



Roj: **SAN 4400/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4400**

Id Cendoj: **28079230042016100433**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **499/2014**

Nº de Resolución: **460/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000499 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05533/2014

Demandante: FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASINTRA)

Procurador: D^a CRISTINA VEGA SUAREZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

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 noviembre de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número **499/2014**, interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASINTRA)**, representada por la procuradora doña Cristina de Vega Suarez contra distintas resoluciones, todas ellas de fecha 30 de julio de 2014 y dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- La parte actora interpuso ante esta Sala con fecha de 31 de octubre de 2014, recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose la incoación del proceso contencioso-administrativo, al que se dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción.

SEGUNDO .- La recurrente formalizó la demanda mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2015 en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando: « *que teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por presentada demanda en el presente recurso contencioso administrativo, previos los trámites legalmente procedentes, en su día dicte sentencia por la que estime el presente recurso y anulen las Resoluciones recurridas y, por tanto, se declare la nulidad de los Pliegos recurridos, todo ello, con imposición de costas a la parte demandada.* »

TERCERO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 6 de julio de 2015, en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando la desestimación del recurso y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO .- Tras acordarse el recibimiento del pleito a prueba y practicarse la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el día 16 de noviembre de 2016, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- La entidad recurrente de este proceso, que es la FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASINTRA), inicialmente impugna a través del mismo distintas resoluciones, todas ellas de fecha 30 de julio de 2014 y dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las que respectivamente se desestimaron varios recursos especiales que en materia de contratación se habían deducido contra otras tantas resoluciones de la Dirección General de Transportes Terrestre recaídas en el mes de junio de 2014, en las cuales concretamente se convocaba licitación pública y se aprobaban los pliegos de condiciones que han de regir las adjudicaciones de los contratos de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera, en los concretos tránsitos a que cada una de ellas se refiere.

En concreto las resoluciones que son objeto de impugnación a través del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo son las siguientes:

- La Resolución nº 586/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("TACRC") de 30 de julio de 2014, por la que se desestiman los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ASINTRA y FENEBUS contra el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Plasencia (Cáceres), VAC-151, licitado por el Ministerio de Fomento y se estima parcialmente el presentado por ANETRA."

- La Resolución nº 587/2014 del TACRC de 30 de julio de 2014, por la que se desestima íntegramente el recurso interpuesto por ASINTRA y se estiman parcialmente los presentados por FENEBUS, INTERBUS y ANETRA contra el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), VAC-098, licitado por el Ministerio de Fomento."

- La Resolución nº 588/2014 del TACRC ,de 30 de julio , por la que se desestiman los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ASINTRA y FENEBUS contra el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Ávila VAC-080, licitado por el Ministerio de Fomento y se estima parcialmente el presentado por ANETRA."

- La Resolución nº 589/2014 del TACRC,de 30 de julio de 2014 por la que se desestiman los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ASINTRA y FENEBUS contra el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Zaorejas (Guadalajara) y Sigüenza (Guadalajara) VAC-121, licitado por el Ministerio de Fomento y se estima parcialmente el presentado por ANETRA."

Se advierte, no obstante, que aunque inicialmente el recurso iba dirigido contra todas esas resoluciones del TACRC, en cuanto al contrato de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), que se ha dictado en el presente procedimiento auto de fecha 16 de noviembre de 2015 declarando la terminación del recurso en relación únicamente a la resolución nº 587/2014 del TACRC de 30 de julio de 2014 referida a dicho contrato, lo que se hizo tras haber comunicado la parte recurrente que la Dirección General de Transporte Terrestre había dictado el día 26 de junio de 2015



resolución efectuando una nueva convocatoria para la adjudicación de ese contrato, en la medida que aquella convocatoria había sido ya anulada por la Administración. Por lo tanto, y respecto a la citada resolución, según lo que se ha acordado se ha producido una satisfacción extraprocesal.

