



Roj: **SAN 1361/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1361**

Id Cendoj: **28079230042015100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **188/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000188 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02513/2013

Demandante: AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A

Demandado: GLOBALIA AUTOCARES, S.A.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **188/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A**, representada por el Procurador D. Víctor García Montes, y asistida del Letrado D. Juan Carlos Alférez Domínguez, contra la resolución del Tribunal Administrativo 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 convoca la 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 (AC-CON 97/2012) y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación; y contra la resolución de la misma Dirección General de 18 de diciembre de 2012 por la que se convoca la 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 (AC-CON 8572012) y se aprueba el pliego por el que se ha de regir la licitación; habiendo comparecido como parte demandada la entidad GLOBALIA AUTOCARES, S.A, representada por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, y asistida del Letrado D. Fernando de Llano San Claudio.



Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 11 de junio de 2013, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 27 de junio de 2013, con reclamación del expediente administrativo.

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

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 1 de abril de 2014 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) acordar la estimación de la demanda interpuesta, revocando la resolución del TACRC, objeto del presente proceso, confirmándose la plena legalidad del Pliego de Condiciones anulado improcedentemente y en su virtud, el procedimiento administrativo de contratación deberá ser ultimado, mediante la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa (la de mi principal), con todos los derechos accesorios e inherentes, con expresa condena en costas>>.

QUINTO.- La representación procesal de la entidad GLOBALIA AUTOCARES, S.A contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de junio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

SEXTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

La cuantía del recurso se ha fijado en 2.654.792,40 ?

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución del Tribunal Administrativo 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 convoca la 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 (AC-CON 97/2012) y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación; y contra la resolución de la misma Dirección General de 18 de diciembre de 2012 por la que se convoca la 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 (AC-CON 8572012) y se aprueba el pliego por el que se ha de regir la licitación.

En virtud de esta estimación parcial, se anulan las siguientes cláusulas de los pliegos 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 del adjudicatario.

Y se anula, asimismo, la licitación efectuada en todos sus trámites.

SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos de los que hemos de partir son los siguientes:

1.- 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 n° de expediente AC- CON-97 /2012.

La licitadora mejor clasificada resultó ser la empresa AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, a la que se comunicó dicha circunstancia el 8 de marzo de 2013, requiriéndole para que presentara la documentación necesaria para la adjudicación del contrato en el plazo de tres meses.

2.- Previamente, con fecha 30 de noviembre de 2012 la recurrente, GLOBALIA AUTOCARES, S A, presentó recurso de reposición en el que impugnaba el pliego rector del concurso; recurso que es el que sirve de base al recurso especial, y en el que alega que: 1) Los pliegos 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; 2)



El pliego también 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, puesto que, tal como estaría redactado el pliego, la mera intervención del actual concesionario en el concurso, aunque fuera en unión de uno o varios licitadores, 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) Los criterios de valoración establecidos para la ponderación de las tarifas del servicio y del nº 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; 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 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.

En apoyo de sus pretensiones alude 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; e invoca igualmente varios informes de la Comisión Nacional de la Competencia. Incide en 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, considera 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 el Tribunal Supremo.

3.- El órgano de contratación indicó en su informe al recurso que la nueva distribución de los distintos requisitos en el Pliego, se ajusta a la legalidad vigente y obedece a las siguientes razones: a) 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; b) 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, valorándose en 1,5 puntos; c) 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. Y en cuanto al número de expediciones 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 8 puntos existentes a 15, estableciendo un sistema en dos tramos similar al de las tarifas; d) En cuanto a la subrogación de personal, entiende que la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 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 los contratos de los trabajadores. En consecuencia, este criterio deja de valorarse. Finalmente, nada se dice en la cláusula 2.15 del mantenimiento de la plantilla subrogada; y e) 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 los puntos otorgados por tal requisito.

4.- El 25 de febrero de 2013 GLOBALIA AUTOCARES, S.A presenta escrito complementario del 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, se remite al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) el expediente y los informes elaborados al efecto.

