

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SÉPTIMA
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 25/01/2013

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 2460/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 16/01/2013

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por: MTP

Nota:

Not. 12/2

Convocatoria de licitación pública y aprobación del pliego de condiciones para la adjudicación de concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras en expediente nº 2008/03101 B/CS.

La distribución de puntos que hace el pliego no permite la concurrencia efectiva entre las distintas ofertas. No guardan la debida proporción los asignados a las tarifas y a las expediciones y el compromiso de mantener o absorber al personal del anterior concesionario.

RECURSO CASACION Num.: 2460/2011

Votación: 16/01/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SÉPTIMA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Magistrados:

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 2460/2011, interpuesto, de una parte, por LA REQUENENSE DE AUTOBUSES-CARMEN LIMORTE, S.A., representada por el procurador don Felipe Juanas Blanco, y, de otra, por la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado, contra la

sentencia nº 154, dictada el 23 de febrero de 2011 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso nº 741/2009, sobre resolución de 16 de octubre de 2008 de la Dirección General de Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, confirmada en alzada por Resolución de 29 de enero de 2009 de su Secretaría General Técnica, sobre convocatoria de licitación pública y aprobación del pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Puertollano-Albacete-Valencia (AC-45).

Se ha personado, como recurrida, la mercantil GLOBALIA AUTOCARES, S.A., representada por el procurador don Antonio Pujol Varela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 741/2009, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 23 de febrero de 2011 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo de "Globalia Autocares, S.A.", representado por el Procurador D. Antonio Pujol Varela, y anulamos las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia (Resolución de la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento de 29 de Enero de 2.009 confirmatoria de la Resolución de 16 de Octubre de 2.008 de la Dirección General de Transportes por Carretera sobre anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación de pliego de condiciones para adjudicación de concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras en expediente nº 2008/03101 B/CS), así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de las mismas, en los términos con los efectos declarados en su fundamento jurídico noveno, último párrafo, sin pronunciamiento acerca de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, el Abogado del Estado y, de otra, LA REQUENENSE DE AUTOBUSES-CARMEN LIMORTE, S.A., que la Sala de instancia tuvo por preparados por providencia de 23 de marzo de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 6 de mayo de 2011 en el Registro General de este Tribunal Supremo, el procurador don Felipe Juanas Blanco, en representación de LA REQUENENSE DE AUTOBUSES-CARMEN LIMORTE, S.A., interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que se estime el recurso, se proceda a casar la sentencia recurrida y se estimen las pretensiones de su escrito de contestación a la demanda y, en consecuencia, se desestime la interpuesta por GLOBALIA AUTOCARES, S.A.

Por su parte, el Abogado del Estado formalizó el suyo mediante escrito registrado el 23 de mayo de 2011 y, en virtud de los motivos en él expuestos, pidió a esta Sala que

"(...) se estime este recurso, CASE Y ANULE LA SENTENCIA RECURRIDA, procediéndose a dictar nueva sentencia que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, confirme las Resoluciones de la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento de 29 de enero de 2009 confirmatoria, a su vez, de la de 16 de octubre de 2008, de la Dirección General de Transporte por Carretera".

CUARTO.- Presentadas alegaciones por las partes recurrentes a la posible causa de inadmisión alegada por la recurrida, GLOBALIA AUTOCARES, S.A., en su escrito de 24 de abril de 2011, por auto del siguiente día 26 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"1º No acceder a la solicitud de inadmisión de los recursos de casación propuesta por la parte recurrida Globalia Autocares, S.A.

2º Declarar la admisión de los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado y por la representación procesal de la entidad La Requenense de Autobuses Carmen Limorte, S.A., contra la Sentencia de 23 de febrero de 2011 de

la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso 741/2009, debiendo remitirse a tal efecto las actuaciones a la Sección Séptima de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos.

3º Imponer a Globalia Autocares, S.A. las costas de este incidente, declarándose que la cantidad máxima a reclamar en concepto de honorarios de Letrado de la Administración General del Estado y de la entidad La Requenense de Autobuses Carmen Limorte, S.A. es de 600 euros por cada una de ellas".

