



Roj: **SAN 1327/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1327**

Id Cendoj: **28079230042016100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/03/2016**

Nº de Recurso: **577/2014**

Nº de Resolución: **146/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000577 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05227/2014

Demandante: FEDERACION NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS)

Procurador: D^a MECEDES CARO BONILLA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintitres de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **num. 577/14** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de la **FEDERACION NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS)** contra Resolución de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (desestimatoria del recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestre de 16 de junio de 2014) y de 16 de junio del mismo año (confirmada por la anterior dictada por el propio TACRC) de la misma Dirección General (Ministerio de Fomento) sobre convocatoria y pliego regulador del **concurso relativo al Servicio Público Regular Permanente de Uso General de Transporte de Viajeros por Carretera entre Madrid y Sigüenza** ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 15 de octubre de 2014, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO: Que tenga por formalizado el trámite de formulación de la demanda contra la Resolución del TACRC N° 589/2014, de 30 de julio, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de 16 de junio de 2014 de la Dirección General de Transporte Terrestre (Ministerio de Fomento), sobre convocatoria y pliego regulador del concurso relativo al servicio público regular permanente de uso general de transporte de viajeros por carretera entre Madrid y Sigüenza, y tras los trámites que son pertinentes, dicte sentencia por la que, de conformidad con los argumentos jurídicos invocados, revoque dichas Resoluciones por ser contrarias a Derecho."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia desestimando el recurso y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora"*.

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 22 de mayo de 2015 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 20 de enero de 2016 se señaló para votación y fallo el día 16 de marzo de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (desestimatoria del recurso especial en materia de contratación formulado frente a la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestre de 16 de junio de 2014) y de 16 de junio del mismo año (confirmada por la anterior dictada por el propio TACRC) de la misma Dirección General (Ministerio de Fomento) sobre convocatoria y pliego regulador del concurso relativo al **Servicio Público Regular Permanente de Uso General de Transporte de Viajeros por Carretera entre Madrid y Sigüenza.**

2. La Federación recurrente entiende que el concurso y consiguiente pliego de bases regulador del contrato en cuestión vulnera el Ordenamiento jurídico que es de aplicación (principalmente, el 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 (en adelante, TRLCSP), Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 así como su Reglamento.

Y sobre esa base concreta los motivos de impugnación en su demanda de la siguiente manera:

A) Tráficos a realizar .

En la demanda se dice que el Servicio Público Regular de Viajeros por Carretera objeto de la licitación del caso tiene tráfico cuya titularidad y competencia corresponde a la Comunidad de Castilla-La Mancha, titularidad que no puede transferirse de una a otra Administración Pública. Entiende que el artículo 72.3 de la Ley OTT , en tanto que contraviene, a su juicio, el régimen de distribución de competencias, no puede servir de base para que la convocatoria de los concursos de que se trata incluyan servicios que integran tráfico de ámbito totalmente autonómico, debiéndose por ello anular la Resolución que impugna.

B) Establecimiento del servicio; requisitos previos a la convocatoria del concurso y aprobación del Pliego de Bases Regulador.

Entiende la recurrente que se ha prescindido totalmente del procedimiento legal establecido al efecto en la normativa sectorial de aplicación (artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992), toda vez que los artículos 70.1 LOTT y 61.2, 62.1, 63 y 68.2 del ROTT establecen como trámites preceptivos previos, la redacción de un proyecto de prestación de los servicios y apertura de un período de información pública y el artículo 95.2 del ROTT sólo exige de dichos trámites cuando concurren conjuntamente los dos requisitos siguientes: que no se introduzcan modificaciones significativas en relación con los tráfico o el itinerario de la concesión extinta y



que el pliego de condiciones se ajuste básicamente al título concesional extinguido. Pues bien en la demanda se sostiene que, si bien se reconoce que no se introducen en este caso modificaciones significativas en relación con los tráficos o el itinerario, el pliego de bases que se impugna debe ajustarse al título concesional de la concesión extinguida, y aquí la modificación es total, tanto en lo referente a las condiciones para licitar, como: tarifa máxima, número de expediciones, material móvil, etc., lo que le lleva a concluir que se ha incumplido dicho artículo 95.2 del ROTT al no haber sido sometido a los trámites de los citados preceptos. A lo que añade que también en lo que se refiere a vulneración de normas procedimentales se ha vulnerado la normativa comunitaria, en concreto, el artículo 4.1 del Reglamento de la UE 1370/2007, al no haber definido "*las modalidades de distribución de los costes derivados de la prestación de servicios*", lo que además de preceptivo es un elemento básico para que las empresas licitadoras puedan confeccionar debidamente su oferta.

C) Dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir al servicio versus subrogación del personal.

Continúa la actora diciendo que el Pliego impugnado adolece de dos clases de inadecuaciones a Derecho, a saber: de una parte, porque sólo considera personal estrictamente necesario para prestar el servicio a la categoría de "*conductor*"; de otra parte, porque sólo admite como personal con derecho a subrogación al personal con esa categoría y en el número que se explicita, independientemente de que el personal con ese derecho pertenezcan a otras categorías y en un número superior al fijado en el pliego. Con ello lo que se hace, siempre a juicio de la recurrente, es impedir la subrogación del personal que con arreglo a la normativa legal tiene derecho. Concluye que, en todo caso, el Anejo VII, debió recoger, con arreglo al artículo 73 de la LOTT la relación de personal mínimo más la de aquél que tenga derecho a la subrogación, lo que no se ha hecho. Incluso más señala que el número fijado en el pliego es claramente inferior a que con carácter mínimo se precisa para realizar el servicio, lo que es fácil colegir teniendo en cuenta el número de expediciones y su calendario.

