



Roj: **SAN 1278/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:1278**

Id Cendoj: **28079230042015100074**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **193/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000193 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02537/2013

Demandante: **GLOBALIA AUTOCARES SA**

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Codemandado: AUTOMNIBUS INTERURBANOS SA ; NEX CONTINENTAL HOLDING SA; Y LLORENTE BUS SL,

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D.ª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso n.º **193/2013** seguido a instancia de **GLOBALIA AUTOCARES SA** que comparece representada por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot y dirigido por Letrado D. Fernando de Llano San Claudio, contra la Resolución dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. Siendo parte demandada en el presente recurso la Administración representada por la Abogacía del Estado y codemandadas AUTOMNIBUS INTERURBANOS SA representada por el Procurador D.ª. Isabel Covadonga Juliá Corujo y asistida por el Letrado D. Ricardo Pretejo Muñoz; NEX CONTINENTAL HOLDING SA representada por el Procurador D.ª Ana Tartiere Lorenzo y asistida por el Letrado D. Martín Moreno Fernández; LLORENTE BUS SL, representada por el Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero y asistida por el Letrado D. Arturo Duperier Prado. Siendo la cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 12 de junio de 2013 tuvo entrada recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 5 de abril de 2013 (Rec 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

SEGUNDO.- El 30 de octubre de 2013, tras remitirse el expediente administrativo, **GLOBALIA AUTOCARES SA** formalizó demanda en la que tras exponer sus argumentos solicitaba "la nulidad de las licitaciones por ser contrarias a Derecho, la revocación parcial de la resolución del TACRC recurrida con la consiguiente anulación del acto impugnado en atención a los argumentos expuestos en el presente recurso, incluyendo específicamente en esta anulación los criterios de valoración establecidos en los pliegos y, muy especialmente, los relativos a tarifas y expediciones, así como la extensión del derecho de preferencia a las ofertas en las que interviniera el anterior concesionario cuando dicha intervención se realice en agrupación con otras empresas, revocando por ello los Fundamentos Séptimo y Octavo y cuantos fueren oportunos de la Resolución del TACRC recurrida".

TERCERO.- El 4 de diciembre de 2013 se presentó escrito de contestación por NEZ CONTINENTAL HOLDING SLU oponiéndose a la estimación de la demanda.

CUARTO.- Practicada la prueba presentaron escritos de conclusiones el 3 de marzo de 2014 **GLOBALIA AUTOCARES SA** y 19 de marzo de 2014 por NEX CONTINENTAL HOLDING SLU. Señalándose para votación y fallo el 4 de junio de 2014.

QUINTO.- Ahora bien, por la Abogacía del Estado se instó incidente de nulidad de actuaciones al no habersele dado traslado de la demanda. Por Auto de 24 de junio de 2014 se accedió a lo solicitado. El 25 de julio de 2014 la Abogacía del Estado presentó escrito oponiéndose a la demanda. Presentado nuevos escritos de conclusiones el 5 de septiembre de 2014 **GLOBALIA AUTOCARES S.** Presentándose el 24 de octubre de 2014 escrito de conclusiones por la Abogacía del Estado y escrito conclusiones por NEX CONTINENTAL HOLDINGS el 28 de octubre de 2014. Señalándose para votación y fallo el 18 de marzo de 2015.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos comenzar por indicar que, en esta Sala, existen cuatro recursos contra la misma Resolución: el 122/2013 interpuesto por la Abogacía del Estado; el 180/213 interpuesto por NEX CONTINENTAL HOLDING SLU; el 188/2013 interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA y el 193/2013 interpuesto por **GLOBALIA AUTOCARES SA**.

Aunque los motivos de impugnación de los recursos y las perspectivas de las diferentes partes recurrentes no son coincidentes, la Sala decidió señalar los mismos para su examen conjunto el 18 de marzo de 2015.

SEGUNDO.- La Resolución recurrida fue dictada por el TACRC el 5 de abril de 2013 en relación con los recursos presentados por **GLOBALIA AUTOCARES SA** 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 y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación; y contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento 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-Nerja y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación.

En dicha Resolución se acordó estimar en parte el recurso y anular la cláusula 4.10.2 en lo relativo a la preferencia contenida en los pliegos a favor del concesionario saliente y la cláusula 2.1.5 de los pliegos en lo que hace a la subrogación obligatoria del adjudicatario. En consecuencia se anulaba la licitación.

