



Roj: **SAN 1123/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1123**

Id Cendoj: **28079230042015100062**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **122/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1123/2015,**
STS 2675/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000122 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01871/2013

Demandante: MINISTERIO DE FOMENTO

Letrado: SR. ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: GLOBALIA AUTOCARES, S.A.

Codemandado: AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L., CLASSIC BUS, S.L., R.J. AUTOCARES, S.L.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 122/2013 se tramita a instancia de **MINISTERIO DE FOMENTO** representado por el Sr. Abogado del Estado contra la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, de 5 de abril de 2013, siendo demandada la entidad **GLOBALIA AUTOCARES, S.A.** representada por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot; siendo codemandadas **AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L., CLASSIC BUS, S.L. y R.J. AUTOCARES, S.L.**, representadas por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla.



ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 29 de abril de 2013, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICA A LA SALA: Que por formulada la demanda en el recurso de referencia y tras los trámites pertinentes, dicte sentencia estimando el recurso y anulando la resolución recurrida en cuanto anula las cláusulas 4.10.2 y 2.1.5 de los pliegos a los que se refiere y anula la licitación efectuada en todos sus trámites, por ser la misma contraria a Derecho en estos extremos."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Sentencia por la que se desestime el presente recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la demandante."*

3. Solicitada en el tercer otrosí de la demanda por el Sr. Abogado del Estado la acumulación del presente recurso de los procedimientos ordinarios 180/2013 y 188/2013, mediante Diligencia de Ordenación de 25 de julio de 2013 se dió traslado a las partes sobre dicha acumulación y por Auto defecha 4 de octubre de 2013 se acordó denegar la acumulación. Por diligencia de ordenación de 16 de octubre de 2013 se dio traslado a la demandada Globalia Autocares, S.L., a través de su Procurador Sr. Dorremocha Guiot para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

" SUPLICO: *Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por formulada CONTESTACIÓN A LA DEMANDA interpuesta de contrario contra la Resolución 134/2013 (Recurso nº 137 y 141/2013) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de fecha 05 de abril de 2013, y previos los trámites oportunos dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se confirme, en consecuencia, la nulidad de las cláusulas 4.10.2 y 2.1.5 que determinaron la anulación de los pliegos a los que se ha hecho referencia en el encabezamiento de este escrito, reconfirmando la anulación de los Pliegos a los que se ha hecho referencia en el encabezamiento de este escrito, reconfirmando la anulación de los Pliegos en todos sus extremos, con imposición de las costas causadas al recurrente"*

Por diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2013 se dio traslado a los codemandados, a través de su Procuradora Sra. Caro Bonilla para que contestaran la demanda, lo que se hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente se dijo:

" Se solicita, *que admitiendo el presente escrito tenga por cumplimentado el trámite de contestación a la demanda relativo al procedimiento de recurso contencioso -administrativo nº 0000122/2013, y previos los trámites pertinentes se dicte Sentencia por la que se estime la demanda, revocándose la Resolución impugnada (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de abril de 2013)."*

4 Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 10 de diciembre de 2013, acordando el recibimiento a prueba; habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 11 de diciembre de 2014, se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo de 2015, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación por el Abogado del Estado, la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, de 5 de abril de 2013, que estima parcialmente el recurso interpuesto por GLOBALIA AUTOCARES, S.A. contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012, por la que se convocó licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación; así como contra la Resolución de la propia Dirección General, de 18 de diciembre de 2012, por la que se convocó licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Madrid, Granada y Nerja y se aprobó el pliego por el que se había de regir la licitación, **anulando dos cláusulas de los pliegos de condiciones, así como la licitación efectuada en todos sus trámites.**



En concreto, en la parte dispositiva de la resolución impugnada se acuerda:

"1) Anular las siguientes cláusulas del pliego de condiciones:

- La cláusula 4.10.2 en lo relativo a la preferencia contenida en los pliegos a favor del concesionario saliente.
- La cláusula 2.1.5 de los pliegos en lo que hace a la subrogación obligatoria de adjudicatario.

2) Anular la licitación efectuada en todos sus trámites".

