



Recursos nº 137 y 141/2013

Resolución nº 134/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de abril de 2013.

VISTO los recursos interpuesto por D. R.C.G. en representación de GLOBALIA AUTOCARES, S.A. contra la resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia (AC-CON 97/2012) y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación, y contra la resolución de la misma Dirección General de 18 de Diciembre de 2012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Madrid, Granada y Nerja (AC-CON 85/2012) y se aprueba el pliego por el que se ha de regir la licitación, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento convocó, por resolución de 5 de noviembre de 2012, licitación pública y aprobó el Pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Zaragoza y Murcia, con nº de expediente AC-CON-97 /2012.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado en el BOE y en el perfil de contratante el 8 de noviembre de 2012. Una de las proposiciones recibidas, en concreto la proposición nº 6, correspondía a GLOBALIA AUTOCARES, S.A. y DIEGO TOURS, S.L.

Tercero. La Mesa de contratación, en su sesión celebrada el día de 11 de enero de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa, (sobre nº 1), presentada por los licitadores, siendo todos los candidatos aceptados.

En la sesión pública celebrada el día 15 de enero de 2013, se procedió a poner a disposición de la unidad técnica los sobres nº 2, que contienen las proposiciones económicas sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor.

En la sesión celebrada el día 25 de enero de 2013, se dio a conocer el resultado de la puntuación de las proposiciones del sobre nº 2 y se procedió a la apertura y lectura de las proposiciones sobre criterios cuantificables de forma automática (sobre nº3).

Cuarto. Con fecha de registro de salida del Ministerio de Fomento de 8 de marzo de 2013, se comunica a la empresa AUTOBUSES TERUEL-ZARAGOZA, S.A., que su oferta ha sido la mejor clasificada y se le requiere para que en el plazo de tres meses presente la documentación necesaria para la adjudicación del contrato.

Quinto. Previamente, con fecha 30 de noviembre de 2012 la recurrente, GLOBALIA AUTOCARES, S.A., presentó recurso de reposición en el que impugna el pliego rector del concurso, recurso que es el que sirve de base a este recurso especial, y que contiene las siguientes alegaciones:

1) Los pliegos deben ser anulados puesto que en su apartado 4.10.2 establecen una preferencia a favor del anterior concesionario en caso de similitud de las ofertas, criterio que, en su opinión, es contrario a las previsiones del Reglamento CE 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. En este punto el recurrente invoca la incompatibilidad del artículo 74.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT) y de su desarrollo reglamentario, el artículo 73.3 del ROTT, con el Reglamento CE 1370/2007 por no existir base legal alguna para esa previsión, que es, en su opinión, claramente discriminatoria.

2) Plantea el recurrente, en segundo lugar, que el pliego debe ser anulado en la medida en que la previsión contenida en su apartado 4.10.2 no se ajusta a lo previsto en la LOTT y el ROTT. En efecto, tal como estaría redactado el pliego, la mera intervención del actual

concesionario en el concurso, aunque fuera en unión de uno o varios licitadores, determinaría la existencia de la preferencia antes señalada, criterio que es contradictorio con la regla legal y reglamentaria, que lo limita a la intervención individual del anterior concesionario.

3) Según el recurrente los criterios de valoración establecidos para la ponderación de las tarifas del servicio y del nº de expediciones incumplen lo previsto en el artículo 73 del ROTT, lo que haría nulos los pliegos en lo referente a la ponderación de los aspectos económicos más trascendentes, a los que se dota de escasa o casi nula importancia. Sostiene el recurrente que en esta licitación, teniendo en cuenta el sistema diseñado en el pliego, la realidad es que los puntos en disputa son 3 en el apartado correspondiente a las tarifas y 2 en el relativo a las expediciones. Se trataría de 5 puntos sobre el total de 100 puntos posibles, lo que no permitiría siquiera alterar el sistema de preferencia a favor del anterior concesionario. El pliego presenta un sistema de puntos proporcional en un primer tramo y no proporcional en el relativo a la mejora de la oferta. Esto penalizaría fuertemente cualquier sacrificio de los licitadores a favor de una mejora en el servicio.

4) Por otra parte, según el recurso, si se observan de manera conjunta, el pliego no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Reglamento CE 1370/ 2007 para que sea válida la intervención pública en el mercado y, en consecuencia, incurrirían en causa de nulidad. Sostiene el recurrente que las autoridades competentes sólo pueden intervenir en el mercado, limitando la concurrencia y estableciendo un prestador único, el concesionario, cuando se garantice la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar. Analiza el escrito de recurso cómo los diferentes aspectos definidos en el pliego, tales como la seguridad, el precio o las frecuencias, y la calidad, no representan cambio alguno con respecto a los anteriores ni respecto a la oferta que hipotéticamente podría proporcionar el mercado, generando una nueva razón para decretar la nulidad del pliego.

En apoyo de sus pretensiones el recurso alude repetidamente a varias sentencias sobre pliegos similares dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) y ratificadas hasta en dos ocasiones por el Tribunal Supremo. Invoca igualmente varios informes de la Comisión Nacional de la Competencia, que si bien no han aludido a los

pliegos, sí que analizan varias de las cuestiones planteadas en este recurso, dando la razón al recurrente.

5) A continuación el recurso incide en el hecho de que para atender los reproches jurídicos contenidos en las sentencias e informes antes aludidos hubiera sido necesario introducir notables cambios en el contenido del pliego. Sin embargo, opina el recurrente que los cambios finalmente introducidos en estos pliegos son meramente cosméticos y, en consecuencia, le siguen siendo aplicables las críticas contenidas en los informes de la CNC y en los fundamentos jurídicos en los que basó sus sentencias de nulidad el TSJM y el Tribunal Supremo.

