador (conurrencia), será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación.*

En la misma resolución se citaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el Asunto C234/2003, de 27 de octubre de 2005. La sentencia permite interpretar el concepto de igualdad de trato y no discriminación que debe presidir la contratación pública y que imponen tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como el Reglamento 1370/2007.

La citada sentencia al responder la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional concluyó que: *“El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de (...) en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”*

Debe recordarse que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, modificó el TRLCSP, incluyendo una nueva causa de nulidad de derecho administrativo, añadiendo una nueva letra d) al artículo 32, que sanciona con la nulidad *todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*

La recurrente considera que la cláusula 3.5 del pliego de condiciones incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 32.d) del TRLCSP, si bien es cierto que la citada cláusula está amparada en el artículo 74.3 de la LOTT que constituye una norma

específica de contratación que autorizaría la excepción de la regla general contemplada en el TRLCSP. No obstante, entendemos que el conflicto de normas no se plantea tanto entre la LOTT y el TRLCSP sino entre el Reglamento 1370/2007 y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea interpretado por la jurisprudencia del TJUE, en los términos que se exponen. Ambas norma, el Tratado y el Reglamento (CE) constituyen normas jerárquicamente superiores y, el Reglamento 1370/2007, además es una norma específica del procedimiento de celebración del contrato objeto de este recurso.

Sujeta la Administración al principio de jerarquía normativa, procede reconocer la superior jerarquía del principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores en los términos que prevé el Reglamento 1370/2007, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la LOTT. Y en consecuencia la nulidad de la cláusula 3.5 del pliego de condiciones y la necesidad de tenerla como no puesta, en cuanto a la preferencia reconocida al concesionario actual, en el caso de empate.

Vigésimo. El recurso de la asociación ANETRA considera que la cláusula 2.2 del pliego de condiciones infringe el artículo 59 del TRLCSP. La recurrente considera que el pliego impide la licitación de uniones temporales de empresas.

El informe del órgano de contratación manifiesta que en este fundamento el recurrente interpreta de forma errónea del pliego de condiciones haciendo mención únicamente al cumplimiento de los requisitos de solvencia y a la manera en que las empresas que concurren a la licitación en agrupación con otros. No obstante, el informe no tiene mención alguna a la denuncia del recurrente sobre la imposibilidad de celebrarse el contrato con una unión temporal de empresas.

La cláusula 2.2 del pliego de condiciones en su segundo párrafo indica que: *“las empresas podrán concurrir en agrupaciones, haciendo una única oferta, siempre que adquieran formalmente el compromiso de constituir, en caso de que aquélla resultara seleccionada, una persona jurídica (sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado), a la que se realizaría la adjudicación del contrato. Para concurrir de esta manera no será preciso que tales empresas acrediten haber constituido formalmente una unión temporal ni ninguna otra forma de colaboración empresarial, si bien ninguna de ellas podrá presentar, individualmente o junto con otras, ofertas*

alternativas en esta licitación, debiendo, a tal efecto, identificarse con precisión cada una de las empresas que participan en la oferta conjunta.”

En la cláusula 3.7 del pliego de condiciones, relativa a la adjudicación y formalización del contrato, se establece la obligación para el licitador que haya presentado la oferta mejor valorada de comunicar, si procede, acreditación de la constitución mediante escritura pública de que las empresas integrantes de la agrupación, han constituido una persona jurídica de las enumeradas en el artículo 42.1.a) del ROTT.

En el anexo V al pliego de condiciones recoge la documentación que ha de presentarse en el sobre nº 1. El número 10 de este anexo V se dispone: *“En caso de que las empresas concurren en agrupación.*

Compromiso formal de los representantes legales de todos los transportistas de constituir válidamente la persona jurídica adecuada a los fines propuestos, con expresión de la participación de cada uno de ellos en la futura sociedad. La agrupación deberá acreditar ante la Administración la constitución de la persona jurídica dentro del plazo concedido para presentar la documentación necesaria para la adjudicación del contrato.