2. Los antecedentes de hecho relevantes se recogen en la propia resolución impugnada en los siguientes términos:

A) La Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento convocó, por resolución de 5 de noviembre de 2012, licitación pública y aprobó el Pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Zaragoza y Murcia, con nº de expediente AC- CON-97 /2012.

B) El anuncio de licitación fue publicado en el BOE y en el perfil de contratante el 8 de noviembre de 2012. Una de las proposiciones recibidas, en concreto la proposición nº 6, correspondía a GLOBALIA AUTOCARES, S.A. y DIEGO TOURS, S.L

C) La Mesa de contratación, en su sesión celebrada el día de 11 de enero de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa, (sobre nº 1), presentada por los licitadores, siendo todos los candidatos aceptados.

En la sesión pública celebrada el día 15 de enero de 2013, se procedió a poner a disposición de la unidad técnica los sobres nº 2, que contienen las proposiciones económicas sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor.

En la sesión celebrada el día 25 de enero de 2013, se dio a conocer el resultado de la puntuación de las proposiciones del sobre nº 2 y se procedió a la apertura y lectura de las proposiciones sobre criterios cuantificables de forma automática (sobre nº3).

D) Con fecha de registro de salida del Ministerio de Fomento de 8 de marzo de 2013 se comunica a la empresa AUTOBUSES TERUEL-ZARAGOZA, S.A., que su oferta ha sido la mejor clasificada y se le requiere para que en el plazo de tres meses presente la documentación necesaria para la adjudicación del contrato.

E) Previamente, con fecha 30 de noviembre de 2012 la recurrente, GLOBALIA S.A., presentó recurso de reposición en el que impugnó el pliego rector del concurso, recurso que es el que sirve de base a este recurso especial, y que contiene las siguientes alegaciones:

1) Los pliegos de referencia deben ser anulados puesto que en su apartado 4.10.2 establecen una preferencia a favor del anterior concesionario en caso de similitud de las ofertas, criterio que, en su opinión, es contrario a las previsiones del Reglamento CE 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. En este punto el recurrente invoca la incompatibilidad del artículo 74.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT) y de su desarrollo reglamentario, el artículo 73.3 del ROTT, con el Reglamento CE 1370/2007 por no existir base legal alguna para esa previsión, que es, en su opinión, claramente discriminatoria.

2) Plantea el recurrente, en segundo lugar, que el pliego debe ser anulado en la medida en que la previsión contenida en su apartado 4.10.2 no se ajusta a lo previsto en la LOTT y el ROTT. En efecto, tal como estaría redactado el pliego, la mera intervención del actual concesionario en el concurso, aunque fuera en unión de uno o varios lidiadores, determinaría la existencia de la preferencia antes señalada, criterio que es contradictorio con la regla legal y reglamentaria, que lo limita a la intervención individual del anterior concesionario.

3) Según el recurrente los criterios de valoración establecidos de las tarifas del servicio y del número de expediciones incumplen lo previsto en el artículo 73 del

ROTT, lo que haría nulos los pliegos en lo referente a la ponderación de los aspectos económicos más trascendentes, a los que se dota de escasa o casi nula importancia. Sostiene el recurrente que en esta licitación, teniendo en cuenta el sistema diseñado en el pliego, la realidad es que los puntos en disputa son tres en el apartado correspondiente a las tarifas y dos en el relativo a las expediciones. Se trataría de 5 puntos sobre el total de 100 puntos posibles, lo que no permitiría siquiera alterar el sistema de preferencia a favor del anterior concesionario. El pliego presenta un sistema de puntos proporcional en un primer tramo y no proporcional en el relativo a la mejora de la oferta. Esto penalizaría fuertemente cualquier sacrificio de los licitadores a favor de una mejora en el servicio.



4) Por otra parte, según el recurso, si se observan de manera conjunta, el pliego no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Reglamento CE 1370/2007 para que sea válida la intervención pública en el mercado y, en consecuencia, incurrirían en causa de nulidad. Sostiene el recurrente que las autoridades competentes sólo pueden intervenir en el mercado, limitando la concurrencia y estableciendo un prestador único, el concesionario, cuando se garantice la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar. Analiza el escrito de recurso cómo los diferentes aspectos definidos en el pliego, tales como la seguridad, el precio o las frecuencias, y la calidad, no representan cambio alguno con respecto a los anteriores ni respecto a la oferta que hipotéticamente podría proporcionar el mercado, generando una nueva razón para decretar la nulidad del pliego.

