



Recurso nº 771/2015

Resolución nº 990/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.-J. F. P., en nombre y representación de INTERURBANA DE AUTOBUSES, S. A. (INTERBUS), contra la convocatoria de la licitación y el Pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios público de “Transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras” (Expediente AC-CON-02/2015), licitado por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Director General de Transporte Terrestre el 16 de junio de 2014 resuelve convocar la licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras. Mediante la misma resolución el Director General aprueba el Pliego de condiciones que regirán la licitación y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado. En la Plataforma de Contratación del Estado se publica el anuncio previo del expediente el 15 de diciembre de 2010. Se publicaron los anuncios de la licitación en el Boletín Oficial del Estado, el 19 de junio de 2014, en la Plataforma de Contratación del Estado, el 20 de junio de 2014, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de junio de 2014.

El valor estimado del contrato era de 7.232.527 euros, IVA excluido, con referencia de nomenclatura CPV 75100000-7, servicios de administración pública. La duración del

contrato de diez años contados a partir del acta de inicio de prestación del servicio, pudiendo el contrato ser objeto de prórroga.

Contra los pliegos de la contratación interpusieron recursos especiales en materia de contratación la FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS (FENEBUS), la FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASINTRA), la recurrente en este procedimiento INTERURBANA DE AUTOBUSES, S. A. (INTERBUS) y la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA), recursos números 523/2014, 541/2014, 542/2014 y 546/2014, que fueron acumulados y solventados por nuestra Resolución nº 587/2014, de 30 de julio.

El fallo de la citada resolución es el siguiente *“Desestimar el recurso presentado por ASINTRA y estimar parcialmente los presentados por FENEBUS, INTERBUS y ANETRA en cuanto se ha incumplido el plazo de un año desde el anuncio en el DOUE hasta el inicio del procedimiento de licitación previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre, anulando todos los trámites que no respetaron el citado plazo, sin perjuicio de mantener en virtud del artículo 66 de la LRJAP-PAC cuyo contenido no queda afectado por la infracción del plazo citada. Asimismo, se estima parcialmente el recurso de ANETRA y 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 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”*

A tal efecto señala el fundamento sexto de la Resolución que *“(...) la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia supone, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento. No obstante, este caso no se ha producido el incumplimiento absolutamente el requisito de publicidad, toda vez que existen un anuncio en el DOUE de 25 de junio de 2014, sino que el incumplimiento se refiere al plazo de publicación que debería haber sido al menos un año antes del inicio*

del procedimiento. Por ello, la irregularidad se torna relativa y no absoluta, mereciendo la sanción de anulación y no nulidad, encontrándose la licitación incurso en el supuesto contemplado en el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC). Por todo ello, procede anular el procedimiento cuya tramitación se ha iniciado mediante una convocatoria que adolece de un defecto cual es la falta de la publicidad en el plazo mínimo establecido. Asimismo, en consideración al principio de conservación de actos administrativos establecido en el artículo 66 de la LRJAP-PAC el resto de los trámites del procedimiento de licitación mantendrán su validez, el cumplimiento del plazo de un año antes del inicio de nuevo el procedimiento a computar desde el día 25 de junio de 2014.”

En ejecución de la resolución de este Tribunal la Dirección General de Transporte Terrestre dicta la Resolución de 1 de septiembre de 2014, por la que se rectifica y aclara la resolución de 16 de junio de 2014, por la que se convocó procedimiento de licitación pública para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), que se publica en el Boletín Oficial del Estado el 4 de septiembre de 2014, y en la Plataforma de Contratación del Estado el 2 de septiembre, y que tiene el siguiente contenido.

“El 16 de junio de 2014, la Dirección General de Transporte Terrestre convocó procedimiento de licitación pública para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), con referencia administrativa AC-CON-05/2014.

Esta convocatoria se anunció en el B.O.E. el 19 de junio, en la Plataforma de Contratación del Estado el 20 de junio y en el DOUE el 25 del mismo mes.

El 30 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha dictado resolución en la que declara que: <<Se ha incumplido el plazo de un año desde el anuncio en el DOUE hasta el inicio del procedimiento de licitación previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre, anulando todos los trámites que

no respetaron el citado plazo, sin perjuicio de mantener en virtud del artículo 66 de la LRJAP-PAC cuyo contenido no queda afectado por la infracción del citado plazo>>.

Por ello, este órgano de contratación rectifica y aclara la resolución de 16 de junio de 2014 en el sentido siguiente:

El inicio del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), empezara a computarse desde el día 25 de junio de 2015, con la publicación del anuncio de licitación.

El anuncio de licitación publicado en el DOUE el día 25 de junio de 2014 tiene el carácter de anuncio previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre”

El 26 de junio de 2015, la Dirección General de Transporte Terrestre dicta Resolución por la que se acuerda una nueva convocatoria y la continuación del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz). Referencia administrativa AC-CON-02/2015.

En ella se señala lo siguiente:

“Esta nueva convocatoria se realiza porque la anterior, de 16 de junio de 2014 (expediente de contratación AC-CON-05/2014), fue anulada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 587/2014. No obstante, dicha Resolución, con fundamento en el artículo 66 de la LRJPAC, admitió que <<el resto de los trámites del procedimiento de licitación mantendrán su validez hasta el cumplimiento del plazo de un año>> desde el anuncio previo exigido en el Reglamento (CE) 1370/2007, que se cumple el 25 de junio de 2015.

La conservación de actos y trámites se extiende a todos los que precedieron a la convocatoria anulada, si bien se ha redactado un nuevo pliego para, por razones de legalidad, adaptar determinadas cláusulas del pliego anterior:

a) *Cláusula 1.8 y anexos VII y VIII del pliego en lo que se refiere a personal, para acomodarla a la Resolución de la Dirección General de Empleo, de 13 de abril de 2015, que registra y publica el Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor.*

b) *Cláusula 3.5, en cuanto al efecto que se prevé en el caso de empate entre licitadores, para cumplir con la Resolución 587/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

e) *Cláusula 4.2.1, sobre revisión de la tarifa, para cumplir la Recomendación de 19 de mayo de 2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la disposición adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales del estado para 2014 y la ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.*

d) *Anexo V, en materia de solvencia técnica, para cumplir con la Resolución 65/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

En consecuencia, esta Dirección General de Transporte Terrestre, acuerda:

1.- La continuación del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz).

