



Roj: **STSJ M 12137/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:12137**

Id Cendoj: **28079330032013100872**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/10/2013**

Nº de Recurso: **1209/2011**

Nº de Resolución: **643/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.33.3-2011/0177568

Recurso número 1209/2011

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: Globalia Autocares S.A.

Procurador: Don Antonio Puyol Varela

Demandado: Ministerio de Fomento

Abogado del Estado

Demandado: Bus Almería S.L.

Procurador: Don Víctor García Montes

SENTENCIA n° 643

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 16 de octubre de 2013, visto por la Sala et Recurso arriba referido, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Globalia Autocares S.A. contra la desestimación presunta por el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento del recurso de alzada formulado contra resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre, de 22 de Diciembre del 2010, por la que se declaraba la convocatoria de licitación pública y aprobación del Pliego de Condiciones que había de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería AC-CON-76/2010).

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte, que expresa el parecer de la Sección.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- Los demandados contestaron a la demanda exponiendo lo que estimaron oportuno, solicitando la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

TERCERO.- Despachado por las partes trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 16 de octubre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Globalia Autocares S.A. interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento del recurso de alzada formulado contra resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre, de 22 de Diciembre del 2010, por la que se declaraba la convocatoria de licitación pública y aprobación del Pliego de Condiciones que había de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería AC-CON-76/2010).

En el suplico de su demanda la recurrente solicita que se anulen las resoluciones reseñadas con declaración de los pliegos como "lesivos para la libre competencia y contrarios al 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, la LOTT y el ROTT así como a la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al derivarse de los mismos obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, y en concreto señala que la regulación de la preferencia contenida en el punto 4.10.2 del Pliego infringe el artículo 74.2 de la LOTT, 73.3 del ROTT y el Reglamento CE 1370/2007, al establecer criterios de valoración que impiden la competencia y suponen 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", añadiendo que la Comisión "Nacional de la Competencia en su informe de 14 de Julio de 2008, llegaba a la conclusión de que "el derecho de preferencia del titular actual de la concesión, establecido en la LOTT como privilegio de la oferta de éste en caso de similitud de ofertas, similitud cifrada en el ROTT en un 5% puede resultar decisivo para una resolución del concurso a su favor, constituyendo una barrera para la entrada de otros competidores", recomendando "la eliminación de la LOTT del vigente derecho de preferencia a favor del actual concesionario en caso de similitud de ofertas con un competidor en la nueva licitación ". Por tanto, señala que esa preferencia establecida en la LOTT y concretada en el ROTT, con anterioridad al Reglamento CE 1370/2007, ha sido implícitamente derogada por éste, por lo que la Administración debe suprimirla de los procedimientos para las licitaciones, añadiendo que los Reglamentos Comunitarios son aplicables directamente sin necesidad de transposición. En cuanto a los criterios de valoración establecidos para la ponderación de las tarifas del servicio y del número de expediciones se remite a 5 sentencias de esta Sala y Sección, ratificadas hasta en 2 ocasiones por el Tribunal Supremo, que han anulado otros Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, redactados en el mismo sentido, en dichos extremos. Asimismo se remite a las Sentencias de esta Sala y Sección que han anulado lo referente a la subrogación obligatoria de los trabajadores de la anterior concesión.

SEGUNDO.- La codemandada, BUS MADRID ALMERIA 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.

La misma codemandada y el Abogado del Estado, alegan, asimismo, en los escritos de contestación a la demanda, la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo al amparo de lo dispuesto en el art. 69.b) de la LRCA, por no haber entablado la parte recurrente de forma correcta su acción al no haber aportado el correspondiente acuerdo societario del órgano competente para la interposición del recurso.

Las cuestiones planteadas han de examinarse con carácter previo ya que de prosperar impedirían entrar en el examen del fondo del asunto planteado.



De los documentos obrantes en el expediente administrativo se deduce que la resolución del Director General de Transporte Terrestre de 22 de diciembre de 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 y Almería, (AC-CON-76/2010), fue publicada en el BOE de fecha 30 de diciembre de 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 27 de enero de 2011 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.

El artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa 29/1.998 determina la inadmisibilidad del recurso "que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada", disponiendo su artículo 45.2.d) que al escrito de interposición del recurso contencioso se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado", esto es, en el documento que acredite la representación del compareciente.