En este punto, el aspecto en que centra primeramente su atención el recurso es el referente a la subrogación obligatoria de los trabajadores de la anterior concesión. En este pliego la subrogación desaparece como criterio a valorar, para pasar a ser una obligación impuesta al licitador, pero ese cambio formal no supone ningún cambio respecto al hecho de obligar al mantenimiento de la plantilla durante la ejecución del contrato, elemento que se mantiene en este pliego y que determina la existencia de una patente extralimitación en su contenido. Invoca aquí el recurrente la doctrina de la CNC y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para sostener que la inclusión en el pliego de la obligación de subrogar a los trabajadores y a mantener tal subrogación resulta contraria a derecho.

6) También es meramente formal y no sustancial, en opinión del recurrente, un cambio que parece sustancial en lo referente a la ponderación de tarifas y expediciones. Argumenta el recurso que no existe cambio real y que incluso podría sostenerse que la situación ha empeorado, puesto que no existe proporcionalidad entre las ofertas y las puntuaciones que se pueden obtener, hecho que restringe la competencia y la mejora del servicio. Por esta razón, los pliegos deben ser anulados dado que establecen criterios de valoración que impiden, o restringen muy gravemente la competencia, y suponen un tratamiento discriminatorio, injustificado y desproporcionado a favor del anterior concesionario, que, además, actúa en contra del interés de los usuarios del servicio que, como concesión, se prestará en condiciones de monopolio sin una real y auténtica competencia por el mercado.

7) Finalmente, el recurso invoca como causa de nulidad el hecho de que el pliego no busca, ni permite realmente la selección de la oferta más ventajosa para la Administración, contradiciendo los criterios de adjudicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Reglamento CE 1370/2007, y todo ello en varios aspectos, como los referentes a las instalaciones fijas, a las mejoras relativas a las características técnicas de los vehículos y a la continuidad de los del anterior concesionario bajo ciertos requisitos.

Sexto. Con fecha 13 de marzo de 2.013 emite su informe el órgano de contratación. En él señala como argumentos destacables el hecho de que la empresa recurrente impugna el pliego pero luego presenta una oferta, lo que supone contravenir el artículo 145.1 del TRLCSP que dispone que "*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*" y también la cláusula 4.2 párrafo final del pliego que establece que la participación en la licitación supone la plena aceptación de las condiciones que figuran en el presente Pliego.

En segundo lugar, el órgano de contratación entiende que la nueva distribución de los distintos requisitos en el Pliego, se ajusta a la legalidad vigente y obedece a las siguientes razones:

- Es cierto que en el proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, actualmente en trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados, se da una nueva redacción al artículo 74.3, aunque manteniendo la preferencia que ya venía recogida en textos anteriores.
- En cuanto a las tarifas, se procedió a aumentar su peso en la valoración global. Se incrementó un 66%, en concreto en 10 puntos, pasando de los 15 puntos existentes a 25. Además expone el órgano de contratación que no debe olvidarse que, entre los criterios de valoración cuya ponderación dependen de juicio de valor, se incluye un apartado orientado a fomentar el uso del transporte colectivo y la fidelización de los clientes, en el que es básico, como instrumento para activar, aún más, la dinámica competitiva del concurso, la reducción de tarifas con la introducción de promociones y descuentos, valorándose en 1,5 puntos.

- El sistema de límite impuesto en las anteriores licitaciones ha sido eliminado. El nuevo sistema de puntuación propuesto se hace en dos tramos: el pliego establece una tarifa conocida que obtiene 22 puntos, a partir de la cual se pueden ofertar tarifas inferiores. La tarifa mínima de las ofertadas obtendrá 25 puntos.

En cuanto al número de expediciones, expone el informe que hay que considerar que, según los datos de explotación analizados, el número de viajeros está disminuyendo en los últimos años. Aun así, se incrementó la valoración un 87,5%, en concreto en 7 puntos, pasando de los 8 puntos existentes a 15, estableciendo un sistema en dos tramos similar al de las tarifas.

- En cuanto a la subrogación de personal, entiende el órgano de contratación que la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, le permite establecer como condición previa y obligatoria para acceder a la licitación, el compromiso del adjudicatario de absorber al personal del anterior concesionario, facilitando en un anexo al pliego la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. En consecuencia, este criterio deja de valorarse. Finalmente, nada se dice en la cláusula 2.1.5 del mantenimiento de la plantilla subrogada.

- En lo que hace a la seguridad y confort de los vehículos cita la Resolución de 27 de febrero de 2009, de la Dirección General de Transportes por Carretera, por la que se señalan las características de los vehículos que, de ordinario, se incluirán en los pliegos de prescripciones técnicas de los procedimientos para la adjudicación de los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera permanentes de uso general de competencia estatal. Por otro lado, se ha considerado pertinente bajar su peso en la valoración pasando de 26 a 22 los puntos otorgados por tal requisito.

Séptimo. El 25 de febrero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta escrito complementario al anterior en el que fundamentalmente trae a colación la existencia de dos sentencias del Tribunal Supremo que le dan la razón, y hace referencia al nuevo contenido proyectado del precepto legal, relativo a la preferencia del anterior concesionario.

El 28 de febrero de 2013, el órgano de contratación estima que el recurso debe calificarse de recurso especial en materia de contratación y el 5 de marzo de 2013, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento remite a este Tribunal el expediente y los informes elaborados al efecto. La documentación tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 7 de Marzo de 2013.