2.- La aprobación, sobre la base del pliego de condiciones anterior, de un nuevo pliego. El pliego tipo de condiciones fue informado favorablemente por la Abogacía del Estado en el Departamento con fecha 5 de junio de 2015.

3.- La aprobación de los cálculos que establecen la tarifa máxima admisible y demás condiciones en las que interviene esta variable para su determinación.

4.- *La publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado, en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado.*

El Pliego de condiciones y el modelo de proposición económica, están disponibles en la web del Ministerio de Fomento (www.fomento.es) y en la Plataforma de Contratación del Estado (www.contrataciondeestado.es).

El plazo de presentación de proposiciones será el establecido en el anuncio de la convocatoria de la licitación en el Boletín Oficial del Estado.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso especial en materia de contratación de la forma establecida en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o ser impugnada directamente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 109 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

La convocatoria se anuncia en el Boletín Oficial del Estado y en la Plataforma de Contratación del Estado el 29 de junio de 2015, enviándose el anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea el mismo día 29 de junio de 2015.

En los anuncios y en el Pliego de condiciones consta que es un contrato de gestión de servicio público, con nomenclatura CPV 75100000-7, servicios de Administración Pública, que es de tramitación ordinaria ordinaria y por procedimiento abierto, que su valor estimado es de 8.846.752 euros, excluido el IVA, y que su duración es de diez años contados a partir del acta de inicio de prestación del servicio, pudiendo el contrato ser objeto de prórroga.

Segundo. El 3 de julio de 2015 INTERURBANA DE AUTOBUSES, S. A. (INTERBUS), anuncia al organo de contratacion la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de condiciones.

El 9 de julio de 2015 tiene entrada en el registro de este Tribunal el correspondiente recurso, en cuyo *petitum* se solicita “se tenga por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN al amparo de los artículos 40 y siguientes del TRLCSP contra la convocatoria de licitación pública y 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, Málaga y Algeciras (Cádiz) (AC-CON-02/2015), publicados en virtud de la Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre, de 26 de junio de 2015; y, previos los trámites que proceda, resuelva estimarlo y a) declare la nulidad o anule la convocatoria de la licitación AC-CON-02/2015 y el Pliego de condiciones AC-CON-02/2015; b) de forma subsidiaria, declare la nulidad o anule la cláusula 1.7, en relación con la cláusula 3.4.2.1, del Pliego de condiciones AC-CON-02/2015, y la cláusula 1.8, en relación con el Anexo VII, del mismo Pliego de condiciones.”

En el escrito solicita que por este tribunal se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Tercero. El órgano de contratación, el 13 de julio de 2015, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe. En el índice de documentos el Jefe de Servicio de la Dirección General de Transporte Terrestre certifica que a día 15 de julio de 2015 no existe constancia en el órgano de contratación de que al procedimiento de adjudicación se hayan presentado licitadores

Cuarto. Interpuesto el recurso, el 23 de julio de 2015, 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, al integrarse el órgano de contratación en la Administración General del Estado.

Segundo. 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”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente en su condición de empresa del sector que puede ser licitadora del procedimiento tiene la condición de interesada, como evidencia por lo demás su condición de actual prestadora del servicio, por lo que está legitimada para interponer el recurso.

Tercero. Se recurren la convocatoria y el Pliego de condiciones de un contrato de gestión de servicio público.

El artículo 40.1.c TRLCSP dispone que *“serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: (...) 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.”*

Ambos requisitos son cumulativos.

En relación con el plazo de duración del contrato, en nuestra Resolución número 43/2012, de 23 de enero de 2013, señalamos que, al examinar la duración de los contratos de gestión de servicios públicos a los efectos del apartado c) del artículo 40.1 del TRLCSP, se ha de tener en cuenta además del plazo de duración inicialmente previsto también sus eventuales prórrogas, como ocurre con la fijación del valor estimado, referente de los demás contratos susceptibles de recurso especial.

Por tanto, toda vez que el plazo de duración, según la cláusula 1.3 del pliego es de 10 años, sin perjuicio de su posible prórroga, de conformidad con el artículo 4.4. 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 cuanto al segundo requisito cumulativo debe examinarse si *“el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido”* es, en el caso analizado, *“superior a 500.000 euros”*. Toda vez que el citado texto legal no contiene una definición de lo que ha de entenderse por *“presupuesto de gastos de primer establecimiento”*, teniendo en cuenta el concepto de *“presupuesto”* referido a los gastos de primer establecimiento que hace el propio artículo 40.1.c TRLCSP, que alude a gastos

que se pretenden o deben acometerse, pero que aún no se han contraído, que en el mismo sentido se emplea por los artículos 154 y 172.b, del TRLCSP, en nuestras Resoluciones números 43/2012 y 500/2014 declaramos que la expresión “*presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros*”, se refiere únicamente al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

A fin de trasladar dicha conclusión al caso concreto que nos ocupa, el pliego de condiciones no fija el presupuesto de gastos de primer establecimiento, por lo que debe acudir a la determinación de estos gastos de una forma implícita, según su contenido, entendiendo por gastos de primer establecimiento, aquellos a los que tendrá que hacer frente el adjudicatario con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio. El precio de un vehículo de las características necesarias para prestar el servicio sirve como un medio para deducir, al menos, uno de los elementos que han de integrar los gastos de establecimiento.

Señalamos en nuestra anterior Resolución nº 587/2014, que en el expediente constaba un documento, “*cálculo económico: Madrid-Málaga-Algeciras (Cádiz)*”, suscrito el 29 de mayo de 2014 por el Jefe de Área de la Dirección General de Transporte Terrestre, en el que se expresan algunos datos que hacen suponer que el gasto del primer establecimiento del servicio supera 500.000 euros. Según el citado documento, el precio de compra de un autocar de más de 55 plazas en las que se incluye el conductor, categoría estándar, será de 214.184,30 euros. Si al servicio deben adscribirse 16 vehículos, el gasto que el contratista hace superará el importe mínimo para acceder al recurso especial en materia de contratación.

Dicha consideración pueden trasladarse al presente recurso, habida cuenta de la sustancial identidad de la licitación, como manifiesta la recurrente en su escrito de

impugnación y no se opone a ello el órgano de contratación, por lo que se cumplen los requisitos cumulativos del artículo 40.1.c del TRLCSP.