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 10 de Julio de 2.001, 6 de Mayo de 2.003, 5 de Junio de 2.003, entre otras muchas) que existe una falta de la debida legitimación cuando no consta el acuerdo del órgano colegiado necesario para la interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que tratándose del ejercicio de acciones de un órgano colectivo es preciso acreditar el oportuno acuerdo por el órgano que estatutariamente tiene encomendada dicha competencia, exigiéndose la aportación de los estatutos y del acuerdo social que legitimen la interposición del recurso. Por tanto, en los recursos promovidos por personas jurídicas, que representen intereses institucionales, se ha de acreditar mediante la aportación del documento correspondiente, es decir, los estatutos o reglas reguladoras pertinentes, que el órgano ha adoptado la decisión de recurrir y está facultado para ello; o dicho de otro modo, el demandante tiene la carga de acreditar su capacidad para ser parte y para la actuación procesal.

Conforme tiene asimismo declarado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 16 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, Sección 5, recurso 5542/2008) la falta de ese requisito es subsanable, como resulta del artículo 45.3 de la LRJCA, expresando la mencionada Sentencia lo siguiente en relación a la subsanación: "No obsta a la subsanación mencionada el hecho de que el Acuerdo adoptado por la entidad mercantil recurrente, de 3 de julio de 2007, sea posterior a la fecha de interposición del recurso, presentado el 31 de octubre de 2006, según consta en la documentación obrante. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 6 de marzo de 2007 (casación 4694/2004) al señalar: "En efecto, la falla de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente el acuerdo para la interposición del recurso es defecto subsanable, pudiendo incluso adoptarse después de la interposición del recurso. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 11 de noviembre de 2002, añadiéndose en la de 10 de marzo de 2004 que: "También la jurisprudencia se ha pronunciado por admitir "no sólo la subsanación de la falta del documento acreditativo del acuerdo de interponer acción, sino también la convalidación mediante acuerdo de ratificación por el órgano competente adoptado posteriormente" (SSTS 8 de mayo de 1996, 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998); por otra parte (STS de 23 de mayo de 1997), analizando concretamente el requisito exigido por el artículo 57.2.d) LRJCA 56 se expresa que "asimismo han de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el referido requisito es subsanable y puede ser subsanado, tanto en el aspecto relativo a la integración de la capacidad procesal como a la constatación de ella conforme al artículo 129 LRJCA 56 en segundo lugar"; y, en fin (STS de 26 de noviembre de 2002), también se "ha señalado incuestionablemente el carácter subsanable de su omisión y ha



debilitado su trascendencia para evitar cuestionar su constitucionalidad (ATS 13 de octubre de 1986 y STS 11 de abril, de 1990). Subsanaibilidad no sólo retroactiva para acreditar que existió el acuerdo corporativo y dictamen previo, sino con carácter ratificatorio o convalidante, de tal modo que se permite su formal realización posterior, pues lo que se subsana no es la falta de acreditación sino la misma existencia del presupuesto, para hacer efectiva la tutela judicial y el espíritu que informa el artículo 129 LRJCA 56 que ha venido a extender a todas las jurisdicciones el artículo 11.2 LOPJ »".

En el caso presente, la recurrente junto con el escrito de interposición del recurso aportó el poder del procurador y un escrito de Don Celso , en su calidad de administrador solidario de la Sociedad Globalia Autocares S.A., haciendo saber - a los efectos del art. 45.2 de la LJCA - que tal mercantil había conferido poder para pleitos a favor del Procurador de los Tribunales de Madrid Don Antonio Pujol Várela a efectos de ejercitar acciones contra el Ministerio de Fomento en el presente procedimiento. Ello evidentemente no daba cumplimiento al requisito exigido en el art 45.2 d) de la LJCA , sin embargo siendo, como hemos expuesto, el defecto subsanable, la recurrente mediante documentación aportada durante la tramitación del recurso, subsanó el defecto, acreditando que Don Celso , es el único accionista y representante de la empresa JJH Investment Models S.L.U. que a su vez es una de las tres empresas que son administradoras solidarias de la Sociedad Globalia Autocares SA., tras la modificación de los Estatutos de esta última sociedad acordada en Junta General de fecha 1 de julio de 2009. elevados a públicos en fecha 16 de octubre de 2009, en cuyo art. 17 se dispone que la sociedad estará regida y administrada por tres administradores solidarios elegidos por la Junta General, encargados de dirigir, administrar y representar a la sociedad enjuicio y fuera de él, sin perjuicio de las atribuciones que con arreglo a la Ley y a estos Estatutos, corresponden a la Junta, ostentando según el art. 21 de los Estatutos, el órgano de Administración, con sujeción al régimen de actuación que corresponda a su estructura, el poder de representación de la sociedad pudiendo ejecutar todo cuanto esté comprendido dentro del objeto social así como ejercitar cuantas facultades no reservadas por Ley ó Estatutos a la Junta General; siendo así que a la vista de la Ley y de los Estatutos aportados no es facultad reservada a la Junta General la de decidir sobre la interposición de recursos ante los Tribunales, correspondiendo tal decisión en consecuencia, a cualquiera de los administradores solidarios, siendo así que en el caso presente Don Celso , que lo es, ha manifestado su voluntad como administrador solidario de Globalia Autocares S.A. de ejercitar acciones contra el Ministerio de Fomento mediante la interposición del recurso presente.