5.- 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 nº de expediente AC CON- 85/2012. El contenido del citado pliego es idéntico al mencionado en los expositivos anteriores.

6.- El 9 de enero de 2013, GLOBALIA AUTOCARES, SA presenta otro recurso de reposición contra el acto mencionado, y el 25 de febrero de 2013, 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, se remite al TACRC el expediente y los informes elaborados al efecto.

7.- El TACRC resuelve los recursos interpuestos contra ambos pliegos de manera acumulada en la resolución de 5 de abril de 2013, que es objeto del presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El TACRC, en lo que a este recurso interesa, anula las siguientes cláusulas de los pliegos de condiciones:

1) La cláusula 4.10.2, que establece lo siguiente:: "En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación y su oferta mereciera una valoración similar a la mejor del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre estas, según establece el artículo 73.3 del ROTT, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de 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 estas últimas no alcancen el número de tres".

Considera, en síntesis, que teniendo en cuenta el artículo 74.2 LOTT , artículo 73.3 ROTT, el Reglamento 1370/2007 de 23 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo , y el artículo 69.2 LOTT, cabe destacar que la LOTT se limita a declarar la preferencia, como fórmula para dirimir empates en caso de similitud de la oferta, pero sin prefijar cuándo existe esa similitud; que el ROTT consagra una preferencia incluso en el caso de que la puntuación sea inferior a la de la empresa que haya obtenido la mejor puntuación. Que debe ser tenido en cuenta que las normas sobre adjudicación de los contratos del TRLCSP y del Reglamento LCAP son claramente posteriores a las normas sobre transporte terrestre, y que debe considerarse que han superado a estas últimas. Que las normas sobre selección del contratista son las únicas que se pueden aplicar a esta materia dentro de la normativa sobre contratación pública, uno de cuyos principios esenciales es que se dé a los licitadores un trato equitativo. Y estima que no puede existir un trato equitativo si se beneficia a alguno de los licitadores en los extremos referentes a su valoración por el mero hecho de que fuera el anterior contratista.

Señala que la preferencia establecida en el pliego recoge no sólo el caso de empate, sino que beneficia al anterior concesionario incluso en el caso de que su valoración sea menor (hasta un 5% de la puntuación máxima posible). Esta preferencia, a juicio del Tribunal, no respeta el principio de igualdad de trato a los licitadores, no está justificada por otras 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. Y pone de manifiesto que este criterio viene ratificado por los pronunciamientos judiciales que invoca el recurrente, pues, en efecto, tanto el TSJ de Madrid como el Tribunal Supremo han considerado que esta preferencia no es ajustada a derecho cuando los pliegos diseñen un sistema que de manera efectiva impida la concurrencia en condiciones de igualdad.

2) La Cláusula 2.1.5 del Pliego en lo referente a la subrogación obligatoria de los trabajadores de la anterior concesión. Señala que se ha producido un cambio con respecto a los pliegos anulados por los tribunales, consistente en que esta circunstancia ya no merece 15 puntos como en el caso anterior, sino que ahora se configura como una obligación contenida en el pliego y vinculante para el adjudicatario.

Así, el pliego destaca en este punto que "el adjudicatario estará obligado a

subrogarse en las condiciones laborales del antiguo concesionario siempre que se dé 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".

Considera el Tribunal que la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato, y que la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo



que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector, y si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible. Y en este caso, aunque reconoce que ninguna de las partes ha aludido en sus alegaciones a esta cuestión, pone de manifiesto que el propio Tribunal ha comprobado que no existe convenio de ámbito nacional en este sector, aunque sí existen convenios de ámbito más limitado y contenido variable; y teniendo en cuenta esta circunstancia, así como el hecho de que las empresas potencialmente adjudicatarias pueden corresponder a ámbitos territoriales diferentes, y contar con una normativa sectorial también diferenciada, estima que la inclusión en los pliegos de esta referencia no es ajustada a derecho.

