

Roj: **STS 1475/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1475**Id Cendoj: **28079130072015100090**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **16/03/2015**Nº de Recurso: **1009/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 1009/2014, interpuesto por las sociedades R.J. AUTOCARES, S.L., AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L. y CLASSIC BUS, S.L., representadas por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, contra la sentencia nº 108, dictada el 12 de febrero de 2014 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso nº 1905/2011, sobre resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 27 de julio del 2011 que anunció la convocatoria de licitación pública y aprobó el **pliego** de condiciones que había de regir la adjudicación de las concesión de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao y Castro Urdiales (AC-CON- 83/2011).

Se han personado, como recurridas, de una parte, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado, de otra, la mercantil GLOBALIA AUTOCARES, S.A., representada por el procurador don Antonio Pujol Varela, y, de otra, la sociedad ENCARTACIONES, S.A., representada por la procuradora doña Isabel Soberón García de Enterría.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso nº 1905/2011, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 12 de febrero de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

*Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo nº 1905/2011 formulado por el Procurador D. Antonio Pujol Varela, en nombre y representación de "GLOBALIA AUTOCARES, S.A.", anulamos las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta Sentencia [resolución de 23 de marzo de 2012, del recurso de reposición deducido contra la resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 27 de julio de 2011 sobre anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación del **Pliego** de condiciones que han de regir para la adjudicación de la concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria) AC-CON- 83/2011], así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de las mismas, en los términos y con los efectos declarados en su fundamento jurídico noveno, sin pronunciamiento acerca de las costas procesales".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia anunciaron recurso de casación las sociedades R.J. AUTOCARES, S.L., AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L. y CLASSIC BUS, S.L., que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 12 de marzo de 2014, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.



**TERCERO.-** Por escrito presentado el 14 de abril de 2014, la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en representación de las sociedades R.J. AUTOCARES, S.L., AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L. y CLASSIC BUS, S.L., interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que,

*"estimándolo, case la sentencia recurrida, dictándose nuevo fallo por el que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia".*

Por Segundo Otrosí, dijo que no solicita la celebración de vista. Y, por Tercero, que la cuantía del recurso es indeterminada, "según resulta de lo señalado por la Sala de instancia por virtud de lo decretado por la Secretaria Judicial con fecha 2 de julio de 2012, por lo que no nos encontramos ante el supuesto exceptuado en el apartado 2.b) del artículo 86 de la LJCA".

**CUARTO.-** Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 12 de junio de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizaran su oposición.

**QUINTO.-** Evacuando el traslado conferido, el procurador don Antonio Pujol Varela, en representación de GLOBALIA AUTOCARES, S.A., se opuso al recurso por escrito registrado el 21 de julio de 2014 en el que pidió a la Sala que dicte sentencia por la que,

*"desestimando íntegramente el recurso con costas a instancias del recurrente, la Sentencia nº 108 de la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de febrero de 2014, sea declarada acorde a derecho y ratificada en todos sus términos".*

Por su parte, el Abogado del Estado, en su escrito de oposición, presentado el 11 de julio de 2014, manifestó que "se abstiene de formular oposición".

No consta en el procedimiento que haya presentado oposición la sociedad ENCARTACIONES, S.A.

**SEXTO.-** Mediante providencia de 22 de octubre de 2014 se señaló para la votación y fallo el día 11 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** GLOBALIA AUTOCARES, S.A. (GLOBALIA) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 27 de julio de 2011 que anunció la convocatoria de licitación pública y aprobó el **pliego** de condiciones que había de regir la adjudicación de la concesión de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao y Castro Urdiales (AC-CON- 83/2011).