Los motivos de recurso formulados por GLOBALIA y desestimados por el TACRC fueron los siguientes: a).- En primer lugar el escaso peso que en el pliego se da a dos conceptos fundamentales: las tarifas y las expediciones, a la hora de seleccionar al adjudicatario. Se trata de la cláusula 4.10.3 -fundamento séptimo de la resolución recurrida-. b).- El incumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 1.1 del Reglamento CE 1370/2007 para que sea válida la intervención pública en el mercado - fundamento octavo de la resolución recurrida-. c).- Se alega que el pliego no busca ni permite realmente la selección de la oferta más ventajosa para Administración -fundamento décimo de la resolución recurrida-.

Lógicamente GLOBALIA no recurre los pronunciamientos que le fueron favorables, pero sí la Abogacía del Estado y otras entidades afectadas, lo que explica la existencia de diferentes recursos contencioso-



administrativos contra la misma Resolución y la conveniencia de su examen conjunto, tal y como se acordó por la Sala.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen del fondo del asunto es necesario analizar las alegaciones articuladas por NEX CONTINENTAL HOLDINGS SLU. En concreto, la falta de legitimación de GLOBALIA por haber participado en el procedimiento de contratación; y la calificación y admisión a trámite como recurso especial en materia de contratación del recurso interpuesto - como recurso de reposición. por GLOBALIA.

a.- En esencia se viene a sostener por la codemandada que no es posible impugnar el pliego rector del contrato y, al mismo tiempo, participar en el concurso. Este argumento ya fue esgrimido ante el TACRC. El Tribunal sostuvo que "nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna [los pliegos] 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".

La Sala comparte la opinión del TACRC pues no permitir que quien impugna los pliegos no pueda concurrir a la licitación supondría restringir su derecho al recurso con nítida repercusión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En efecto, conforme a lo establecido en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) "podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Esta norma no establece restricción alguna a tenor de la cual, quien haya impugnado los pliegos del concurso, no pueda, con posterioridad concurrir a la licitación.

Es más, como hemos indicado, la interpretación que propone la codemandada podría concluir en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de quien impugna el pliego, no siendo posible adoptar una interpretación que restrinja tal derecho.

En efecto, como es sabido, con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, entre otra muchas, la **STS de 9 de febrero de 2001 (Rec. 1090/1995)** razona que "el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones". Doctrina que solo cede, como matiza la indicada sentencia, en los supuestos en los que los pliegos incurriesen en causa de nulidad de pleno derecho.

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos a impugnarlas antes de concurrir. Si por el ejercicio de dicha impugnación se tradujese en que no puede participar en el concurso, el impugnante correría el riesgo de perder definitivamente su derecho a la adjudicación de desestimarse su recurso. Sin que el ejercicio de su derecho a recurrir pueda traducirse en una disminución o restricción de sus legítimas expectativas.

b.- En relación con el segundo argumento debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Los pliegos en su cláusula 3.7 dispone que "podrán ser impugnados a través del recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el art. 40 del TRLCSP, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato, IVA excluido, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración sea superior a 5 años". Por otra parte, en la Resolución de Convocatoria de licitación se indica que podrá interponerse recurso especial en materia de contratación en la forma establecida en el art. 44 TRFLCSP; recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid.

La entidad recurrente interpuso recurso de reposición, siendo la Secretaría General Técnica la que elaboró un informe indicado que para determinar la cuantía debía estarse a los "gastos de primer establecimiento", es decir, los gastos necesarios para el inicio en forma normal del funcionamiento. Pues bien, teniendo en cuenta el precio por unidad de los vehículos necesarios para iniciar el servicio resulta que la cuantía sería de 2.135.940 € y 3.222.431 €, siendo el plazo de duración de diez años. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1.c) del TRLCSP procedía la interposición especial regulado en los arts. 40 y ss. Por eso y con base a tal informe se remitieron las actuaciones al TACRC.



El TEAC analizó el problema y concluyó que en el pliego se concedía la opción entre el recurso de reposición y el recurso especial, 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 en la misma". En ejercicio de dicha opción se optó por interponer el correspondiente recurso de reposición que luego resultó no ser el adecuado. Añadiendo que conforme al art 110.2 de la Ley 30/1992, el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

En realidad el problema se centra en que la cláusula 3.7 no dice que procediese la interposición del recurso especial -de carácter potestativo conforme al art. 40.6 LCSP-, lejos de ello, dispone que podrá interponerse dicho recurso "cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato sea superior a 500.000 € y el plazo de duración sea superior a 5 años". Y la Resolución de Convocatoria de licitación tampoco indica que procediese el recurso especial. Pues bien, lo que ocurrió fue que la recurrente interpretó que los gastos de primer establecimiento no superaban los 500.000 € y la Administración, por el contrario y aplicando el método de cálculo que describe en el informe, entendió que sí. De aquí la remisión del expediente al TACRC. Existe, por lo tanto, una cierta ambigüedad en la indicación de la Administración que no puede perjudicar a la entidad recurrente.