CUARTO.- La parte actora muestra en la demanda su disconformidad con la anulación de las precitadas cláusulas del Pliego relativo a la licitación de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y sus regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia (AC-CON 97/2012).

Pone de manifiesto que era la concesionaria preexistente del servicio, y que concurrió a la licitación convocada por la Administración mediante expediente AC-CON-074/2010, dado que la concesión había caducado. Que GLOBALIA interpuso recurso contencioso administrativo contra ese Primer Pliego, que fue desestimado al no acreditar la recurrente la voluntad de recurrir del órgano de administración. El contrato fue adjudicado a Autobuses Teruel Zaragoza, S.A, pero por diversas vicisitudes quedó desierto; lo que se impugnó ante el TSJ de Madrid, en el que se sigue el procedimiento ordinario 1862/2011 (actualmente dicho procedimiento ha finalizado mediante sentencia de 14 de noviembre de 2014, estimatoria del recurso).

El Ministerio de Fomento volvió a licitar de nuevo el contrato con un Segundo Pliego, expediente de contratación AC-CON 97/2012, adecuándose a las prescripciones que tanto el TSJ de Madrid como el TS habían determinado para otros pliegos anteriores de licitaciones análogas en los que se habían anulado determinadas cláusulas.

No obstante, el TACRC ha anulado también las cláusulas 4.10.2 y 2.1.5 de este pliego, estimando el recurso interpuesto por GLOBALIA. Frente a la resolución de dicho órgano opone los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- La resolución estimatoria del TACRC es contraria al ordenamiento jurídico al haberse interpuesto el recurso contra un acto administrativo firme.
- 2.- La cláusula 4.10.2 es conforme a derecho al ser obligatoria conforme al artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990, Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT).
- 3.- La cláusula 2.1.5 del Pliego es el fruto de la adaptación del Primer Pliego a las prescripciones del TSJM y TS y por ende, conforme al ordenamiento jurídico.

QUINTO.- Con carácter previo, hemos de poner de manifiesto que la misma Resolución del TACRC de 5 de abril de 2013 objeto de este recurso, ha sido recurrida también por la Abogacía del Estado en el recurso 122/2013 y por la entidad NEX CONTINENTAL HOLDING, S.LU en el recurso 180/2013, ambos 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 los aspectos en que dicha resolución desestimaba el recurso especial interpuesto por la misma. Todos los recursos se han deliberado conjuntamente en la misma sesión.

En el presente recurso, la entidad recurrente opone, en primer lugar, que la resolución impugnada es contraria al ordenamiento jurídico puesto que el recurso se interpuso contra un acto administrativo firme. Señala que el único recurso posible contra los Pliegos era el especial en materia de contratación, siendo su plazo de 15 días hábiles a tenor de lo preceptuado en los artículos 40 y ss del RDL 3/2011, finalizando su plazo el 26/11/2012. Y dado que el impropio recurso de reposición se interpuso el 30/11/2012, el acto administrativo había devenido firme, y por tanto, irrecurrible. Señala que el propio Pliego de condiciones, en su cláusula 3.7, establece que el recurso de reposición sólo es planteable contra los actos de interpretación, modificación y resolución del contrato y, específicamente determina que los actos enumerados en el artículo 40 del RDL 3/2011 deberían ser recurridos mediante recurso especial en materia de contratación.

SEXTO.- El artículo 3.7 de los Pliegos de Condiciones establece expresamente, en relación con los recursos, que: "De acuerdo con lo previsto en los artículos 109 y 116.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 211.4 del TRLCSP, cabrá recurso potestativo de reposición contra los actos administrativos adoptados en el ejercicio de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución del contrato. Por su parte, podrán ser impugnados, a través del recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el artículo 40 del TRLCSP, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato, IVA excluido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años".



