



Roj: **STS 4560/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4560**

Id Cendoj: **28079130072014100358**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **31/10/2014**

Nº de Recurso: **3919/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13812/2013,**
STS 4560/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 3919/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la ENTIDAD SOCIBUS, S.A., contra la sentencia de 31 de octubre de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso núm. 602/2011).

Siendo parte recurrida GLOBALIA AUTOCARES,S.A. representada por el Procurador don ANTONIO PUJOL VARELA, y la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"F A L L A M O S : "Que estimando el presente Recurso contencioso-administrativo interpuesto por " Globalia Autocares, S.A." contra la desestimación por silencio administrativo, del Recurso de alzada formulada ante el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento por medio de escrito de fecha 29 de enero del año 2010, contra la Resolución del Director General de Transportes Terrestres de fecha 20 de mayo del año 2010, por la que se anunciaba la convocatoria pública y se aprobaba el Pliego de condiciones que había de regir la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid-Sevilla y Ayamonte (Huelva) AC-CON-73/2010, reseñadas en el Fundamento de Derecho Primero, anulamos las Resoluciones mencionadas, por no ser conformes a Derecho, así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de ellas, en los términos y con el alcance que se declara en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, todo ello sin costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de SOCIBUS ,S.A. se promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 21 de enero de 2014, en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba suplicando se casara la sentencia y se anulara dictando otra que desestimara el recurso contencioso- administrativo.

CUARTO.- El Abogado del Estado presento escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 19 de marzo de 2014 en el que se abstiene de formular oposición.



QUINTO.- GLOBALIA AUTOCARES,S.A. representada por el Procurador don ANTONIO PUJOL VARELA, formalizó su oposición por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 4 de abril de 2014 en el que tras alegar los motivos que tuvo por conveniente terminó suplicando la desestimación del recurso.

SEXTO.- Conclucas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 29 de octubre de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Díaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la ley jurisdiccional, consiste en la supuesta infracción del artículo 37.4 de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.

Sostiene a este respecto la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo que:

".- La codemandada Socibus S.A., al contestar la demanda plantea la inadmisión del Recurso por extemporaneidad en su interposición, señalando que el artículo 310 de la LCSP establece un recurso especial potestativo en materia de contratación contra los Pliegos reguladores de la licitación, debiendo interponerse en el plazo de 15 días hábiles desde la publicación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sin que se admita la posibilidad de otros recursos administrativos.

...De los documentos obrantes en el expediente administrativo se aprecia que la Resolución del Director General de Transporte Terrestre de 20 de mayo del año 2010, de convocatoria de licitación pública y aprobación del pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid-Sevilla y Ayamonte (Huelva) AC-CON-73/2010, fue publicada en el BOE de fecha 29 de mayo del 2010, y en él se hace constar expresamente que "contra esta Resolución podrá interponerse recurso de alzada ante el Secretario General de Transporte en el plazo de 1 mes contado a partir del día siguiente al de esta publicación".

En cumplimiento de lo anterior, Globalia Autocares SA, con fecha 24 de junio del año 2010 interpuso el correspondiente Recurso de alzada.

Sin necesidad de entrar a analizar las alegaciones de la codemandada, es evidente, que si la Administración contratante dio pie de Recurso de alzada contra los Pliegos de condiciones, el recurrente se atuvo a lo indicado, por lo que no puede pretenderse ahora se declare la inadmisión del presente recurso con fundamento en que el recurso en vía administrativa que debió interponer la actora era el recurso especial potestativo ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o haber acudido directamente a la vía contenciosa administrativa, puesto que el error, de existir, es única y exclusivamente imputable al órgano de contratación. A lo expuesto debe añadirse que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, por lo que, en todo caso, la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento debió, en su caso, remitir el recurso al órgano competente para su resolución.

En consecuencia procede desestimar dicha causa de inadmisión ya que el Recurso de alzada fue interpuesto en plazo.

Esta Sala comparte los argumentos de la sentencia recurrida, sin que la recurrente pueda alegar indefensión, pues conocía perfectamente la publicación que ofrecía el recurso de alzada, y en cualquier caso, es evidente que el plazo para interponer recursos comienza desde la notificación correcta, pudiendo el interesado darse por notificado cuando se produce ésta, y no cuando se realiza en forma errónea. En consecuencia el motivo ha de ser desestimado. Por lo demás esta Sala se ha pronunciado ya en el mismo sentido en la sentencia de 24 de septiembre del presente año, recaída en el recurso número 2337/2013 .