Asimismo la demandante, mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2015, expresa que ha decidido desistir de su recurso respecto a los contratos entre Madrid y Plasencia (referencia administrativa AC-CON-03/2014) y entre Madrid, Zaorejas (Guadalajara) y Sigüenza (Guadalajara) (referencia AC-CON-01/2014), que también han quedado así al margen del objeto del proceso que nos ocupa una vez que se ha dictado Decreto de 17 de febrero de este año teniendo a dicha parte por desistida del recurso respecto a dichos contratos.

En definitiva la controversia queda constreñida al contrato de contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Avila (referencia AC-CON-02/2014), objeto de la resolución del TACRC N° 588/2014.

SEGUNDO.- La citada Federación recurrente entiende que el concurso y consiguiente pliego regulador del único contrato que queda en cuestión -una vez que quedan fuera los demás-, vulnera el Ordenamiento jurídico que resulta 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), el 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-.

Sobre esa base se esgrimen en la demanda una serie de motivos de impugnación, que la propia parte resume en un fundamento " preliminar " de la siguiente manera:

"a) Se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para su aprobación y causando indefensión.

b) No consta en el expediente de tramitación de los Pliegos recurridos la más mínima referencia o justificación de a cuáles han sido los criterios, estudios y análisis que justifiquen que las tarifas máximas admisibles, más allá de un mínimo cuadro, por lo que deben reputarse arbitrarias.

c) Los Pliegos recurridos no prevén la subrogación de los trabajadores adscritos a la concesión, según prescriben los convenios colectivos de aplicación. Además, en relación con los trabajadores cuya subrogación sí se prevé, los Pliegos recurridos no prevén las condiciones laborales reales de estos trabajadores.

d) Algunas de las líneas a las que se refieren los Pliegos recurridos discurren en su totalidad por el territorio de una comunidad autónoma, por lo que su licitación por

el Estado supone la invasión de competencias autonómicas.

e) No consta en los Pliegos recurridos referencia alguna a las instalaciones que son necesarias para la prestación del servicio y ni siquiera la oferta de estas

instalaciones por los licitadores puedan ser puntuables.

f) En relación con los criterios de puntuación consistentes en determinadas medidas (de conectividad e intermodalidad, seguridad y eficiencia energética), estos

carecen de la concreción suficiente, lo que supone una potestad desorbitada y arbitraria.

g) Los Pliegos recurridos imponen una cláusula arbitral contraria al artículo 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres ("LOTT").

h) Los Pliegos recurridos dejan al arbitrio de la Mesa de contratación realizar o no el trámite de subsanación de deficiencias, siendo éste un trámite legalmente establecido."

TERCERO.- Cumple ya señalar que en tres sentencias de esta Sala de fecha 23 de marzo de 2016, recaídas respectivamente en los recursos 575 , 577 y 578/2014 , se han abordado la mayor parte de las referidas cuestiones en relación a todas las resoluciones del TACRC anteriormente mencionadas excepto una, las cuales asimismo son impugnadas en el actual proceso; y así:

- En el recurso 575/2014 se impugnaba la Resolución de 30 de julio de 2014 del TACRC desestimatoria del recurso especial en materia de contratación deducido contra la que había dictado la Dirección General de Transportes Terrestre, sobre convocatoria de licitación pública y aprobación del 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.

- En el recurso 577/2014 la resolución de la misma fecha del propio órgano, sobre convocatoria y pliego regulador del concurso relativo al Servicio entre Madrid, Zaorejas y Sigüenza.

- En el recurso 578/2014 la resolución asimismo de idéntica fecha y órgano, respecto al mismo tipo de servicio público entre Madrid y Plasencia.

- En el recurso 576/2014, referido al servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Málaga y Algeciras (Cádiz), ya recayó, al igual que ahora, auto de fecha 1 de septiembre de 2015 declarando terminado el procedimiento promovido por FENEBUS, lo que se hizo al apreciarse la existencia de un reconocimiento total en vía administrativa de las pretensiones deducidas por la actora, una vez que había comunicado dicha parte que la resolución recurrida había sido anulada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 587/2014 de 30 de julio de 2014.