Octavo. Con fecha 14 de marzo de 2013 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen pertinentes. El 19 de marzo de 2013 la agrupación de empresas AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L., R.J. AUTOCARES, S.L. y CLASSIC BUS, S.L. presentó escrito de alegaciones en el presente litigio en el que plantea la inadmisibilidad del recurso porque no se interpuso realmente un recurso especial y porque, incluso considerando que esto debiera ser así, el mismo estaría fuera de plazo. Sostiene igualmente que no se cumplió con el preceptivo trámite de anuncio. Con fecha 20 de marzo de 2013 la empresa AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A. presentó escrito de alegaciones solicitando la desestimación del recurso presentado por GLOBALIA AUTOCARES, S.A.

Noveno. La Dirección General de Transporte Terrestre, mediante una nueva resolución de 18 de diciembre de 2012, convocó otra licitación pública y aprobó el Pliego de condiciones que había de regir para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Granada y Nerja (Málaga) con nº de expediente AC CON- 85/2012. El anuncio de licitación es publicado en el BOE y en el perfil del contratante el 28 de diciembre de 2012. El contenido del citado pliego es idéntico al mencionado en los expositivos anteriores.

Décimo. El 9 de enero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta otro recurso de reposición contra el acto mencionado.

El 18 de febrero de 2013 finaliza el plazo para la presentación de ofertas para el servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Granada y Nerja (Málaga).

El 25 de febrero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta escrito complementario al anterior. El 28 de febrero de 2013, el órgano de contratación estima que el recurso debe

calificarse de recurso especial en materia de contratación y el 5 de marzo de 2013, la Secretaría General Técnica remite a ese Tribunal el expediente y los informes elaborados al efecto.

Undécimo. En el seno de este último recurso, la Secretaría del Tribunal, en fecha 14 de marzo de 2013, también dio traslado del mismo a los restantes licitadores para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite uno de los licitadores, concretamente la entidad NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U. En su escrito de alegaciones de fecha 21 de marzo de 2013 comienza aludiendo a la imposibilidad de calificar el escrito del recurrente como un recurso especial, procediendo la inadmisión por ausencia de anuncio previo y por incompetencia de este Tribunal.

Posteriormente, el interesado procede a rebatir las alegaciones del recurrente. Sostiene que la preferencia aludida en el recurso (del concesionario saliente) se ajusta a lo dispuesto en las disposiciones legales y reglamentarias en vigor. El Reglamento comunitario no impide la existencia de la preferencia considerada durante el periodo transitorio que recoge, preferencia que, por lo demás se ajusta a la intención del legislador de 1987 de compensar a los anteriores concesionarios. Además, la aplicación de la preferencia no es automática, sino que exige el cumplimiento de una serie de condiciones por parte del concesionario saliente.

Alega el interesado, en segundo lugar, que las objeciones a la aplicación individualizada de la preferencia son meramente especulativas, sin base real alguna.

Por lo que hace a los criterios de valoración entiende el interesado que son ajustados a derecho, siendo el peso de tarifas y expediciones más que suficiente en este momento, existiendo un amplio margen de diferenciación entre las empresas.

En opinión del interesado no existe vulneración alguna de la normativa comunitaria en la materia, no siendo ciertas las afirmaciones del recurrente en este punto. Por otro lado, el pliego sí permite la selección de la oferta económicamente más ventajosa, definiendo correctamente y con gran nivel de concreción los criterios valorativos aplicables en la selección del adjudicatario en consonancia con el artículo 150.2 del TRLCSP y de la

discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de establecer el peso de los criterios de valoración en los pliegos.

Fundamenta el interesado en sus alegaciones que los cambios operados no son meramente cosméticos y que los contenidos del pliego actual son sustancialmente diferentes, particularmente en lo que se refiere a la subrogación del personal y a la obligación de mantenimiento de la plantilla.

Finalmente solicita la inadmisión del recurso por su participación también en este concurso.

Duodécimo. Con fecha 14 de Marzo de 2013, el Tribunal acordó suspender los dos procedimientos de contratación al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto legal citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de las medidas cautelares acordadas.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Previo. Acumulación.

El presente recurso ha sido interpuesto contra los pliegos rectores de la contratación en los dos procedimientos a que hacen referencia los hechos descritos. El contenido del recurso, 141/2013, es idéntico punto por punto al nº 137, al igual que lo son los pliegos mencionados, por lo que este Tribunal estima que, siendo el mismo el recurrente y sus argumentos, y existiendo una patente conexión entre los objetos de los dos recursos procede, con el fin de evitar el pronunciamiento de resoluciones contradictorias y para favorecer el principio de economía procesal, acumular en una sola resolución ambos recursos.

Primero. Competencia.

Antes de entrar en el análisis de los restantes aspectos de la presente reclamación, es preciso examinar la cuestión planteada por el órgano de contratación y por alguno de los

interesados, en relación con la competencia de este Tribunal para conocer de la reclamación interpuesta.

En sus alegaciones se han planteado la inadmisibilidad de este recurso puesto que la voluntad del recurrente fue plantear un recurso de reposición, del que debe conocer el órgano autor del acto impugnado, y no el recurso especial en materia de contratación al que se refiere el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que es competencia de este Tribunal.

Para resolver esta cuestión es necesario atender, en primer lugar, al hecho de que fue la propia Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento la que planteó, antes de resolver el recurso de reposición, la necesidad de calificar el presente recurso como un recurso especial en materia de contratación, enviando las actuaciones a este Tribunal para que el recurso fuera resuelto.