Por último hemos de pronunciarnos sobre la procedencia de recurrir, como se hace por la impugnante, no solo el pliego sino la convocatoria de licitación, y ello por cuanto el artículo 40.2.a TRLCSP señala que son recurribles *“los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*, pero no así el acto de convocatoria de la licitación, que no aparece enunciado en dicha letra ni en ninguna de las otras del apartado como un acto de trámite susceptible de impugnación independiente. Así las cosas el acto de convocatoria de la licitación en sí mismo es un acto de trámite no cualificado no susceptible de impugnación independiente, sin perjuicio de que sus irregularidades puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación, conforme señala el apartado 3 del mismo artículo 40 del TRLCSP.

Ahora bien, el motivo en que la recurrente funda la impugnación de la convocatoria, si bien que en el recurso se encuentra huero de toda argumentación, tiene conexión con el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de junio de 2014, como en los siguientes fundamentos examinamos.

En consecuencia, puede entenderse que el recurso se dirige además de contra el Pliego contra el anuncio y estrictamente contra la convocatoria, siendo los dos primeros a diferencia del segundo actos susceptibles de impugnación independiente conforme al artículo 40.2.a del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, el 9 de julio de 2015 se interpuso el recurso contra el anuncio y el Pliego de condiciones, precedido de su anuncio al órgano de contratación.

La publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado y en la Plataforma de Contratación del Estado se produjo el 29 de junio de 2015. En estos anuncios se prevé, entre otras, como forma de obtener la documentación e información el perfil del contratante, a través de la dirección www.fomento.es/www.contrataciondeestado.es.

El artículo 44.2.a y 3 del TRLCSP establece: *“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. (...) 3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.*

Por otra parte, el artículo 158.1 del TRLCSP dispone que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos”.*

A estos efectos, sobre el plazo para interponer el recurso especial contra los pliegos, en nuestra Resolución 534/2013, de 22 de noviembre, recurso 701/2013, asumimos el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011) en su Sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual en supuestos como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos no es, como venía entendiendo el Tribunal por razones de seguridad jurídica, el día en que expiraba el plazo para presentar las proposiciones, sino el día en que bien tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios, bien desde que se pone a disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos los pliegos y su documentación complementaria.

El Pliego fue puesto a disposición de los licitadores el día de la publicación del anuncio en la plataforma de contratación del Estado, que fue igualmente el día de publicación en el BOE, el 29 de junio de 2015, tomando dicha fecha como inicio del cómputo, debe estimarse que el recurso se interpuso en tiempo y forma.

Quinto. Entrando en las cuestiones de fondo son dos las formuladas por la recurrente, la primera la supuesta invalidez de la convocatoria de la licitación y del Pliego de condiciones recurridos, la invalidez de las cláusulas 1.7 en relación con la 3.4.2.1, y 1.8 en relación con el Anexo VII, todos del Pliego de condiciones.

En cuanto a la primera pretensión, la de nulidad de la convocatoria de licitación, la recurrente arguye que si bien la Resolución impugnada de 26 de junio de 2015 pretende continuar el procedimiento de licitación iniciado por la Resolución de 16 de junio de 2014, en realidad no hay tal continuidad, sino que la Resolución de 26 de junio de 2015 da inicio a un nuevo procedimiento de adjudicación que sustituye al anterior.

Afirma tal cosa aduciendo como pruebas de tal aseveración la distinta referencia numérica del expediente de contratación, la elaboración de un nuevo Pliego de condiciones cuyas cláusulas y "*parámetros económicos*" (sic.) de prestación del servicio de transporte son esencialmente diferentes a los previstos para la licitación anterior, de modo que el nuevo Pliego altera sustancialmente el régimen del contrato respecto del anterior, en fin que en la página Web de la Plataforma de Contratación del Sector Público, aparecen dos licitaciones diferentes con un mismo objeto, con valores estimados, plazos de presentación de ofertas, de apertura de oferta y garantías provisionales distintas.

Pero aquí concluye la argumentación, pues la recurrente no hila lógica ni jurídicamente la conclusión a la que llega con que el acto de convocatoria sea inválido, como tampoco invoca la contravención de norma jurídica alguna.

En cuanto a la segunda pretensión, la de nulidad de las cláusulas 1.7 en relación con la 3.4.2.1, y la 1.8 en relación con el Anexo VII, todos del Pliego de condiciones, señala en primer lugar que la cláusula 1.8 del pliego fija la dotación mínima del personal correspondiente al actual concesionario y que el nuevo contratista debe adscribir a la

prestación del servicio, y el anexo VII del Pliego de condiciones contiene, una relación de 32 conductores que el contratista deberá adscribir y subrogar por aplicación del artículo 73.2.g y h de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), y que el citado Anexo no recoge, sin embargo, todo el personal del concesionario actual del transporte sino tan sólo, una parte de él, referida exclusivamente al personal conductor, a pesar de que la recurrente, en su condición de actual prestadora del servicio, había comunicado al Ministerio de Fomento que el personal adscrito a la concesión y que debería ser objeto de subrogación asciende en realidad a 40 conductores, 9 taquilleros y 12 empleados más.

En cuanto a la cláusula 1.7 del Pliego señala que la referida cláusula establece la tarifa máxima admisible en las expediciones, que además al ser uno de los criterios para evaluar las proposiciones de los licitadores, al objeto de adjudicar el contrato, la tarifa que oferten, la tarifa máxima admisible en las expediciones fijada en la citada cláusula 1. 7 no será la tarifa aplicable a la concesión sino posiblemente menor. Adjunta un informe pericial elaborado a su instancia, a que acompaña de diversas consideraciones en el recurso, en que concluye que la tarifa máxima admisible de acuerdo con el Pliego no garantiza la viabilidad económica de la prestación del servicio.

Por su parte el órgano de contratación arguye de contrario, en cuanto al primer motivo del recurso que no se trata de un nuevo procedimiento de licitación, ya que el art. 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, establece que la publicidad con un año de antelación al inicio del procedimiento de licitación indicará: nombre y datos de la autoridad competente, tipo de adjudicación, servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación; que la convocatoria de licitación impugnada se realiza mediante procedimiento abierto y para la prestación del servicio de transporte público de uso general en la línea regular de viajeros entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), datos que se publicaron en el anuncio anterior y que continúan en la actual convocatoria de 26 de junio de 2015, una vez transcurrido el plazo de un año fijado por tal norma comunitaria, fundamento de nuestra Resolución n^o 587/2014.

No obstante ha sido necesaria la redacción de un nuevo pliego para la celebración de la nueva convocatoria y la continuación del procedimiento de licitación para la adaptación de determinadas cláusulas por razones de legalidad siendo estas.