Y en la resolución de 5 de noviembre de 2012, por la que se convoca la licitación y se aprueban los pliegos, se indica que contra la misma "podrá interponerse recurso especial en materia de contratación de la forma establecida en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o recurso potestativo de reposición ante este mismo órgano en el plazo de un mes, o ser impugnado directamente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 109, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Así, la resolución de convocatoria indica que procede recurso especial o recurso potestativo de reposición (o bien directamente recurso contencioso administrativo) y los Pliegos ofrecen el recurso especial en materia de contratación para los actos enumerados en el artículo 40 TRLCSP cuanto se den las condiciones señaladas, esto es, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato, IVA excluido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años, en virtud de lo establecido en el apartado 1 c) del citado artículo. Y resulta que el importe de los gastos de primer establecimiento no se concreta específicamente en el Pliego, sino que son determinados en el escrito de 28 de febrero de 2013 de la Subdirección General de Recursos por la que se recalifican los recursos de reposición interpuestos por Globalia Autocares, S.A como especiales de contratación y ser remiten al TACRC; y ello tomando como dato de partida los importes que figuran en el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar. Se establece así en dicho escrito

<< AC-CON-97/2012. servicio entre Zaragoza- Murcia, gastos de primer establecimiento: 2.135.940 euros.

Este importe corresponde a la suma del precio unitario de 12 vehículos (de 39 a 55 plazas). El precio unitario es (sin IVA) de 177.995,02 €, este importe es el que figura como dato de partida en el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, para los vehículos de este tipo que son los exigidos en el Pliego.

AC-CON-85/2012. servicio entre Madrid. Granada y Nerja (Málaga) gastos de primer establecimiento: 3.222.431 euros.

Este importe corresponde a la suma del precio unitario de 15 vehículos (de más de 55 plazas). El precio unitario es (sin IVA) de 214.828,79 €, este importe es el que figura como dato de partida en el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, para los vehículos de este tipo que son los exigidos en el Pliego>>.

Por tanto, no resultando claramente del Pliego que el recurso procedente fuera el especial en materia de contratación, y habiéndose interpuesto por la entidad recurrente uno de los recursos ofrecidos alternativamente por el propio órgano de contratación, en el plazo previsto para el mismo, ha de rechazarse la pretendida inadmisibilidad del recurso especial, y con ello el presente motivo.

SÉPTIMO.- Ya en relación con el fondo de la cuestión litigiosa, y por lo que se refiere a la cláusula 4.10.2, se alega que es conforme a derecho al ser obligatoria conforme al artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990, Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT), del que no es más que una aplicación literal. Considera que el TACRC incurre en un exceso de jurisdicción, pues, como órgano revisor del poder ejecutivo no ejercita funciones reservadas al poder judicial, y no tiene capacidad jurídica para cuestionarse si una norma es o no contraria al derecho comunitario, pues es una facultad expresamente reservada para los jueces y tribunales del orden contencioso administrativo. Señala que ni el TSJM ni el TS se han planteado nunca que el artículo 73 ROTT sea una norma reglamentaria ilegal por vulneración del ordenamiento jurídico comunitario, sino que han anulado anteriores Pliegos por establecer que la puntuación consignada a las tarifas y expediciones en unión del derecho de preferencia restringe la libre competencia. Y que si el propio TACRC al analizar la ponderación global de las tarifas y expediciones del Pliego concluye que no vulnera la libre competencia, es manifiestamente improcedente que de plano e incluso contrariamente a la propia jurisprudencia comunitaria que cita, declare inaplicable el artículo 73 del ROTT y anule la cláusula que reproduce.

OCTAVO.- La cláusula 4.10.2 del pliego establece que:



"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 73.3 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".

Y el artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres dispone: "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".

Este precepto se dicta en desarrollo del artículo 74.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, a tenor del cual:

"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".

Así pues, conforme a esta normativa basta que la oferta del anterior contratista "mereciera similar valoración" que el resto de las presentadas para que se le otorgue la preferencia, considerándose que la valoración es similar cuando "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". Esto es, permite que se otorgue preferencia al anterior concesionario aún cuando su puntuación sea inferior en un 5% a la del licitador que haya obtenido mayor puntuación.