A la vista de lo razonado procede desestimar las causas de inadmisión alegadas por las demandadas.

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 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 SA, anulando las 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 4.2.10 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 ROTT". Por su parte, el artículo 74.2 de la 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 ROTT 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, tenga 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, 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 el recurso y anular el apartado 4.10.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

CUARTO.- Afirma, por otra parte, fa hoy recurrente la escasa ponderación de los factores económicos frente a las que reciben las características técnicas y el compromiso de absorción del personal del antiguo concesionario, aportando en apoyo de su alegación y citando textualmente determinados apartados del informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de Julio de 2.008, sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España, que llega a la conclusión del escaso peso de las ponderaciones de tarifas y frecuencias en la valoración que establece el "Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del transporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento que venzan a partir de 2.007" para los elementos de la oferta, al otorgar nada más que un total de 15 puntos porcentuales sobre 100 (10 para las tarifas y 5 para las frecuencias), lo que convierte el baremo del Protocolo en un rígido y muy peligroso mecanismo de precios mínimos, y lo aleja del concepto de la oferta económicamente más ventajosa, así como de la necesidad de atender a los criterios de eficiencia en la contratación pública, llegando a la conclusión de que tal forma de disciplinar las ofertas tiene el objeto y el efecto de impedir la competencia en precios, beneficiando a los titulares de las concesiones, no constituyendo un marco lo suficientemente favorecedor de la competencia de los concursos que han de convocar.

La cláusula 4.10,3 del Pliego se refiere a los criterios de valoración de las ofertas (de conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 del ROTT), que serán los siguientes:

"1) Tarifas -15 puntos (máximo). La valoración de las tarifas se realizará sobre la base de las tarifas sin IVA ofertadas para las expediciones ordinarias. La puntuación de la tarifa ofertada (T) se obtendrá mediante la expresión: $\text{Puntos} = 15 \frac{(0,054653 - T)}{(0,054653 - 0,034836)}$ con un máximo de 15 puntos para aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a 0,034836 euros/viajero. Km.

2) Expediciones - 8 puntos (máximo). La valoración de este apartado se efectuará proporcionalmente al número de vehículo.km correspondiente al conjunto de las expediciones ordinarias ofertadas, de acuerdo con la siguiente expresión: $\text{Puntos } 8 = \frac{(N - 3.659.708)}{0,05} \times 3.659.708$, en la que N es el total de vehículo.



Km de las expediciones ordinarias de cada oferta y 3.659.708 los vehículo. Km correspondientes a todas las expediciones ordinarias del apartado 2.2.1 de este Pliego, hasta un máximo de 8 puntos para aquellas ofertas que propongan un incremento igual o superior al 5% de 3.659.708.

3) 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 - 35 puntos (máximo) (...). (Estos 35 puntos se distribuyen en, primero, 26 puntos máximo para mejoras en las características de seguridad y confort de los vehículos, mejoras en las características de eficiencia energética y de defensa del medio ambiente de los vehículos - 5 puntos. Disminución de las antigüedades máximas fijadas para todos los vehículos 4 puntos)

4) Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción - 4 puntos (máximo)

5) Medidas tendentes a facilitar la accesibilidad de personas de movilidad reducida, distintas de las establecidas como obligatorias en la condición 3.2.15 y de las valoradas como mejoras en la condición 4.10.3.3.1 - 5 puntos (máximo) (...) (Estos 5 puntos se distribuyen en 2'50 puntos por atención en las instalaciones y 2'50 puntos por atención e información durante el viaje).

6) Instalaciones fijas - 4 puntos (máximo) (...).

7) Medidas especiales de atención al público y de comercialización - 8 puntos (máximo) (...) (Estos 8 puntos se distribuyen en 1 punto por reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas. 1 punto por información SMS a los usuarios, 1 punto por indemnización por retrasos imputables al transportista, 1 punto por sistemas para la facturación y control de equipajes, 2 puntos por seguro complementario de viajeros gratuito, y 2 puntos por seguro complementario de equipajes gratuito)

8) Calidad en el servicio: (...) - 4 puntos (máximo).