Y bien, las citadas sentencias de 23 de marzo de 2016 se hacen eco de las que había pronunciado la Sala homónima del T.S.J. de Madrid de fecha 29 de octubre de 2015 (rec. 714/2014 y 33/2015) y 14 de enero de 2016 (rec. 715/2014), en las que a su vez se trataron la mayor parte de aquellas cuestiones en relación a las resoluciones que asimismo han sido impugnadas en el actual proceso -aunque como se ha visto su objeto ha quedado reducido al contrato correspondiente al trayecto entre Madrid y Ávila-, que por tal razón se transcriben en aquellas.

Por ello, sin perjuicios de que se hagan al final de esta sentencia las matizaciones requeridas por las particularidades que presenta el caso que nos ocupa, procederá ahora, en aras de preservar el principio de unidad de doctrina, como manifestación, a su vez, de los de igualdad y seguridad jurídica, y de manera análoga a lo que se hiciera en las sentencias mencionadas, reproducir cuanto resulte atinente de las mismas para los supuestos que nos ocupan.

CUARTO.- En las expresadas sentencias de 23 de marzo de 2016, recaídas en los recursos indicados, se razonaba ya lo siguiente: *"Precisamente las referidas SSTJ Madrid, de 29 de octubre de 2015 (rec. 714/2014 y 33/2015) y 14 de enero de 2016 (rec. 715/2014), 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"*; transcribiéndose en ellas los fundamentos contenidos en la primera de las mencionadas, como también lo haremos ahora en los subsiguientes de la presente.

QUINTO.- Como decimos, en la primera de las sentencias indicadas del T.S.J. de Madrid se argumentaba sobre la mayor parte de las cuestiones ahora planteadas, tratándose concretamente, en el fundamento quinto, el tema de si se había observado o no el procedimiento legalmente establecido para dictar el acto originariamente recurrido, en el que se convocaba la licitación pública y se aprobaba el pliego de condiciones que ha de regir la adjudicación del contrato de que se trataba, de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera. Y se argumentaba:

"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 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."



Consideraciones, todas ellas, que mutatis mutandi resultan trasladables al supuesto que ahora nos ocupa.

SEXTO.- En el sexto fundamento jurídico se analizó el problema de la dotación que ha de adscribir el contratista al servicio, y más en concreto el aspecto relativo a si se había contemplado la subrogación del personal que no tiene la categoría de conductor, expresándose entonces:

"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, 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. 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.- En el fundamento séptimo de la sentencia del T.S.J. de Madrid, que asimismo se transcribe en las mencionadas de esta Sala, se aborda el argumento relativo a la nulidad de los pliegos por imponerse en ellos un arbitraje, el cual es tratado de la siguiente forma:

"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 licitadores 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.- En el fundamento jurídico octavo de las sentencias del TSJ de Madrid, asimismo transcritas en las de esta Sala, se analiza el tema de las cláusulas de los pliegos que se refieren a las instalaciones necesarias para la correcta prestación del servicio, lo que se hace en los siguientes términos:

"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(n) 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, sí 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 (licitadores) 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.- Relacionado con el argumento relativo a la infracción total y absoluta de las normas del procedimiento legalmente establecido, que ha sido estudiado al principio, está el aspecto de la relevancia de la mención de las obligaciones contractuales esenciales, lo que se aborda en el fundamento noveno de la ya indicada sentencia del T.S.J. de Madrid, razonándose que:

"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."

DÉCIMO.- Al igual que sucedía en las sentencias de esta Sala anteriormente mencionadas de 23 de marzo de 2016, también ahora las razones dadas por el T.S.J. de Madrid son plenamente compartidas, que resulta así de aplicación al supuesto que ahora nos ocupa, ya que tanto los Pliegos como las circunstancias concurrentes tienen claras analogías, y lo cual ya nos ha de llevar a desestimar aquí el recurso en lo que hace a los extremos referidos.