NOVENO.- Frente a las alegaciones de la recurrente, hay que poner de manifiesto que el Tribunal Supremo, confirmando el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sí se ha pronunciado sobre el artículo 73.3 ROTT, y en particular sobre su disconformidad con el Derecho Comunitario.

Así, en sentencia de 31 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación núm. 3919/2013, confirma el criterio del TSJM que había declarado que "la LOTT se limita a declarar la preferencia como forma de dirimir los empates, en caso de similitud de las ofertas, remitiéndose a la norma reglamentaria para fijar los términos en que procede su aplicación, siendo el ROTT el que concreta los términos en que ha de entenderse que el servicio se presta de forma adecuada y la similitud de ofertas, estableciendo que existe esta " similitud de ofertas" incluso para aquellos supuestos en que la puntuación del antiguo concesionario sea inferior hasta en un 5% a la del licitador que haya obtenido mejor puntuación.

Que respecto a la preferencia a favor del antiguo licitador, el Reglamento 1370/2007, de 23 de Octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, no contiene pronunciamiento directo alguno, limitándose a señalar que el procedimiento estará abierto a cualquier licitador, será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación. Principios similares a los que menciona el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, al decir que " La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos ".

La Sala entiende que, con carácter general, no puede decirse que la preferencia a favor del anterior concesionario que haya prestado el servicio en condiciones adecuadas, en caso de similitud de ofertas, infrinja el principio de igualdad de los licitadores, ya que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina jurisprudencial pacífica y constante, si bien proscriben el tratamiento desigual de situaciones idénticas, no obstante se admite dicha desigualdad de trato o consecuencia jurídica siempre que exista una



justificación objetiva y razonable en la que fundamentarla y siempre que no sea desproporcionada. Por tanto, puede entenderse que existe una justificación objetiva y razonable de que, en caso de similitud de ofertas, el concesionario que haya prestado el servicio de forma idónea y adecuada, tengan preferencia para ser adjudicatario de la licitación y siempre que la preferencia otorgada no sea desproporcionada respecto al resto de los licitadores, ni constituya una barrera para la libre competencia. La preferencia recogida en la cláusula 4.10.2 del Pliego recoge no solo el caso de similitud de las ofertas, sino que beneficia al anterior concesionario, incluso cuando su oferta merezca una valoración menor de hasta un 5% de la puntuación máxima posible. Dicha preferencia en los términos expuestos es contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores, consagrado en la normativa sobre los contratos administrativos antes mencionada y en el Reglamento 1370/2007, de 23 de Octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Y precisa el TS con remisión a su sentencia de 24 de septiembre de 2014, recaída en el recurso número 2337/2013 que :*" Para resolver el segundo motivo lo primero que debe subrayarse es que los reglamentos comunitarios tienen, desde su entrada en vigor, un alcance general siendo obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*

Tal como se colige del art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , publicado en el DOCE de 30 de marzo de 2010, siguiendo lo manifestado en el art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, no es preciso medida legislativa o reglamentaria alguna para su transposición.

Sobre la entrada en vigor de un Reglamento debe atenderse a lo establecido en el mismo.

Así si el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre, en su art. 12 dice que entrará en vigor el 3 de diciembre de 2009 a dicho precepto debemos estar.

Cuestión distinta es que no sea de aplicación la obligación de acudir a procedimientos equitativos de adjudicación hasta el 3 de diciembre de 2019, sin perjuicio de que los Estados miembros de la Unión Europea deban ir imponiendo progresivamente esta regla antes de la citada fecha.

Dado que nuestro sistema de contratación pública desde la transposición de las Directivas al respecto, plasmadas en las sucesivas leyes de contratación, respetan las reglas de publicidad, transparencia y libre concurrencia tal dilación carece de especial relevancia.

En la Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que " este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no había acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado .

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo



de 2005, recurso de casación 2129/2002) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003 ; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003)

Tras la doctrina vertida resulta patente que el motivo no puede prosperar.