9) Compromiso de absorber o mantener, en su caso, en el momento del inicio de la explotación, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye -15 puntos (máximo).

10) Otras Mejoras - 2 puntos (máximo) "

La Cláusula 4.10.4 del Pliego, referente a los procedimientos de valoración, establece que "de conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 del ROTT, se valorará cada uno de los componentes de las ofertas, en virtud de su importancia para la prestación del servicio. En especial, serán objeto de valoración las concreciones que, sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones y calidad y seguridad del servicio, realicen los distintos lidiadores, de acuerdo con los módulos objetivos establecidos en la condición 4.10.3 del Pliego".

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 de 2011 , 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 hojas inferiores a.....euros/viajero.km, dado que todas aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a..... 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..... (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 ja



conurrencia 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 ".

A lo expuesto debe añadirse que, en el presente recurso contencioso administrativo, se ha solicitado como prueba por el recurrente que la Comisión Nacional de la Competencia emita informe sobre diversos aspectos del pliego del concurso, llegando a la conclusión de que el "diseño del concurso no deja suficiente espacio para el juego de la competencia, fundamentalmente ello se debe a la ponderación asignada a los distintos criterios de valoración dentro del total de puntuación, así como al reducido margen para la competencia presente en alguno de estos elementos, como tarifas o expediciones" añadiendo que "los elementos más importantes desde el punto de vista de la competencia, la tarifas y las frecuencias del servicio alcanzan, únicamente, el 23% de la puntuación total, frente a los 15 del compromiso de asunción del personal del antiguo concesionario o los 26 de mejoras en seguridad o confort. De todo ello resulta una sobreponderación del elemento "calidad" en detrimento de un mayor espacio en las puntuaciones para tarifas y expediciones. Adicionalmente, la puntuación máxima en tarifas y expediciones se establecen con arreglo a fórmulas que predeterminan un tope máximo a partir del cual no se va a otorgar puntuación adicional y que resulta fácil de alcanzar para los oferentes, lo que supone que, en la práctica, la competencia se vea anulada en relación con estos conceptos que son, precisamente, los que deberían tener mayor importancia desde el punto de vista competitivo. La máxima puntuación en tarifa se obtiene ofertando la misma tarifa que se aplicaba en la concesión vencida, sin que se otorgue puntuación adicional por realizar ofertas por debajo de dicha tarifa. El desincentivo a competir que supone la no asignación de puntuación adicional por reducir las tarifas vigentes, afecta seriamente a la competencia en este procedimiento de licitación, siendo los usuarios los principales perjudicados. En cuanto a las expediciones, es perfectamente posible ofertar mas expediciones que las que se permiten con arreglo a los pliegos, que son de solo un máximo de 5% sobre las mínimas exigibles ", concluyendo que "ello constituye una restricción de la competencia que no resulta necesaria, ni mucho menos proporcionada"

De acuerdo con las Sentencias de esta Sala, confirmadas por el Alto Tribunal y et dictamen expuesto de la CNC procede estimar en esta parte el recurso, anulando la cláusula 4.10.3 del Pliego, que se refiere a los criterios de valoración de las ofertas, para que por la demandada se proceda a otorgar mayor valoración de los conceptos sobre "tarifas" y "expediciones" en relación con el resto, ya que el peso de tarifas y expediciones es solo del 23% del total valorable, existiendo, además, un límite en la valoración, que impide mejorar la puntuación a partir de una determinada bajada en las tarifas o de una subida en el número de expediciones, impidiendo con ello la existencia de una concurrencia efectiva de los licitadores. En consecuencia con lo expuesto, no solo debe otorgarse mayor puntuación a ambos parámetros (tarifas y expediciones), sino que se debe establecer



un sistema que permita otorgar una mayor puntuación cuanto mayores sean las frecuencias en las rutas y cuanto menor sea el precio final para el usuario.

QUINTO.- Finalmente impugna el recurrente la cláusula 4.10.3.9 del Pliego de Condiciones, que otorga 15 puntos, al licitador que se comprometa a "absorber o mantener, en su caso, en el momento de inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye", alega la actora que convierte el "compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda", que prevé el artículo 73.2 del ROTT, en una efectiva imposición de tal subrogación como elemento ineludible para poder, optar a la adjudicación del concurso, pues sin los 15 puntos que se otorgan a dicho apartado sería imposible optar a la adjudicación, añadiendo, por otro lado, que su aplicación se hace de forma desmesurada al abarcar al conjunto del personal del antiguo concesionario y no solo al implicado en el servicio al que se concursa, y aportando lo que dice el informe de la Comisión Nacional de la Competencia al respecto, en el sentido de que la inclusión de dicha cláusula supone una extralimitación del contenido propio de los Pliegos, ya que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo.

