



Roj: **SAN 1329/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1329**

Id Cendoj: **28079230042016100107**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/03/2016**

Nº de Recurso: **575/2014**

Nº de Resolución: **148/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000575 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05225/2014

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

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

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. 575/2014** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la **FEDERACION NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS)**, representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla y asistida del Letrado D. Fernando José Cascales Moreno contra Resolución de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que desestima el recurso especial en materia de contratación deducido contra la resolución de la Dirección General de Transportes Terrestre de 16 de junio de 2014, por la que se convoca licitación pública y se aprueba el pliego de condiciones que ha de regir la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Ávila; siendo parte demandada la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento), representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 15 de octubre de 2014, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 10 de diciembre de 2014, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 3 de febrero de 2015 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) tenga por formalizado el trámite de formulación de la demanda contra la Resolución del TACRC N° 588/2014, 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 Ávila, 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 >>.

CUARTO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 29 de abril de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 16 de marzo de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

SEXTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, Magistrada de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS), impugna la resolución de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que desestima el recurso especial en materia de contratación deducido contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestre de 16 de junio de 2014, por la que se convoca licitación pública y se aprueba el pliego de condiciones que ha de regir la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Ávila.

SEGUNDO.- La 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-León, 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.

Alega 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 exime 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. Se sostiene en la demanda 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.

Continua la actora diciendo que el Pliego impugnado adolece de dos clases de inadecuaciones a Derecho, a saber: de una parte, sólo considera personal estrictamente necesario para prestar el servicio a la categoría de "*conductor*"; y de otra parte, 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.

Estima 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*". Así, 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 publicitar 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 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.

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.

TERCERO.- 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. No hay que olvidar que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto, no la actuación de la Administración, en este caso de la Dirección General de Transportes Terrestres, sino la resolución del TACRC. Es de la conformidad a Derecho de esta última de lo que se trata (en este sentido, STS de 25 de mayo de 2015 -rec. 322/2014). Sin embargo, la recurrente pretende que la Sala revise ahora, no esta resolución, sino la dictada por la Dirección General de Transportes



Terrestres, órgano autor de los Pliegos en cuestión, 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.

CUARTO.- Precisamente la referidas SSTJ Madrid, de 29 de octubre de 2015 (rec. 714/2014 y 33/2015), aportadas por la recurrente, 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. Así, la primera de ellas argumenta lo siguiente:

" 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 discurre 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 Encinasola- 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 73 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 VII 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 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 aun 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 más 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 más 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 nº 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."

QUINTO.- Las razones dadas en tales las sentencias son compartidas por la Sala, y son de aplicación al presente supuesto, ya que tanto los Pliegos como las circunstancias concurrentes son análogos, lo que nos ha de llevar aquí a desestimar el recurso en cuanto se refiere a los extremos referidos.

Cabe hacer mención, en cuanto a la primera cuestión analizada que, en el presente caso, como en los contemplados en las referidas sentencias, tampoco se ha producido una modificación significativa de los tráficos a realizar, pues observados los tráficos que comprendía la anterior concesión (doc nº 2 del CD remitido por la Administración en fase probatoria) y los incluidos en el Pliego de Cláusulas impugnado, se observa que coinciden sustancialmente, salvo las variaciones derivadas de la nueva denominación de algunas carreteras, así como la exclusión de los tráficos autonómicos de la Comunidad de Madrid, teniendo en cuenta que ésta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LOTT 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.

Hay que añadir, asimismo, que no se aprecia la pretendida vulneración del artículo 4.1 del Reglamento UE 1370/2007 , en lo relativo a las modalidades de distribución de costes, pues este precepto establece que las mismas deberán definirse en los contratos de servicio público, pero no exige su inclusión en el Pliego. Así, observamos que en el Pliego de condiciones se establece en la cláusula 3.7 "Adjudicación y formalización del contrato" que la Dirección General de Transporte Terrestre requerirá al el licitador que haya presentado la oferta mejor valorada para que comunique, dentro del plazo de tres meses, entre otros extremos "la estructura de costes de la prestación del servicio", y que "en el contrato formalizado quedarán determinadas las condiciones de prestación del servicio, ajustadas al Pliego de condiciones de la licitación modificado conforme a la oferta del adjudicatario".



Como señaló el órgano de contratación en el informe elaborado con motivo del recurso especial interpuesto por ASINTRA (y también resuelto en la resolución impugnada), el estudio económico figura en el expediente (se acompaña como documento nº 6). Argumenta, a estos efectos, que la tarifa máxima se calcula par cada concesión en función de su particular estructura de costes y de su estimación de demanda de viajeros (recomendación CNMC página 12 del informe). Y que el modelo de estructura de costes es el contenido en el Observatorio de Costes de Transporte de Viajeros en autocar que semestralmente viene publicando el Ministerio de Fomento. Que este Observatorio contiene un análisis de los costes medios que la explotación de un vehículo genera a una empresa de transporte de viajeros tipo, entendiendo como tal aquella que aplica criterios de gestión que le permiten mantener unos niveles de rentabilidad y equilibrio patrimonial que garanticen su permanencia en el mercado en el medio y largo plazo.