Resulta certera la interpretación de la Sala de instancia acerca de que la preferencia recogida en la cláusula cuestionada del Pliego es contraria al principio de igualdad de trato que ha de regir en la contratación pública " .

DÉCIMO.- Por tanto, la Sala comparte el criterio del TACRC, que resulta amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme al cual la preferencia establecida en el pliego beneficia al anterior concesionario incluso en el caso de que su valoración sea menor (hasta el 5% de la puntuación máxima posible). Y ello resulta excesivo, no respeta el principio de igualdad de trato a los licitadores, no está justificada por 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.

Conviene poner de manifiesto que, la Ley 9/2013, de 4 de julio, ha modificado la redacción del artículo 74.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres , siendo en la actualidad del siguiente tenor: "cuando el objeto de un nuevo contrato sea la gestión de un servicio que ya se venía prestando con anterioridad, se adjudicará al anterior contratista siempre que éste hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas".

Por tanto, conforme a la nueva regulación para dar preferencia al anterior contratista es preciso que "la oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas". Es decir, la preferencia solo puede operar para dirimir empates, como venía declarando el Tribunal Supremo.

Esta modificación obedece, no obstante, a la invitación -conforme al art 258 TFUE - realizada por la Comisión Europea el 20 de junio de 2013, para que el Gobierno Español, en lo que ahora nos interesa, modificase el contenido de los anteriores artículos, al estimarse que los mismos eran contrarios a la normativa de la Unión Europea, al entender que el sistema entonces vigente (que es el aplicado al caso de autos), constituía una restricción a las libertades de establecimiento y prestación de servicios contrarias al art. 49 TFUE . Para la Comisión Europea el sistema de preferencia antes descrito "se traduce en un trato más favorable hacia el concesionario saliente que hacia los otros candidatos". Constituyendo una "discriminación indirecta de los demás operadores interesados, por lo que contravendría el principio de igualdad de trato". Añadiendo que "la restricción litigiosa no parece estar justificada por motivo alguno y en todo caso, la eventual justificación no guardaría proporción con el objetivo que persigue, ya que podrían ponerse en práctica otros medios alternativos menos restrictivos". A lo que añade la posible infracción del art 44 de la Directiva 2004/18/CE .

Procede, pues, desestimar también este motivo.

UNDÉCIMO.- Por lo que se refiere a la cláusula 2.1.5 del Pliego, señala que es el fruto de la adaptación del Primer Pliego a las prescripciones del TSJM y TS y por ende, conforme al ordenamiento jurídico, y en concreto al artículo 120 TRLCSP y artículo 4.5 el Reglamento 1370. Manifiesta que la jurisprudencia anterior sólo objetaba en referencia al mantenimiento de la plantilla y a la concesión de 15 puntos por la subrogación. Y el segundo pliego, acatando la misma, elimina la obligación de mantenimiento y el otorgamiento de puntuación alguna por la subrogación, estableciéndola como un requisito objetivo de licitación. Añade que, sin embargo, la resolución del TACRC se centra en la premisa de que el artículo 120 TRLCSP sólo sería aplicable si existe convenio colectivo que obligue a la subrogación del personal, olvidando que el órgano de contratación, titular del servicio público, es quien tiene la facultad de decidir si quiere que exista o no sucesión empresarial, y ello con independencia de que se den o no las condiciones del artículo 44 ET o de si existe o no obligación convencional, viniendo a configurar lo que la doctrina denomina sucesión empresarial de origen concesional que es la que tiene su origen en el pliego de condiciones.

DUODÉCIMO.- La cláusula 2.1.5 establece que " 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 dé 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 et 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".



Y la cláusula 4.11 que: "La Dirección General de Transporte Terrestre comunicará al licitador seleccionado la voluntad de las personas afectas, cuyos contratos tiene que absorber, incluyendo en dicha comunicación el marco laboral a respetar a dicho personal, independientemente de su naturaleza colectiva/individual, de acuerdo con el Anexo V. En caso de que el empresario que venía prestando servicios incumpliera la obligación de notificar a la Dirección General de Transporte Terrestre la voluntad expresa de los trabajadores afectados contenidos en el Anexo V de aceptar la absorción, no procedería la aplicación de la cláusula de resolución del contrato respecto al nuevo adjudicatario por no llevar a cabo la subrogación personal".