En definitiva, lo que considera deficiencia del Pliego, esencial y gravosa, ha de corregirse, a juicio de la demandante, en el sentido de: a) no limitar el personal mínimo a adscribir al servicio público, y por ello, con derecho a subrogación, a la categoría de los conductores; b) reconocer el derecho de subrogación a todo el personal que ostente ese derecho con arreglo a los convenios colectivos de aplicación.

D) Publicación en el diario oficial de la Unión Europea.

Considera que se han incumplido los requisitos de publicidad en las licitaciones ya que, si bien formalmente con la convocatoria en el DOUE de 2010 se cumplió con el requisito establecido en el Reglamento UE 1370/2007, sustantivamente no puede admitirse como válida esa publicación ya que ese precepto no puede interpretarse en el sentido de que hecha la misma sus efectos en orden al cumplimiento de la norma se pueden extender "*sine die*". La propia Administración procedió a remitir al DOUE una nueva publicación del concurso del servicio público de que se trata (en 2014), reconociendo la invalidez de la publicación en el año 2010.

E) Anulación por Resolución del TACRC de 30 de julio de 2014 de la Cláusula 3.5 del Pliego Regulator del Concurso.

Alega que el TACRC, en su Resolución de 30 de julio de 2014, estimando parcialmente el recurso especial en materia de contratación presentado por la Federación Empresarial ANETRA, anuló la Cláusula 3.5 del Pliego de Bases Regulator del Concurso "*valoración global de las ofertas*". Pues bien lo que la recurrente propugna es que dicha anulación de esa Cláusula del Pliego, debió también conllevar la anulación de la convocatoria del concurso, a efectos de que se pudiera volver a publicar la licitación y correspondiente modificación del Pliego.

F) Sometimiento a arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte.

El Pliego obliga en su Cláusula 1.11, al sometimiento a las Juntas Arbitrales del Transporte en relación con "*cualquier controversia que pueda suscitarse con los usuarios del servicio, en el cumplimiento del contrato de transporte*".

Señala que el Pliego obliga al sometimiento a las Juntas Arbitrales en relación con cualquier controversia que pueda suscitarse con los usuarios del servicio en el cumplimiento del contrato de transporte y que ello excede de la regulación legal (artículo 73.2 y 38.1 de la LOTT y 68.3.8 y 69.1 del ROTT) que sólo obligaría al sometimiento a las Juntas Arbitrales cuando la cuantía de la controversia sea mayor de 15.000 euros. Además esta prescripción del Pliego, como requisito para poder licitar no es conforme a Derecho, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 174/95 , 75/96 y 325/2006) en el sentido de que no puede constituir una condición para licitar ni tampoco es el objeto de valoración de la oferta.

G) Apertura de sobres versus defectos u omisiones subsanables.



Añade que el Pliego, en su apartado 3.3.1 prescribe que *"si la mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días hábiles para que el licitador subsane el error"*.

El TACRC, en su Resolución, admite que esta Cláusula vulnera la normativa que es de aplicación, pero aún así, en lugar de declarar su nulidad y correspondiente obligatoriedad de volver a publicitar una nueva convocatoria concursal con arreglo a las previsiones legales, razona sobre la validez del Pliego, una vez entendido que la interpretación de la Cláusula deberá hacerse conforme a la norma aplicable.

La propia parte reconoce que en los siguientes concursos, la Cláusula en cuestión fue modificada y redactándose de la siguiente manera: *"si la Mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, concederá un plazo no superior a tres días hábiles para que el licitador subsane el error"*.

H) **Instalaciones.**

Se continúa diciendo en la demanda que el Pliego omite toda referencia a las instalaciones mínimas para la prestación del servicio (artículo 73.2 de la LOTT y 68.3 del ROTT) y tampoco concreta las obligaciones contractuales calificadas como esenciales; calificación que sería obligatoria para todos los Pliegos reguladores de esta clase de concursos (artículo 233 del TRLCSP). Siendo claro que el servicio público de que se trata no puede ser prestado sin la utilización de instalaciones como estaciones, talleres, servicios propios de abastecimiento de carburantes, lavado de los autobuses, etc., que la actora considera esenciales, constituye una grave omisión el no haber incluido en el Pliego la referencia a las instalaciones mínimas imprescindibles para la prestación del servicio, lo que no queda desvirtuado por lo prescrito, respecto de la obligatoriedad de utilización de las estaciones en el artículo 75.2 del ROTT, entre otros motivos porque: a) esa utilización no es preceptiva; b) porque la indicación de las instalaciones a utilizar según estas previsiones reglamentarias, son primordiales a la hora de poder confeccionar la oferta respecto de la tarifa a licitar, ya que tienen un coste adicional que incidiría en la explotación del servicio.

I) **Falta de concreción de las obligaciones contractuales calificadas como "esenciales"**.

Insiste la demandante que el Pliego, al objeto de su adecuación al artículo 223.f) del TRLCSP, determine la relación de *"obligaciones contractuales esenciales"*, ya que en modo alguno puede interpretarse que la relación del Cláusula 4 pueda sustituir esa omisión.

J) **Acreditación de la Solvencia Técnica y Profesional.**

El Pliego de base regulador del concurso, establece en su Anexo V.5, que *"la acreditación de la solvencia técnica y profesional exigida en esta licitación debe acreditarse con la presentación de los siguientes documentos..."*.

Entiende que la solvencia técnica y profesional puede acreditarse por uno o varios de los criterios que enuncia el artículo 79 del TRLCSP que permite la acreditación *"por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación..."*.

Según la actora esa omisión constituye una auténtica barrera de entrada, lo que ha de conllevar la anulación del Anexo V a los efectos de que puedan licitar cuantas empresas estén en condiciones de acreditar la solvencia técnica, conforme a la legislación vigente.

Termino por reconocer que la propia Administración ha reconocido que este punto 5 del Anexo V no se ajusta a Derecho, mediante sendas Resoluciones (dos) de fecha 30 de enero de 2015 (BOE de fecha 31) modificando el contenido de esta misma Cláusula en los Pliegos referidos a convocatorias de similares servicios públicos y admitiendo que los licitadores puedan acreditar su solvencia a través de otra certificación o documentación de prueba equivalente.