A ello hay que añadir que en la resolución de 5 de noviembre de 2012 y en la resolución de 18 de diciembre de 2012, en las que se produce la convocatoria del procedimiento selectivo y la aprobación de los respectivos pliegos que han sido impugnados en el presente procedimiento, se concede al licitador la opción de acudir al recurso especial en materia de contratación o al recurso potestativo de reposición ante la propia Dirección General de Transportes Terrestres. Esta opción es completamente anómala en nuestro ordenamiento jurídico, donde el recurso de reposición se configura como un recurso de naturaleza potestativa pero completamente incompatible con cualquier otro recurso en vía administrativa y, además, agotador de la misma.

Ante esta opción concedida por el órgano de contratación, el licitador decidió interponer el recurso de reposición, por lo que, como este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en ocasiones anteriores, no puede decirse que fuera responsabilidad suya no haber interpuesto el recurso que era procedente en este caso.

En ese momento el recurrente ha decidido interponer uno de los recursos que alternativamente se le planteaban como una legítima posibilidad, siendo imposible sostener que el error en la calificación del recurso le fuera a él únicamente imputable. A ello hay que añadir que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las



Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. Si la decisión de plantear el recurso de reposición es inducida por el propio órgano de contratación, no es apropiado sostener que el recurrente deba ver inadmitido su recurso por haber optado por una de las posibilidades que se le ofrecieron. La propia Secretaria General Técnica del Ministerio interpretó correctamente la norma al remitir la documentación del recurso a este Tribunal que, consecuentemente, tiene competencia para conocer del presente recurso.

Segundo. Legitimación.

En segundo lugar, sentado que este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, es necesario examinar si los recurrentes disponen de la legitimación activa necesaria para impugnar los pliegos.

Así, por lo que se refiere al hecho de que el recurrente participase en la licitación después de impugnar los pliegos, no comparte el Tribunal la opinión del órgano de contratación, toda vez que es legítimo participar en el proceso selectivo aunque se considere que los pliegos rectores del mismo están viciados. Esta tesis ha sido recogida en varias resoluciones de este Tribunal, como la 158/2012, en la que hemos declarado que *“Sin embargo, afirmar como hace el órgano de contratación que el principio de congruencia impide presentar oferta en la licitación a quien interpone recurso contra los pliegos de la misma, o viceversa, puede interpretarse en un sentido restrictivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.*

En efecto, cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aún cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquéllos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley.

En realidad, la norma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes transcrita produce su efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no



haber sido recurridos en plazo o, en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el recurso. Nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato.

En consecuencia, debemos declarar que no procede la inadmisión del recurso por este motivo.

Cosa distinta sería que se hubiera producido el supuesto contrario, es decir, que el recurrente primero hubiera presentado su oferta y posteriormente hubiera impugnado el pliego, porque ello sí hubiera supuesto actuar contra sus propios actos.

Tercero. Plazo.

Tampoco puede admitirse que el recurso se haya presentado fuera de plazo. Este argumento es contradicho por el hecho de que el recurso sí se interpuso dentro del plazo concedido en el pie de recurso contenido en la resolución recurrida, y por otra consideración principal, como es el hecho de que el artículo 58.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establezca que las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, contraviniesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Es evidente que sí es el propio órgano de contratación el que concede un pie de recurso en el que el interesado puede optar por interponer dos clases de recurso, la decisión de interponer el recurso de reposición al que se refería la resolución recurrida no puede perjudicar al recurrente en el ejercicio de su derecho legítimo de recurrir una resolución que considera que no es ajustada a derecho. Sólo desde la fecha en la que el recurrente interpuso el recurso de reposición podía considerarse realizada la notificación, por lo que, en ningún caso, puede entenderse que la fecha de notificación sea la inicial del procedimiento en ninguno de los casos aquí enjuiciados. El recurso, conforme a lo que



anteriormente hemos expuesto, ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Cuarto. Ausencia de anuncio previo.

Con carácter previo a entrar en el fondo, es necesario resolver la alegación de inadmisibilidad consistente en la ausencia de recurso previo. Es doctrina consolidada de este Tribunal que el objetivo del anuncio previo es que la Administración sepa que se va a recurrir su resolución y pueda así cumplir con las obligaciones que le impone la ley en caso de interposición del recurso. Por eso, este Tribunal ha reiterado en multitud de ocasiones (véase por todas la resolución 213/2011) que no procede inadmitir el recurso cuando la interposición se realizó directamente ante el órgano de contratación, cosa que fue precisamente la que ocurrió en el presente caso. No procede, en consecuencia, aceptar este argumento.

Quinto. La primera de las alegaciones del recurrente alude a la preferencia contenida en los pliegos a favor del concesionario saliente. La cláusula 4.10.2 de los pliegos reza lo siguiente: *"En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación y su oferta mereciera una valoración similar a la mejor del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, según establece el artículo 73.3 del ROTT, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de finalizar el plazo contractual, ni en éste, por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando estas últimas no alcancen el número de tres."*

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 (concurrencia), 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 expusimos 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.

Sexto. A continuación el recurso plantea que la preferencia antes señalada es definida en el pliego de manera ilimitada en el aspecto subjetivo, lo que difiere claramente de las condiciones contenidas en la Ley y el Reglamento para apreciar la preferencia. El órgano de contratación sostiene que la interpretación correcta de la cláusula del pliego no puede incluir supuestos extremos en que la participación del anterior concesionario sea menor. En las alegaciones de los interesados se expone sobre este punto que las alegaciones del recurrente son meramente especulativas.

En este punto del pliego se alude al supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación, sin precisar si debe concurrir solo o si puede concurrir acompañado por otras empresas. Por su parte el ROTT se refiere al caso de una oferta presentada por el anterior adjudicatario, sin especificar ni impedir que dicha oferta pueda ser presentada conjuntamente con otra empresa. En cualquier caso, la conclusión sentada en el fundamento anterior en el sentido de que la preferencia contenida en el pliego no es ajustada a derecho exime hacer mayores consideraciones sobre su alcance subjetivo.