En su demanda sostuvo que (i) la cláusula 4.10.2 del **pliego** no respetaba el artículo 74.2 de la Ley 16/1987, de 27 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, ni el artículo 73.3 de su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, ni tampoco el Reglamento CE/1370/2007 por la ventaja de 5 puntos que confería al anterior concesionario en el caso de que concurriera a la licitación con la sola exigencia de que su oferta fuera similar a la del siguiente competidor; (ii) la puntuación prevista para las ofertas por el concepto de tarifas y expediciones, aunque superior a la prevista en los **pliegos** anteriores, seguía sin ser suficiente para permitir una verdadera competencia debido a la distribución del resto de los puntos, con lo que se seguían desconociendo las exigencias del Reglamento de la Unión Europea e incurriendo en los defectos denunciados por la Comisión Nacional de la Competencia; (iii) la cláusula 2.1.5, aunque no prevea la atribución de puntos por este concepto, impone indebidamente la obligación del contratista de subrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario; y que (iv) en su conjunto la distribución de la puntuación discriminaba negativamente a los demás licitadores por el trato más favorable dado al anterior concesionario del servicio, discutiendo asimismo, la valoración de las instalaciones fijas de las empresas licitadoras y la previsión de la transmisión de material móvil y la información puesta a disposición de los licitadores por la Dirección General de Transportes Terrestres.

Por esas razones, pidió que se declarara nula la resolución impugnada y el **pliego** lesivo para la libre competencia así como la nulidad de los actos llevados a cabo en virtud de los mismos.

La sentencia ahora recurrida rechazó la causa de inadmisión opuesta por el Abogado del Estado pues, si bien faltaba inicialmente el acuerdo de recurrir adoptado por el órgano societario competente, por lo que no se había dado cumplimiento al artículo 45.2 de la Ley de la Jurisdicción, sin embargo, durante la tramitación del recurso GLOBALIA subsanó ese defecto.



Sobre las cuestiones de fondo, la Sala de Madrid observó que ya se había pronunciado anteriormente en sus sentencias nº 150, 152, 154 y 158 de los días 21, 22 y 23 de febrero de 2011, en recursos interpuestos por GLOBALIA relativos a otras concesiones de servicio público de transporte por carretera y a otros **pliegos** estrictamente coincidentes con los del caso. Y que falló estimando en parte las pretensiones de la actora porque los criterios de valoración establecidos entonces impedían la real y efectiva competencia empresarial. En particular, se referían a la escasa puntuación asignada a las tarifas y expediciones, a la atribución de puntos por el compromiso de absorber al personal del anterior concesionario y a la preferencia dada a éste en el supuesto de que su oferta fuera similar a la mejor del resto de licitadores. Destaca, igualmente, la sentencia que esas otras fueron confirmadas en casación por las nuestras de 25 de enero (casación 2460 y 3314/2011) y de 5 de abril (casación 2459 y 2461/2011) de 2013. En fin, deja constancia de que la Sección Tercera de la Sala de Madrid ha dictado sentencias los días 30 de mayo (recurso 1211/2011) y 16 y 31 de octubre de 2013 sobre otros anuncios de licitación de concesiones semejantes a la de autos y que en ellas ha estimado parcialmente los recursos de GLOBALIA y anulado las cláusulas 4.10.2 (por la preferencia que da al anterior concesionario), 4.10.3.9 (por asignar 15 puntos por la subrogación obligatoria), 4.10.3.1 (insuficiente puntuación de las tarifas) y 4.10.3.2 (insuficiente puntuación de las expediciones).

A partir de aquí, razona la estimación parcial de este recurso contencioso-administrativo que le lleva a anular las cláusulas 4.10.2 (preferencia del anterior concesionario), 2.1.5 (obligación de subrogación) y 4.10.3 (insuficiente puntuación de las tarifas y expediciones). Anulación que extiende a los ulteriores actos que traigan causa de su aplicación.