La Abogacía del Estado contesta a todos y cada uno de los motivos del recurso señalando respecto del último de los alegados en la demanda, que la parte actora incurre en una desviación procesal, porque el Anexo V del Pliego de Cláusulas -que según la recurrente vulneraría la legislación aplicable- no fue impugnado ante TACRC; por lo que no cabe su impugnación directa ante la Sala.

3. Comenzando por razones de orden lógico procesal, por este defecto procedimental alegado, hemos de dar la razón a la Administración demandada pues, en efecto, dicha cuestión no fue planteada en vía administrativa y, por tanto, no fue resuelta por el TACRC y, de ahí que nada tenga la Sala que revisar, máxime si se tiene en cuenta que el órgano autor de los Pliegos en cuestión es la Dirección General de Transporte Terrestre, cuyas actuaciones deben ser revisadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

()



A ello responde precisamente los pronunciamientos que ha aportado la recurrente (tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid en los que en dicha cuestión, que no en las demás planteadas, se le da la razón y se le estima su recurso anulando los apartados c), d) y e) del Anexo V.5 del correspondiente Pliego, relativos a la forma de acreditación de la solvencia técnica y profesional exigida a los licitadores.

Sin embargo, la Sala entiende que el motivo es inadmisibile. En efecto la recurrente no planteó en la vía administrativa previa la cuestión relativa a la anulación del Anexo V sobre las formas de acreditar la solvencia técnica, lo cual constituye una desviación procesal que hace a dicha petición en rigor inadmisibile.

Así la Sala ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, SAN de 11-2-2010, Rec. nº 417/2008, Sección Sexta que:

"En efecto, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa supone que el alcance de las facultades revisoras circunscriban al examen de la legalidad del acto administrativo recurrido, de tal manera que el demandante puede fundar su pretensión en cualesquiera motivos o razones y normas jurídicas que entienda procedentes, hayan sido o no alegados con anterioridad, siempre que, sin embargo, no se planteen "cuestiones nuevas" ni se modifiquen las pretensiones ejercitadas en la vía administrativa.

En relación con la desviación procesal la STS de 10 de abril de 1992 declaraba que: "Como establecemos en nuestra reciente Sentencia 12 marzo pasado, el proceso contencioso-administrativo no permite la "desviación procesal", la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones (no motivos) nuevas, respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, y por tanto, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las peticiones o pretensiones que no fueron objeto de las resoluciones administrativas impugnadas al efecto de no alterar la función esencialmente revisora de la jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 43.1 y 69.1 LJCA , al determinar respectivamente, que: "Esta jurisdicción juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición " y que "en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubiera expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste", pues sí dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos en defensa del Derecho, en modo alguno permiten pueda alterarse, reformarse ni menos adicionarse a la pretensión, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella, ya que sí la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa permite la alteración de los fundamentos jurídicos deducidos ante la Administración o la ampliación de los mismos, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta cuestión suscitado en dicha vía previa, pueda albergar razones fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo antecedentes de la litis, no autoriza se produzca en ella una discordancia objetiva entre lo pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional "

En igual sentido la S.T.S. 3ª sec. 2ª, 18-02-1999 establece que: "lo único permitido, sin ruptura del equilibrio procesal de las partes, es aducir nuevos motivos o razones o meras alegaciones, en su sentido propio de simples argumentaciones de las peticiones, siempre las mismas, deducida en la demanda y contestación.

No cabe, pues, confundir la cuestión litigiosa que determina objetivamente el ámbito del proceso, y los motivos o razones jurídicas que, se alegan como soporte de lo pretendido, cuya variación o ampliación pueden realizarse en cualquier momento o hito procedimental, porque una cosa es el factor diferencial de lo que constituye la esencia identificadora, en todos sus matices, del objeto controvertido planteado (entendiendo por objeto -ya que el vocablo es susceptible de más de una acepción - la materia o tema planteado, en su prístino y verdadero contenido, que es lo que sirve de base y configura la petición y pretensión correspondientes y se traduce o plasma, en definitiva, en el concepto de cuestión), y otra cosa distinta es el argumento o motivo o el razonamiento empleado en justificación de lo pretendido en relación con la materia o tema básico controvertido. En realidad, los dos componentes referidos pueden enmarcarse, uno, en ámbito propio de los hechos y, el otro, en el de la dialéctica, la lógica y derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho), sobre todo y especialmente en los escritos de conclusiones también, en los que, siendo posteriores, y circunstancialmente ajenos a éstos, se reputan injustificadamente como esenciales por la parte recurrente), y la elasticidad y ductilidad permitida en el campo de lo segundo (fundamentos o razonamientos jurídicos)."

Por su parte, la sentencia de 6 de febrero de 1999 también del Tribunal Supremo reiteraba que la naturaleza revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa sólo exige la existencia de un acto o actuación de una Administración Pública sometida al Derecho Administrativo para que, respecto de él o en relación con ella, puedan deducirse por el interesado las pretensiones que estime pertinentes; recalcando que "No es el contenido del acto el que determina la extensión y los límites de la revisión jurisdiccional, sino las peticiones de la



demanda, en relación con él, las que acotan, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria". Así el requisito de que la Administración, previamente a la vía jurisdiccional, haya tenido la oportunidad de resolver sobre lo que el interesado postule en su demanda, no puede interpretarse como una exigencia de coincidencia total ya que el recurrente en el proceso puede perfilar, ampliar o extender la inicial pretensión impugnatoria deducida en vía administrativa, en palabras de la propia sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar **"siempre que no desborde el marco general de referencia del acto o actuación correspondientes. Tampoco puede significar, y esto es estricto mandato legal - artículo 69 y 56 de la anterior y vigente Ley Jurisdiccional -, que no pueda apoyar su pretensión en motivos distintos de los utilizados en la vía administrativa".**