SEGUNDO.- Como segundo motivo de casación alega la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88,1, d) de la ley jurisdiccional, la infracción del ordenamiento jurídico y en concreto del Reglamento del Parlamento europeo 1370/2007 del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera, por infracción de lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, artículo 73.3 de su Reglamento y el Reglamento CE nº 1370/2007.

La sentencia recurrida, en su fundamento jurídico tercero sostiene lo siguiente:

"Tercero.- Entrando en el examen de las cuestiones de fondo planteadas, con carácter previo se ha de poner de relieve que esta Sala y Sección, tal y como afirma la actora, se ha pronunciado ya sobre las mismas, entre



otras en Sentencias números 150,152, 154 y 158 de 21, 22 y 23 de febrero del año 2011 , e igualmente en Sentencia de 30 de mayo del año 2013 (Recurso 1211/2011), resolviendo Recursos entre las mismas partes procesales, si bien, referidos a otras concesiones del servicio público de transporte por carretera, y cuyas partes dispositivas acordaban " estimar en parte el recurso interpuesto por Globalia, S.A., anulando los Pliegos de Condiciones y los actos de ejecución de los mismos, al derivar de los mismos el establecimiento de criterios de valoración que impiden la real y efectividad operativa de la libre competencia empresarial en orden a la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera, sin que corresponda a este Tribunal fijar otros criterios valorativos, cuya competencia, en uso de uso discrecionalidad técnica, corresponde a la Administración con observancia de lo hoy declarado jurisdiccionalmente, esto es, la mayor valoración de los conceptos sobre "tarifas" y "expediciones" en relación con el resto; la inclusión, en orden a la valoración del "compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario", de los supuestos de subrogación con expresa información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación; y, finalmente, la manifestación de que la preferencia de la oferta del anterior concesionario, en caso de valoración global similar a la mejor del resto de las ofertas presentadas, solo será aplicable, a efectos de considerar que la prestación del servicio por el anterior concesionario se ha realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de la finalización del plazo concesional, ni en éste por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando estas últimas no alcancen el número de tres " .

Asimismo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de enero de 2013 (recursos de casación números 2460/2011 y 3314/2011) y 5 de Abril de 2013 (recursos de casación números 2459/2011 y 2461/2011), se ha pronunciado ya en los recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado contra aquellas Sentencias, para desestimarlos.

Consecuentemente, con carácter prioritario, habrá de estarse a lo en ellas acordado por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma.

Dicho lo anterior, en primer término, alega la actora que la regulación de la preferencia contenida en el punto 4.10.2 del Pliego a favor del concesionario saliente infringe el artículo 74.2 de la LOTT, 73.3 del ROTT y el Reglamento CE 1370/2007, al impedir la competencia y suponer un tratamiento discriminatorio, injustificado y desproporcionado.

Asimismo plantea la incompatibilidad de artículo 74.2 de la LOTT y 73.3 del ROTT con el Reglamento CE 1370/2007, afirmando que la preferencia tanto en su concepto (artículo 74.2 de la LOTT) como en su actual formulación cuantitativa de 5 puntos sobre 100 (artículo 73.3 del ROTT) es incompatible con dicho Reglamento de la CE 1370/2007, que obliga a una licitación " equitativa, transparente y no discriminatoria".

La cláusula 4.10.2 del Pliego dispone lo siguiente: " En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación, individualmente o en agrupación de empresarios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 73.3 del Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres " .

Por su parte, el artículo 74.2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres (LOTT) establece que " en el supuesto de que la oferta, que en su caso hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera similar valoración que otra u otras de las presentadas, deberá tener preferencia sobre las mismas, siempre que la prestación de servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, en los términos que reglamentariamente se determinen", y el artículo 73.3 del Reglamento mencionado dice que " en el supuesto de que la oferta que, en su caso, hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera una valoración global similar a la mejor o mejores del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas. Se entenderá a los efectos previstos en el párrafo anterior, que el servicio se ha prestado en condiciones adecuadas cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de la finalización del plazo concesional ni en éste por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando estas últimas no alcancen el número de tres. Se entenderá que se produce la similitud de ofertas a que se refiere el párrafo anterior cuando existiendo valoración cuantitativa, la oferta del anterior concesionario mereciera una valoración que no difiera de la mejor de las restantes en más del 5 por 100 de la puntuación máxima posible".