DÉCIMO TERCERO.- Como pone de manifiesto la recurrente, tanto el TSJ de Madrid como el TS (entre otras, STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 2460 y 3314/2011); STS de 5 de abril de 2013 (Rec. 2459 y 2461/2011) y 20 de septiembre de 2014 (Rec. 2337/2013), anularon cláusulas de contenido similar. Pero en los casos contemplados por aquellas sentencias el compromiso de absorber o mantener, en el momento del inicio de la explotación, al personal del antiguo concesionario en idénticas condiciones se puntuaba con 15 puntos. Y lo que se dijo y confirmó por dichas sentencias es que dicha atribución de puntos, en conexión con una escasa puntuación de los factores económicos, beneficiaba desproporcionadamente a los anteriores adjudicatarios.

El supuesto de autos es distinto, pues la "absorción" no se puntuaba, se impone como una obligación al adjudicatario de la contrata, con el fin de contribuir a la estabilidad en el empleo de los trabajadores. A los que no se impone la subrogación en la nueva empresa, pues la misma depende de "la voluntad de las personas afectas". Por lo tanto, podrán optar entre seguir prestando sus servicios en la empresa en la que venían haciéndolo, o bien optar por prestarlos en la nueva adjudicataria.

DÉCIMO CUARTO.- Hecha la anterior precisión, hay que señalar que el artículo 4.5 del Reglamento nº 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 enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios"*.

Y el artículo 120 TRLCSP que: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

DÉCIMO QUINTO.- Pues bien, a la vista del contenido de la cláusula controvertida, la Sala considera que no puede compartirse la interpretación en base a la cual el TACRC ha procedido a su anulación, esto es, que sólo es posible establecer la obligación de subrogación si así está contemplado en el convenio colectivo del sector.

En el ámbito de la subrogación en las relaciones laborales es posible diferenciar tres supuestos: la subrogación legal; la subrogación convencional y la subrogación contractual:

- 1.- La subrogación legal viene establecida en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y procede cuando se transmite una "entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".
- 2.- La subrogación convencional se produce cuando la misma se establece por la vía de un convenio colectivo estatutario, y será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación
- 3.- La subrogación contractual. En estos casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en su caso, del pliego de condiciones de la contrata.

Pues bien, mientras la subrogación legal y la convencional son obligatorias para las empresas y los trabajadores; cuando se trata de una subrogación convencional, el pacto entre la Administración y el nuevo contratista, no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues como razona con acierto el informe de la Abogacía



General del Estado de 29 de junio de 2005 este tipo de cláusulas "supone, *de facto*, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato".

Y por esa razón, en el presente caso, la cláusula no impone la subrogación al trabajador, sino que exige su expresa voluntad.

Ahora bien, una cosa es que conforme al correcto dictamen de la Abogacía del Estado no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones la subrogación, como obligatoria para el nuevo adjudicatario, en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, si bien condicionada a la aceptación de los trabajadores. En otras palabras, la subrogación es obligatoria para el adjudicatario en relación con aquellos trabajadores que manifiesten su aceptación.

DÉCIMO SEXTO.- La Sala considera, pues, que dicha cláusula, en las condiciones en que se encuentra redactada en el pliego, es conforme a Derecho. Así, la normativa comunitaria permite que las autoridades nacionales puedan solicitar al adjudicatario del servicio público que mantenga a los trabajadores previamente contratados que, en definitiva, es lo que hace la cláusula anulada.

