

Roj: **STS 233/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:233**Id Cendoj: **28079130042017100015**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **24/01/2017**Nº de Recurso: **1958/2015**Nº de Resolución: **94/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1278/2015,**
STS 233/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1958/15 interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a Ana Tartiere Lorenzo en nombre y representación de Nex Continental Holdings, SLU, y por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 dictada en el recurso 193/2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, seguido a instancias de Globalia Autocares, SA contra la resolución de 5 de abril de 2013 (Rec. 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Ha sido parte recurrida Globalia Autocares representada por el procurador de los tribunales D. Noel Alain de Dorremochea Guiot, Nex Continental Holdings, SL, representada por la procuradora de los tribunales D^a. Ana Tartiere Lorenzo y la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 193/13 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4^a se dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2015, que acuerda: "Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de Globalia Autocares SA 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".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por el Abogado del Estado y por la representación procesal de Nex Continental Holdings, SLU se preparan sendos recursos de casación y teniéndose por preparados, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- El Abogado del Estado por escrito presentado el 24 de julio de 2015 formaliza el recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

La representación procesal de Nex Continental Holdings, SLU, por escrito presentado el 27 de julio de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.



CUARTO.- La representación procesal de Globalia Autocares, SA mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

El Abogado del Estado, mediante escrito de 10 de diciembre manifiesta que se abstiene de formular oposición.

Por diligencia de ordenación de 11 de enero de 2016 se declara caducado el trámite de oposición a Nex Continental Holdings, SLU,

QUINTO.- Por providencia de 4 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo para el 17 de enero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado y la representación procesal de Nex Continental Holdings, SL, interponen sendos recursos de casación 1958/2015 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 25 de marzo de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, en el recurso deducido por Globalia Autocares, SA contra la resolución de 5 de abril de 2013 (Rec. 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La sentencia en el PRIMER fundamento (completa en Cendoj Roj: SAN 1278/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1278 Id Cendoj: 28079230042015100074) identifica la existencia de cuatro recursos contra la misma resolución examinados en la misma fecha.

En el SEGUNDO pone de relieve que la resolución anuló las cláusulas 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 sobre la subrogación obligatoria del adjudicatario. Por ello anulaba la licitación.

Dedica el TERCERO a rechazar las causas de inadmisibilidad esgrimidas.

En el CUARTO analiza prolijamente en el argumento por el que se afirma el escaso peso que tienen las tarifas y las expediciones en la valoración de los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de seleccionar al adjudicatario. Tiene en cuenta diversas sentencias que en relación con procesos de contratación anteriores han sido dictadas por el Tribunal Supremo.

Subraya que la Administración no ha ignorado dichas sentencias y, como razona el TACRC, en los pliegos ahora recurridos concede 25 puntos por las tarifas - antes 15- y 15 por las expediciones -antes 8-, mas los pliegos establecen en relación con las tarifas dos tramos.

Analiza si mediante el sistema de doble tramo, 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.

Destaca que el TSJ de Madrid ha procedido al examen de la legalidad de cláusulas esencialmente idénticas a las ahora enjuiciadas en que 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 que 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.

En el QUINTO señala que *"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".*

Reitera lo dicho en la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011) sobre que la administración no puede configurar los pliegos de forma que "impidan la competencia en precio, beneficiando a los titulares de las concesiones" .

Luego señala que no hay justificación por la Administración para el establecimiento de un sistema de dos tramos en las tarifas y en las expediciones.

EN EL SEXTO reseña que en el pliego de condiciones, apartado 4.10.3 se contienen los criterios de valoración, que se concretan en los siguientes términos allí consignados que reproduce.

Tras ello reproduce lo dicho ante una cláusula de contenido prácticamente idéntico, en la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 indicando que 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 2007.

Y sienta coincide con el del TSJ de Madrid por lo que estima el recurso al 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.

En el SEPTIMO comparte la opinión del TACRC sobre que 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".

Cita en su apoyo la STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 3314/2011) .

Tras ello en el OCTAVO analiza las "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".