Debe tenerse en cuenta que dicha cuantificación no se establece en el pliego de condiciones y que la misma se fija por primera vez en el escrito elaborado por la Secretaría General Técnica de fecha 28 de febrero de 2013, realizándola con base a la aplicación de los datos de partida en el Observatorio de Costes de Transportes de Viajeros de Autocar. Y es que al ser el criterio determinante del juego del recurso especial la cuantía de los gastos de primer establecimiento y no indicarse con precisión por la Administración que dichos gastos eran superiores, existe un margen de apreciación del recurrente a la hora de optar por el recurso procedente que, en principio, no puede perjudicarlo. Ya que, valorando el contexto en que se ha producido la impugnación, como sostiene el TACRC "no puede decirse que fuera responsabilidad suya no haber interpuesto el recurso que procedente en este caso".

Por lo expuesto, procede rechazar las causas de inadmisión esgrimidas.

CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, debemos analizar en primer lugar el argumento por el que se afirma el "escaso peso que tienen 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".

Para examinar el motivo conviene tener en cuenta las sentencias que en relación con procesos de contratación anteriores han sido dictadas por el Tribunal Supremo. En efecto, el problema del establecimiento de condiciones en los pliegos que, de alguna manera, primaban a la contratista anterior, fue objeto de debate en relación con concursos anteriores. De dichas sentencias nos interesa ahora destacar que se concedían por el concepto tarifas 15 puntos y por el concepto expediciones 8 puntos, entendiendo el TSJ de Madrid en diversas resoluciones que la puntuación conferida en relación con la ponderación de factores económicos era escasa, lo que venía, en concurrencia con otros factores a suponer, *de facto*, la concesión de una posición de ventaja al anterior adjudicatario. Pues bien, el TS en **STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 2460 y 3414/2011)**, **5 de abril de 2013 (Rec. 2459 y 2461/2011)**, **29 de septiembre de 2014 (Rec. 2337/2013)**, **31 de octubre de 2014 (Rec. 3919/2013)**, **3 de diciembre de 2014 (Rec. 3774/2013)**; **2 de febrero de 2015 (Rec. 3365/2011)** vino a sostener que, en efecto, se concedía un insuficiente peso a "las tarifas y expediciones", todo ello en unión del hecho de que, además, se concedía 15 puntos por mantener al personal del antiguo concesionario en idénticas condiciones.

La Administración no ha ignorado dichas sentencias y como se razona por el TACRC en los pliegos ahora recurridos concede 25 puntos por las tarifas -antes 15- y 15 por las expediciones -antes 8-. Es decir, por los conceptos tarifas y expediciones concede ahora 40 puntos, frente a los 23 concedidos en los anteriores pliegos que fueron objeto de impugnación.

Ahora bien, lo que ocurre es que, acto seguido, los pliegos establecen en relación con las tarifas dos tramos. El primer tramo alcanza 22 puntos, que se obtendrán mediante una fórmula proporcional siempre que las ofertas estén entre los valores de referencia de 0,037527 y 0,057262. El segundo tramo confiere sólo 3 puntos para las ofertas inferiores a 0,037527. Y en el caso de que ninguna de las ofertas fuese inferior a dicho valor, la valoración será proporcional en un único tramo.

El sistema establecido para las expediciones es similar. Existen dos tramos, el primero que concede 13 puntos se aplica a las ofertas que propongan un incremento igual o menor al 2% de 1.659.677 de vehículo/km y el segundo, que sólo concede 2 puntos, a las que supongan un incremento superior al 2% de 1.659.677 de vehículo/km.



El problema que debemos enjuiciar no lo plantea la concesión de 40 puntos por los conceptos tarifa y expedición que, sin duda, suponen un cambio significativo respecto de las licitaciones anteriores. El problema que ahora se plantea es si mediante dicho sistema de doble tramo, en realidad, se está favoreciendo a las anteriores adjudicatarias y permitiendo que el peso real en la adjudicación de las factores económicos sea sólo de 5 puntos, que es la cantidad que se corresponde a la suma de los dos segundos tramos.