En apoyo de sus pretensiones el recurso alude repetidamente a varias sentencias sobre pliegos similares dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) y ratificadas hasta en dos ocasiones por el Tribunal Supremo. Invoca igualmente varios informes de la Comisión Nacional de la Competencia, que si bien no han aludido a los pliegos, sí que analizan varias de las cuestiones planteadas en este recurso, dando la razón al recurrente

5) A continuación el recurso incide en el hecho de que para atender los reproches jurídicos contenidos en las sentencias e informes antes aludidos hubiera sido necesario introducir notables cambios en el contenido del pliego. Sin embargo, opina el recurrente que los cambios finalmente introducidos en estos pliegos son meramente cosméticos y en consecuencia, le siguen siendo aplicables las críticas contenidas en los informes de la CNC y en los fundamentos jurídicos en los que basó sus sentencias de nulidad el TSJM y del Tribunal Supremo.

En este punto, el aspecto en que se centra primeramente su atención el recurso es el referente a la subrogación obligatoria de los trabajadores de la anterior concesión. En este pliego la subrogación desaparece como criterio a valorar, para pasar a ser una obligación impuesta al licitador, pero ese cambio formal no supone ningún cambio respecto al hecho de obligar al mantenimiento de la plantilla durante la ejecución del contrato, elemento que se mantiene en este pliego y que determina la existencia de una patente extralimitación en su contenido. Invoca aquí el recurrente la doctrina de la CNC y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para sostener que la inclusión en el pliego de la obligación de subrogar a los trabajadores y a mantener tal subrogación resulta contraria a derecho.

6) También es meramente formal y no sustancial, en opinión del recurrente, un cambio que parece sustancial en lo referente a la ponderación de tarifas y expediciones. Argumenta el recurso que no existe cambio real y que incluso podría sostenerse que la situación ha empeorado, puesto que no existe proporcionalidad entre las ofertas y las puntuaciones que se pueden obtener, hecho que restringe la competencia y la mejora del servicio. Por esta razón, los pliegos deben ser anulados dado que establecen criterios de valoración que impiden, o restringen muy gravemente la competencia, y suponen un tratamiento discriminatorio, injustificado y desproporcionado a favor del anterior concesionario, que, además, actúa en contra del interés de los usuarios del servicio que, como concesión, se prestará en condiciones de monopolio sin una real y auténtica competencia del mercado.

7) Finalmente, el recurso invoca como causa de nulidad el hecho de que el pliego no busca, ni permite realmente la selección de la oferta más ventajosa para la Administración, contradiciendo los criterios de adjudicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Reglamento CE 1370/2007, y todo ello en varios aspectos, como los referentes a las instalaciones fijas, a las mejoras relativas a las características técnicas de los vehículos y a la continuidad de los del anterior concesionario bajo ciertos requisitos.

F) Con fecha 13 de marzo de 2013 emite su informe el órgano de contratación. En él señala como argumentos destacables el hecho de que la empresa recurrente impugna el pliego pero luego presenta una oferta, lo que supone contravenir el artículo 145.1 del TRLCSP que dispone que "*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*" y también la cláusula 4.2 párrafo final del pliego que establece que la participación en la licitación supone la plena aceptación de las condiciones que figuran en el presente Pliego.

En segundo lugar, el órgano de contratación entiende que la nueva distribución de los distintos requisitos en el Pliego, se ajusta a la legalidad vigente y obedece a las siguientes razones:

-Es cierto que en el proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, actualmente en trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados, se da una nueva redacción al artículo 74.3, aunque manteniendo la preferencia que ya venía recogida en textos anteriores.