Esas razones son las siguientes. Sobre la *preferencia --traducida en la asignación de 5 puntos-- dada al anterior concesionario* cuando su oferta y la mejor valorada no difieran en más del 5% de la puntuación máxima posible, la sentencia trae a colación lo dicho por las de 30 de mayo, 16 y 31 de octubre de 2013 de la Sala de Madrid y afirma su nulidad en la medida en que esa preferencia vaya más allá de dirimir los empates a puntos, rechazando expresamente que pueda beneficiar al concesionario precedente cuando su oferta haya recibido menos puntos. A propósito de la *insuficiente valoración de las tarifas y expediciones*, se refiere a las sentencias de la Sala de Madrid de 21, 22 y 23 de enero de 2011 y a las nuestras del 25 de enero y del 5 de abril de 2013 que las confirman y, aún reconociendo que los **pliegos** no son idénticos en aquellos casos y en este, después de reproducir los fundamentos de estas últimas, concluye que, pese a recibir ahora más puntos (40: 25 por tarifas y 15 por expediciones, frente a 15 y 8, respectivamente), estos conceptos siguen estando infravalorados frente a los correspondientes a las características técnicas, vista la distribución que se ha hecho del resto de los puntos. Es decir, estima que el margen que cabe obtener mediante los factores económicos es insuficiente frente al atribuido a los de carácter técnico y medioambiental (31 puntos) a los que se añaden 9,5 puntos más por otras medidas que favorezcan la explotación del servicio, respecto de cuya valoración, además, el **pliego** se manifiesta en términos de gran indeterminación. Por último, considera la sentencia, apoyándose en la anterior de la Sala de Madrid de 30 de mayo de 2013, improcedente que el **pliego** imponga al contratista la *obligación desubrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario*.

**SEGUNDO.**- Los motivos de casación interpuestos por los recurrentes son tres y se acogen al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción. Consiste cada uno en lo que, a continuación, resumimos.

(1º) Para R.J. AUTOCARES, S.L., AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L. y CLASSIC BUS, S.L. la sentencia infringe los artículos 73 y 74 de la Ley 16/1987 y 150 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, y, además, no se ajusta a nuestras sentencias de 25 de enero y 5 de abril de 2013. Explica el escrito de interposición que el **pliego** ha aumentado el 60% y el 53,3% la puntuación de las tarifas y de las expediciones, respectivamente, y que la suma total de ambos conceptos supone ahora el 40% del total. De ahí, subraya, que no pueda compartirse el juicio de la Sala de instancia de que el **pliego** no es coherente con los razonamientos de nuestras sentencias. De ellas resulta, continúa el motivo, que se debía incrementar el peso de esos conceptos y así se ha hecho por el **pliego** impugnado. Mantener la sentencia recurrida, nos dicen, supone vulnerar y dejar sin efecto el artículo 73.3 de la Ley 16/1987, por privar a los factores que contempla (medioambientales, de eficiencia energética, de accesibilidad de personas de movilidad reducida y de fomento del empleo) de la debida valoración. Además, añaden, la sentencia, al pronunciarse en los términos en que lo ha hecho está sustituyendo a la Administración y, en todo caso, no explica de manera suficiente por qué no es bastante la puntuación prevista para los referidos conceptos de tarifas y expediciones. Entienden, también, que ha infringido el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011 porque este obliga a que los criterios de valoración estén directamente vinculados al objeto del contrato y para los recurrentes la que da el **pliego** a las tarifas y expediciones es correcta y proporcionalmente vinculada al objeto del contrato así como fijada con la debida amplitud. Por último, nos indican que la sentencia no enuncia como vulnerado ningún precepto legal ni reglamentario.



(2º) Sostienen igualmente los recurrentes en casación que la sentencia de instancia se aparta de la jurisprudencia aplicable sobre la subrogación de trabajadores. Recuerdan que, según ha dicho la Sala, no puede ser un factor para atribuir puntos y que únicamente cuando lo prevea el convenio colectivo será procedente que el **pliego** contemple como exigencia esa subrogación. Y reprochan a la sentencia que siga los razonamientos que se hicieron sobre la ilegalidad de anteriores **pliegos** que, a diferencia de éste, sí asignaban puntos por el compromiso de subrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario. Y, asimismo, le reprochan no haber indagado si el convenio colectivo vigente contempla o no esa exigencia. Además, nos dicen que el artículo 61 del Convenio Colectivo Laboral acordado entre las representaciones de empresas y trabajadores de los transportes de servicios regulares y discrecionales de viajeros de Vizcaya para 2011 y 2012, que entró en vigor el 1 de enero de 2011 contempla "el derecho de subrogación", de manera que el **pliego** se ajusta a Derecho.