También el Tribunal Constitucional en sentencias recientes (STC de 5 de julio de 2001) a propósito de la interpretación del artículo 69 de la anterior Ley Jurisdiccional (idéntico en lo sustancial al artículo 56 de la vigente Ley 2911998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) ha recalcado que lo relevante a los efectos que ahora nos ocupan es: "...frente a lo que se afirma, en la decisión judicial, ni se han alterado « los hechos que individualizan la causa de pedir », ni ante el órgano judicial se han planteado « pretensiones » diferentes a las que se ejercitaron frente a la Administración local ni, en fin, una interpretación del art. 69. 1 LJCA y del carácter revisor de la Jurisdicción que sea respetuosa con el principio por actione permite concluir que ha existido, desviación procesal que impida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión de la no sujeción de los expedientes de dominio al Impuesto sobre, el Incremento del Valor de los Terrenos

(...)

En el presente caso, en la demanda, con manifiesta desviación procesal se insta, apartándose de la inicial solicitud, la declaración de nulidad de pleno derecho del referido contrato de opción de venta pretensión que, a mayor abundamiento, sería de imposible estimación por cuanto la CNMV, como bien se alega, carece de potestades administrativas para declarar la nulidad de pleno derecho de un contrato de opción de venta suscrito en el marco de la negociación jurídico-privada".

Consideraciones que resultan aquí de aplicación y que conllevan la inadmisibilidad de tal pretensión.

4. Precisamente la referidas SSTJ Madrid, de 29 de octubre de 2015 (2) y 14 de enero de 2016 (1) han analizado gran parte de las cuestiones que ahora la parte vuelve a plantear en su recurso en idénticos términos.

Las precitadas sentencias en los Fundamentos Quinto a Noveno, ambos inclusive, resuelve una buena parte de las mismas cuestiones que aquí se plantean, en los siguientes términos:

" QUINTO. - Entrando en el examen del fondo del asunto, son muchas y variadas las cuestiones planteadas en este recurso.

Solicita el recurrente en primer término se revoque la resolución impugnada por haber prescindido totalmente del procedimiento legal establecido al efecto en la normativa sectorial de aplicación (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), toda vez que los artículos 70.1 LOTT y 61.2, 62,1, 63 y 68,2 del ROTT establecen como trámites preceptivos previos, la redacción de un proyecto de prestación de los servicios y apertura de un periodo de información pública sin que se den las circunstancias previstas en el artículo 95.2 del ROTT para la exención de los citados trámites.

Por el contrario, la Administración demandada sostiene que, conforme al artículo 95 del ROTT, la Administración puede convocar un nuevo concurso para el otorgamiento de una nueva concesión, dando por cumplidos todos los requisitos contenidos en el Capítulo Primero de este Título, salvo que se pretenda introducir modificaciones significativas en relación con los tráficos o el itinerario de la concesión extinta y el servicio que ahora se licita (VAC-066) fue establecido el 16 de junio de 1994, recogiendo el Pliego impugnado tráficos idénticos sin que su itinerario haya sufrido alteración.

El artículo 70 de la LOTT dispone que "La prestación de los servicios regulares permanentes de transporte de viajeros de uso general, deberá ser precedida de la correspondiente y fundada resolución administrativa sobre el establecimiento o creación de dichos servicios, la cual deberá ser acompañada de la aprobación del correspondiente proyecto de prestación de los mismos".

Por su parte, el Real Decreto 1211/90, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOTT, regula en el título III (transportes regulares de viajeros), Capítulo 1º (establecimiento de servicios regulares permanentes de uso general), artículos 61 a 65 dicha materia. El artículo 61.2 de la norma reglamentaria se pronuncia en idénticos términos al artículo 70 de la LOTT. El artículo 62.1 exige para realizar el establecimiento de los servicios a que se refiere este Capítulo un anteproyecto, que deberá ser remitido a cada una de las Comunidades Autónomas por las que discorra el itinerario del servicio y sometido a información pública. Además ha de recabarse los informes del Consejo Nacional de Transporte Terrestre, del Comité Nacional de Transporte



por Carretera y de las Comunidades Autónomas afectadas. Una vez valoradas las alegaciones presentadas y los informes emitidos se aprobará, en su caso, el proyecto, que servirá de base al pliego de condiciones (artículo 63).

Ahora bien, dichos preceptos se refieren a los supuestos de establecimiento o creación de servicios regulares permanentes de transporte de viajeros de uso general.

Por su parte el artículo 95 que atañe a la extinción de las concesiones dispone en su apartado segundo que " En los supuestos señalados en las letras a), b), c), d), f), g), h) y j) del apartado anterior, cuando no existan razones que aconsejen la supresión de los servicios que venían siendo prestados mediante la concesión extinguida, la Administración podrá convocar un nuevo concurso para el otorgamiento de una nueva concesión, dándose por cumplidos todos los requerimientos contenidos en el capítulo primero de este título, salvo que se pretendiese introducir modificaciones significativas en relación con los tráficos o el itinerario de la concesión extinta".

Es decir la norma permite eximir de los trámites antes mencionados y contenidos en el Capítulo Primero del Título III, siempre que no se pretenda introducir modificaciones significativas en relación con los tráficos o con el itinerario de la concesión extinta.

Basta un mero examen de los tráficos e itinerarios a realizar contenidos en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación para comprobar que prácticamente son los mismos que los existentes en la concesión previamente existente, denominado "Badajoz- Sevilla con hijuelas", adjudicado a la empresa Damas en el año 1994 y cuyo plazo de duración terminó el 2 de julio de 2012, si bien, fue prorrogado hasta el 2 de julio de 2013, coincidiendo en lo sustancial.