-En cuanto a las tarifas, se procedió a aumentar su peso en la valoración global. Se incrementó un 66%, en concreto en 10 puntos, pasando de los 15 puntos existentes a 25. Además expone el órgano de contratación que no debe olvidarse que, entre los criterios de valoración cuya ponderación dependen de juicio de valor, se incluye un apartado orientado a fomentar el uso del transporte colectivo y la fidelización de los clientes, en el que es básico, como instrumento para activar, aún más, la dinámica competitiva del concurso, la reducción de tarifas con la introducción de promociones y descuentos, 1,5 puntos.

- El sistema de límite impuesto en las anteriores licitaciones ha sido eliminado. El nuevo sistema de puntuación propuesto se hace en dos tramos: el pliego establece una tarifa conocida que obtiene 22 puntos, a partir de la cual se pueden ofertar tarifas inferiores. La tarifa mínima de las ofertadas obtendrá 25 puntos.

En cuanto al número de expediciones, expone el informe que hay que considerar que, según los datos de explotación analizados, el número de viajeros está disminuyendo en los últimos años. Aun así, se incrementó la valoración un 87,5%, en concreto en 7 puntos, pasando de los 8 puntos existentes a 15, estableciendo un sistema en dos tramos similar al de las tarifas.

- En cuanto a la subrogación de personal, entiende el órgano de contratación que la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, le permite establecer como condición previa y obligatoria para acceder a la licitación, el compromiso del adjudicatario de absorber al personal del anterior concesionario, facilitando en un anexo al pliego la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. En consecuencia, este criterio deja de valorarse Finalmente nada se dice en la cláusula 2.1.5 del mantenimiento de la plantilla subrogada.

- En lo que hace a la seguridad y confort de los vehículos cita la Resolución de 27 de febrero de 2009, de la Dirección General de Transportes por Carretera, por la que se señalan las características de los vehículos que, de ordinario, se incluirán en los pliegos de prescripciones técnicas de los procedimientos para la adjudicación de los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera permanentes de uso general de competencia estatal. Por otro lado, se ha considerado pertinente bajar su peso en la valoración pasando de 26 a 22 puntos otorgados por tal requisito

G). El 25 de febrero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta escrito complementario al anterior en el que fundamentalmente trae a colación la existencia de dos sentencias del Tribunal Supremo que le dan la razón, y hace referencia al nuevo contenido proyectado del precepto legal, relativo a la preferencia del anterior concesionario.

H) Con fecha 14 de marzo de 2013 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen pertinentes. El 19 de marzo de 2013 la agrupación de empresas AUTOCARES VISTA ALEGRE, S.L, R.J. AUTOCARES, S.L y CLASSIC BUS, S.L. presentaron alegaciones planteando la inadmisibilidad del recurso por entender que no se interpuso realmente un recurso especial y porque, incluso considerando que esto debiera ser así, el mismo estaría fuera de plazo. Igualmente que no se cumplió con el preceptivo trámite de anuncio. Con fecha 20 de marzo de 2013 la empresa AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A. presentó escrito de alegaciones solicitando la desestimación del recurso presentado por GLOBALIA AUTOCARES, S.A.

I). La Dirección General de Transporte Terrestre, mediante una nueva resolución de 18 de diciembre de 2012, convocó otra licitación pública y aprobó el Pliego de condiciones que había de regir para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Granada y Nerja (Málaga) con n° de expediente AC CON- 85/2012. El anuncio de licitación es publicado en el BOE y en el perfil del contratante el 28 de diciembre de 2012. El contenido del citado pliego es idéntico al mencionado en los expositivos anteriores.

J). El 9 de enero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta otro recurso de reposición contra el acto mencionado.

El 18 de febrero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, S.A. presenta escrito complementario al anterior. El 28 de febrero de 2013, el órgano de contratación estima que el recurso debe calificarse de recurso especial en materia de contratación y el 5 de marzo de 2013, la Secretaría General Técnica remite a ese Tribunal el expediente y los informes elaborados al efecto.

R) Por último, el Tribunal Administrativo, después de acordar la suspensión de los procedimientos de contratación al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resuelve acumuladamente los recursos interpuestos contra los pliegos en cuestión (números 141 y 137) mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.