SEXTO.- A continuación, procederemos a examinar el resto de los motivos esgrimidos en la demanda y que no han sido resueltos, amén de lo dicho sobre la inadmisibilidad del primero de los motivos, en las precitadas sentencias.

Comencemos con la determinación de la competencia administrativa para licitar el contrato de transporte en cuestión. Esta cuestión, planteada en términos análogos, también ha sido analizada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 29 de octubre de 2015 (rec. 442/2015), desestimándola con los siguientes argumentos, que esta Sala también comparte:

<<El artículo 149.1 de la CE dispone que " El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias" mencionando en el apartado 21 " Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más una Comunidad Autónoma". Por su parte el artículo 148.1 establece que " las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias ", señalando en el apartado 5 " los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma, y en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable" .

De acuerdo con lo expuesto, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 64, referente a transporte y comunicaciones dice en su apartado 1 º.3ª que " Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre transportes terrestres de personas y mercancías por carretera, ferrocarril, cable o cualquier otro medio cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio andaluz, con independencia de la titularidad de la infraestructura sobre la que se desarrolle", añadiendo el apartado séptimo del citado artículo 64 que " La integración de líneas o servicios de transporte que transcurran íntegramente por Andalucía en líneas o servicios de ámbito superior requiere el informe previo de la Junta de Andalucía".

De forma similar, la LO 4/1982, de 9 de Junio, del Estatuto de Autonomía de la región de Murcia en su artículo 10. 4 º señala que " Corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia la competencia exclusiva en las siguientes materias. Ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario discurre íntegramente en el territorio de la Región de Murcia, y en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios, por cable y tubería".

De los preceptos transcritos se deduce que el Estado ostenta la competencia exclusiva cuando se trate de transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, siendo competencia exclusiva de las Comunidad Autónoma de que se trate si el transporte discurre íntegramente por su territorio. Por otro lado, la LO 2/2007 prevé que en el supuesto de integración de líneas o servicios de transporte que transcurran íntegramente por Andalucía en líneas o servicios de ámbito superior se solicite informe previo de la Junta de Andalucía; previsión de informe para dicho supuesto que no existe en la LO 4/82, del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

Sobre la distribución de competencias en materia de transporte por carretera que se contiene en los arts. 149,1-21 º y 148,1-5º CE , y en los preceptos pertinentes de los Estatutos de Autonomía, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional declarando que el criterio territorial se configura como elemento esencial en el sistema de distribución de competencias de los transportes terrestres, ya que los preceptos citados toman como punto de referencia central el que los itinerarios se desarrollen o no íntegramente en el territorio de las Comunidades Autónomas (SSTC 86/88, f. j. 3 º y 180/92, f. j. 3º). Así, pues, el criterio territorial del radio de acción del transporte resulta decisivo, de modo que la competencia exclusiva a la que se refieren el art. 148,1-5º CE y los correspondientes preceptos de los Estatutos de Autonomía que la han asumido "es para los transportes cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la comunidad, pues la atribución de competencia exclusiva (...) sólo cabe en la medida en que ese transporte no transcurra, además de sobre el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate, sobre el de otra u otras Comunidades Autónomas, pues en este caso su ordenación es competencia exclusiva del Estado (art. 149,1-21º CE)" (SSTC 53/84, f. j. 7º y STC 180/92, f. j. 3º, que reiteran la doctrina de las SSTC 37/81, f. j. 1 º y 97/83, f. j. 4º y 15 de noviembre 1983. F.j. 7º).