Por último en el NOVENO estima el recurso con remisión al FJ SEPTIMO (sic) si bien querrá decir SEXTO dado su contenido literal, al entender que los criterios de valoración relativos a la tarifa y expediciones no son ajustados a derecho.

SEGUNDO .- A) Recurso de la Abogacía del Estado.

1. Un único motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción de los arts. 73 y 74 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y del art. 73 del RD 12 11/1990, que aprueba su Reglamento, en relación con los arts. 150 y 109.4 del TRLCSP, 67.2.1) del Reglamento de la Ley de Contratos (RD 1098/2001) y del art. 1 del Reglamento 1370/2007/CE , sobre los servicios públicos de transportes de viajeros por ferrocarril y carretera, el Considerando 17 de su preámbulo y su art. 5, y el principio de discrecionalidad técnica que rige en materia de fijación y ponderación por el órgano de contratación de los criterios de valoración de las proposiciones para la adjudicación de los contratos públicos en general. En concreto de los de gestión indirecta mediante concesión del servicio público de transporte terrestre de viajeros, así como la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos (en particular, asuntos Concordia Bus Finlandia y Renco), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la adjudicación de estos contratos de gestión de servicio público de transporte terrestre (por todas, STS de 25/1/2013, RC 3341/2011) .

Rechaza que la sentencia atribuya un objetivo para amparar la prevalencia de los criterios de adjudicación tarifas y expediciones del servicio público de transporte sobre otros criterios que no establece.

Defiende sí existen criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, que no dan preponderancia a unas sobre otras, salvo en algún caso, que es el de tener en cuenta los factores ambientales y mejor integración de la red con la de servicios públicos de transporte de viajeros.

Critica que la sentencia hace desaparecer la discrecionalidad técnica de la Administración del órgano de contratación para fijar la ponderación de los diversos criterios establecidos por el hecho de considerar que los demás criterios relativos a la oferta no favorecen la competencia entre los licitadores.

1.1 Lo rechaza Globalia Autocares, SA esgrimiendo que el Abogado del Estado parece desconocer la STS de 16 de marzo de 2015 que confirma la de 12 de febrero de 2014 del TSJM que la Audiencia Nacional comparte.

Adiciona que la Abogacía del Estado parece desconocer también que el órgano administrativo generador de la resolución de licitación de la que se recurrieron sus pliegos, la Dirección General de Transporte Terrestre, dio por válida implícitamente la Sentencia de anulación de los pliegos derivada de la Sentencia de 12 de febrero



de 2014 del TSJM tan pronto la conoció y sin esperar a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el recurso de casación formulado por el adjudicatario de la licitación anulada y sin que la Abogacía del Estado formulase recurso de casación, ha procedido a modificar los pliegos adaptándose a esas líneas indicadas por la citada Sentencia y en las que ha abundado el informe previo de la CNMC absolutamente opuesta a los criterios del pliego cuya anulación falló el TSJM y ratificó el TS y que esos nuevos pliegos llevan utilizándose desde junio de 2014 en las licitaciones convocadas desde esa fecha.

Recalca que cuando se han modificado los pliegos siguiendo las indicaciones de esa Sentencia del TSJM de 12 de febrero que son asumidas por la Audiencia Nacional en la suya de 25 de marzo y habían sido ratificadas por el TS en la Sentencia de 16 de marzo ya las licitaciones efectuadas a su amparo tienen ganadores que unas veces si coinciden otras no con los anteriores concesionarios.

B) Recurso de NexContinental Holding, SLU

1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA alega infracción de los arts. 4 , 7 , 19 , 73 y 74 de la Ley 16/1987, de 30 de julio (LOTT) y 29.1, 68 y 73 de su Reglamento, los arts. 150 y concordantes del TRLCSP y el art. 1 del Reglamento CE 1370/2007, de 23 de octubre, así como las amplias facultades discrecionales que, de acuerdo con la jurisprudencia, han de reconocerse a la Administración a la hora de establecer los criterios que han de regir los contratos del sector público, y en particular los de gestión de transportes públicos de su titularidad.