Consta en el expediente remitido que, el anterior adjudicatario de la concesión, la mercantil Damas SA, solicitó del Ministerio de Fomento la modificación de la concesión VAC-066, que afectaría a las siguientes rutas: Ruta nº 4 El Real de la Jara- Sevilla. Ruta nº 28.- Aroche- Huelva y ruta nº 38 Encinasola - Huelva, que causarían baja de la concesión y que discurren íntegramente por la Comunidad Autónoma Andaluza y que se integrarían en la concesión VJA-139 Aracena- Huelva con hijuelas, cuyo titular es, asimismo, la sociedad Damas S.A.

El Ministerio de Fomento, previo informe de la Dirección General de Transporte de la Junta de Extremadura y de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, por resolución de 22 de febrero de 2011, publicada en el BOE de 2 de abril de 2011, autoriza la segregación de los tráficos entre las localidades de El Real de la Jara-Santa Olalla del Cala- El Ronquillo- Las Pajanosas- Santiponce- Camas y Sevilla, entre Cortesana-Arroyo (cruce), Almonaster La Real- Santa Ana La Real 8 cruce), La Corte-Patras (cruce), Zalamea La Real-Valverde del Camino- Los Pinos- Beas- Trigueros- San Juan del Puerto y entre Encisanola- Cumbres de San Bartolomé- Cumbres de En medio-La Nava- Garazola- Jabugo- Santa Ana La Real (cruce), La Corte- Pairas (cruce) Salames La Real- Valverde del Camino- Los Pinos- Beas- Trigueros- San Juan del Puerto y Huelva, de la concesión Badajoz Sevilla con hijuelas (VAC 066) y su integración en concesiones autonómicas de la Junta de Andalucía, con excepción de las localidades extremeñas Higuera La Real y Fregenal de la Sierra, que no se segregan de la concesión VAC-066 y siguen manteniendo los mismos tráficos interautonómicos.

Por otro lado, conforme a lo prevenido en el artículo 72.3 de la ley 16/1987, de 30 de julio, por la que se aprueba la Ordenación del Transporte Terrestre, la Administración General del Estado, antes de iniciar el procedimiento tendente a la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente que incluyese tráficos íntegramente comprendidos en el territorio de una comunidad autónoma, solicite el informe de aquélla acerca del mantenimiento de los mencionados tráficos dentro de ese servicio o su posible segregación como servicio independiente de competencia autonómica, lo que consta que ha ocurrido en el caso enjuiciado respecto a la Comunidad Autónoma de Extremadura como se deduce del expediente administrativo, ya que con fecha 15 de noviembre de 2012, reiterado el 29 de julio de 2014, la Junta de Extremadura comunicó al Ministerio de Fomento su voluntad de gestionar los tráficos internos de esa Comunidad Autónoma, acordando la Administración demandada no mantener los mencionados tráficos, una vez que se formalice el nuevo contrato.

En consecuencia, no existe modificación alguna significativa en relación con los tráficos o con el itinerario de la concesión extinguida VAC - 066, salvo lo anteriormente expuesto, por lo que la Administración no venía obligada a seguir el procedimiento establecido en el Capítulo 1º del Título III, conforme a lo previsto en el artículo 95 del ROTT antes transcritos, por lo que procede desestimar dicha alegación.

SEXO.- En cuanto a la dotación mínima que el contratista debe adscribir al servicio señala la actora que el Pliego impugnado solo considera personal estrictamente necesario para prestar el servicio a la categoría de conductor, y, por otro lado, solo admite como personal con derecho a subrogación al personal con esa categoría y en el número que se explicita, independientemente de que el personal con ese derecho pertenezcan a otras categorías y en un número superior al fijado en el pliego. Afirma que, en todo caso, el anexo VII ha de recoger, conforme al artículo TS de la LOTT la relación de personal mínimo más el de aquel que tenga derecho a la subrogación, lo que no hace el Pliego, ya que para un servicio de la clase que nos ocupa, no solo precisa de personal conductor, sino



también de personal mínimo para la gestión del tráfico, para la gestión comercial, taquilleros en las estaciones etc. Por otro lado, respecto al personal conductor, el número fijado en el pliego (3) es claramente inferior al que con carácter de mínimo se precisa para realizar el servicio, teniendo en cuenta el número de expediciones y su calendario.

El artículo 73.2 de la Ley 16/1987, de 30 de Julio dispone respecto a los extremos que, en todo caso, se han de incluir en el pliego de condiciones que ha de regir el contrato, en sus apartados g) y h) "la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio" y "Cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose, los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir la dotación mínima señalada en el apartado anterior". Y el artículo 75.4 señala que "Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del art. 73.2. En este supuesto, 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 del personal al 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 prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste. Tal información se suministrará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73.2."

Consta en el anexo Vil del Pliego objeto de impugnación la relación de personal de la concesión VAC- 066 a los que afecta la subrogación, formada por 3 conductores, y haciendo constar en dicha relación, el tipo de contrato, la antigüedad en la empresa, los derechos laborales y colectivos y el coste para la empresa en el ejercicio de 2012. Es decir, la Administración demandada menciona en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato al personal mínimo con derecho a subrogación según la relación que la facilita la empresa que presta el servicio VAC 072 y que se encuentra adscrito al mismo, conforme a lo dispuesto en la normativa transcrita.

En consecuencia, procede desestimar la alegación actora de que existe otro personal que tendría derecho a subrogación o que el personal mínimo fijado no es suficiente, por cuanto que como hemos dicho, la Administración se ha limitado a expresar en el pliego el personal mínimo que, según la empresa que presta dicho servicio, se encuentra adscrito al mismo y que debe subrogarse la nueva empresa a la que se le adjudique el contrato.