De la normativa expuesta se deduce que la LOTT se limita a declarar la preferencia como forma de dirimir los empates, en caso de similitud de las ofertas, remitiéndose a la norma reglamentaria para fijar los términos en que procede su aplicación, siendo el ROTT el que concreta los términos en que ha de entenderse que el servicio



se presta de forma adecuada y la similitud de ofertas, estableciendo que existe esta "similitud de ofertas" incluso para aquellos supuestos en que la puntuación del antiguo concesionario sea inferior hasta en un 5% a la del licitador que haya obtenido mejor puntuación.

Respecto a la preferencia a favor del antiguo licitador, el Reglamento 1370/2007, de 23 de Octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, no contiene pronunciamiento directo alguno, limitándose a señalar que el procedimiento estará abierto a cualquier licitador, será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación. Principios similares a los que menciona el artículo 1 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, al decir que "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos". De forma similar se pronunciaban ya el artículo 1 de la LCSP y el artículo 11.1 del TRLCAP (derogado por la Ley 30/2007) al establecer que "los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley, y en todo caso, a los de igualdad y no discriminación". El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 24 de Septiembre de 2.008 tiene declarado que "la consecución de que imperen en la contratación de las Administraciones Públicas esos cuatro principios que enumera el precepto se erige en la garantía esencial para que la obtención del interés público que constituye la esencia de este tipo de contratos quede indemne, y de ese modo las Administraciones Públicas contraten con todas las garantías que les son exigibles". De forma similar, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de Septiembre de 2.000 afirma "que el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos".

Dicho lo anterior, la Sala entiende que, con carácter general, no puede decirse que la preferencia a favor del anterior concesionario que haya prestado el servicio en condiciones adecuadas, en caso de similitud de ofertas, infrinja el principio de igualdad de los licitadores, ya que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina jurisprudencial pacífica y constante, si bien proscriben el tratamiento desigual de situaciones idénticas, no obstante se admite dicha desigualdad de trato o consecuencia jurídica siempre que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentarla y siempre que no sea desproporcionada. Por tanto, puede entenderse que existe una justificación objetiva y razonable de que, en caso de similitud de ofertas, el concesionario que haya prestado el servicio de forma idónea y adecuada, tengan preferencia para ser adjudicatario de la licitación y siempre que la preferencia otorgada no sea desproporcionada respecto al resto de los licitadores, ni constituya una barrera para la libre competencia. En dicho sentido, el TS en las sentencias antes mencionadas de 25 de enero y 5 de abril de 2013 señala que el juego de la preferencia del anterior concesionario no puede ser determinante para la adjudicación. Por tanto, para que el derecho de preferencia respete el principio de igualdad de trato de los licitadores ha de interpretarse restrictivamente, sin que quepa interpretaciones extensivas o analógicas, y no ser determinante para la adjudicación de la licitación, lo que implica que las ofertas han de ser similares, sin que se pueda beneficiar en los extremos referentes a la valoración de un licitador por el mero hecho de que hubiera sido el anterior contratista. Es decir, la preferencia solo puede utilizarse como fórmula para dirimir los empates en la valoración obtenida por los licitadores, pero sin que sea posible beneficiar al anterior concesionario en el caso de que la valoración por él obtenida sea menor, ya que ello infringiría el principio de igualdad de trato de los licitadores.

La preferencia recogida en la cláusula 4.10.2 del Pliego recoge no solo el caso de similitud de las ofertas, sino que beneficia al anterior concesionario, incluso cuando su oferta merezca una valoración menor de hasta un 5% de la puntuación máxima posible. Dicha preferencia en los términos expuestos es contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores consagrado en la normativa sobre los contratos administrativos antes mencionada y en el Reglamento 1370/2007, de 23 de Octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Por otra parte y como ya hemos visto, la cláusula 4.10.2 del Pliego dispone: "En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación, individualmente o en agrupación de empresarios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 73.3 del ROTT". Dicha cláusula, además, supone una ampliación del ámbito subjetivo de las personas que gozan de dicha preferencia, lo que conlleva por este motivo, también, su anulación.

En efecto, el derecho de preferencia que se contiene en la normativa reguladora de la materia se establece, única y exclusivamente, a favor del "antiguo concesionario", que es una persona física y jurídica determinada con base en que el servicio que ha prestado durante el tiempo de la concesión lo ha sido adecuadamente. Y es evidente que si el antiguo concesionario interviene en la licitación en agrupación de otros empresarios no se puede aplicar el referido derecho preferente, por no atenerse a los requisitos legales (ya que la agrupación de empresarios, no sería ni el antiguo concesionario (aún cuando éste forme parte de ella) sino de una persona



jurídica diferente ni, por tanto, dicha agrupación ha prestado el servicio de forma adecuada durante la vigencia de la antigua concesión).