La empresa integrante de la agrupación que cumpla el requisito de solvencia económica y financiera, deberá tener una participación mínima en la agrupación del 20%. Esta misma participación deberá tener la empresa que cumpla el requisito b. de la solvencia técnica y profesional. El porcentaje de participación mínima en ambos casos deberá mantenerse durante los tres primeros años de vigencia del contrato. Sin el cumplimiento de estos dos requisitos se logra a través de una única empresa, su participación en la futura sociedad será del 40%.”

El artículo 42.1.a) del ROTT dispone: *“1. Para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera, o para la realización de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, será necesario acreditar, ante la Administración competente, los siguientes requisitos: 1. Para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera, o para la realización de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, será necesario cumplir los*

siguientes requisitos: a) Ser persona física, no pudiendo otorgarse los títulos de forma conjunta a más de una persona ni a comunidades de bienes, o bien persona jurídica, debiendo revestir en ese caso la forma de sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado. (...)”

El TRLCSP prevé que el empresario debe poseer la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. Siendo un contrato de gestión de servicio público de transporte, el adjudicatario, debe poseer el título administrativo habilitante. Ajustándose así a las exigencias de la norma sectorial.

La Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, prevé en su artículo 7 dos, que la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia. Resultando en contradicción con la exigencia del título administrativo habilitante contemplado en el artículo 42.1.a) del ROTT.

De acuerdo con lo expuesto y a la vista de que la figura de la unión temporal de empresa no tiene personalidad jurídica y que entre los requisitos del título administrativo habilitante para ejercer la actividad de transporte objeto del contrato se exige ser persona física o jurídica debe desestimarse el motivo de impugnación de la recurrente.

Vigesimoprimer. La recurrente ANETRA, también en relación con los requisitos de las uniones temporales de empresas, en este caso a efectos de cumplir las condiciones de solvencia, considera que el órgano de contratación no puede exigir que uno de los empresarios que concurra en una agrupación cumpla, él solo, con los criterios de solvencia técnica y económica.

Como se indicó en el anterior fundamento, el órgano de contratación estima que la recurrente en este motivo de impugnación ha hecho una interpretación errónea del pliego ya que éste no prevé el reproche que el recurso hace.

De conformidad con el pliego de condiciones, en su anexo V punto 4, se indica: *“Si los licitadores participarán en el procedimiento en agrupación de empresarios uno de los*

requisitos anteriores deberá ser cumplido por uno de sus integrantes.”

Una mención similar se contiene en el pliego de condiciones en relación con los criterios de solvencia técnica y profesional y la manera de acreditarlo. En el punto 5 del anexo V, el pliego señala que: *“si los licitadores participaran en el procedimiento en agrupación de empresarios cada uno de los requisitos anteriores deberá ser cumplido por, al menos, uno de sus integrantes.”*

Vigésimosegundo. Se han impugnado las cláusulas 4.1.5 y 4.2.2 por estimar que son supuestos de modificación del contrato al margen de los requisitos del artículo 106 del TRLCSP.

La cláusula 4.1.5 del pliego de condiciones establece: *“La empresa contratista del servicio público de transporte deberá solicitar y contar con autorización previa de la Dirección General de Transporte Terrestre para llevar a cabo convenios con otras Administraciones o entidades, que afecten al contrato de servicio público de transporte, así como para el establecimiento, en su caso, de sistemas a la demanda en zonas rurales.”*

Por su parte, la cláusula 4.2.2 dispone: *“la empresa contratista del servicio público de transporte y dando cuanta previa a la Dirección General de Transporte Terrestre que, en su caso, establecerá las limitaciones o prohibiciones que resulten procedentes, podrá modificar las condiciones de prestación del servicio en los siguientes supuestos:*

- a) Aumento de expediciones.*
- b) Reducción de expediciones siempre que éstas hubiesen sido incrementadas de manera adicional sobre las establecidas en el contrato.*
- c) Cambios de calendarios y horarios.”*

El régimen previsto en el TRLCSP sobre la modificación de los contratos se contiene en los artículo 105 y siguientes. El artículo 106 prevé las causas de modificación previstas en el pliego de condiciones y el artículo 107 las causas no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación. No obstante la LOTT, prevé un régimen específico de modificación, contenido en el artículo 75.3 de la LOTT, así: **“3. El contrato sólo podrá modificarse**

cuando así se haya previsto en el pliego y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse.