Por otra parte debemos señalar, que el artículo 73.2 de la Ley 16/1987, de 30 de Julio se refiere a la dotación **mínima** que el contratista debe adscribir al servicio, debiendo subrogarse el nuevo adjudicatario solo del personal de la anterior empresa para cubrir dicha dotación mínima, y, tal y como sostiene la Abogacía del Estado, dicho personal mínimo debe limitarse a los conductores, que son los únicos verdaderamente necesarios para prestar el servicio. A ello debemos añadir que siendo el compromiso de absorción una obligación legal, la antigua empresa, si desea concursar nuevamente 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. Por ello, la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia en su informe de 27 de marzo de 2014, sobre los pliegos tipos de condiciones para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera, en su apartado III.2.4 "personal" afirma que "la obligación de asumir el personal del incumbente por parte de los demás lidiadores puede constituir una ventaja discriminatoria a favor de aquel, que configure un obstáculo a la competencia. Sin perjuicio de que dicha subrogación pueda ser ajustada a la reglamentación sectorial debería ser objeto a la máxima transparencia previa a la licitación, interpretación restrictiva y justificación desde la óptica de la regulación económica eficiente". Continúa diciendo que no existe interpretación restrictiva cuando se obliga a la asunción de personal distinto de los conductores de los vehículos adscritos a la concesión, y en el caso de que esto ocurra puede acentuarse la carga económica de los potenciales entrantes y restringir su capacidad de decisión en la configuración de la oferta presentada, reduciendo sus incentivos para licitar y, al reducir la tensión competitiva, incrementar el coste final para los usuarios:

Afirmaciones que esta Sala comparte en su integridad, debiendo añadirse que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, prohíbe la existencia de discriminación en los procedimientos de contratación pública a favor de los previos contratistas, al disponer en su artículo 45

que " en sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que -. hayan contratado previamente con cualquier Administración. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de ley así como en aquellos actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración".

Consecuentemente con lo expuesto procede desestimar la alegación actora.

SÉPTIMO.- Señala, por otro lado, la actora que la cláusula 1.11 del pliego obliga al sometimiento a las Juntas Arbitrales de Transporte en relación con cualquier controversia que pueda suscitarse con los usuarios del servicio en el cumplimiento del contrato de transporte y que ello excede de la regulación legal (artículos 73.2 y 38.1 de la LOTT y 68.3.8 y 69.1 del ROTT), añadiendo que esta prescripción del Pliego, como tñ requisito "sine que non" para poder licitar, no es conforme a derecho, como tiene declarado el TC en sentencias 174/95, 75/96 y 325/2006, en el sentido de que no puede constituir una condición para licitar ni tampoco ser objeto de valoración de la oferta.

La cláusula 1.11 del Pliego, que lleva por título "Sometimiento al arbitraje de las

Juntas Arbitrales de Transporte" dispone que "la empresa contratista del servicio público de transporte se compromete a someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en relación con cualquier controversia que, pueda suscitarse con los usuarios del servicio, en el cumplimiento del contrato de transporte".

Por su parte, el artículo 73.2 de la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, dispone respecto a los extremos que, en todo caso, se han de incluir en el pliego de condiciones que ha de regir el contrato, en su apartado ñ) "el compromiso del contratista de someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en relación con cualquier controversia con los usuarios acerca de la prestación del servicio". De análoga forma, el artículo 68.3 del RD 1211/90, de 28 de septiembre, por la que se aprueba la norma reglamentaria establece que se hará constar en el pliego de condiciones los siguientes extremos, mencionando en el apartado octavo "El compromiso de la empresa prestataria de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en los litigios que, en relación con el contrato de transporte, puedan suscitarse con los usuarios del servicio, cuando dicho arbitraje sea instado por éstos conforme a lo que se señala en el art. 9.". Finalmente, el artículo 69 de la norma reglamentaria califica como obligación esencial que deben ser respetadas por las distintas ofertas, las cuales no podrán introducir variaciones en las mismas, entre otras, "el compromiso del concesionario de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte cuando éste sea instado por los usuarios".

En consecuencia con lo expuesto la Sala estima que la cláusula 1.11 de Pliego se atiene estrictamente a la normativa reguladora de la materia, que considera como una obligación esencial del contratista su compromiso de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte, cuando el arbitraje sea instado por los usuarios del servicio, en relación con el cumplimiento del contrato de transporte. Obligación que ha de hacerse constar, necesariamente, en el Pliego de Condiciones rector del contrato.

Finalmente debemos señalar que, las SSTC que el recurrente cita en su demanda no son aplicables al presente caso, por cuanto que no queda excluida la vía jurisdiccional sin pasar por el procedimiento arbitral para el usuario, dado que dicha cláusula del pliego y la normativa reguladora de la materia que, como ya hemos dicho, prevé que el concesionario se comprometa a someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en todos aquellos supuestos que sean instados por los usuarios, solo vincula a los lidiadores y no a los usuarios del servicio, los cuales si lo desean, pueden acudir directamente a la jurisdicción sin someterse al procedimiento arbitral.

A la vista de lo razonado procede desestimar dicha alegación.

OCTAVO.- Afirma la actora, por otro lado, que, conforme a lo prevenido en los artículos 73.2 de la LOTT y 68.3 de ROTT, se ha de incluir en el Pliego, respectivamente, las instalaciones fijas que, en su caso, haya de aportar el contratista para la prestación del servicio y las instalaciones que, en su caso, resulten necesarias. Continúa diciendo que aún admitiendo que el Pliego no exija que las empresas aporten instalaciones de clase alguna, sin embargo, si es necesario que el pliego indique cuales son las instalaciones necesarias, en especial, las estaciones de viajeros en los puntos de origen y destino, como las intermedias, y ello no queda desvirtuado por la obligatoriedad de utilización de las instalaciones prevista en el artículo 75.2 del ROTT, ya que esa utilización no es preceptiva cuando las empresas dispongan de instalaciones propias añadiendo que la indicación de las instalaciones de titularidad pública son necesarias a la hora de confeccionar la oferta respecto de la tarifa a licitar, ya que tienen un coste por lo general no menor del 10% de los ingresos o facturación. Concluye, por tanto, que la omisión total del elemento instalaciones debe ser corregido en el pliego.