También debemos tener en cuenta que por el TSJ de Madrid se ha procedido al examen de la legalidad de cláusulas esencialmente idénticas a las ahora enjuiciadas. En ellas el TSJ de Madrid reconoce que nos encontramos ante pliegos "no estrictamente coincidentes" con los enjuiciados anteriormente y cuya ilegalidad fue confirmada por el Tribunal Supremo, pero pese a ello concluye en la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)** "si bien es cierto que se incrementa la valoración de tarifas y expediciones, sin embargo la ponderación asignada a los distintos criterios de valoración dentro del total de puntuación y, en especial, los márgenes que se prevén para tarifas y expediciones en relación con el juego de los restantes criterios, conduce a estimar que tales elementos, los más importantes desde el punto de vista de la competencia, no alcanzan el adecuado peso en la puntuación total....por lo que, en definitiva, los criterios de valoración de las ofertas contenidos en los Pliegos de Condiciones hoy impugnados infringen los objetivos que persigue el Reglamento (CE) n° 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, cuyo artículo primero dispone que "las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar 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".

QUINTO.- De conformidad con el art. 1 del Reglamento 1370/2007/CE "las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar 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". Por lo tanto, el Reglamento habilita para que las autoridades competentes puedan introducir, en defensa del interés general, factores de ponderación que no resultan del "simple juego del mercado". De acuerdo con lo establecido en la indicada norma el art. 73 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT) dispone que "en la valoración de las proposiciones formuladas y con la consiguiente resolución del concurso, se tendrán en cuenta las circunstancias de todo orden que concurran en las distintas ofertas y en las Empresas que las formulen, sin atender exclusivamente al contenido económico de aquéllas, de acuerdo con los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones".

Ahora bien, teniendo la Administración, en palabras de la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)**, "un amplio margen de libertad la establecer los criterios de valoración y el peso específico de cada uno de ellos sobre el total puntuable...sin que deba atenerse exclusivamente al contenido económico de las ofertas", lo que no puede hacer la Administración es configurar los pliegos de forma que "impidan la competencia en precio, beneficiando a los titulares de las concesiones" y creando un marco que no sea "lo suficientemente favorecedor de la competencia de los concursos que ha de convocar". Pues no se olvide que la conforme a los considerandos del Reglamento 1370/2007/CE la normativa comunitaria impone el juego de los "principios de transparencia, igualdad de trato de los operadores en competencia, y proporcionalidad".

Llegados a este punto, debemos analizar cual sea la justificación dada por la Administración para el establecimiento de un sistema de dos tramos en las tarifas y en las expediciones. La Sala ha procedido al análisis de los informes obrantes en el expediente. En el de la Abogacía del Estado, simplemente se indica que los pliegos se ajustan a la legalidad. En el informe que la Administración remite al TACRC se dice que se ha incrementado la puntuación de 15 a 25 puntos en las tarifas y de 8 a 15 puntos en las expediciones, pero no se da explicación alguna sobre el establecimiento de los dos tramos. Por lo tanto, no se ha justificado, ni aportado razones por las cuales se ha establecido un sistema de dos tramos.

Frente a esta carencia de fundamentación la parte recurrente sostiene que el sistema se ha diseñado para favorecer a las adjudicatarias anteriores y, por lo tanto, restringir las posibilidades de competencia. Se razona, en relación con las tarifas que el primer tramo se corresponde, esencialmente, con las tarifas de la adjudicación anterior, de forma que le basta al adjudicatario saliente con realizar una oferta similar para obtener 22 puntos, de forma tal que el nuevo adjudicatario que realice una oferta económica mejor, sólo obtendría, realmente, 3 puntos por dicha mejor oferta. Lo mismo ocurre, en esencia, con el sistema de expediciones. De forma que en relación con los factores económicos, aunque formalmente se conceden en los pliegos 40 puntos; realmente quien realiza una oferta económica mejor solo obtendrá 5 puntos de ventaja sobre el anterior adjudicatario. Dicho de otro modo y en palabras del recurrente "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 5 puntos".



El TACRC reconoce que "la coincidencia entre la preferencia otorgada al concesionario saliente y el máximo de puntos que se puedan obtener como mejora en el contrato...restringe en alguna medida" las posibilidades de los nuevos adjudicatarios. Pero, en su opinión, "no es determinante de la imposibilidad de obtener una puntuación superior a la del anterior concesionario".