(3º) El tercer y último motivo de casación sostiene que la sentencia se ha excedido competencialmente ya que supone la derogación de los artículos 74.2 de la Ley 16/1987 y 73.3 de su reglamento. Señalan los recurrentes que es este precepto reglamentario el que contiene la fórmula controvertida sobre la preferencia del anterior concesionario y no ha sido impugnado, como tampoco se ha cuestionado el artículo 74.2 de la Ley, y que el Reglamento UE/1370/2007 en que también se apoya la sentencia no era aplicable porque no entrará en vigor hasta el 3 de diciembre de 2019. Por eso, limitándose el **pliego** a recoger lo establecido por las previsiones legales, sostienen los ahora actores que no cabe declarar su nulidad sin haber combatido las determinaciones de la ley y del reglamento.

**TERCERO** .- El Abogado del Estado se ha limitado a decirnos que no se opone al recurso de casación y la recurrida ENCARTACIONES, S.A. no ha formulado escrito de oposición.

Solamente GLOBALIA se ha opuesto a estos motivos.

Antes, no obstante, expone cuáles han sido los antecedentes de este litigio y, en particular, recuerda las diez sentencias dictadas antes que la ahora cuestionada por la Sala de Madrid y que las cinco primeras han sido confirmadas por las nuestras. Nos dice que la Dirección General de Transportes ha introducido diversas modificaciones en los **pliegos** y que el impugnado en la instancia supone una versión examinada por primera vez en este proceso. Observa que, al igual que lo que sucedió en las cuatro sentencias precedentes de la Sala de Madrid, el Abogado del Estado no la ha recurrido y que, posteriormente, la Administración ha procedido a modificar una vez más el **pliego** que ahora ya, dice GLOBALIA, no incurre en las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a los precedentes, conducentes a que siempre obtuviera la adjudicación el anterior concesionario. Asimismo, se queja de que no se hayan ejecutado los fallos estimatorios que ha obtenido hasta ahora.

Tras este preámbulo, opone a cada uno de estos motivos cuanto sigue.

(1º) Indica que se vale de una redacción del artículo 73.3 de la Ley 16/1987 que no estaba en vigor en el momento en que se aprueba el **pliego**, pues ganó vigencia en julio de 2013, o sea dos años después. Y, si bien reconoce que el **pliego** incrementa el peso de las tarifas y expediciones, ese aumento --aclara-- no es real. Los 10 puntos que se dan de más a las tarifas (ahora 25, antes 15) quedan reducidos en la práctica a 3 porque se asignan 22 puntos a las ofertas que igualen la del anterior concesionario, cosa que *de facto* hacen todas. Con las expediciones, sigue diciendo, sucede lo mismo: ahora pueden suponer 15 frente a los 8 anteriores, pero en la práctica son únicamente 2 porque las ofertas que igualen en este punto --de nuevo todas *de facto* -- a la del anterior concesionario reciben 13 puntos. El margen para establecer diferencias en estos factores es de 5 puntos, por tanto. Sin embargo, entre los elementos que el artículo 73.3 del reglamento, siguiendo al artículo 74.1 de la Ley 16/1987, impone valorar especialmente figuran las tarifas y expediciones. Desde estos presupuestos considera correcta la ponderación efectuada por la sentencia. De igual modo, rechaza que infrinja el Reglamento CE/1370/2007, pues parte de la legalidad de la actuación administrativa.

(2º) GLOBALIA señala que la versión del **pliego** que se ha utilizado en esta ocasión exige en todos los casos, con independencia de que haya o no convenio colectivo, la subrogación del nuevo concesionario en las relaciones laborales del anterior. Por otro lado, indica que la contestación a la demanda de los ahora recurrentes no hizo referencia a la existencia de ningún convenio. Asimismo, informa que el vigente entre 2008 y 2010 no contenía previsión alguna sobre la subrogación y que cuando se dicta la resolución recurrida y durante todo 2011 estaba en vigor todavía el de 2008, pues no se había pactado aún el nuevo. También apunta que la adjudicataria no se ha subrogado en las relaciones laborales con ninguna de las personas a que se refiere el Anexo V del **pliego**.