El artículo 73.2 de la LOTT determina que "en todo caso se incluirá en el pliego las instalaciones fijas que, en su caso, haya de aportar el contratista, para la prestación del servicio". En el caso enjuiciado, el pliego no



contiene alusión alguna a las instalaciones fijas que haya de aportar el contratista para la prestación del servicio, y en consecuencia, hay que presuponer, que el contratista no ha de aportar ninguna instalación fija por no ser necesario por existir estaciones de viajeros públicas en los puntos de origen, destino e intermedios.

Por su parte, el artículo 68.3 del ROTT dispone que se hará constar en el pliego de condiciones, entre otros extremos "las instalaciones que, en su caso, resulten necesarias". Por tanto, si el pliego no menciona ninguna ello es debido a que no resultan necesarias, pues no cabe obviar que el artículo 75.2 del ROTT obliga a las empresas de transporte a utilizar las estaciones públicas de autobuses, por lo que no es necesario su mención expresa en el Pliego.

En cuanto a la tasa a satisfacer por la entrada y salida de los autobuses de dichas estaciones, será una cantidad a tener en cuenta por lo lidiadores a la hora de llevar a cabo su oferta económica, sin que ello implique la nulidad del pliego por los motivos aducidos en la demanda.

Avala lo expuesto el hecho de que el pliego que rige el contrato, en la cláusula 3.4 referente a los criterios de valoración de la oferta mas ventajosa no efectúe alusión alguna a las instalaciones, al no considerar que el contratista para la prestación del servicio haya de aportar alguna instalación fija.

Asimismo, la Sala no puede compartir, al no haber practicado prueba alguna acreditativa de dicho extremo, la alegación de que las empresas han venido invirtiendo y adoptando medidas para estar preparadas en lo referente a dicho elemento (instalaciones) al objeto de obtener la debida puntuación en los concursos que se convoquen. Por el contrario, es mas creíble la afirmación de la Administración de que en los últimos años se han construido en las ciudades estaciones de autobuses e intercambiadores, por lo que sería un contrasentido admitir puntos de paradas distintos de los ya establecidos.

En consecuencia con lo expuesto, procede desestimar dicha alegación.

NOVENO.- Dice la actora que el Pliego no menciona las obligaciones contractuales que han de ser calificadas como esenciales, lo que es necesario ya que su omisión implica la no aplicación del artículo 223, apartado f) del TRLCSP, que determina como causa de resolución del contrato "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato" añadiendo que, conforme a lo prevenido en el artículo 69 del ROTT, las condiciones que el pliego clasifique como esenciales "deberán ser respetadas por las distintas ofertas, las cuales no podrán introducir variaciones en las mismas",

Tampoco dicha alegación puede tener favorable acogida, por los motivos que expone la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, por cuanto que la LOTT, tras la modificación operada por la Ley 9/2013, ya no clasifica las condiciones contenidas en los pliegos según su carácter esencial de requisito mínimo u orientativo.

Por otro lado, debemos señalar que la cláusula 5 del pliego de condiciones del contrato, referente a las causas de resolución del contrato, además, de remitirse a las establecidas en los artículos 223, 286 del TRLCSP y 82.3 de la LOTT, menciona como causas particulares de resolución del contrato " el incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de subrogarse en el personal en las condiciones establecidas en la cláusula 1.8. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación del abono anual del canon establecido en la cláusula 1.10. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte establecida en la cláusula 1.11. El incumplimiento por el adjudicatario de la obtención de certificación o auditoria de seguridad en las condiciones establecidas en la cláusula 3.4.1.4. El incumplimiento por el adjudicatario de la obtención de certificación o auditoria de eficiencia energética en las condiciones establecidas en la cláusula 3.4.1.5. El incumplimiento por el adjudicatario de la obtención de la certificación de calidad en el servicio Norma UNE EN 13816 en las condiciones establecidas en la cláusula 3.4.2.4. El incumplimiento de la empresa adjudicataria del compromiso de mantener el porcentaje de participación así como el tiempo de permanencia en la sociedad de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 10.8 sobre n° 1) del anexo V de este Pliego. El incumplimiento por el adjudicatario de cualesquiera de las condiciones establecidas en la cláusula 4.1".

De lo expuesto se deduce que el pliego no solo se remite a las causas de resolución del contrato establecidas en los artículos 223, 286 del TRLCSP y 82.3 de la LOTT, sino que con carácter detallado y exhaustivo menciona en 8 apartados otras causas que también pueden dar lugar a la resolución del contrato, y en concreto la última de las mencionadas se refiere expresamente al incumplimiento de cualesquiera de las condiciones establecidas en la cláusula 4.1 que expresamente se refiere a las obligaciones de la empresa contratista.

Por tanto, hay que entender el pliego rector del contrato ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 223. f) del TRLCSP, al mencionar expresamente las obligaciones contractuales esenciales, cuyo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato."

Las razones dadas en las sentencias de actual referencia son compartidas por la Sala lo que nos ha de llevar, no obstante, aquí a desestimar el recurso en cuanto se refiere a los extremos referidos.



5. Por último, haremos referencia aquellos otros motivos esgrimidos en la demanda y que no han sido resueltos, amén de lo dicho sobre la inadmisibilidad del primero de los motivos por desviación procesal, en las precitadas sentencias.

Comencemos con la determinación de la competencia administrativa para licitar el contrato de transporte en cuestión. En este punto la Sala comparte las afirmaciones del TACR cuando afirma que, en efecto, no le corresponde la función de dirimir sobre cuestiones tales como la planteada por la recurrente, por tratarse de cuestiones fuera de su competencia, centrada en fiscalizar el procedimiento de adjudicación pero no, en definitiva, la competencia del poder adjudicador de los contratos del sector público.