Asimismo, la S. 118/1996, de 27 de junio, del pleno del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 56 señala que " De acuerdo con la doctrina establecida por nuestra S 53/84, y reafirmada en el f. j. 34 de esta misma sentencia, son de competencia estatal los servicios de transportes que discurren íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma, si constituyen fragmentos de una línea matriz supracomunitaria, esto es, de una línea de transporte que discurre por el territorio de más de una Comunidad Autónoma. Ello es así porque si bien es cierto que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva sobre los transportes que discurren íntegramente por su territorio, no la tiene sobre aquéllos que discurren por el territorio de otras Comunidades Autónomas. Sobre estos servicios parciales, es decir, sobre los tramos fragmentarios de una línea matriz supracomunitaria, tiene competencia exclusiva el Estado, y por ello es titular de las facultades que delega en el art. 2 LO 5/87 ". Continúa diciendo dicha sentencia en su fundamento jurídico 59 que " esos tráficos de corto recorrido sobre cuyas tarifas el Estado delega sus facultades en las Comunidades Autónomas, no puede ser otros que aquellos que estén en el ámbito de su competencia. Lo que, a su vez, significa que ha de tratarse de los tráficos que, aun discurrendo íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, no lo hacen con carácter exclusivo, sino formando parte -como tramos fragmentarios- de una línea matriz de ámbito supracomunitario y no de transportes discrecionales propiamente dichos (f. j. 34 de esta sentencia). Sobre estos tramos, según dijimos en nuestra S 53/84, precisamente a propósito del establecimiento de tarifas por parte de una Comunidad Autónoma, el Estado tiene la competencia exclusiva. Por el contrario, cuando se trata de tramos de corto recorrido que no transcurren por el territorio de otra Comunidad Autónoma, además de la de Cataluña, según dijimos en nuestra S 97/83 también a propósito de la fijación de tarifas para este tipo de transporte, la competencia exclusiva la tiene la Comunidad Autónoma."

A la vista de lo razonado procede desestimar dicha alegación, por cuanto que en materia de transporte por carretera es el territorio el criterio de distribución de la competencia, de tal manera que el transporte que transcurra íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma será de la competencia exclusiva de la misma, mientras que el transporte que discorra por más de una Comunidad Autónoma será de competencia exclusiva del Estado. En cuanto a los tramos fragmentarios de una línea matriz de ámbito supracomunitario la competencia corresponde, asimismo, al Estado y ello porque el artículo 148.1 de la CE , al señalar que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma, se refiere al itinerario desarrollado como un todo, sin que se pueda aplicar esta noción a las partes o fragmentos intracomunitarios de un único itinerario supracomunitario. Finalmente destacar que hay que otorgar mayor relevancia a la línea intracomunitaria (esto es, a la explotación del servicio que pueda prestarse en el itinerario previsto en la licitación) que a los tráficos comunitarios (transporte entre dos puntos de la línea).

Todo ello sin perjuicio de que, 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 Andalucía y a la Región de Murcia, como se deduce de los documentos aportados en periodo probatorio, remitiéndoles, tanto a la Dirección General de Movilidad de la Junta de Andalucía como a la Dirección General de Transportes y Puertos de la Región de Murcia, las matrices de tráfico de las distintas rutas del servicio que incluyen tráficos íntegramente comprendidos en el territorio de cada una de dichas Comunidades Autónomas, otorgándoles un plazo de 10 días (artº 76 L. 30/1992) para que informen si deseaban la segregación de los tráficos correspondientes señalando que en el supuesto de que no se contestase en el mencionado plazo se continuaría con el procedimiento sin más trámite . Dentro del plazo concedido, la Junta de Andalucía, solicitó la segregación del tráfico Jaén- Pozo Alcón con el fin de incluirlo en un servicio independiente de competencia autonómica, por lo cual solicita que al vencimiento de la actual VAC -072 se licita la nueva concesión Jaén- Benidorm sin incluir dicho tráfico. La Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento acuerda, en consecuencia, con lo solicitado por la Junta de Andalucía no mantener el mencionado tráfico.

Por el contrario no consta petición alguna en sentido similar al expuesto por la Dirección General de Transportes y Puertos de la Región de Murcia.

A la vista de lo expuesto procede desestimar dicha alegación>>.

En el presente supuesto, consta en el expediente, como antes se ha dicho, que la Comunidad de Madrid había manifestado su deseo de atender sus tráficos, y en consecuencia, los mismos no fueron incluidos en el Pliego de Condiciones. Y por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Dirección General de Transporte Terrestre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LOTT, solicitó informe a dicha



Comunidad sobre el mantenimiento de tráfico íntegramente autonómico dentro de ese servicio o su posible segregación como servicio independiente de competencia autonómica, la misma no solicitó la segregación de dichos tráfico, por lo que se mantuvieron en el Pliego tal y como ya estaban en el servicio a licitar.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Sostiene la actora que dado que la resolución aquí recurrida anuló la Cláusula 3.5 del Pliego, como consecuencia del recurso interpuesto por ANETRA, 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 una cuestión que se refiere a la 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. En todo caso, hay que señalar que el procedimiento de contratación estuvo suspendido hasta que se resolvieron los recursos especiales interpuestos contra el Pliego de Condiciones. Por tanto, cuando se inicia el proceso de licitación, dicha cláusula ya estaba anulada. Además, 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.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- De lo anterior deriva la desestimación del recurso con la paralela confirmación de la Resolución impugnada por su conformidad a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA . .

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 nº 575/2014 interpuesto por la representación procesal 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, 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 ANA MARTÍN VALERO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.