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esa Sección Séptima, se dio traslado a la parte recurrida de los escritos de interposición de las recurrentes, a fin de que formalizara su oposición. Trámite evacuado por escrito presentado el 5 de septiembre de 2012 en el que suplicó a la Sala que dicte sentencia por la que confirme en todos sus términos la recurrida, tras la desestimación del recurso de casación interpuesto de contrario, ello --dijo-- con los efectos jurídicos, legales y procesales inherentes a tal declaración.

SEXTO.- Mediante providencia de 28 de noviembre de 2012 se señaló para la votación y fallo el día 16 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- GLOBALIA AUTOCARES, S.A. (GLOBALIA) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 16 de octubre de 2008 de la Dirección General de Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, confirmada en alzada por Resolución de 29 de enero de 2009 de su Secretaría General Técnica, por la que se anunció la convocatoria de licitación pública y la aprobación del pliego de condiciones que han de regir la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Puertollano, Albacete y Valencia (expediente nº 2008/03101 B/CS).

GLOBALIA pidió, además de la nulidad de la resolución mencionada, la del Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de las

concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros, regulares y de uso general, de competencia de Ministerio de Fomento que venzan a partir del 2007, firmado el 24 de abril de 2.007 por el Secretario General de Transporte del Ministerio de Fomento y el Comité Nacional de Transporte por Carretera, FENEBUS, ASINTRA, UGT, CCOO, CERMI, el Consejo de Consumidores y Usuarios, ASCABUS, ANFAC y ANIACAM y su modificación de octubre de 2008. Decía que era una manifestación de voluntad de la Administración, general y permanente, contraria a Derecho, que sirvió de referencia de los pliegos de los concursos ya convocados por ocho resoluciones y seguiría sirviendo en el futuro. En su falta de publicación como norma jurídica veía fraude de ley.

SEGUNDO.- La sentencia inadmitió el recurso respecto de este protocolo porque no fue impugnado en vía administrativa ni tampoco era mencionado en el escrito de interposición.

La demanda sostenía que la cláusula 4.1 del pliego --"Legitimación"-- infringía los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación. En cambio, la Administración adujo que se remite al artículo 70 del Real Decreto 1211/1990 el cual permite concurrir a las empresas que reúnan los requisitos de los artículos 48 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y 42 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Y que la cláusula 4.1.4 pide, conforme a los artículos 67 y 68 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que los licitadores acrediten su solvencia profesional o técnica y establece criterios adicionales, que pueden ser cumplidos por la mayoría de empresas españolas o de la Unión Europea, con experiencia en actividades de transporte por carretera. Negó que fueran discriminatorios sus apartados c) y d) que requieren que esa experiencia se justifique acreditando haber utilizado un número de vehículos equivalente, al menos, al 50% de los exigidos o la disposición de un número de copias certificadas de la autorización de empresa VD igual o superior al número de vehículos que habrán de quedar adscritos a la concesión pues se trata de garantizar la capacidad del licitador para la gestión de servicios de complejidad similar a la que se licita.

Y la codemandada, LA REQUENENSE DE AUTOBUSES-CARMEN LIMORTE, S.A. (LA REQUENENSE) mantuvo que los requisitos de esa cláusula 4.1.4 no son contrarios a la igualdad entre los licitadores ya que tratan por igual a todos los que se encuentren en circunstancias semejantes y de modo desigual a los que se encuentren en otra situación sin impedir que los transportistas de transporte regular, tanto de uso permanente como de uso especial, como discrecional, concurren con posibilidades de éxito.

La sentencia, tras recordar las normas de aplicación y el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de Julio de 2.008 sobre el mencionado protocolo, afirma que el pliego "en principio, permite, tal y como se dice en la resolución administrativa impugnada, que todas las empresas de transporte de viajeros por carretera, con un determinado volumen de actividad, están legitimadas para presentarse al concurso, con independencia de la actividad (regular de uso general, regular de uso especial, discrecional) que hayan venido realizando.". Y que el informe de la Comisión Nacional de la Competencia no es aplicable al supuesto debatido por basarse en supuestos distintos al enjuiciado.