En cumplimiento de las Resoluciones de este Tribunal, tanto de la propia Resolución nº 587/2014, que anula la cláusula 3.5 del anterior pliego referente a la previsión que se hacía en caso de empate entre licitadores, como la Resolución nº 65/2015 en materia de solvencia técnica.

El cumplimiento del Acuerdo marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, aprobado y registrado por Resolución de la Dirección General de Empleo de 13 de febrero de 2015, que ha determinado la necesidad de inclusión de un Anexo VIII en materia de personal.

La aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la disposición adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (LPGE 2014) y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (L 2/2015) de acuerdo con la Recomendación de 19 de mayo de 2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre su aplicación.

En cuanto a los demás motivos arguye lo siguiente, en lo atinente a que la tarifa máxima admisible en las expediciones no garantiza la viabilidad económica de la prestación del servicio del transporte, señala que se calcula para cada concesión en función de su particular estructura de costes y de su estimación de demanda de viajeros de acuerdo con la recomendación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. El modelo de estructura de costes es el contenido en el Observatorio de Costes de Transporte de Viajeros en Autocar que semestralmente publica el Ministerio de Fomento, Observatorio que contiene un análisis de los costes medios que la explotación de un vehículo genera a una empresa de transporte de viajeros tipo, entendiendo como tal aquélla que aplica criterios de gestión que le permiten mantener unos niveles de

rentabilidad y equilibrio patrimonial que garanticen su permanencia en el mercado en el medio y largo plazo.

A continuación detalla pormenorizadamente el cálculo económico que ha determinado la fijación de la tarifa, acompañando al efecto el documento en que se contiene el estudio económico, concluyendo que la fijación de la tarifa máxima no ha sido arbitraria, dado que se ha realizado previamente el estudio económico mencionado que, además de garantizar la cobertura holgada de los costes aplicables, en una explotación adecuada, prevé un beneficio razonable para el operador, tal y como establece el Reglamento (CE) nº 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 y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo (Reglamento (CE) 1370/2007). Por lo demás el hecho mencionado por la recurrente, de la posibilidad de que los licitadores puedan ofertas tarifas más bajas sobre la máxima incluida en el pliego, forma parte del procedimiento de licitación, que también prevé la inadmisión de aquellas ofertas que tengan carácter temerario. Igualmente aneja un documento de observaciones al informe pericial aportado por la recurrente.

En cuanto a que la subrogación del personal adscrito a la concesión actual en el nuevo Pliego de condiciones se limita solamente a una parte del personal, señala que la cláusula 1.8 del Pliego no limita la subrogación del personal, solamente a una parte, como argumenta el recurrente, sino que se redacta incluyendo tanto la subrogación recogida en la norma sectorial como la establecida en la normativa laboral.

Así de acuerdo con la Resolución nº 587/2014 de este Tribunal, en interpretación de lo dispuesto en el artículo 73. 2.g y h de la LOTT, el personal mínimo adscrito no constituye sino el mínimo imprescindible para la ejecución del contrato.

De acuerdo con Acuerdo marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, se ha adaptado el contenido de la cláusula 1.8 del Pliego a dicha normativa, con la inclusión del Anexo VIII, en el que se refleja claramente la relación de personal a

los que afecta la subrogación por aplicación del Título IV del citado Acuerdo marco, según datos facilitados por la empresa actualmente adjudicataria del servicio.

Sexto. Analizaremos en primer lugar el primero de los motivos alegados la supuesta invalidez de la convocatoria de la licitación, fundada sin más argumentación lógica o jurídica en que esta no es continuidad del procedimiento de licitación convocado hace más de un año y que dio lugar a nuestra Resolución nº 587/2014, de 30 de julio.

Decíamos allí, en el fundamento jurídico sexto, lo siguiente.

“(…) 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. En caso de que la información sufriera cambios después de su publicación, la autoridad competente publicará una rectificación lo antes posible. Esta rectificación se entiende sin perjuicio de la fecha de inicio de la adjudicación directa o de la licitación. Este apartado no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 5». El pliego de condiciones impugnado prevé que el recorrido anual correspondiente a las expediciones mínimas es de 3.772.099 vehículo/kilómetro, 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 previo publicado en la Plataforma de Contratación del Estado del expediente VAC-098. Esta

publicación se hizo el día 15 de diciembre de 2010, pero este anuncio no se hizo en el Diario Oficial de la Unión Europea. Consecuentemente, mediante este anuncio en el BOE no se estima cumplido el requisito de publicidad en el ámbito comunitario previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007. Por otro lado, consta en el expediente un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 referido a la licitación del contrato de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz). No obstante la norma prevé que la publicación debe hacerse a más tardar un año antes del inicio de la licitación, por lo que no se cumple el plazo mínimo de publicación contemplado en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007. Si bien es cierto que el artículo 142 del TRLCSP no prevé la publicación de anuncio de licitación de los contratos de concesión de servicio público en el DOUE, debe recordarse que el Reglamento (CE) 1370/2007 es de aplicación directa en su ámbito material. De acuerdo con el artículo 5.1 del Reglamento (CE) 1370/2007: «Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE». El Reglamento (CE) 1370/2007 resulta aplicable a la adjudicación del contrato de servicio público objeto de recurso y así lo reconoce el órgano de contratación en la cláusula 1.2 del pliego de condiciones. De conformidad con lo expuesto debe apreciarse que el expediente de contratación adolece de la publicidad exigida en el DOUE de acuerdo con el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007. La omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria, que lleva a considerar que la licitación convocada presenta un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho. La falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia,

fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia supone, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento. No obstante, este caso no se ha producido el incumplimiento absolutamente el requisito de publicidad, toda vez que existen un anuncio en el DOUE de 25 de junio de 2014, sino que el incumplimiento se refiere al plazo de publicación que debería haber sido al menos un año antes del inicio del procedimiento. Por ello, la irregularidad se torna relativa y no absoluta, mereciendo la sanción de anulación y no nulidad, encontrándose la licitación incurso en el supuesto contemplado en el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC). Por todo ello, procede anular el procedimiento cuya tramitación se ha iniciado mediante una convocatoria que adolece de un defecto cual es la falta de la publicidad en el plazo mínimo establecido. Asimismo, en consideración al principio de conservación de actos administrativos establecido en el artículo 66 de la LRJAP-PAC el resto de los trámites del procedimiento de licitación mantendrán su validez, el cumplimiento del plazo de un año antes del inicio de nuevo el procedimiento a computar desde el día 25 de junio de 2014.”