(3º) La desestimación del tercer motivo resulta, dice GLOBALIA, de la directa aplicación del Reglamento CE/1370/2007 con cuyo artículo 5.3 es incompatible la atribución de 5 puntos al anterior concesionario en los términos en que la prevé el **pliego**.





**CUARTO.-** Efectivamente, hemos tenido la ocasión de pronunciarnos en varias ocasiones sobre las condiciones en que por parte de la Administración se ha anunciado la licitación de concesiones como la que es objeto de este litigio, siempre en el marco de recursos de casación del Abogado del Estado, inicialmente, y de las empresas adjudicatarias interpuestos contra sentencias de la Sala de Madrid que acogieron en parte las pretensiones de GLOBALIA. Las últimas sentencias que hemos dictado al respecto son las 11 de marzo (casación 572/2014 ) y 2 de febrero de 2015 (casación 3365/2011 ). Ahora bien, la primera de estas dos afronta cuestiones diferentes a las que se han examinado con anterioridad y que, bajo perspectivas en parte distintas, vuelven a plantearse ahora. La segunda, la de 2 de febrero de 2015 relaciona todas las anteriores y aplica los criterios que hemos venido siguiendo que no son sino los observados por la Sección Tercera de la Sala de Madrid.

Ahora confirmaremos de nuevo su juicio porque ninguno de los motivos de casación puede prosperar.

En efecto, la sentencia recurrida no incurre en las infracciones que le atribuye el *primer motivo de casación* . Su lectura deja claro que la conclusión a la que llega sobre la insuficiente valoración real de las tarifas y expediciones pese al aumento nominal de los puntos que se pueden asignar por esos conceptos descansa en el examen detenido del **pliego** y en la comprobación de cómo juega el incremento habido –de 15 a 25 puntos por las tarifas y de 8 a 15 puntos por las expediciones– en el contexto de la cláusula 4.10.3 del **pliego** y, en particular, de las fórmulas que contiene. A la luz de ese análisis concluye que es insuficiente la valoración de esos aspectos y resulta que, frente a las concretas razones dadas por la Sala de instancia para justificar su apreciación de que, en realidad, el **pliego**, pese al mencionado aumento de puntos por tarifas y expediciones sigue sin permitir una competencia efectiva, las recurrentes no oponen argumentos que desvirtúen tal juicio. Tal como resulta del resumen que hemos hecho del motivo, se limitan a insistir en que ahora se pueden obtener más puntos y ofrecen el porcentaje que ello supone y a partir de ahí critican el juicio de instancia pero no responden al impacto que la sentencia atribuye a las fórmulas ni al reducido efecto real que ve en esa novedad.

En concreto, dice la Sala de Madrid que

*"mientras las fórmulas previstas para la valoración de tarifas y expediciones permiten (...) 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 (...), sin embargo y frente a dichos concretos márgenes, en el apartado 4.10.3.8 se prevén 9,5 puntos (máximo) para "Otras medidas tendentes a mejorar la explotación del servicio", cuando de sus previsiones se desprende que (...) vienen a incidir nuevamente en aspectos técnicos y medioambientales, siendo así que ya en anteriores apartados se contemplan 31 puntos (máximo) para las características de dicho orden, encontrándose además redactado dicho apartado en términos de gran amplitud e indeterminación (...)"*.

Así, pues, la Sala de Madrid explica bien su conclusión y deja claro que su razonamiento enlaza con los que expusimos en nuestras sentencias sobre la especial relevancia de estos conceptos, tarifas y expediciones, para que pueda establecerse una competencia efectiva entre las diferentes ofertas. Por lo demás, si se tiene en cuenta que el artículo 73.3 del reglamento, al que se remite la Ley, impone valorar especialmente las tarifas y las expediciones, cuanto se ha dicho cobra más fuerza, especialmente, teniendo presente lo que prescribía el artículo 73.3 de esta última cuando se dictó la resolución que aprobó el **pliego**.

En fin, cuanto se ha dicho lleva a excluir, no sólo que se hayan vulnerado los artículos 73 y 74 de la Ley 16/1987 y la jurisprudencia expresada en nuestras sentencias, sino también el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011 .