Sostiene que anulado el derecho de preferencia, las condiciones en que intervienen los licitadores eran iguales para todos ellos, sin que el hecho de haber tomado como tarifa de referencia la de la concesión extinguida represente ventaja alguna para el anterior contratista, ni restrinja la concurrencia.

Señala que no existían motivos para criticar el sistema de doble tramo o de limitación de puntuación en materia de tarifas y expediciones contenido en los pliegos, ni para sustituir el criterio de la Administración y sus técnicos por el parecer del órgano judicial, que de esa forma vulneró la normativa legal y la doctrina jurisprudencial.

1.1 Globalia Autocares, SA muestra su oposición al primer motivo de ambos recurrentes. Aduce que ambos recursos de casación eluden referirse (pese a que en el momento de su formulación era de general conocimiento) que el 16 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo había ratificado íntegramente la Sentencia 108/2014 del TSJM e indirectamente, dada la coincidencia de pliegos y Sentencia, en el caso concreto de la cláusula 4.10.3, también la aquí recurrida que no hacía referencia a la del TSJM.

Indica que la lectura de lo expuesto por el TSJM en su Sentencia sobre este mismo pliego aunque referido a otra licitación es claro y demoledor de los argumentos de la Administración y de la parte ahora recurrente en casación que sobran comentarios.

Recalca que la Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 16 de marzo de 2015 ratificando íntegramente la del TSJM viene a dar indirectamente cumplida respuesta al motivo de casación del recurrente.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA por infracción de las reglas de la sana crítica en la valoración por el juzgador de los datos existentes en las actuaciones, al realizar inferencias y extraer conclusiones arbitrarias y contrarias a la lógica.

A su entender no se desprende de la prueba constituida por el expediente administrativo, y en especial de los pliegos, que el sistema de puntuación de doble tramo en materia de tarifas y expediciones favorezca al anterior contratista, repitiendo que no se desprende de lo actuado, ni fa sentencia explica con criterios congruentes y lógicos, la supuesta restricción de concurrencia que encuentra en el sistema de dos tramos para puntuar tarifas y expediciones.

2.1. El Abogado del Estado se abstiene de formular oposición.

2.2. Globalia Autocares, SA se remite a lo ya dicho al oponerse al primer motivo. Insiste en el contenido de la STS de 16 de marzo de 2015 .

TERCERO.- Tiene razón la recurrida al citar que la STS de 16 de marzo de 2015, recurso de casación 1009/2014 confirma la del TSJ de Madrid con el siguiente contenido en cuanto a lo aquí discutido.

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 .

Por ello, en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina procede mantener lo dicho en la Sentencia antedicha por lo que el primer motivo no prospera.

CUARTO.- Lo argumentado en el anterior razonamiento sirve también de respuesta para rechazar el segundo motivo en que se combate la valoración probatoria por la existencia de dos tramos imputándole irracionalidad.

Debemos recordar que la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba se encuentra absolutamente limitada en el ámbito casacional.

Nuestra doctrina insiste en que no corresponde a este Tribunal en su labor casacional revisar la valoración de la prueba ante el mero alegato de la discrepancia valorativa efectuada por el recurrente.

Respecto a la prueba este Tribunal en su sentencia de 3 de diciembre de 2001, recurso de casación 4244/1996 , ampliamente reproducida con posterioridad, dejó sentado que " ... es ya doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

Ahora bien, ello no impide que puedan ser objeto de revisión en sede casacional los siguiente temas probatorios o relacionados con la prueba:



.../- d) Infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo."

Dado lo vertido en el fundamento anterior tampoco este motivo puede acogerse al no vislumbrarse la pretendida irracionalidad ya que los prolijos argumentos reproduciendo parcialmente el contenido de los pliegos no desvirtúan las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia ya confirmadas por esta Sala en sentencia precedente.

QUINTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LJCA , 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 Nex Continental Holdings, SL 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por Nex Continental Holdings, SL y el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015, por la Sección 4ª de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 193/2013 . En cuanto a las costas, estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.