Séptimo. La tercera alegación del recurrente se centra en el escaso peso que tiene dos conceptos fundamentales, como son las tarifas y las expediciones, en la valoración de los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de seleccionar al adjudicatario. El pliego en su apartado 4.10.3 diseña un sistema según el cual, en el apartado de las tarifas se podrá obtener un máximo de 25 puntos que, lógicamente, recibirá la oferta más baja. La puntuación en este criterio de valoración se distribuye en dos tramos. El primer tramo abarca hasta 22 puntos, que se obtendrán mediante una fórmula proporcional siempre que las ofertas estén entre los valores de referencia 0,037527 y 0,057262. El segundo tramo comprende únicamente tres puntos para las ofertas inferiores a 0,037527. En el caso de que ninguna de las ofertas fuera inferior a este valor, la valoración será proporcional en un único tramo.

El sistema establecido para las expediciones es similar. Existirán en dos tramos, el primero proporcional, y el segundo resultante de aplicar la fórmula descrita en el pliego sobre un total de 2 puntos, que debería añadirse a los otros trece en los cuales la valoración es proporcional.

Esto quiere decir que la totalidad de las mejoras en los aspectos relativos a tarifas y expediciones nunca podrá superar una puntuación de cinco puntos o, dicho de otro modo, en el supuesto de que una empresa licitadora realizara el máximo sacrificio en sus ofertas, tanto en lo relativo a las tarifas, como en el punto relativo a las expediciones, el máximo rendimiento que podría obtener en cuanto a su valoración sería de cinco puntos.

En opinión del recurrente esto significa que, en la práctica, ningún licitador que no fuera el anterior concesionario podría ganar el concurso, toda vez que a este se le ofrece una preferencia del cinco por cierto en su valoración. Por tanto, el sistema diseñado en el pliego penalizaría notablemente cualquier intento de mejorar la oferta que pudiese hacer un licitador, facilitando en la práctica la posibilidad de que el anterior concesionario tenga una ventaja insuperable en el proceso de selección del adjudicatario.

En las alegaciones presentadas al recurso 141/2013 el interesado se opone a este argumento sosteniendo que existen criterios de valoración claros y bien definidos e invocando el artículo 150.2 de la LCSP.

Pues bien, este Tribunal considera que, dejando aparte la cuestión de si la valoración otorgada a estos elementos (tarifas y expediciones) es suficiente, lo cierto es que no puede sostenerse sin más que la coincidencia entre la preferencia otorgada al concesionario saliente y el máximo de puntos que se puedan obtener como mejora en el contrato sea determinante de la imposibilidad de obtener una puntuación superior a la del anterior concesionario, aunque sí es cierto que restringe en alguna medida esa posibilidad. Por eso, es preciso valorar si en condiciones normales el anterior concesionario obtendrá una puntuación de al menos 35 puntos en estos dos criterios, teniendo en cuenta la definición de las magnitudes realizada en el pliego, sin olvidar el hecho de que estos dos criterios tienen una valoración de 40 puntos, pero hay otros 60 puntos en disputa en el concurso.



Como el recurrente expone en su recurso la tarifa valorada con 22 puntos es la misma con la que se venía prestando el servicio y el nº de expediciones valorado con 13 puntos, no es que sea el mismo, sino que es incluso inferior. Teniendo esto en cuenta es realmente previsible que, sin necesidad de realizar mejora alguna, el concesionario saliente obtenga al menos una puntuación de 35 puntos. Por otro lado, expone el recurrente, sin contradicción alguna por parte del órgano de contratación y de los interesados, que en los aspectos relativos a la calidad del servicio el nivel de calidad exigido es el mismo con el que se venía prestando el anterior, por lo que difícilmente podrá existir duda de que el concesionario volverá a ofertar las mismas condiciones en las que ya venía prestando el meritado servicio. Todo ello debe llevarnos a la conclusión de que existen notables limitaciones en estos ámbitos a la posibilidad de realizar una oferta que permita superar la del anterior concesionario.

Ahora bien, esta conclusión no puede llevarnos, sin más, a la anulación de los pliegos en este punto, pues en ellos existen definidas otras condiciones valorables como mejoras que puede ofrecer el licitador, especialmente las relativas a la seguridad (21 puntos) y a todas aquellas que se refieren a criterios dependientes de juicios de valor. No comparte el Tribunal la opinión del actor de que todos los aspectos relativos a la seguridad sean automáticos si se quiere cumplir la normativa y, por otro lado, en el incompleto expediente enviado por el órgano de contratación se puede constatar, al menos, que en la valoración de los criterios dependientes de juicio de valor existe una notable diferencia entre las ofertas, en algunos casos muy superior a los cinco puntos que menciona el recurrente. En efecto, el total que se podía obtener en este punto alcanzaba hasta 25 puntos. Ninguna empresa obtuvo la puntuación máxima posible. La mejor valorada obtuvo 21,47 puntos, muy superior, por ejemplo, a la que obtuvo la recurrente (13,24), ocurriendo además que sólo 4 ofertas merecieron una puntuación en la que no había al menos 5 puntos de diferencia.

A mayor abundamiento, la definición de los criterios de valoración del pliego en lo referente a la seguridad no supone, como expone el recurrente, la mera adhesión a unas condiciones predefinidas, sino que hay hasta 31 puntos correspondientes a elementos cuya oferta es calificada como opcional.

Por todo ello, entendemos que no asiste la razón al recurrente en este punto. Sin embargo, esto no quiere decir que en la segunda parte de su argumento, relativo a que el cambio en la puntuación total asignada a dos elementos de tanta importancia como las tarifas y las expediciones, no debamos analizar detenidamente si, en efecto, el peso de ambos criterios es suficiente, teniendo en cuenta las condiciones del pliego en su conjunto.