En efecto, el TACRC no niega que "en condiciones normales el anterior concesionario obtendrá una puntuación de al menos 35 puntos con estos dos criterios, teniendo en cuenta la definición de las magnitudes realizadas en el pliego de cargos, sin olvidar el hecho de que estos dos criterios tienen una valoración de 40 puntos, pero hay otros sesenta puntos en disputa en el concurso".

Además, reconoce el TACRC que "sin necesidad de realizar mejora alguna, el concesionario saliente, obtendrá al menos una puntuación de 35 puntos". Y que, por otro lado, como expone el recurrente y "sin contradicción alguna por parte del órgano de contratación...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 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".

Pues bien, pese a reconocer lo anterior, el TACRC entiende que el sistema establecido es correcto por dos razones. Primero porque frente a lo ocurrido en los concursos anteriores el valor de los factores económicos es de 40 frente a los 23 puntos anteriores. Y, en segundo lugar, porque existen otras variables en las que sí puede competir el dictador y obtener una puntuación final que puede llevarle a la adjudicación del contrato, especialmente "las relativas a la seguridad (21 puntos) y a todas aquellas que se refieran a criterios dependientes de juicios de valor". Razonando que "no comparte el Tribunal la opinión del acto 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 criterios dependientes del juicio de valor existentes existe una notable diferencia entre las ofertas, en algunos casos muy superior a los 5 puntos que menciona el recurrente".

SEXTO.- En el pliego de condiciones, en el apartado 4.10.3 se contienen los criterios de valoración. Los cuales se concretan en los siguientes términos:

-Tarifas 25 puntos (con dos tramos de 23 y 2 puntos).

-Expediciones 15 puntos (con dos tramos de 13 y 2 puntos).

-Mejoras en las características de seguridad, confort, eficiencia energética, respeto al medio ambiente, accesibilidad de personas de movilidad reducida y antigüedad, de los vehículos adscritos para la prestación de las expediciones ordinarias fijadas en la condición 2.2.1 de este Pliego - 31 puntos (máximo). (Estos 31 puntos se distribuyen en, primero, 22 puntos máximo para mejoras en las características de seguridad y confort de los vehículos; 5 puntos máximo para mejoras en las características de eficiencia energética y de defensa del medio ambiente de los vehículos y cumplimiento de la directiva 88/77 o Reglamento R49, en niveles superiores a EURO4; y 4 puntos máximo para disminución de las antigüedades máximas fijadas para todos los vehículos).- Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción - 5 puntos (máximo).

-Instalaciones fijas - 4 puntos (máximo)

-Medidas especiales de atención al público y de comercialización -8 puntos (máximo) (...) (Estos 8 puntos se distribuyen en 2 puntos (máximo) por indemnización por retrasos imputables al transportista, 2 puntos (máximo) por sistemas para la facturación y control de equipajes, 2 puntos (máximo) por seguro complementario de viajeros gratuito, y 2 puntos (máximo) por seguro complementario de equipajes gratuito.

Calidad en el servicio: Compromiso de obtención de certificación de cumplimiento de la norma UNE EN 13816 relativa a la concesión que se licita, en el plazo máximo de tres años a partir de la fecha del requerimiento que se efectúe al licitador seleccionado, y de su mantenimiento durante el plazo restante de la concesión -4 puntos (máximo)

Otras medidas tendentes a mejorar la explotación del servicio, 8 puntos (máximo), que se distribuyen: en confort y atención a los viajeros (2,50 puntos máximo); medidas dirigidas a determinados colectivos y/o épocas del año, tendentes a fomentar el uso del transporte colectivo en autobús, así como a la fidelización de los clientes (2,50 puntos máximo); compromiso de implantación de medidas que supongan mejoras en la conectividad y en la intermodalidad priorizando el uso de los servicios públicos de transporte colectivo, en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente a aquel que hubiera recibido el requerimiento del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, y de su mantenimiento durante la vigencia del contrato.