**QUINTO.-** El *segundo motivo* debe ser desestimado.

La sentencia, tras referirse a propósito de la subrogación a los artículos 4.5 del Reglamento CE/1370/2007 y 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público , se remite a otra anterior de la propia Sección Tercera de la Sala de Madrid, la de 30 de mayo de 2013, confirmada por la nuestra de 29 de septiembre de 2014 (casación 2337/2013) y dice que

*"(...) la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un **pliego** contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive una conclusión distinta del Reglamento (CE) nº 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP (...)"*.

La Sala de Madrid, al pronunciarse de este modo, está teniendo presente de las razones por las que en su sentencia anterior consideró improcedente atribuir puntos en virtud del compromiso de subrogación, las que afirman que son las normas laborales las llamadas a establecer la obligación de subrogación y no la legislación contractual. En la medida en que hemos confirmado ese juicio, se impone la desestimación del motivo no sin recordar que el artículo 73.2 del reglamento se refiere al compromiso de absorber al personal del antiguo



concesionario "cuando proceda". Por otro lado, no habiendo alegado los recurrentes el convenio colectivo al que se refiere el motivo, no pueden traerlo ahora a colación.

**SEXTO.-** Y la misma suerte que los otros dos ha de seguir, según se ha anticipado, el *tercer motivo* . Circunscribir la preferencia del anterior concesionario en los términos en que la sentencia lo considera procedente de ningún modo implica la derogación de los artículos 74.2 de la Ley 16/1987 y 73.3 del reglamento porque no niega esa preferencia.

En efecto, la circunscribe al supuesto en que se produzca un empate entre la puntuación que reciba su oferta y la de otro u otros licitadores. Al pronunciarse de este modo, no infringe el artículo 74.2 de la Ley 16/1987 porque nada en este dice que el anterior concesionario deba recibir 5 puntos en las circunstancias contempladas por el **pliego**. Por otro lado, la redacción actual del precepto legal, ahora en el apartado 3, circunscribe la preferencia al caso de que la valoración de la oferta del antiguo concesionario sea la misma que la mejor del resto de las presentadas. Nos referimos a la redacción que le ha dado el artículo 1.40 de la Ley 9/2013, de 4 de julio .

Por lo que se refiere al artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990 , hemos de decir que tampoco impone la solución de la cláusula 2.1.5 del **pliego** pues no cuantifica la puntuación en que ha de traducirse la preferencia. Este artículo 73.3 del reglamento, vigente cuando se aprobó la resolución recurrida, ha sido derogado por la Ley 9/2013 . Importa a este respecto destacar que las modificaciones que este texto legal ha supuesto en la ordenación de los transportes terrestres obedecen, como dice su exposición de motivos, al propósito de adaptarlo al Derecho de la Unión Europea, Reglamento CE/1340/2007 incluido especialmente.

Es importante tenerlo presente para corroborar el acierto de la sentencia recurrida y descartar que incurra en las infracciones denunciadas por el motivo porque ese Derecho se inspira en el principio básico de la libre competencia y en los requisitos que conlleva de que el procedimiento de adjudicación de los contratos sea equitativo, transparente y no discriminatorio. Principios que si no se oponen, en abstracto, a formas de preferencia del anterior concesionario, parecen incompatibles con su articulación de manera que se prime la que, a la postre, es una oferta peor.

De ahí que la interpretación de la Sala de Madrid no comporte la vulneración de los preceptos invocados por los recurrentes y sea coherente con el Derecho de la Unión Europea al que nuestro legislador se ha adecuado con sus últimas reformas.

**SÉPTIMO.-** A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000 € pero solamente en beneficio de GLOBALIA AUTOCARES, S.A. habida cuenta de que el Abogado del Estado no se ha opuesto al recurso de casación y de que ENCARTACIONES, S.A. no ha presentado escrito oponiéndose al mismo. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

## FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 1009/2014, interpuesto por R.J. AUTOCARES, S.L., AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L. y CLASSIC BUS, S.L. contra la sentencia nº 108, dictada el 12 de febrero de 2014, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso 1905/2011 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Secretario, certifico.