Por tanto procede estimar en este punto la demanda y anular el apartado 4.10.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares impugnado en el presente Recurso contencioso-administrativo".

Como sostiene la sentencia de 24 de septiembre del presente año, recaída en el recurso número 2337/2013 , en su fundamento jurídico cuarto: " Para resolver el segundo motivo lo primero que debe subrayarse es que los reglamentos comunitarios tienen, desde su entrada en vigor, un alcance general siendo obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Tal como se colige del art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , publicado en el DOCE de 30 de marzo de 2010, siguiendo lo manifestado en el art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, no es preciso medida legislativa o reglamentaria alguna para su transposición.

Sobre la entrada en vigor de un Reglamento debe atenderse a lo establecido en el mismo.

Así si el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre, en su art. 12 dice que entrará en vigor el 3 de diciembre de 2009 a dicho precepto debemos estar.

Cuestión distinta es que no sea de aplicación la obligación de acudir a procedimientos equitativos de adjudicación hasta el 3 de diciembre de 2019, sin perjuicio de que los Estados miembros de la Unión Europea deban ir imponiendo progresivamente esta regla antes de la citada fecha.

Dado que nuestro sistema de contratación publica desde la transposición de las Directivas al respecto, plasmadas en las sucesivas leyes de contratación, respetan las reglas de publicidad, transparencia y libre concurrencia tal dilación carece de especial relevancia.

En la Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que " este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la **experiencia** supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la **experiencia** está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la **experiencia** no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la **experiencia** en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la **experiencia** de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la **experiencia** hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una **experiencia** mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado .

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto **experiencia** (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003 ; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003)."

Tras la doctrina vertida resulta patente que el motivo no puede prosperar.

Resulta certera la interpretación de la Sala de instancia acerca de que la preferencia recogida en la cláusula cuestionada del Pliego es contraria al principio de igualdad de trato que ha de regir en la contratación pública".

Por estas razones de la sentencia recurrida que la Sala acepta procede desestimar el motivo.

TERCERO.- En cuanto al motivo tercero sostiene la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional que la sentencia vulnera el artículo 73.4 del ROTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990. Recordemos que dicho precepto dispone lo siguiente: ". En cualquier caso, deberán desestimarse las ofertas que establezcan condiciones económicas o de prestación del servicio temerarias, pudiendo a tal efecto el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones establecer reglas objetivas para medir dicha temeridad. Asimismo, se desestimarán las ofertas que establezcan condiciones técnicamente inadecuadas o que, con los medios materiales y de personal propuestos, objetivamente no puedan garantizar en la forma debida la prestación del servicio en las condiciones exigidas u ofertadas, y la continuidad del mismo".

La recurrente sostiene que uno de los argumentos de la sentencia es que la valoración de las tarifas, prevista en la cláusula 4.10.3 del Pliego, 15 puntos máximo, sobre un total de 100 es muy pequeña y lo mismo sostiene la sentencia en cuanto a los puntos atribuidos al incremento de expediciones, 8 como máximo, al entender que la Administración ha puesto un tope, a partir del cual no se incrementa la puntuación.

Recuerda la sentencia recurrida que:

"Dichos Pliegos, como pone de manifiesto el recurrente, son análogos, por no decir idénticos (en algún texto difiere pero no en el fondo) a los ya resueltos por este Tribunal y declarados nulos en dichos apartados por lo que la conclusión en este recurso ha de ser la misma. En efecto, esta Sala, en sus sentencias números 150, 152, 154, 158 y 160, de 21, 22 y 23 de febrero del año 2011 y 30 de mayo del año 2013, ha llegado a la conclusión de que " el peso de la valoración de las tarifas que el Pliego establece (15 puntos sobre 100), en el total de la valoración es muy pequeño, especialmente si lo relacionamos con otros conceptos, como el referente a las mejoras en las características y seguridad en los vehículos (26 puntos máximo), o el compromiso de mantener o absorber, en su caso, en el momento del inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión a la que sustituye (15 puntos).

Por otro lado, y esto quizás es más importante, a partir de un determinado límite, no serán puntuables las bajas inferiores a 0,036013 euros/viajero. km, dado que todas aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a 0,036013 euros/viajero.km se puntuarán con un máximo de 15 puntos.