Pues bien, como ya indicamos con anterioridad, ante una cláusulas de contenido prácticamente idéntico, la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)** razona que: "en el caso de autos, si bien es cierto que los Pliegos incrementan la puntuación máxima a conceder por tarifas y expediciones, en concreto, a un máximo de 40 puntos -25 por tarifas y 15 por expediciones- sobre un total de 100 puntos, y ello frente al máximo de 23 puntos sobre un total de 100 de los pliegos anulados por este Tribunal, sin embargo, y al margen ya de cualquier otra consideración, el examen conjunto y global de los distintos criterios de valoración conduce a estimar que la ponderación de los factores económicos frente a la que reciben las características técnicas continúa siendo insuficiente dentro del total de puntuación. Y ello no sólo a la vista de los 31 puntos que como máximo se prevén para mejoras en las características de seguridad, confort, eficiencia energética, respeto al medio ambiente, accesibilidad de personas de movilidad reducida y antigüedad de los vehículos adscritos para la prestación de las expediciones ordinarias -cláusula 4.10.3.3-, sino también, y como posteriormente se expondrá, en relación con los 9,5 puntos máximo que para " Otras medidas tendentes a mejorar la explotación del servicio" se recogen en la cláusula 4.10.3.8. Téngase en cuenta que lo relevante es que el conjunto de las puntuaciones esté articulado de tal manera que permita la competencia efectiva, habiendo ya declarado esta Sección que las tarifas y las expediciones son dos conceptos en los que precisamente las empresas pueden competir entre sí con mayor margen de maniobra, por cuanto 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. Pues bien, en el caso que nos ocupa, y en línea con lo que ya se ha apuntado, no se puede desconocer que mientras que las fórmulas previstas para la valoración de tarifas y expediciones permiten, entre los supuestos que contemplan, la atribución de un margen de tres y dos puntos para aquellos licitadores que propongan tarifas cuyos valores se encuentren entre la tarifa más baja de las ofertadas y la tarifa de referencia de la Administración..., y los que propongan un incremento superior al 2% de 1.545.270 de veh.km, respectivamente, sin embargo, y frente a dichos concretos márgenes, en el apartado 4.10.3.8 se prevén 8 puntos (máximo) para "Otras medidas tendentes a mejorar la explotación del servicio",.....encontrándose además redactado dicho apartado en términos de gran amplitud e indeterminación. Y, así, en este sentido se contempla, sin mayor concreción, el confort y atención a viajeros, las medidas dirigidas a determinados colectivos y/o épocas del año, tendentes a fomentar el uso del transporte colectivo en autobús, así como a la fidelización de los clientes, o las medidas que fomenten la integración de modos de transporte terrestre y promocionen la intermodalidad, tendentes a favorecer un mejor uso del transporte público. Por lo tanto, a juicio de esta Sección, si bien es cierto que se incrementa la valoración de tarifas y expediciones, sin embargo la ponderación asignada a los distintos criterios de valoración dentro del total de puntuación y, en especial, los márgenes que se prevén para tarifas y expediciones en relación con el juego de los restantes criterios, conduce a estimar que tales elementos, los más importantes desde el punto de vista de la competencia, no alcanzan el adecuado peso en la puntuación total. En definitiva,de un examen conjunto de los criterios de valoración del pliego resulte una sobrevaloración del elemento calidad en relación con los márgenes que permite la ponderación de tarifas y expediciones, por lo que, en definitiva, los criterios de valoración de las ofertas contenidos en los Pliegos de Condiciones hoy impugnados infringen los objetivos que persigue el Reglamento (CE) nº 1370/2.007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de Octubre de 2 007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, cuyo artículo primero dispone que "las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar 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".

El parecer de esta Sala coincide con el del TSJ de Madrid. Pues lo cierto es que con el sistema de dos tramos establecido en materia de tarifas y expediciones se neutraliza de forma desproporcionada y no justificada el alcance de los factores económicos a la hora de concurrir a la licitación, favoreciendo a las anteriores adjudicatarias de una forma clara, tal y como reconoce el propio TACRC, que es lo que debemos enjuiciar a la hora de ponderar la legalidad de las condiciones establecidas en los pliegos. Restringiéndose la concurrencia sin que la Administración haya aportado una razón que justifique el tratamiento en dos tramos en el cálculo de los factores económicos que es precisamente donde los participantes tienen un mayor margen de maniobra. No siendo argumento, en nuestra opinión, el afirmar que realizando un esfuerzo notable pueda superarse esa situación de desventaja no justificada, pues de lo que se trata es de que los pliegos garanticen condiciones de igualdad en la competición a todos los participantes y el propio TACRC reconoce que, con éste sistema, las adjudicatarias anteriores parten de una situación de ventaja que, insistimos, no estimamos proporcionada.

En consecuencia, en este punto, el recurso debe ser estimado por entender que los criterios de valoración relativos a la tarifa y expediciones no son ajustados a Derecho; sin perjuicio de que la Administración, en uso de su discrecionalidad técnica, fije unos nuevos criterios en los que la ponderación de las tarifas y expediciones



y las fórmulas para su aplicación tengan una adecuada proporción, ajustándose a los términos que hemos razonado.