No obstante cabe añadir que en ellas esta Sala descendía al análisis de cada tráfico objeto del pliego impugnado para llegar a la misma conclusión, expresándose a mayores: "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 de los remitidos 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."

Y se seguía diciendo, en lo que se refiere ya a la determinación de los costes y la existencia de un estudio económico: "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 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 para 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."

UNDÉCIMO.- Asimismo en las sentencias mencionadas esta Sala examina el resto de los motivos esgrimidos en la demanda y que no fueron resueltos en las precitadas sentencias del T.S.J. de Madrid, como es, en primer



lugar, el aspecto referido a la competencia para poder licitar cada uno de los contratos de transporte que nos ocupa.

Y sobre ello se argumentaba:

"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 148,1-5.º 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. 3.º). 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. 148,1-5.º 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. 149,1-21.º CE)" (SSTC 53/84, f. j. 7.º y STC 180/92, f. j. 3.º, que reiteran la doctrina de las SSTC 37/81, f. j. 1.º y 97/83, f. j. 4.º y 15 de noviembre 1983. F.j. 7.º).

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(n) 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 discurriendo 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 discurra 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 las Comunidades Autónomas de Castilla y León y de Extremadura, la Dirección General de Transporte Terrestre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LOTT, solicitó informe a dichas Comunidades sobre el mantenimiento de tráficos íntegramente autonómicos dentro de ese servicio o su posible segregación como servicio independiente de competencia autonómica, y ninguna de ellas solicitó la segregación de dichos tráficos, por lo que se mantuvieron en el Pliego tal y como ya estaban en el servicio a licitar."

Añadiremos a todo lo anterior lo que en relación a un argumento análogo, y también para desestimarlos, se dijo en la sentencia de 23 de marzo de 2016 dictada en el Recurso 577/2014: "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."



DUODÉCIMO.- Volviendo a la sentencia recaída en el recurso 578/2014, trató la misma el motivo, que también ha sido aducido en el escrito rector de este proceso, consistente en que se deja al arbitrio de la Mesa de Contratación realizar o no el trámite de subsanación de deficiencias, al que también se ofreció una respuesta desestimatoria en base a los siguientes razonamientos:

"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."

Razones, las anteriores, que han de llevar asimismo a rechazar el análogo argumento aducido en la demanda del proceso que nos ocupa.

DÉCIMO TERCERO.- Un argumento del escrito rector que no ha llegado a ser tratado en ninguna de las sentencias cuyos fundamentos jurídicos han sido parcialmente transcritos, por lo menos en los concretos términos ahora planteados, tiene que ver con el hecho de que, a juicio de la entidad recurrente, los pliegos objeto de recurso no concretan la puntuación a asignar por los criterios consistentes en " conectividad e intermodalidad ", " seguridad " y " programa de eficiencia energética ".

Mantiene dicha parte que en esos tres casos la descripción del pliego es muy genérica previéndose tan sólo una puntuación máxima global, y por lo tanto no recoge, como debiera, un desglose de esa puntuación máxima; lo que entiende produce como consecuencias indeseables que se impide a los licitadores conocer cómo va a puntuarse su oferta y que se otorga a la Administración una facultad demasiado amplia para



valorar tales conceptos, sobrepasándose con ello los límites de la discrecionalidad técnica. Y lo cual tiene más relevancia, si cabe, porque se trata de criterios que dependen de un juicio de valor no evaluable mediante fórmulas, considerándose en definitiva vulnerados los principios de transparencia, objetividad e igualdad que se establecen en el artículo 1 del TRLCSP.