*No obstante, la Administración contratante, previa audiencia del contratista, podrá modificar el contrato, a efectos de adecuar la prestación del servicio a los cambios sobrevenidos en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su adjudicación en relación con la demanda potencial de los servicios o la necesidad de cubrir nuevos tráficos surgidos en las inmediaciones del servicio que no se encuentren atendidos a través de otros contratos o que hayan dejado de estarlo por la extinción del servicio que los venía atendiendo, de conformidad con lo que reglamentariamente se determine. En este supuesto, el acuerdo de **modificación** adoptado por el órgano contratante de la Administración pondrá fin a la vía administrativa, será inmediatamente ejecutivo y su cumplimiento resultará obligatorio para el contratista.*

Muy especialmente, a los efectos previstos en este punto, la Administración contratante valorará la conveniencia de modificar un servicio preexistente cuando, con posterioridad a su inauguración, tenga lugar el establecimiento o cierre de centros docentes, sanitarios o de otra índole generadores de una demanda significativa de transporte.”

Estimamos que el régimen especial de modificación aplicable al contrato de gestión de servicio público de transporte establecido en la norma sectorial cubre la legalidad de las cláusulas impugnadas, siendo la propia LOTT la que prevé de forma expresa el supuesto de modificación al que se refieren las citadas cláusulas.

Cuando la modificación del contrato afecte a su régimen financiero, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico de aquél, en beneficio de la parte contratante que corresponda, de conformidad con lo previsto en la legislación sobre contratos del sector público.

*Sea cual fuere su causa, la **modificación** del contrato deberá formalizarse conforme a lo previsto en el punto 1.”*

En relación con las expediciones y los cambios de calendarios y horarios, el ROTT permite que sean realizados, de acuerdo con los artículos 77 y 78.

De conformidad con esta normativa no puede acogerse el motivo de impugnación alegado.

Vigesimotercero. Por último, algunas de las recurrentes alegan que el servicio público de viajeros por carretera objeto de licitación no es competencia del Estado, por lo que la licitación es nula de pleno Derecho. Fundamentan esta alegación en que el pliego, aun licitando un servicio supra-autonómico (Comunidad de Madrid, Castilla y León y Extremadura), incluye tráficos internos en las Comunidades de Castilla y León y Extremadura.

Ante dicha afirmación, debe decirse que no corresponde a este Tribunal la función de dirimir sobre cuestiones tales como la planteada por la asociación recurrente. En efecto, se trata de cuestiones fuera de la competencia del Tribunal al que el TRLSCP atribuye las funciones de fiscalizar exclusivamente la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. El Tribunal debe controlar el cumplimiento de los preceptos legales de carácter procedimental en orden a salvaguardar, como dice el artículo 1 TRLCSP *“los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”* de modo que se salvaguarde *“la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

La determinación de la competencia administrativa para licitar el contrato de gestión de servicio público de transporte de viajeros es un presupuesto previo a la licitación, pero no forma parte de ella. En los casos en los que se licitan obras públicas como carreteras o infraestructuras ferroviarias, corresponde al Tribunal fiscalizar el procedimiento de licitación, pero no la competencia del poder adjudicador para licitar la obra. Si la empresa recurrente considera que el Estado carece de competencia para licitar el servicio, deberá plantear esta cuestión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero no ante este Tribunal. Por ello, procede la desestimación de este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por FENEBUS y ASINTRA contra el Pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación del servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Plasencia (Cáceres), licitado por el Ministerio de Fomento y estimar parcialmente el presentado por ANETRA, por lo que se declara la nulidad de la cláusula 3.5 del pliego de condiciones en cuanto al efecto que se prevé para el caso de empate entre varios licitadores cuando uno de ellos fuera el actual concesionario, toda vez que resulta contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación amparados por el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.