SÉPTIMO.- Sostiene la recurrente, además, que los pliegos no cumplen con los requisitos establecidos en el art. 1.1 del Reglamento 1370/2007/CE . De la lectura del motivo parece inferirse que lo que el recurrente sostiene es que la Administración sólo puede intervenir en el mercado limitando la concurrencia y estableciendo un prestador único, cuando con ello 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". Aunque la argumentación no es de fácil lectura parece desprenderse de la misma que, en opinión del recurrente, con la normativa que en general regula el transporte en nuestro ordenamiento jurídico ya está suficientemente garantizada la seguridad y la calidad en el servicio, por lo que no está justificada la intervención de la Administración o que, en todo caso, dicha seguridad debe realizarse a través de la normativa general, pues "la seguridad del transporte público, no puede quedar al albur de lo que decidan ofertar los licitadores".

A esta argumento que ahora se reproduce contestó el TACRC que "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". Añadiendo que la finalidad del Reglamento 1370/2007/CE se cumple cuando se establece un sistema que, "en su conjunto, mejore las condiciones que pudieran ser ofertadas por el sector privado, cuando concurran en el caso concreto circunstancias que justifiquen la decisión de hacer público el servicio".

La Sala comparte la opinión del TACRC en este punto. En este sentido debe indicarse que el art. 1 del Reglamento 1370/2007/CE establece que "las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar 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". Por lo tanto, el Reglamento habilita para que las autoridades competentes puedan introducir, en defensa del interés general, factores de ponderación que no resultan del "simple juego del mercado". Y esto es lo que hace en este caso la Administración.

En este sentido, la **STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 3314/2011)** sostiene que la intervención de la Administración es acorde con lo establecido en el Reglamento Europeo, estando justificada por la defensa de "factores como la seguridad o la calidad del transporte", otra cosa es que con ocasión de la defensa de tales intereses generales se "les asigne una valoración" que puede lesionar la "competencia efectiva", pero esta posibilidad, como con acierto razona el TACRC, se corrige mediante la impugnación de las cláusulas contenidas en los pliegos que puedan restringir indebidamente la competencia al favorecer o perjudicar a determinados operadores económicos. Como sostiene la parte codemandada "los aspectos previstos por la prolija normativa son exigibles a todo y cada uno de los licitadores, valorándose en el pliego, medidas y compromisos en materia de seguridad y confort adicionales y más exigente", que en nada contravienen la finalidad de la Directiva.

Por lo tanto, en este punto, el recurso debe ser desestimado.

OCTAVO.- Por último realiza la parte recurrente unas "consideraciones" sobre "los criterios de puntuación de ofertas de estos pliegos respecto a los anteriores y el "injustificado tratamiento privilegiado a favor del anterior concesionario". Lo cierto es que, como razona la Abogacía del Estado, la demanda no es muy clara en este punto, de hecho en el suplico se habla de que, al margen de la revocación de lo acordado por el TACRC en los Fundamentos séptimo y octavo de la resolución recurrida, se dicten los pronunciamientos que "fueren oportunos".

No obstante, dando respuesta a las argumentaciones del recurrente, en primer lugar, la parte pretende indicar como el nuevo sistema supone lo que califica como "ninguneo" de la Administración para eludir el cumplimiento de las sentencias anteriores. Intenta describir como, en su opinión, el nuevo sistema trata de minimizar el impacto que ha supuesto incrementar el juego de los factores económicos hasta 40 puntos. La Sala entiende contestados estos argumentos en la medida en que hemos considerado ilegal el sistema de fijación de tarifas y expediciones en los términos que hemos razonado anteriormente. Asimismo, sostiene, valorando conjuntamente los criterios establecidos en los pliegos que con las modificaciones introducidas que se traduce en que, en la práctica, las tarifas y expediciones se reducen a una posible ventaja de solo 5 puntos, no da un peso suficiente a los factores económicos. Entendiendo la Sala que ya ha contestado a la argumentación. En efecto, conceder un peso de 40 puntos a las tarifas y expediciones resulta razonable; lo que no resulta correcto es el sistema establecido que hace que, realmente, el peso concedido a tales factores sea de 5 puntos.



Por último se insiste en el "tratamiento privilegiado" a favor del anterior concesionario. También hemos dado respuesta a las alegaciones del recurrente en los razonamientos anteriores, entendiendo la Sala que, en efecto, el sistema establecido en relación con las tarifas y expediciones favorece a los anteriores adjudicatarios.