3. La misma Resolución del TACRC de 5 de abril de 2013 objeto de este recurso, ha sido recurrida por otras dos empresas del sector en el recurso 180/2013 de los seguidos ante misma Sección y por AUTOBUSES TERUEL-ZARAGOZA S.A. en el recurso 188/2013 de los seguidos también ante esta misma Sección. Asimismo esta Resolución es objeto de impugnación en el recurso nº 193/2013 interpuesto por GLOBALIA AUTOCARES, S.A., codemandada en los presentes autos.

En la demanda rectora de este recurso interpuesto por la Abogacía del Estado se solicita que se anule la resolución recurrida en los extremos más arriba referidos y relativos a la anulación de las Cláusulas antedichas.

La primera de las cláusulas anuladas, la **4.10.2.**, en ambos pliegos su contenido es el mismo y sus términos son los siguientes:

"En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación y su oferta mereciera una valoración global similar a la mejor del resto de ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, según establece el artículo 7.3 del ROTT, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin del contrato de servicio público de transporte no se haya debido a la caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ningún de los tres años naturales anteriores al de finalizar el plazo contractual, ni en éste por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando éstas últimas no alcancen el número de tres".

Dada la remisión que hace la cláusula 4.10.2. del Pliego al Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres reproducimos a continuación tanto el artículo 73.3 de dicho Reglamento como el artículo 74.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres .

Dice así el artículo 74.2 del Reglamento:

"En el supuesto de que la oferta, que en su caso hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera similar valoración que otra u otras de las presentadas, deberá tener preferencia sobre las mismas, siempre que la prestación del servicio, se haya realizado en condiciones adecuadas, en los términos que reglamentariamente se determinen".

Por su parte, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres establece en el artículo 73.3 :

"En el supuesto de que la oferta que, en su caso, hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera una valoración global similar a la mejor o mejores del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas. Se entenderá a los efectos previstos en el párrafo anterior, que el servicio se ha prestado en condiciones adecuadas cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de la finalización del plazo concesional ni en éste por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando éstas últimas no alcancen el número de tres.

Se entenderá que se produce la similitud de ofertas a que se refiere el párrafo anterior cuando existiendo valoración cuantitativa, la oferta del anterior concesionario mereciera una valoración que no difiera de la mejor de las restantes en más del 5% de la puntuación máxima posible".

En la resolución que se impugna, tras recordarse que son principios esenciales de la contratación pública los de igualdad, no discriminación, concurrencia y transparencia y después de señalar que la Ley en el artículo 69.2 se remite a las normas generales de la contratación administrativa, se dice que la normativa del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres *"debe considerarse superada actualmente por la de contratos públicos"*, lo que en definitiva lleva al TACRC a anular la transcrita cláusula que establece una preferencia a favor de la anterior concesionaria, no sólo en caso de empate, sino incluso en el caso de que su valoración sea menor (hasta un 5% de la puntuación máxima posible) concluyendo: *"esta preferencia es excesiva a juicio del Tribunal, no respeta el principio de igualdad de trato a los licitadores, no está justificada por otra razones de interés público claramente visibles, ni es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido con la licitación pues es perfectamente posible que cualquiera de los demás licitadores pueda ejecutar el servicio en perfectas condiciones"*.

Pues bien, considera la Abogacía del Estado recurrente que la resolución impugnada es contraria a Derecho porque anula una cláusula de los pliegos que es copia del artículo 74.2 LOTT y del artículo 73.3 ROTT. Ello sin que a juicio de la Abogacía del Estado-un órgano administrativo como el TACRC tenga competencia para ignorar o anular o considerar superado un precepto legal ni tampoco un precepto reglamentario. Subraya



también el Abogado del Estado que no resultaban de aplicación las modificaciones introducidas en la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres mediante la Ley 9/2013 de 4 de julio, dando nueva redacción al artículo 74 LOTT, ni tampoco las habidas en virtud de la Disposición Final Primera de la Ley 9/2013 en el Reglamento. Por ello, hasta la nueva redacción del precepto legal, estaba en vigor la redacción anterior del mismo y su desarrollo reglamentario sin que un órgano administrativo pueda ignorar -insiste- la norma vigente y de aplicación al caso.