Y lo mismo es predicable respecto a la cláusula 4.10.3.2 del Pliego referente a las expediciones, que las valora con un máximo de 8 puntos sobre 100, lo que también acredita la poca importancia que la Administración le otorga en relación con otros conceptos de valoración de las ofertas, y no se puntúan, tampoco, las mejoras en expediciones que superen el 5% adicional respecto de las actualmente establecidas, ya que la citada cláusula dispone que se valorarán hasta un máximo de 8 puntos aquellas ofertas que propongan un incremento igual o superior al 5% de 5.880.138 (que es el número de vehículo.km correspondiente a todas las expediciones ordinarias ofertadas), concluyendo que el Pliego de Condiciones viene a eliminar la competencia efectiva en dos conceptos esenciales como son las tarifas y las expediciones, en los que precisamente las empresas pueden competir entre sí con mayor margen de maniobra, por cuanto que con relación al resto de los conceptos de valoración (seguridad y confort de los vehículos, su eficiencia energética y de defensa del medio ambiente, antigüedad de los vehículos, medidas de mejora de las condiciones de trabajo del personal de la conducción, accesibilidad de personas de movilidad reducida, instalaciones, medidas de atención al público y de comercialización, etc.), existe una práctica igualdad entre las empresas del sector, de manera que el sistema de puntuación establecido deja un escaso margen a la concurrencia de una competencia real, facilitando en gran medida que la adjudicación haya de resolverse a favor del anterior concesionario por la aplicación, en definitiva de lo establecido en el artículo 73.3 del ROTT. Ha de apreciarse como consecuencia de lo hasta ahora razonado, que 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 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 de mercado hubieran permitido prestar ".

Dichas Sentencias han sido confirmadas, como ya hemos dicho por el Tribunal Supremo, en Sentencias de 25 de enero y 5 de abril del 2013, afirmando que " la sentencia no infringe el artículo 73 del RD 1211/1990 ni el Reglamento europeo 1370/2007. No puede atribuírsele el propósito de que se desconozcan factores como la seguridad o la calidad del transporte, ni de los demás que contempla el pliego en concordancia con los que toma



en consideración el Reglamento europeo. Busca, por el contrario que se les asigne una valoración que evite el efecto puesto de manifiesto por la demanda y apreciado por la sentencia. A lo que mira esta última es a que el conjunto de las puntuaciones esté articulado de tal manera que permita la competencia efectiva y no supone una vulneración del artículo 73 concluir que el peso de los aspectos económicos debe ser superior al que le da el pliego, porque en ese ámbito las empresas pueden tener mayores posibilidades de establecer diferencias y así competir sin incurrir en temeridad. El juicio de la Sentencia no puede descalificarse presentándolo como una mera opinión de la Sala de Madrid para así atribuirle una connotación subjetiva y, por tanto, discutible, en contraposición a la objetividad que derivaría necesariamente de la discrecionalidad técnica de la Administración. La sentencia razona, argumenta su conclusión y tiene a su disposición el parecer de la Comisión nacional de la Competencia en el que hay otros elementos que apoyan la solución alcanzada. Precisamente, por respetar ese ámbito de discrecionalidad del que debe disponer la Administración, es prudente en su pronunciamiento y le deja el establecimiento de una forma de valoración de los conceptos señalados por el artículo 73 y de aquellos cuya relevancia lo exija que permita elegir la oferta mas ventajosa para los intereses públicos sin que el juego de factores como la preferencia de anterior concesionario y del cumplimiento de una obligación legal sean determinantes. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado " .

En el mismo sentido desestimatorio se ha pronunciado la reciente sentencia de 29 de septiembre de 2014 , que por seguridad jurídica y unidad de doctrina hemos de seguir. El motivo en consecuencia ha de ser desestimado.

CUARTO.- En cuanto al cuarto motivo, no es sino reiteración del anterior. Se alega que la sentencia ha vulnerado el artículo 95, al infringir las normas reguladoras de la misma. Sin embargo no concreta la supuesta vulneración de la carga de la prueba prevista en el artículo 217 de la LEC , sino que se limita a sostener nuevamente que la sentencia sustituye los criterios, que dice amparados en la discrecionalidad técnica para la adjudicación de los contratos, por los suyos propios. Al contrario, lo que hace la sentencia es un análisis razonable de los criterios de adjudicación buscando que la falta de proporción entre los mismos no implique en definitiva un obstáculo para el ejercicio de la libre concurrencia de los contratistas. El Motivo ha de ser igualmente desestimado.

QUINTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la LJCA de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros, sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

FALLAMOS

1.- No ha lugar al recurso de casación que con el número 3919/2013, interpuesto por la ENTIDAD SOCIBUS, S.A., contra la sentencia de 31 de octubre de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso núm. 602/2011).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.