Por tanto la alegación formulada por la recurrente que, por lo demás como dijimos carece de toda argumentación como sustrato de la invalidez del acto e invocación de precepto vulnerado, solo podría tener sentido, argumentando nosotros por él ante su ausencia en el recurso, de acuerdo con nuestra Resolución transcrita, si la nueva convocatoria de licitación hubiera incumplido el requisito de publicidad previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, porque los términos del anuncio de 25 de junio de 2014 se hubieran alterado por la nueva convocatoria, de modo que aquel no cubriese la licitación convocada.

Pues bien, como resulta de la transcripción del precepto el Reglamento comunitario, se impone a la autoridad nacional las siguientes obligaciones en cuanto a la publicidad de la

licitación: i) la publicación del anuncio de la licitación futura en el Diario Oficial de la Unión Europea, ii) que la publicación se produzca al menos con un año de antelación a la inicio del procedimiento de licitación o a la adjudicación directa, y iii) que el anuncio contenga como mínimo los datos siguientes, nombre y datos de la autoridad competente, tipo de adjudicación considerado, y servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación.

Siendo pacífico que el 2014/S 119-212131 publicado el 25 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea cumple los dos primeros requisitos, tanto la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y no en otro diario oficial, y el transcurso de al menos un año entre la publicación y el inicio del procedimiento de licitación, pues la nueva convocatoria impugnada se produce por Resolución el 26 de junio de 2015, el examen del cumplimiento del artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 se contrae al contraste entre el contenido publicado en el anuncio y su conformidad con el contenido del contrato licitado.

El anuncio 2014/S 119-212131 publicado el 25 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea contiene en lo que a los datos fijados como mínimos por el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, los siguientes.

Nombre y datos de la autoridad competente: Dirección General de Transporte Terrestre, y los correspondientes a su domicilio, teléfono, correo y dirección de Internet.

Tipo de adjudicación considerado: Tipo de procedimiento abierto.

Servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación: Transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz).

Es verdad que el referido anuncio contiene otros muchos datos sobre la licitación, pero conforme al artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, es a los datos mínimos reproducidos y no a los demás a los que se extiende la obligación de publicidad.

Pues bien, en la convocatoria impugnada y en el Pliego de condiciones permanecen iguales los datos publicados de nombre y datos de la autoridad competente, tipo de

adjudicación considerado, y servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación, por lo que el anuncio 2014/S 119-212131, publicado el 25 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea, contiene los datos exigidos por el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 y, en consecuencia se han cumplido respecto de la licitación convocada el requisito de publicidad comunitaria.

Así las cosas, poco o ningún interés tiene las hipotéticas desviaciones de la actual licitación respecto de las condiciones anteriores, ni si esta licitación es propiamente el mismo procedimiento continuado u otro distinto, y no digamos la irrelevancia e inanidad de la existencia de distintas referencias numéricas o aparición en una página, pues el TRLCSP y el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 no obligan a lo que al mantenimiento inalterado de todas y cada una de las condiciones de licitación fijadas con anterioridad, sino al cumplimiento de la publicidad anticipada de la licitación en los términos fijados por la norma comunitaria.

A mayor abundamiento la nueva convocatoria cumple los requisitos de publicidad exigidos legalmente pues se ha anunciado en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Estado, añadiendo además, sin ser preciso por haberse publicado el anuncio exigido por las normas comunitarias el 25 de junio de 2014, un anuncio de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea, publicación en la que consta la variación de aquellos datos que, no siendo de publicidad obligatoria conforme al artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, se incluían adicionalmente en el referido anuncio de 25 de junio de 2014.

Tampoco puede devenir deber alguno de inmutabilidad del Pliego de la advertencia de la aplicabilidad del artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) contenida en nuestra Resolución nº 587/2014, de 30 de julio.

En efecto el principio de conservación de actos es una técnica que tiene por objeto hacer efectivos los principios de economía y celeridad del procedimiento administrativo en satisfacción del interés general, de modo que no haya que repetir todos y cada uno de los trámites y actos ya producidos, sino tan solo aquellos o parte de aquellos que resulten

afectado por la invalidez, configurándose para el órgano instructor como una facultad pero no como una carga.

Por tanto este Tribunal no podía imponer, y no impuso, al órgano de contratación la carga de conservar inalterables los actos o parte de los mismos no afectados por el fallo de la Resolución nº 587/2014, de 30 de julio.

Además el órgano de contratación venía expresamente obligado a modificar el Pliego por expresa exigencia de nuestra Resolución nº 587/2014, con lo que mal puede inferirse de nuestra resolución el propósito de congelar el Pliego de condiciones.

En fin, además del cumplimiento de nuestra Resolución obligaban a modificar el Pliego elaborado un año antes de la convocatoria de licitación después de los anteriores, el hecho de que el ordenamiento jurídico es un estructura viva y las norma legales y los convenios laborales que estaba vigente entonces ya no lo está ahora y en su lugar ha de aplicarse el derecho vigente y en fin de corregir aquellos aspecto del documento en los que, como en materia de solvencia, este tribunal ha consolidado doctrina.

Y, en fin, siendo el único límite a la posible modificación por el órgano de contratación de las condiciones del contrato licitado el respeto al requisito de publicidad previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007, es perfectamente legítimo que, teniendo en cuenta nuevas o distintas exigencias para la mejor satisfacción del interés general de las contempladas en el anterior Pliego, el órgano de contratación varíe las condiciones previstas anteriormente, sin que la modificación afecte a los elementos que son el contenido de la obligación de publicidad.

En consecuencia el primer motivo invocado ha de ser rechazado.

Séptimo. Los otros motivos, articulados como pretensión subsidiaria en caso de no ser admitido el primer motivo como ha sido el caso, se refieren a determinadas cláusulas del Pliego de condiciones.

Dichas cuestiones, que ya fueron planteados por la recurrente en su anterior recurso, están solventadas en nuestra Resolución nº 587/2014, de 30 de julio, sin que sin



embargo podamos rechazar su examen invocando la autoridad de cosa decidida derivada de la firmeza de aquella Resolución, y ello porque si bien la actual recurrente lo fue de uno de los recurso entonces acumulados, el acto impugnado, el Pliego de condiciones publicado entonces, no es formalmente el mismo ahora impugnado, aunque entre ambos documentos y en la materia impugnada haya practica coincidencia.