Resumiendo el cuadro de valoraciones contenidas en los pliegos enjuiciados cabe decir que a las tarifas se le otorga un peso relativo de 25 puntos, a las expediciones 15 puntos, a los aspectos relacionados con la seguridad y confort 31 puntos, a las medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción, 5 puntos, a las instalaciones fijas, 4 puntos, a las medidas especiales de atención al público y de comercialización, 8 puntos, a la calidad del servicio, 4 puntos y a otras medidas tendentes a mejorar la calidad del servicio, 8 puntos. De este modo, tarifas y expediciones tendrían un peso total de 40 puntos y el resto 60 puntos, representando las dos primeras el 40% de peso total de la valoración a efectuar por el órgano de contratación.

Este sistema es diferente al de los pliegos anulados por el TSJ de Madrid, pero en opinión del recurrente, esa modificación al alza del peso relativo de tarifas y expediciones no es suficiente pues, según expone, siguen existiendo las mismas circunstancias reseñadas por el TSJ.

La sentencia del TSJM de 23 de Febrero de 2.011 expone en su fundamento de derecho octavo que *“Ahora bien, como anteriormente hemos expuesto el informe de la Comisión Nacional de la Competencia no recae sobre el Pliego de Condiciones impugnado sino sobre el Protocolo de Apoyo antes mencionado, y según reconoce la propia parte hoy recurrente, la Administración demandada ha tenido en consideración dicho informe a la hora de elaborar el Pliego recurrido, y mientras que en el Protocolo de Apoyo las tarifas y las expediciones estaban valoradas, respectivamente, en 10 y 5 puntos máximos, en el presente Pliego de Condiciones aparecen valoradas en 15 y 8 puntos máximos. Por tanto, la cuestión planteada se concreta en examinar si el citado incremento de la valoración de las tarifas y del número de expediciones es suficiente para entender, tal y como afirma la Administración demandada en la resolución impugnada, que la competencia está garantizada, no siendo razonable, a su juicio, admitir reducciones en las tarifas superiores al 10% porque llevarían al progresivo deterioro del servicio, máxime cuando se trata de*



servicios que se vienen prestando desde hace mucho tiempo y en el que la demanda se encuentra consolidada, y la partida de personal en la estructura de costes de la concesión se sitúa en el entorno del 52%, siendo, asimismo, adecuada la valoración dada al incremento de las expediciones.

Pues bien, la cláusula 4.10.3.1 del Pliego, referente a la valoración de las tarifas, atribuye a las mismas una puntuación máxima de 15 puntos sobre 100, lo que pone de manifiesto, a juicio de este Tribunal, que el peso de dicho concepto en el total de la valoración es muy pequeño, especialmente si lo relacionamos con otros conceptos, como el referente a las mejoras en las características y seguridad en los vehículos (26 puntos máximo), o el compromiso de mantener o absorber, en su caso, en el momento del inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión a la que sustituye (15 puntos). Por otro lado, y esto quizás es más importante, a partir de un determinado límite, no serán puntuables las bajas inferiores a 0,069242 euros/viajero.km, dado que todas aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a 0,069242 euros/viajero.km se puntuarán con un máximo de 15 puntos. Y lo mismo es predicable respecto a la cláusula 4.10.3.2 del Pliego referente a las expediciones, que las valora con un máximo de 8 puntos sobre 100, lo que también acredita la poca importancia que la Administración le otorga en relación con otros conceptos de valoración de las ofertas, y no se puntúan, tampoco, las mejoras en expediciones que superen el 5% adicional respecto de las actualmente establecidas, ya que la citada cláusula dispone que se valorarán hasta un máximo de 8 puntos aquellas ofertas que propongan un incremento igual o superior al 5% de 1.680.810 (que es el número de vehículo.km correspondiente a todas las expediciones ordinarias ofertadas).

De lo expuesto se deduce que el Pliego de Condiciones hoy impugnado viene a eliminar la competencia efectiva en dos conceptos esenciales como son las tarifas y las expediciones, en los que precisamente las empresas pueden competir entre sí con mayor margen de maniobra, por cuanto que con relación al resto de los conceptos de valoración (seguridad y confort de los vehículos, su eficiencia energética y de defensa del medio ambiente, antigüedad de los vehículos, medidas de mejora de las condiciones de trabajo del personal de la conducción, accesibilidad de personas de movilidad reducida, instalaciones, medidas de atención al público y de comercialización, etc.), existe una práctica igualdad entre las



empresas del sector, de manera que el sistema de puntuación establecido deja un escaso margen a la concurrencia de una competencia real, facilitando en gran medida que la adjudicación haya de resolverse a favor del anterior concesionario por la aplicación, en definitiva, de lo establecido en el artículo 73.3 del ROTT (“En el supuesto de que la oferta que, en su caso, hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera una valoración global similar a la mejor o mejores del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas... Se entenderá que se produce la similitud de ofertas a que se refiere el párrafo anterior 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 por 100 de la puntuación máxima posible”), sin ninguna referencia además en el Pliego a los criterios legales en orden a determinar cuándo ha de entenderse que el servicio prestado por el anterior concesionario ha sido realizado en "condiciones adecuadas".