Por otra parte, se refiere la demanda, en segundo lugar, a la cláusula **2.1.5** que establece lo siguiente:

"De acuerdo con el artículo 4.5 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 que es una norma de aplicación directa y con lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, el adjudicatario estará obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales del antiguo concesionario, siempre que se de la condición fijada en el apartado 4.11 sobre aceptación del personal afectado. Los trabajadores a los que afecta la subrogación y sus condiciones de contratación así como los costes laborales que implica tal medida, serán exclusivamente los que figuran en el Anexo V de este pliego.

Salvaguardando el contenido del párrafo anterior, el incumplimiento de la obligación de subrogación durante la ejecución del contrato, será causa de resolución del mismo, según el artículo 223, apartado f) del TRLCSP".

Pues bien, a este otro respecto considera la Abogacía del Estado que la Resolución impugnada no tiene en cuenta que el artículo 4.5 del Reglamento CE 1370/2007, de 23 de octubre, que regula los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera se refiere al contenido obligatorio de los contratos de servicio público y permite que, en definitiva, las autoridades nacionales puedan solicitar/exigir al adjudicatario del servicio público que mantenga a los trabajadores previamente contratados que es lo que, en definitiva, hace la cláusula anulada. Es más, considera la Abogacía del Estado que desde la Ley 9/2013 la cuestión ya no ofrece duda puesto que el nuevo artículo 75 LOTT prevé que *"el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2..."*.

GLOBALIA Autocares, S.A. contesta a la demanda y se opone a los argumentos esgrimidos por la Abogacía del Estado, comenzado por aludir a las sentencias de los Tribunales que le han dado ya la razón en las adjudicaciones por ella impugnadas y que han sido anuladas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y por el Tribunal Supremo. Considera así la demandada, en primer término, que es indiscutible la nulidad de la cláusula 4.10.2 de los pliegos en que se recoge el denominado derecho de preferencia del anterior concesionario, por ser contraria esa preferencia al Derecho comunitario y de forma concreta al Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo de 27 de octubre y a lo previsto en la Directiva CE 18/2004 transpuesta al marco nacional por la Ley de Contratos del Sector Público.

Y, en segundo término, considera la demandada también que la cláusula **2.1.5**. de los pliegos que establecen la subrogación del personal es nula por diversas razones referentes a la subrogación propiamente dicha y, adicionalmente, porque no imponen la subrogación sino la obligación de mantener la plantilla por el tiempo de la concesión, todo ello sin cobertura legal y excediendo, a su juicio, las competencias de la Dirección General lo impuesto a través de los pliegos en cuestión.

4. Sobre el primero de los extremos del recurso, esto es, el referente a la primera de las cláusulas anuladas (la 4.10.2) existe ya pronunciamiento del Tribunal Supremo a la fecha de la presentación de la demanda, que obligan a esta Sala a desestimar el recurso y confirmar la Resolución impugnada en cuanto a tal extremo.

Debe ser tenido en cuenta que las normas sobre adjudicación de los contratos del Texto Refundido y del Reglamento de la Ley de Contratos del Sector Público son posteriores a las normas sobre transporte terrestre que se invocan por la Abogacía del Estado, rigiendo los principios esenciales de la contratación pública, como sería el de igualdad y no discriminación, el de concurrencia y el de transparencia, que resultan directamente aplicables, y no por vía supletoria, al proceso por el cual se decide el concesionario en el tipo de contratos como el que ahora nos ocupa.

Igualmente ha de descartarse la validez de la cláusula en cuestión desde el momento en que se beneficia a uno de los licitadores en los extremos referentes a su valoración por el mero hecho de ser el anterior contratista, ya que esta práctica que otorga esa preferencia es contraria también al Derecho Comunitario y concretamente al Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y a lo previsto en la Directiva CE 18/2004 transpuesta al marco nacional por la Ley de Contratos del Sector Público.

La resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución ahora impugnada y que obviamente comparte la codemandada, se ajusta a lo manifestado por la Comisión Nacional de la Competencia en múltiples informes poniendo de relieve lo que suponía una restricción a la competencia de indudable y acreditado daño, así como la contradicción con las exigencias del texto del Reglamento 1370/2007,



en particular las relativas a la adjudicación mediante un procedimiento equitativo, parecer que, además, ha sido compartido por el Consejo de Estado.