Tampoco cabe admitir la pretendida vulneración del artículo 4.1 del Reglamento UE 1370/2007, porque, como alega el Abogado del Estado no se han definido en ningún momento las modalidades de distribución de los costes derivado de la prestación de los servicios, tal y como se exige en ese precepto. A lo que cabe añadir que dicha información figura en los folios 49 a 51 del Pliego en cuestión (documentos 6 y siguientes del expediente remitido por el órgano de contratación).

Respecto a la improcedencia de la nueva convocatoria a la vista de la publicación en el DOUE, amén de la desviación procesal que conlleva, ya que lo alegado en la vía administrativa fue la falta de publicación en el DOUE y en vía jurisdiccional lo que se está alegando es la incorrecta publicación, lo cierto es que tal motivo tampoco puede prosperar.

En efecto, como la propia parte actora no deja de reconocer, el anuncio se publicó en 2010 en los términos que consta en el expediente, pero además se publicó también el 25 de junio de 2014 en el DOUE, cumpliendo con ello lo estipulado en el artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007. Sin que, por lo demás, justifique la parte actora que perjuicio concreto le ocasiona esa publicación, limitándose a señalar que supone un engaño para empresas europeas, que pueden planificar su oferta teniendo en cuenta ese anuncio y no el del BOE.

También, sostiene la actora que dado que la Resolución aquí recurrida anuló la Cláusula 3.5 del Pliego, el órgano de contratación debió publicar la modificación que ello suponía en el BOE, dando con ello nuevo plazo para la presentación de ofertas. Añade que el TACRC debió, al anular la Cláusula, anular también la convocatoria.

Pero tampoco el vicio que se aduce puede ser admitido, ya que se trata de la ejecución de la Resolución impugnada y, por tanto, de algo posterior a la misma, teniendo en cuenta, además, que se trata también de una cuestión nueva puesto que no se solicitó tampoco la rectificación de la resolución y, en definitiva, al igual que las anteriores cuestiones plantea la actora con ello cuestiones de ejecución de la resolución impugnada y del alcance de la misma en lo sucesivo, algo que evidentemente queda fuera de la revisión de este Tribunal; amén de que el fondo de la pretensión, una vez más se pretende apoyar sobre la base de hipotéticos perjuicios para hipotéticas empresas ajenas a la licitación controvertida.

6. Y, por último, y en relación con la cláusula 3.3.1 del Pliego, que prescribe: "*Si la mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días hábiles para que el licitador subsane el error*", alega que el TACRC, en su Resolución, admite que esta Cláusula vulnera la normativa que es de aplicación, pero aun así, en lugar de declarar su nulidad y correspondiente obligatoriedad de volver a publicitar una nueva convocatoria concursal con arreglo a las previsiones legales, razona sobre la validez del Pliego, una vez entendido que la interpretación de la Cláusula deberá hacerse conforme a la norma aplicable.

Estima, sin embargo, que este razonamiento del TACRC no es válido por cuanto, siendo la norma del concurso, ninguna empresa licitante que con arreglo a esta cláusula sea indebidamente rechazada en orden a la subsanación de errores o vicios reparables, podría impugnar una actuación de la Mesa de Contratación en este sentido. Y que la declaración posterior de la Administración, con motivo del recurso especial, especificando que no va a aplicar la cláusula en los términos redactados sino en otros distintos adecuados a la norma, no constituye fundamento alguno de derecho para mantener la cláusula en sus propios términos.

En efecto, como pone de manifiesto la parte recurrente, el órgano de contratación en su informe al recurso especial admitió, en relación con dicha cláusula, que su redacción adolecía de cierta confusión en su expresión "podrá conceder, si lo estima conveniente"; y señalaba que la expresión se refiere a la potestad que tiene la mesa de contratación de conceder 1, 2 ó 3 días para la subsanación por los candidatos de los errores detectados en sus proposiciones y no a la falta de aplicabilidad de la medida.

Y el TACRC, en su resolución, señala que la cláusula parece mal redactada y puede llevar a la confusión acerca de si la disponibilidad es del trámite de subsanación o del plazo. Pero concluye que, no obstante, aclarada en el informe del recurso la interpretación que el órgano de contratación pretende dar a la cláusula, de conformidad



con la pretensión de los recurrentes, estima que no procedería la revisión de la misma toda vez que se trataría de un problema de interpretación de la cláusula que deberá hacerse conforme a la normativa aplicable.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 81.2 del RLCAP establece que *"Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicara verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación"*.

Este precepto establece un trámite obligatorio de subsanación o corrección de aquellos defectos que sean subsanables, y sin embargo, la cláusula impugnada parece que faculta a la Mesa para otorgar dicho trámite sólo si lo estima conveniente, lo que sería contrario al tenor del artículo 81.2 transcrito.

Ahora bien, el sentido que es propio a las cláusulas del pliego ha de establecerse a la luz de los preceptos y principios a los que han de ajustarse, entre estos últimos el de subsanación de los defectos formales o materiales que descansa en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del que el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, es una aplicación (STS de 25 de mayo de 2015 -rec. cas. 322/2014), y en consecuencia, ningún obstáculo hay para mantener dicha cláusula, la cual es válida siempre que se interprete y aplique conforme a la normativa expuesta, en términos ya admitidos por la propia Administración y el TACRC. De este modo cualquier aplicación de la citada cláusula contraria a lo establecido en el artículo 81.2 RLCSP no sería conforme a derecho, y su tenor literal, ciertamente confuso, no podría prevalecer sobre la normativa de aplicación.

7. De lo anterior deriva la desestimación del recurso con la paralela confirmación de la Resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

En atención a lo expuesto la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la **FEDERACION NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS)**, contra la Resolución de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso ordinario de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.