Este criterio ha sido ratificado por el TS, quien en su sentencia de 25 de Enero de 2.013 señala a este respecto que “Y, es que, en efecto, la sentencia no infringe el artículo 73 del Real Decreto 1211/1990 ni el Reglamento europeo 1370/2007. No puede atribuírsele el propósito de que se desconozcan factores como la seguridad o la calidad del transporte, ni de los demás que contempla el pliego en concordancia con los que toma en consideración el Reglamento europeo. Busca, por el contrario, que se les asigne una valoración que evite el efecto puesto de manifiesto por la demanda y apreciado por la sentencia. A lo que mira esta última es a que el conjunto de las puntuaciones esté articulado de tal manera que permita la competencia efectiva y no supone una vulneración del citado artículo 73, concluir que el peso de los aspectos económicos debe ser superior al que le da el pliego porque en ese ámbito las empresas pueden tener mayores posibilidades de establecer diferencias y así competir sin incurrir en temeridad.

El juicio de la sentencia no puede descalificarse presentándolo como una mera opinión de la Sala de Madrid para así atribuirle una connotación subjetiva y, por tanto, discutible, en contraposición a la objetividad que derivaría necesariamente de la discrecionalidad técnica de la Administración. La sentencia razona, argumenta su conclusión y tiene a su disposición el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia en el que hay otros elementos que apoyan la solución alcanzada. Por lo demás, precisamente, por respetar



ese ámbito de discrecionalidad del que debe disponer la Administración, es prudente en su pronunciamiento y le deja el establecimiento de una forma de valoración de los conceptos señalados por el artículo 73 y de aquéllos cuya relevancia lo exija que permita elegir la oferta más ventajosa para los intereses públicos sin que el juego de factores como la preferencia del anterior concesionario y del cumplimiento de una obligación legal sean determinantes. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.”

Como se señala en las alegaciones de NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U., la Administración disfruta de un cierto grado de discrecionalidad a la hora de definir la relevancia que debe darse a cada uno de los criterios existentes en el pliego. Este factor, aunque no fue mencionado, fue tenido en cuenta tanto por el TSJM como por el TS. Lo que ocurría en los supuestos resueltos por las meritadas sentencias era que los tribunales entendieron que atribuir a las tarifas un peso de sólo el 15% no era razonable, criterio que comparte este Tribunal. Sin embargo, el caso resuelto por las anteriores sentencias no era el mismo que hoy nos atañe. Porque en aquel momento el peso total de tarifas y expediciones alcanzaba un escaso 23% del total valorable, mientras que aquí alcanza el 40%, valor que no es irrazonable en relación con otros aspectos como la seguridad o el confort (31%). Por otro lado, en los pliegos anulados judicialmente existía un patente límite en la valoración de las mejoras, no pudiendo mejorarse la puntuación a partir de una determinada bajada en las tarifas o de una subida en el número de expediciones. Este es un límite que aquí no existe y que, como hemos expuesto con anterioridad, no impide la existencia de una concurrencia efectiva y en condiciones tales que permitan obtener la adjudicación del contrato.

Consecuentemente, la evolución de los pliegos sí acoge en este punto la doctrina del TSJM, ratificada por el TS, y sí permite una concurrencia efectiva entre los licitadores, razón por la cual, este argumento debe ser desestimado.

Octavo. El cuarto argumento planteado por el recurrente alude al incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Reglamento CE 1370/2007 para que sea válida la intervención pública en el mercado. Pero este argumento, tal como está planteado en el recurso, no puede ser acogido porque la definición de un servicio como de titularidad pública no depende de que en los pliegos que rijan la adjudicación de la concesión se pueda establecer alguna condición contraria al principio de concurrencia, como es el



presente caso. Por otro lado, lo que el precepto presuntamente vulnerado establece a los efectos de la contratación no puede plasmarse en la necesidad de mejorar en cada pliego todas y cada una de las condiciones económicas o de calidad en la prestación del servicio, cosa que es prácticamente imposible. La concreción del principio instituido en el artículo 1.1 del Reglamento CE se plasma en el establecimiento de un sistema que, en su conjunto, mejore las condiciones que pudieran ser ofertadas por el sector privado, cuando concurren en el caso concreto circunstancias que justifiquen la decisión de hacer público el servicio.

Esta conclusión no altera en nada las conclusiones adoptadas por la CNC en sus sucesivos informes, toda vez que la respuesta a la pretensión ejercitada ante este Tribunal debe limitarse a determinar si existe alguna contradicción en los pliegos recurridos con respecto a las normas jurídicas que rigen el proceso de selección del contratista.

Noveno. En el aspecto referente a la subrogación obligatoria de los trabajadores de la anterior concesión también se ha producido un cambio con respecto a los pliegos anulados por los tribunales. Dicho cambio consiste en que esta circunstancia ya no merece 15 puntos como en el caso anterior, sino que ahora se configura como una obligación contenida en el pliego y vinculante para el adjudicatario.

Sobre esta materia de la subrogación de los trabajadores del anterior contrato, el artículo 120 del TRLCSP señala que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”*

Por su parte, el pliego destaca en este punto que *“el adjudicatario estará obligado a subrogarse en las condiciones laborales del antiguo concesionario siempre que se dé la condición fijada en el apartado 4.11 sobre aceptación del personal afectado. Los*



trabajadores a los que afecta la subrogación y sus condiciones de contratación, así como los costes laborales que implica tal medida, serán exclusivamente los que figuran en el Anexo V de este pliego”

Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de tratar anteriormente la primera cuestión que aquí se plantea: la mención en los pliegos a la subrogación obligatoria en los contratos públicos. Así, citamos en su momento la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa quien, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, exponía *que “en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”*. Tal criterio fue complementado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala *“la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.”*

En nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos que *“la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo.”*

Y como también decíamos en nuestra resolución 317/2012, la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato. Así lo ha expresado igualmente la Abogacía General del Estado en su informe de 29 junio de 2005, citado en la resolución 271/2012 en el cual señala, refiriéndose al caso de que la cláusula



de subrogación se incluya en los pliegos en ausencia de convenio colectivo, que *"por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un contenido netamente laboral y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio."*

Por tanto, la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento *ex novo* de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto.