El tenor de los criterios impugnados es el siguiente:

"3.4.1.3. *Conectividad e intermodalidad: máximo 5 puntos*

Medidas que fomenten la conectividad y la intermodalidad con otros modos de transporte y que faciliten al viajero información sobre las mismas.

3.4.1.4. *Seguridad: máximo 5 puntos*

Se valorará en este apartado las propuestas que incluyan:

Medidas dirigidas a la obtención de certificaciones o auditorías de seguridad que incluyan entre sus indicadores la existencia de un plan de seguridad y que analicen al menos los siguientes factores: conductor, vehículo, operación y gestión de seguridad, realizadas por entidades de reconocido prestigio. Las certificaciones o auditorías deberán mantener su vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato.

3.4.1.5. *Programa de eficiencia energética: máximo 5 puntos.*

Medidas dirigidas a la obtención de certificaciones o auditorías de eficiencia energética que incluyan la existencia de un plan con sus correspondientes objetivos e indicadores que incorporen medidas distintas a las exigidas en la norma UNE EN ISO 14001 o en otros apartados de este Pliego. Las certificaciones o auditorías deberán mantener su vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato."

Pues bien, no cabe, a juicio de esta Sala, apreciar en esa descripción de los criterios cuestionados el reproche que hace la Federación recurrente, ya que es lo cierto que los mismos aparecen adecuadamente delimitados, con indicación concreta de los factores que han de tenerse en cuenta en cada uno de ellos, que son los que lógicamente el órgano de contratación, al tratarse de elementos reglados, habrá de aplicar a la hora de otorgar la puntuación correspondiente a cada una de las ofertas, que en todo caso deberá motivar, por tanto, con referencia a tales criterios y factores.

Se cumple así la exigencia establecida en el artículo 150.4 del TRLCSP, consistente en precisar la "*ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada*". Ello en el bien entendido que se trata de valorar mejoras, en los términos que se establecen en el artículo 74.1 de la LOTT, y no del cumplimiento de los requisitos que sobre los mismos aspectos resultan de cumplimiento obligatorio.

Por otra parte, adviértase que se trata, como la propia recurrente viene a reconocer, de criterios que dependen de un juicio de valor no evaluable mediante fórmulas, gozando por tanto el órgano de contratación de la denominada discrecionalidad técnica en la labor de valoración que le corresponde; hecho que no se compadece con la propia tesis que ella propugna, en la que a la postre pretende que se fije una puntuación desglosada de manera que se obtenga el resultado de la puntuación de manera casi matemática.

Y amén de todo ello, nótese que los criterios que se establecen no resultan ajenos a los parámetros previstos en el artículo 74.1, segundo párrafo, de la LOTT; sin que, por tanto, se aprecie la infracción de las reglas aplicables a los criterios de adjudicación, habiendo actuado así el órgano de contratación dentro de los límites de la referida discrecionalidad técnica otorgada en la norma.

DÉCIMO CUARTO.- De todo lo anteriormente expresado, en fin, deriva la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, con la consiguiente confirmación de la Resolución impugnada, la cual se reputa ajustada a Derecho en cuanto a los aspectos discutidos en la demanda.

En lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, aun cuando el fallo sea desestimatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, no procederá hacer especial imposición de las mismas, pues ha de tenerse especialmente en cuenta que respecto a una de las resoluciones inicialmente impugnadas se ha producido la satisfacción extraprocesal, en los términos que han quedado expresados al principio de esta sentencia; con la consecuencia de que la desestimación no alcanza a la impugnación que inicialmente se había ejercitado respecto a la misma, como tampoco a las otras dos en que la parte recurrente ha desistido y en que recayó el pertinente Decreto declarándolo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS



Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 499/2014, interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS (ASINTRA) contra la resolución de fecha 30 de julio de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sobre convocatoria de licitación pública y aprobación del 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; y ello sin hacer especial imposición en cuanto a las costas causadas en la instancia a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala dentro del plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; debiendo acreditarse en el escrito de preparación el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CINELOS