En efecto, el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo por primera vez dicha disposición, actualmente recogida en idénticos términos en el artículo 120 del TRLCSP ("En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste").

Son los convenios colectivos de determinados sectores de actividad los que incluyen entre sus previsiones que, al término de la contrata, el personal de la empresa saliente pasará a estar adscrito a la nueva empresa, quién deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en la anterior empresa. Asimismo, el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, determina que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Por tanto, son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no la legislación contractual, que se limita a establecer una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar sus costes laborales. Es decir, el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquellas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Información a los licitadores que se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dicha información.

También sobre dicha cuestión se ha pronunciado esta Sala en las Sentencia tantas veces mencionadas señalando que " el "compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda", previsto en el artículo 73.2 del ROTT, exige obviamente, para que sea factible, especificar en el Pliego de Condiciones los correspondientes supuestos de absorción, lo que no cumplimenta el Pliego hoy impugnado, que incluye tal compromiso con términos no coincidentes absolutamente con los de aquel precepto, pues valora el compromiso no solo de absorber sino también de "mantener, en su caso" al personal del antiguo concesionario, lo que supone una indeterminación de cuando ello debe efectuarse y en qué circunstancias, y para cuya efectividad debería asimismo darse puntual cumplimiento a lo ordenado por el artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público, antes transcrito (actualmente artículo 120 del TRLCSP redactado en idénticos términos.). Pero es que además, siendo tal compromiso una obligación legal en determinados casos, el margen de maniobra empresarial al respecto resulta mínimo, sin olvidar que la empresa hasta entonces adjudicataria, y que concursa para repetir la adjudicación, parte con una evidente ventaja al bastarla con mantener a su personal sin necesidad de ninguna absorción de trabajadores procedentes de otra empresa, lo que claramente genera dificultades a las empresas que optan a la adjudicación, que tienen que adaptar a los trabajadores de la antigua adjudicataria a sus propia plantillas, de manera que también la valoración de 15 puntos máximos



con relación al compromiso de "absorber o mantener, en su caso, en el momento de inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye" se deduce excesivo y desproporcionado en comparación con el resto de criterios de valoración establecidos en el Pliego ".

Por ello la Sala anuló dicha cláusula de Pliego, lo que fue asimismo confirmado por el Alto Tribunal, quien dice en las sentencias antes mencionadas que "la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber los trabajadores del anterior concesionario, en el caso de que logre la adjudicación, no significa que su cumplimiento deba ser objeto de la atribución de los 15 puntos que le asigna el pliego ".

En consecuencia con lo razonado procede anular la cláusula 4.10.3.9 del Pliego de Condiciones, ya que la obligación de mantener o absorber a los trabajadores del antiguo concesionario no puede ser objeto de puntuación alguna, debiendo solo los Pliegos contener información en los términos previstos en el artículo 120 del TRLCSP, solo en aquellos casos en los que la obligación de subrogarse venga exigida por el convenio colectivo del sector

A la vista de lo razonado procede estimar el presente recurso contencioso administrativo anulando las resoluciones impugnadas así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de las mismas, y en concreto se anulan por no ser conformes a derecho las cláusulas 4.10.2, en lo relativo a la preferencia contenida en los Pliegos a favor del anterior concesionario, individualmente o en unión de agrupación de empresarios y 4.10.3.9 del Pliego, en lo que se refiere a la atribución de 15 puntos por la subrogación obligatoria del adjudicatario y las cláusulas 4.10.3.1 (tarifas) y 4.10.3.2 (expediciones) de los criterios de valoración, para que, respecto a estos últimos, la Administración demandada proceda a otorgar, en uso de su discrecionalidad técnica, mayor valoración en relación con el resto de los criterios a valorar, de forma que sea efectiva la libre competencia empresarial a la hora de adjudicación del concurso a que remite el presente recurso.

SEXTO.- No se aprecia mala fe o temeridad en ninguna de las partes procesales a efectos de una expresa imposición de las costas causadas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Globalia Autocares, S.A.", representada por el Procurador D. Antonio Pujol Varela, anulamos las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de las mismas, en los términos y con los efectos declarados en su fundamento jurídico quinto; sin pronunciamiento acerca de las costas procesales.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.