No obstante, dado que la recurrente ha reproducido sin práctica variación los argumentos de su anterior recurso, desconociendo abiertamente nuestra Resolución nº 587/2014, de 30 de julio, que expresamente los rechazaba, a pesar de ser parte en el proceso y, por consiguiente, destinatario de nuestra decisión, reproduciremos igualmente los fundamentos que en nuestra resolución sirvieron para rechazar su anterior impugnación.

En primer lugar en cuanto a la alegación de invalidez de las cláusulas 1.7 en relación con la cláusula 3.4.2.1, relativas a la fijación de tarifas, decimos en el fundamento octavo de la Resolución nº 587/2014, lo siguiente dirigido expresamente a su recurso.

“(...) El recurso de la empresa INTERBUS funda la invalidez del pliego de condiciones en la infracción del artículo 19 de la LOTT, considerando que la tarifa que resulte de la adjudicación no garantiza las exigencias que ésta debe cumplir. La empresa recurrente estima que si la tarifa máxima admisible carece de fundamento económico suficiente por ello, no es posible seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Asimismo, la tarifa máxima, 0,032107 euros/viajero.km, no permite garantizar adecuadamente la prestación del servicio. Utilizando similares fundamentos ASINTRA concluye que la tarifa máxima es contraria al ejercicio de potestades discrecionales por faltar de justificación técnico-económica, infringiendo el Reglamento (CE) 1370/2007 y el artículo 87 del TRLCSP.

El informe del órgano de contratación defiende que la tarifa máxima admisible se calcula en función de su particular estructura de costes y de una estimación de viajeros. El modelo de estructura de costes, explica el informe, es el empleado en el Observatorio de Costes de Transporte de Viajeros en Autocar que publica semestralmente el Ministerio de Fomento. El Observatorio de costes contiene un análisis de los costes medios de explotación de un vehículo para una empresa de transporte de viajeros tipo, que permita

obtener, de acuerdo con criterios de gestión, niveles de rentabilidad y equilibrio patrimonial que garanticen su permanencia en el mercado en el medio y largo plazo. Concluye el informe del órgano de contratación sosteniendo que no puede admitirse que la fijación de esta tarifa máxima sea arbitraria, dado que se ha realizado un estudio económico que además de garantizar la cobertura holgada de los costes aplicables, en una explotación adecuada, prevé un beneficio razonable para el operador. El Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre, en relación la tarifa dispone: «2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las obligaciones de servicio público dirigidas a fijar tarifas máximas para el conjunto o para determinadas categorías de viajeros podrán también ser objeto de reglas generales. Con arreglo a los principios definidos en los arts. 4 y 6 y en el anexo, la autoridad competente compensará a los operadores de servicio público por la incidencia financiera neta, positiva o negativa, en los costes e ingresos que para ellos se hayan derivado del cumplimiento de las obligaciones tarifarias establecidas mediante reglas generales, de manera tal que se evite una compensación excesiva. Ello se entiende sin perjuicio del derecho de las autoridades competentes a integrar obligaciones de servicio público mediante la fijación de tarifas máximas en los contratos de servicios públicos». El artículo 19.2 de la LOTT sobre la tarifa de los servicios públicos de transporte de viajeros de titularidad de la Administración, establece que: «La estructura de la tarifa de los transportes señalados en el punto anterior se ajustará a las características del servicio de que en cada caso se trate, teniendo en cuenta lo que al efecto se determina en esta ley y en las disposiciones de la Unión Europea en materia de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y, en su caso, en las normas reglamentarias dictadas para su ejecución y desarrollo. Las tarifas así establecidas, junto con las demás compensaciones, económicas o de otra índole, a que, en su caso, tenga derecho el contratista, deberán cubrir la totalidad de los costes de explotación del transporte en las condiciones señaladas en el correspondiente contrato de gestión de servicio público y permitirán una adecuada amortización de aquellos activos necesarios para su prestación y que hayan de ser aportados por el contratista, así como, un razonable beneficio empresarial, en circunstancias normales de productividad y organización. A tal efecto, la Administración deberá desestimar la contratación de tales servicios con quienes oferten prestarlos aplicando precios que no cumplan la referida condición. La desestimación de una oferta no se hará sin permitir su justificación por



parte del licitador que la presentó». El artículo 29 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT) dispone: «1. Originalmente, las tarifas que resulten obligatorias de conformidad con lo previsto en el artículo anterior se fijarán de acuerdo con la valoración de los elementos que integren la estructura de costes del servicio que, a tal efecto, deberá determinar la Administración. Dicha valoración se realizará tomando como base los costes de una empresa adecuadamente gestionada, pudiendo el Ministro de Fomento establecer reglas a tal efecto. (...) 4. En el procedimiento de determinación y modificación de las tarifas obligatorias a que hace referencia el apartado anterior, deberán solicitarse los informes del Consejo Nacional del Transporte Terrestre y, salvo que se trate de tarifas de transportes ferroviarios, del Comité Nacional del Transporte por Carretera, debiendo emitirse los mismos en un plazo máximo de quince días. (...) 5. No obstante lo dispuesto en los apartados 3 y 4, siempre que ello resulte factible y adecuado, la cuantía de las tarifas que se establezcan de forma general para un sector del transporte se ajustará a los acuerdos generales a que, en su caso, hayan llegado los representantes de las empresas del sector del transporte y los de los cargadores o usuarios, pudiendo la Administración, a tal efecto, promover la necesaria colaboración entre los mismos. (...) 7. El Ministerio de Fomento elaborará y mantendrá actualizados, previa audiencia del Comité Nacional del Transporte por Carretera y de las asociaciones más representativas de los usuarios del transporte, sendos observatorios en los que se contemple la evolución de los costes de los transportes de viajeros y de mercancías, a los que dará difusión a través de los medios que se consideren más eficaces para facilitar su conocimiento por empresas y particulares». La fijación de la tarifa máxima, en los términos del régimen jurídico expuesto, constituye un elemento técnico, que la Administración podrá determinar de manera discrecional no siendo la labor de este Tribunal, sino la de apreciar que la misma no se produjo de forma arbitraria, discriminatoria o concurriendo un error manifiesto y, en todo caso, respetando los requisitos procedimentales. En el expediente consta un informe técnico, al que ya se ha hecho referencia en esta resolución, suscrito por el Jefe de Área de la Dirección General del Transporte Terrestre, de 29 de mayo de 2014 en el que expresa todos los conceptos que se han considerado así como los cálculos que se hicieron para fijar la tarifa máxima. En este documento, mediante una nota, se indica que «el cálculo del coste unitario se