Ninguna de las partes ha aludido en sus alegaciones a esta cuestión. No obstante, este Tribunal ha comprobado que no existe un convenio de ámbito nacional en este sector

aunque sí existen convenios de ámbito más limitado y contenido variable. Por ejemplo, en el caso del servicio de transporte a que se refiere el recurso 137/2013, existe un convenio del sector de transporte de viajeros por carretera para Zaragoza (2010-2013) en el que no se contiene referencia alguna a la subrogación obligatoria del adjudicatario de los contratos. Teniendo esto en cuenta, y también el hecho de que las empresas potencialmente adjudicatarias pueden corresponder a ámbitos territoriales diferentes, y contar con una normativa sectorial también diferenciada, la inclusión de esta referencia en los pliegos no es ajustada a derecho, debiendo estimarse el recurso en este punto.

A esta conclusión no puede oponerse el artículo 4.5 del Reglamento 1370/2007 pues en el mismo se limita a permitir que las autoridades competentes soliciten al operador de servicio público seleccionado que, siempre sin perjuicio de lo establecido en los convenios colectivos aplicables, ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que éste hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE, lo que no altera en modo alguno nuestra anterior conclusión.

En cuanto a la extensión de esta obligación, que afectará a toda la vida de la concesión, la anulación de esta cláusula supone igualmente su nulidad. Pero hay que añadir que las contingencias de las relaciones laborales del concesionario no pueden venir predeterminadas en el pliego, por lo que debe evitarse cualquier referencia que pueda inducir a error en este punto en los casos en que sea necesario introducir la referencia a la subrogación del nuevo contratista.

Décimo. Finalmente, el recurso invoca como causa de nulidad el hecho de que el pliego no busca, ni permite realmente la selección de la oferta más ventajosa para la Administración.

Este es un principio esencial de la contratación pública en España. La íntima relación existente entre la participación de la Administración Pública en un contrato y la necesidad de que en dicho contrato se resuelva a favor de quien realice la oferta económicamente más ventajosa es un principio central del sistema de los contratos públicos, que deriva directamente de la sujeción de la Administración al principio de legalidad y de los principios de eficacia y eficiencia a que está sometido su quehacer. Por lo tanto, la definición en el pliego rector de un contrato de condiciones que hagan imposible o restrinjan notablemente



la posibilidad de adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa será una causa de anulación del pliego.

En el presente caso es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que la preferencia que se otorga al anterior concesionario está descrita en términos tales que permitiría adjudicarle la concesión aunque no haya hecho la oferta mejor valorada. Los pliegos deben estar bien definidos, conforme a los requisitos establecidos en el TRLCSP, para que mediante su estricta aplicación en el proceso de selección del contratista, sea posible seleccionar la mejor oferta. En este caso no ocurre así, porque la preferencia a favor del anterior concesionario permite excepcionar injustificadamente la obligación de adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa.

Consecuentemente, sería posible que la Administración adjudicase el contrato a quien no ha hecho la oferta económicamente más ventajosa, a quien no ha recibido la mejor puntuación en el procedimiento contractual. Esto no es sólo una vulneración del principio de igualdad y del de concurrencia, sino que representa una grave distorsión de la regla prioritaria de adjudicación de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico y, por esta razón, el pliego debe ser anulado en este punto.

Pero, además, el recurrente aludía a otros elementos tales como los referentes a las instalaciones fijas, a las mejoras relativas a las características técnicas de los vehículos y a la continuidad de los del anterior concesionario bajo ciertos requisitos. Las reglas establecidas en estos casos supondrían también la imposibilidad de adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa.

En cuanto a las instalaciones fijas no parece que la determinación de las condiciones del pliego impidan adjudicar a la oferta más ventajosa pues el pliego no impide el acceso a las instalaciones públicas sino que valora las mejoras respecto de las exigidas con carácter mínimo en el punto 2.2.3 del pliego. La misma impresión produce el análisis de las reglas sobre las mejoras relativas a las características técnicas de los vehículos, pues toda posible mejora en la calidad de los vehículos que presten el servicio es positiva para el usuario. Y también es la misma nuestra opinión en lo que hace a los supuestos de continuidad del concesionario porque no es cierto que se establezca moratoria alguna a su favor en cuanto a los requisitos técnicos sino que el pliego parte, en este punto, de un

hecho fácilmente constatable cual es que los vehículos que estaban prestando el servicio cumplen las condiciones establecidas en el pliego, limitando únicamente su antigüedad, siendo lógico pensar que para que exista transmisión de los vehículos propiedad del concesionario saliente debe contarse con el acuerdo de éste.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente, por los fundamentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por D. R.C.G. en representación de GLOBALIA AUTOCARES, S.A. contra la resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de Noviembre de 2.012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia (AC-CON 97/2.012) y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación, y contra la resolución de la misma Dirección General de 18 de Diciembre de 2.012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Madrid, Granada y Nerja (AC-CON 85/2.012) y se aprueba el pliego por el que se ha de regir la licitación.

En su consecuencia debemos

1) Anular las siguientes cláusulas del pliego de condiciones:

- La cláusula 4.10.2 en lo relativo a la preferencia contenida en los pliegos a favor del concesionario saliente.
- La cláusula 2.1.5 de los pliegos en lo que hace a la subrogación obligatoria del adjudicatario.

2) Anular la licitación efectuada en todos sus trámites.

Segundo. Levantar la suspensión acordada al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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

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