No obstante el recurrente se refiere específicamente al criterio 2.2.3 -condiciones mínimas- y 4.10.3.5. -que concede 4 puntos por las instalaciones fijas- relativo a la valoración de las instalaciones de las empresas licitadoras. En relación con dicha alegación la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)**, sostiene con criterio que comparte esta Sala que "no puede entenderse como circunstancia discriminatoria o restrictiva de la competencia la toma en consideración de las instalaciones que se puedan aportar pues,.....no se puede olvidar que el artículo 73 de la LOTT hace referencia a las instalaciones fijas que, en su caso, resulten necesarias, entre las circunstancias que delimitan el servicio y configuran su prestación, contemplando el artículo 73 del ROTT como objeto de valoración las concreciones que sobre instalaciones realicen los distintos licitadores". Por lo demás, el pliego, como razona el TACRC "no impide el acceso a las instalaciones públicas, sino que valora las mejoras respecto de las exigidas con carácter mínimo". De hecho, lo que se dice en el pliego es que podrán utilizarse instalaciones públicas, siendo posible que los licitadores ofrezcan alternativamente estaciones propias o instalaciones para estos fines, no siendo desproporcionado que por tal circunstancia se concedan 4 puntos.

También se refiere a la excesiva puntuación que se concede a las características técnicas de los vehículos frente al elemento económico. Esta cuestión entiende la Sala que ha ya sido contestada con los argumentos anteriores y, en todo caso, como razona el TACRC Toda posible mejora en la calidad de los vehículos que presten el servicio es positiva para los usuarios".

Asimismo, se sostiene la existencia de una presunta discriminación a favor del anterior concesionario al "permitirle la posibilidad de continuidad de los vehículos de éste". En este punto, el TACRC razona, en nuestra opinión con acierto, que "los vehículos que estaban prestando el servicio cumplen las condiciones establecidas en el pliego, limitando únicamente su antigüedad", siendo posible que el nuevo adjudicatario. "previo acuerdo con el anterior concesionario", acepte la transmisión de dichos vehículos. También la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)**, con criterio que compartimos, razona en este punto que el argumento no puede ser acogido, pues "además de que en el Pliego constan las matrículas, fecha de matriculación, plazas y longitud de los vehículos adscritos a la concesión caducada susceptibles de continuar prestando servicios en la nueva, que en consecuencia se ponen en conocimiento de los licitadores, no se puede olvidar, por una parte, que la aceptación es voluntaria para el nuevo concesionario, y, por otra parte, que el plazo límite de tres años se aplica tanto al nuevo como al anterior concesionario. A lo que debe añadirse que tal previsión no afecta a la valoración de las mejoras técnicas que se presenten por los distintos licitadores, que habrán de proyectarse lógicamente sobre los vehículos que al efecto se propongan, de manera que si ninguno de los ofertados aporta dichas mejoras, ninguna puntuación cabrá al respecto. En definitiva, no se evidencia ni constata una efectiva y concreta desigualdad a favor del anterior concesionario, a lo que cabe añadir que la desigualdad de trato no pueda articularse sobre hipótesis de vicios u obstáculos en la transmisión".

Por último, se refiere a la nulidad de la cláusula contenida en el apartado 4.10.2. Sin embargo esta cláusula fue anulada por la resolución recurrida. Y en este sentido la Sala también comparte el dictamen del TACRC pues la anulación de la citada preferencia "exime de hacer mayores consideraciones sobre su alcance subjetivo". Es decir, si objetivamente la preferencia es ilegal, deviene irrelevante el aspecto subjetivo de la cláusula.

NO VENO.- En resumen, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad recurrente en los términos que se infieren del Fundamento de Derecho séptimo, es decir, entendemos que los criterios de valoración relativos a la tarifa y expediciones no son ajustados a Derecho; sin perjuicio de que la Administración, en uso de su discrecionalidad técnica, fije unos nuevos criterios en los que la ponderación de las tarifas y expediciones y las fórmulas para su aplicación tengan una adecuada proporción, ajustándose a los términos que hemos razonado.

DÉCIMO.- No procede realizar condena en costas - art 139 LJCA -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Rechazar las causas de inadmisión articuladas.

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Noel de Dorremocha Guiot, en nombre y representación de **GLOBALIA AUTOCARES SA** contra contra la Resolución de 5 de abril de 2013 (Rec 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales,



que anulamos en parte por no ser conforme a Derecho, con las consecuencias inherentes a esta declaración y en los términos y con los efectos declarados en el Fundamento de Derecho décimo, sin condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