realiza según el Observatorio de Costes nº 19 (enero 2014)». De la simple lectura del documento se comprueba que los conceptos utilizados por el órgano de contratación para hallar la tarifa se integran los costes unitarios y el coste total de los conductores, amortización, financieros, seguros, coste fiscal, combustible, neumáticos y reparaciones. Asimismo, para hallar el resultado se parte de los datos previos exigidos por el pliego de condiciones: vehículos/km anuales de las expediciones mínimas, viajeros/km (datos del año 2013), ocupación, vehículos asignados al servicio, velocidad media teórica (km/h), tipo de vehículo, antigüedad máxima del vehículo. Además, el estudio añade un 12,5 por ciento de costes indirectos y un beneficio industrial del 15 por ciento. Por último se considera el canon concesional exigido por el pliego de condiciones. Interesa también, a estos efectos, como reconoce el recurrente, el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar es el resultado de los trabajos que, bajo el auspicio del Ministerio de Fomento, ha realizado un grupo de trabajo en el cual han estado presentes las entidades, ahora recurrentes: Comité Nacional del Transporte por Carretera, Federación Española Empresarial de Transporte de Viajeros, Federación Nacional Empresarial de Transporte en Autobús y la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocar.

Por otro lado, los reproches que la empresa INTERBUS hace en su recurso a la manera de calcular la tarifa máxima, de carácter técnico, han sido respondidos por el informe del órgano de contratación, en los aspectos que podrían estimarse errores que justificarían la revisión del acto, particularmente la corrección que se hace en cuanto a los costes de personal que pudieran afectar a las estructura de costes de un transporte discrecional y regular. La normativa reguladora, como afirma el órgano de contratación, obliga a hacer un estudio de los costes, estudio económico que consta en el expediente y que, a juicio del Tribunal, de forma razonada y considerando todos los conceptos previstos en el artículo 19.2 de la LOTT determinan la tarifa. Este estudio se ajusta al modelo que sigue el Observatorio de Costes de Transporte de Viajeros en Autocar con las correcciones que el informe del órgano de contratación explica para los costes del personal de servicios discrecional y regular. Por otro lado se aprecia que la normativa aplicable no exige que el cálculo de la tarifa deba hacerse de acuerdo con los costes que la concesionaria actual pudiera tener sino con base en una estimación de costes de una empresa adecuadamente gestionada y en circunstancias normales de productividad y

organización. En este sentido, el procedimiento seguido por el órgano de contratación responde a los criterios marcados por el Reglamento (CE) 1370/2007, en cuanto utiliza reglas generales para establecer las tarifas, a diferencia del presupuesto del que parte el recurrente INTERBUS que se centra en los costes que la gestión del actual concesionario tiene para rechazar el método utilizado por la Administración. En consideración de los argumentos expuestos y los datos que obran en el expediente se estima que la actuación del órgano de contratación para fijar la tarifa máxima no resulta arbitraria o discriminatoria, sin que se evidencian errores manifiestos, ni vicios en el procedimiento, por lo que la cuantía resultante de las operaciones realizadas debe estimarse ajustada al ejercicio de la facultad discrecional que la normativa aplicable reconoce a la Administración.”

Todos y cada uno de los argumentos son aplicables a la nueva impugnación, en efecto el cálculo de la tarifa ha sido realizado siguiendo la misma metodología empleada, utilizando el Observatorio de costes, en la confección de la cláusula del anterior pliego, igualmente consta en el expediente un estudio técnico detallado que cumple las exigencias de la LOTT, y el informe aportado a su costa por la recurrente resulta refutado por un informe técnico fundamentado del órgano de contratación, en consecuencia se estima igualmente que la actuación del órgano de contratación para fijar la tarifa máxima no resulta arbitraria o discriminatoria, sin que se evidencian errores manifiestos, ni vicios en el procedimiento, por lo que la cuantía resultante de las operaciones realizadas debe estimarse ajustada al ejercicio de la facultad discrecional que la normativa aplicable reconoce a la Administración

En cuanto a la alegación de invalidez de la cláusula 1.8 en relación con el Anexo VII, del Pliego de condiciones, en cuanto a la subrogación de plantilla, reproducimos lo dicho en los fundamentos décimo, undécimo y duodécimo de la Resolución nº 587/2014, algunos de ellos expresamente dirigidos a refutar el recurso entonces presentada por la misma actual recurrente.

“(…) 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 empleados 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». La empresa ANETRA estima que la cláusula transcrita impone obligaciones que exceden de la capacidad de la Administración, más aún si no existe convenio colectivo de ámbito nacional; resultando claramente discriminatoria para el potencial adjudicatario, suponiendo una ventaja para el actual concesionario puesto que para él no operaría la subrogación. El informe al recurso del órgano de contratación señala que la subrogación únicamente se producirá en el personal mínimo en virtud de los artículos 73.2 g) y h de la LOTT. 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.

“(...) 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 restrictiva 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. 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 treinta y un trabajadores, su categoría, 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».

“(…) También en relación con la subrogación de trabajadores, el recurso de la empresa INTERBUS estima que la cláusula 1.8 y el anexo VII que contiene la relación de trabajadores que han de subrogarse incumplen el vigente Convenio Colectivo del sector. La empresa acompaña como documentación una copia del Convenio Colectivo de transporte de viajeros por carretera de los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbano o interurbano de la Comunidad de Madrid con vehículos de tracción mecánica de más de nueva plazas, incluido el/la conductor/a. El informe del órgano de contratación sobre esta alegación indica que únicamente será el personal mínimo adscrito al servicio el que debe subrogarse. Acerca de la obligación de subrogación en la reciente Resolución 474/2014, de 18 de junio el Tribunal consideró: “En efecto, hemos recordado en múltiples ocasiones respecto de los contratos regulados por el texto



refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en lo que se refiere a la aplicación del artículo 120 del TRLCSP, y es trasladable al ámbito de la LCSE -tal y como dijimos en nuestra Resolución 608/2013, por aplicación de los principios de la contratación, en especial, los de igualdad y transparencia-, 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», criterio 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 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. Cuestión distinta a la anterior, la no obligación de que en el pliego se contemple la subrogación, es la obligación de información que prevé el artículo 120 del TRLCSP cuando la subrogación está prevista en el convenio sectorial de aplicación. El artículo 120 del TRLCSP, que establece la información a facilitar a los licitadores dispone 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». Sentado lo anterior, y en cuanto al alcance del citado artículo 120 del TRLCSP, este Tribunal ha señalado en sus Resoluciones, entre ellas en al 608/2013, que, de acuerdo con esta disposición, la Administración contratante debe facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. Y para ello, la empresa que viniera prestando el servicio, está obligada a su vez a facilitar esa información al órgano de contratación. Así, como expusimos en nuestra Resolución 75/2013 «aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación»; dado el tenor inequívoco del artículo 120 tantas veces citado. Cuestión ésta que, según se desprende de la propia reclamación – pues se hace constar en ella que la Autoridad Portuaria «facilita a los licitadores, en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores actualmente asignados al servicio»-, se cumple por la entidad contratante, si bien para el caso que nos ocupa ello sería irrelevante por cuanto, según manifiesta la entidad contratante en su informe, la empresa reclamante resulta ser la actual contratista del contrato de servicios precedente objeto de la actual licitación». De acuerdo con estos antecedentes transcritos la Administración, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP sólo tiene la obligación de informar del personal trabajador de la contratista actual del servicio público con objeto de que pudiera existir una obligación de subrogación derivada de un Convenio Colectivo aplicable a la empresa que resulte adjudicataria. El deber de información, de acuerdo con el artículo 120 del TRLCSP, puede cumplirse sin necesidad de que los eventuales trabajadores que se hayan de subrogar resulten identificados en el pliego de condiciones, pudiendo hacerse en documentación complementaria. En consecuencia no habiendo infringido la cláusula 1.8 del pliego y el anexo VII del mismo la norma de contratación aplicable no se estima el argumento de la recurrente. En el expediente consta una relación remitida, vía correo electrónico, por la empresa actualmente concesionaria al órgano de contratación, en la que se contiene el nombre categoría tipo de contrato, antigüedad, convenio colectivo

aplicable y costes del personal que viene prestando el servicio, por lo que estimamos cumplido el deber de informar a los licitadores en los términos previstos en el artículo 120 del TRLCSP. Todo ello sin perjuicio de la subrogación obligatoria del personal mínimo adscrito al servicio en los términos expuestos en el fundamento anterior”.

Todos los argumentos de nuestra resolución son por entero aplicables al recurso ahora presentado, de nuevo y con los mismos argumento rechazados, por la recurrente: la subrogación se refiere única y exclusivamente al personal mínimo adscrito al servicio que no es sino el mínimo imprescindible para la ejecución del contrato, y su fijación en el Pliego se estima razonada y justificada.

Debemos rechazar por tanto, como hicimos en nuestra anterior resolución contra argumentos sustancialmente iguales formulados por la misma recurrente, también estos motivos.

En consecuencia se confirma expresamente que los actos recurridos con plenamente conformes a Derecho.

Octavo. La ahora recurrente se limita a reproducir en dos de los motivos alegados en su anterior recurso, con fundamentos de fondo expresamente rechazados por la Resolución nº 587/2014, de 30 de julio, a ellos añade un nuevo fundamento, que el procedimiento de licitación actual es distinto del anterior y ello determina la invalidez de la convocatoria de licitación, sin anudar dicha afirmación a argumentación jurídica alguna ni citar tan siquiera el precepto vulnerado, con una palmaria y clamorosa ausencia de fundamentación, a ello ha de añadirse que la recurrente es la actual prestadora del servicio.

Resulta pues evidente que el único objeto de la interposición del recurso fue suspender la adjudicación del contrato para que esta se dilatase lo más posible y, en consecuencia, garantizarse la continuidad *sine die* en la prestación del servicio en las condiciones actuales, con el consiguiente beneficio económico y paralelo perjuicio tanto a los licitadores y posible adjudicatarios como al interés general servido por el órgano de contratación.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística.”*

Habida cuenta de la ausencia en los motivos fundamentados de argumentación nueva respecto de la que fue expresamente rechazada en nuestra resolución anterior y en el no fundamento de la ausencia todo *iter* argumental ni tan siquiera la mera invocación del precepto del ordenamiento jurídico vulnerado, existe pues un abuso del derecho al recurso que altera con evidente mala fe su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, usándolo torcidamente para causar daño a los licitadores y a la entidad contratante mediante la suspensión del acto de adjudicación.

Por todo ello, considera el Tribunal que resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP antes citado, por lo que procede la imposición de una multa a la recurrente.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 €.

Este Tribunal considera como quedó dicho que la mala fe está fuera de toda duda, existe asimismo un perjuicio cierto, efectivo y evaluable, dicha valoración conforme al criterio sentado en nuestra Resolución nº 292/2014 habría de tener en cuenta el beneficio obtenido por la recurrente desde que se acordó la adopción de la medida cautelar de suspensión por ella solicitada con la interposición del recurso, el 23 de julio de 2015, hasta el momento de dictarse esta resolución, es decir más de tres meses.

No obstante este Tribunal no puede realizar la evaluación del perjuicio toda vez que carece de los elementos necesarios para cuantificación, al no disponer de las condiciones económicas del contrato vigente, si bien es notorio, a la vista de las cifras que se aparecen en la nueva licitación, que dicho beneficio económico excede con mucho de la cuantía mínima fijada por el TRLCSP para la multa, de 1.000 euros, con lo que la imposición de la multa en su grado mínimo no desalentaría el comportamientos temerarios producido, sino que, en alguna medida, lo promovería, primando con ello la grave mala fe puesta de manifiesto.

Es por ello que, a la vista de la dificultad de este Tribunal, por insuficiencia de datos, para determinar el valor del perjuicio cierto, efectivo y evaluable producido, pero así mismo la evidente falta de equidad de imponer la multa en su grado mínimo a la vista del grado de mala fe de la recurrente, atendiendo al principio de proporcionalidad, este Tribunal fija el importe de la multa en su grado medio, es decir en 5.668 €.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. G.-J. F. P., en nombre y representación de INTERURBANA DE AUTOBUSES, S. A. (INTERBUS), contra la convocatoria de la licitación y el Pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios público de “Transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras” (Expediente AC-CON-02/2015), licitado por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento.

Segundo. Levantar la suspensión acordada en virtud los artículos 43 y 46 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, conforme se señala en el fundamento jurídico octavo, por lo que

procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, por importe de 5.668 €.

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