En este sentido en el considerando 16 de Reglamento CE nº 1370/2007 se indica que "Cuando la celebración de un contrato de servicio público pueda suponer un cambio de operador de servicio público, las autoridades competentes deben estar facultadas para solicitar al operador de servicio público elegido que aplique las disposiciones de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Dicha Directiva no impide que los Estados miembros salvaguarden las condiciones de traspaso de otros derechos de sus empleados distintos de los cubiertos por la Directiva 2001/23/CE, teniendo para ello en cuenta, si procede, las normas sociales establecidas en la legislación, las normativas o las disposiciones administrativas nacionales o los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales".

Y al respecto, la Comunicación 2014/C 092/01 de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en su apartado 2.2.8, interpretando el artículo 4, apartado 5., indica como una de las opciones que tienen las autoridades competentes si consideran que es necesario adoptar medidas de protección del empleo en caso de un cambio de operador, "ii) Solicitar el traspaso de personal previamente contratado para prestar servicios con los derechos que les asistan, tanto si se aplica como si no la Directiva 2001/23/CE, siempre que se haya producido un traspaso a efectos de dicha Directiva(...). Y señala que "A fin de asegurar la transparencia de las condiciones de empleo, las autoridades competentes tienen la obligación, si exigen un traspaso de personal o si imponen determinadas normas sociales, de detallar claramente estas obligaciones en los documentos de licitación y en los contratos de servicio público".

Y por lo que respecta a la regulación nacional, el artículo 120 TRLCSP, antes transcrito, ampara esta subrogación contractual al referirse a "aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales".

DÉCIMO SÉPTIMO.- Por otro lado, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de imponer la subrogación en el pliego de cláusulas, lo que vincula 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.

Así, la STS, Social de 4 de junio de 2013 (rec. 58/2012), en relación con la normativa contractual anterior, que es sustancialmente idéntica a la que aquí examinamos, declara que los criterios de valoración previstos en el artículo 134. 1 de la Ley 30/2007 "(...) no resultan incompatibles, en contra de lo que alega el recurrente, con la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de la titularidad de la contrata, ya que la inclusión de dicha cláusula no constituye un "criterio de selección" sino que forma parte del pliego de cláusulas administrativas, tal y como establece el artículo 99 de la Ley "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato" (...) A mayor abundamiento la propia norma contempla la posibilidad de que en los pliegos de condiciones se incluyan cláusulas de subrogación. En efecto, el artículo 104 establece: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que efectúe la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicara tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de



empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este."

También vienen a admitir la posibilidad de que el pliego de condiciones establezca la obligación de subrogación la STS Social de 13 de noviembre de 2013 (rec. 1334/2012): "(...) la obligación de subrogación solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse"

La STS Social de 4 de abril de 2005 (rec. 2423/2003) señala que: "(...) la reiterada doctrina de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 3 y 14 de octubre de 1998 , 1 de febrero , 13 de octubre y 20 de diciembre de 1999 , 22 de mayo de 2000 , ha venido declarando que para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión"

Y la STS Social de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), declara que: "(...) Y de aquí que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone "ope legis"; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria".

Por último, aunque no resulte de aplicación por razones temporales, 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..."

Finalmente señalar que las partes discrepan sobre la incidencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2014 dictada en el recurso 1095/2011 , que anula una cláusula análoga a la que hemos examinado. En relación con la misma hemos de manifestar, sin entrar en mayores consideraciones, que con el respeto que nos merece dicha sentencia, la misma no es vinculante para esta Sala, cuyo criterio es el que se ha expuesto en los fundamentos precedentes, debiéndose estima el recurso en esta cuestión.

DÉCIMO OCTAVO.- En virtud de lo expuesto, procede estimar parcialmente el presente recurso contencioso administrativo, anulando la resolución del TACRC impugnada, 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.

DÉCIMO NO VENO.- No procede hacer expresa imposición de costas, dada la estimación parcial del recurso, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº **188/2013**, interpuesto por la representación procesal de la entidad **AUTOCARES TERUEL ZARAGOZA, S.A** 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 del Pliego objeto del presente recurso, la cual se declara conforme a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida 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.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