Y, por último, el criterio mantenido en la Resolución impugnada ha sido también ratificado, -como en ella bien se dice- por los pronunciamientos judiciales invocados. Así tanto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid como el Tribunal Supremo han considerado que esta preferencia no está ajustada a Derecho cuando los pliegos diseñen un sistema que de manera efectiva impide a la concurrencia en condiciones de igualdad.

En este sentido la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 25 de enero de 2013 , de 5 de abril de 2013 y de 31 de octubre de 2014 . Todas ellas en las que han sido desestimados sucesivos recursos interpuestos por la Abogacía del Estado contra sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por ello deberá ser desestimado el primero de los motivos de recursos, al ser procedente la anulación del pliego llevada a cabo por el Tribunal Administrativo Central.

5. Distinta suerte ha de merecer el segundo de los motivos del recurso interpuesto por el Abogado del Estado.

En efecto, la Resolución impugnada no sólo anula la cláusula 4.10.2 de los Pliegos sino también la cláusula 2.1.5 de los mismos.

En síntesis, el TEACR recuerda que la doctrina tradicional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de la Abogacía General del Estado señala que la subrogación es una cuestión laboral que excede del ámbito propio de los pliegos de contratación por lo que *"la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo... depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible..."*.

Sobre esa base en la Resolución impugnada se dice que el propio TACRC ha comprobado que no existe convenio de ámbito nacional en este sector, aunque sí existen convenios de ámbito más limitado y contenido variable.

Así, tras señalar que en el ámbito del sector de transporte terrestre de viajeros por carretera para Zaragoza existe un convenio que no contempla la subrogación obligatoria del adjudicatario en los contratos, procede a anular la cláusula en cuestión.

Ahora bien, lleva razón el Abogado del Estado cuando dice que al anular sobre la base del razonamiento anterior la cláusula 2.1.5 de los Pliegos, el TACRC no tiene en cuenta que el artículo 4.5 del Reglamento CE 1370/2007, de 23 de octubre, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en referencia al contenido obligatorio de los contratos de servicio público y reglas generales establece lo siguiente:

"Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que éste hubiera tenido si se hubiera producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumeraran el personal afectado y detallaran de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios".

Es claro el tenor de la norma comunitaria en el sentido de permitir que las autoridades nacionales puedan solicitar/exigir al adjudicatario del servicio público que mantenga a los trabajadores previamente contratados lo que, en definitiva, es lo que hace la cláusula anulada y, por ello, el recurso debe ser estimado en este punto.

Por último, desde la Ley 9/2013 de 4 de julio, que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, la cuestión no ofrece ya ninguna duda puesto que el nuevo artículo 75 de la Ley dice ahora lo siguiente:

"4. 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 artículo 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...".



Y en el mismo sentido el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se refiere también la posibilidad de imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse.

Sin olvidar, la reiterada jurisprudencia de lo social que admite y aplica la subrogación laboral impuesta por los pliegos de contratación (por todas, STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2009, citada por el Abogado del Estado así como la STS de 20 de octubre de 2004, entre otras muchas, que permiten la subrogación por imposición del pliego vinculando al nuevo empresario; aunque no al trabajador, cuyo contrato laboral no se puede modificar por el pliego de un contrato en el que él no es parte.

De lo anterior deriva la estimación parcial del recurso y la anulación parcial de la Resolución recurrida, en cuanto anula la cláusula 2.1.5 de los Pliegos del caso y anula la licitación efectuada en todos sus trámites, por ser dicha resolución contraria a Derecho en estos concretos extremos.

6. No procede, con arreglo al artículo 139 de la Ley Jurisdiccional hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Resolución 134/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 5 de abril de 2013, que anulamos, por su disconformidad a Derecho, exclusivamente en cuanto anula la cláusula 2.1.5 de los Pliegos a los que se refiere y anula la licitación efectuada en todos sus trámites, por ser la misma contraria a Derecho en cuanto a estos extremos se refiere, confirmándola en lo demás, por su conformidad a derecho en cuanto a los motivos impugnatorios considerados.

Sin expresa imposición de costas.

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

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