A continuación, la Sala de instancia rechaza que sea discriminatoria la cláusula 4.1.4 d) por exigir el doble número de autocares a las empresas que no han tenido actividad de servicio regular permanente de transporte de viajeros porque la demanda no aduce las razones que le llevan a dicha conclusión. Además, considera conforme a Derecho que la Administración, para garantizar la capacidad del licitador, establezca requisitos diferentes para empresas que se encuentran en situaciones distintas pues no aprecia infracción del principio de igualdad en la exigencia de mayores requisitos a empresas que carecen de experiencia en la prestación de servicios de transporte regulares de viajeros por carretera o que no puedan acreditarla a la vista de la complejidad del servicio y de los graves perjuicios que la interrupción del mismo puede causar a sus usuarios.

La demanda sostenía, además, que tal como estaba formulado el pliego no dejaba margen a los licitadores para hacer ofertas diferenciadas, por lo que, al recibir valoraciones parecidas, terminaría resolviéndose el concurso a favor del anterior adjudicatario en virtud de la preferencia que le concede el artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990, que la contempla para aquellos supuestos en que la diferencia entre la mejor oferta y la del anterior

concesionario no sea superior al 5% de los puntos atribuibles. La Administración y la recurrida sostuvieron que el pliego cumple el artículo 73 del ese Real Decreto.

Sobre ese extremo, la sentencia, tras reproducir los artículos 68, 69 y 73 del Real Decreto 1211/1990, recoge los criterios de valoración de las ofertas establecidos por la cláusula 4.10.3 del pliego. A saber:

"1) Tarifas- 15 puntos (máximo). La valoración de las tarifas se realizará sobre la base de las tarifas usuario ofertadas para las expediciones ordinarias. La puntuación de la tarifa ofertada (T) se obtendrá mediante la expresión: $\text{Puntos} = 15 \cdot (0,076936 - T) / (0,10 - 0,076936)$ con un máximo de 15 puntos para aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a 0,069242 euros/viajero. Km.

2) Expediciones- 8 puntos (máximo). La valoración de este apartado se efectuará proporcionalmente al número de vehículo.km correspondiente al conjunto de las expediciones ordinarias ofertadas, de acuerdo con la siguiente expresión: $\text{Puntos } 8 = (N - 1.680.810) / 0,05 \cdot 1.680.810$, en la que N es el total de vehículo. Km de las expediciones ordinarias de cada oferta y 1.680.810 los vehículos. Km correspondientes a todas las expediciones ordinarias del apartado 2.2.1 de este Pliego, hasta un máximo de 8 puntos para aquellas ofertas que propongan un incremento igual o superior al 5% de 1.680.810.

3) Mejoras en las características de seguridad, confort, eficiencia energética, respeto al medio ambiente, accesibilidad de personas de movilidad reducida y antigüedad, de los vehículos adscritos para la prestación de las expediciones ordinarias fijadas en la condición 2.2.1 de este Pliego- 35 puntos (máximo) (...).(Estos 35 puntos se distribuyen en, primero, 26 puntos máximo para mejoras en las características de seguridad y confort de los vehículos, tales como segundo espacio destinado a sillas de ruedas con 7 puntos, climatizador para calefacción y aire acondicionado con 1'20 puntos, renovación del aire interior superior a 15 m3/h pasajero con 1'20 puntos, butaca del conductor neumática con 2 puntos, antivaho independiente de la climatización con 1 punto, iluminación individual en el interior con 1 punto, etc.; segundo, 5 puntos máximo para mejoras en las características de eficiencia energética y de defensa del medio ambiente de los vehículos; y tercero, 4 puntos máximo por disminución de las antigüedades máximas fijadas para los vehículos).

4) *Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción - 4 puntos (máximo) (...).*

5) *Medidas tendentes a facilitar la accesibilidad de personas de movilidad reducida, distintas de las establecidas como obligatorias en la condición 3.2.15 y de las valoradas como mejoras en la condición 4.10.3.3.1 - 5 puntos (máximo) (...)(Estos 5 puntos se distribuyen en 2'50 puntos por atención en las instalaciones y 2'50 puntos por atención e información durante el viaje).*

6) *Instalaciones - 4 puntos (máximo) (...).*

7) *Medidas especiales de atención al público y de comercialización - 8 puntos (máximo) (...)(Estos 8 puntos se distribuyen en 1 punto por reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas, 1 punto por información SMS a los usuarios, 1 punto por indemnización por retrasos imputables al transportista, 1 punto por sistemas para la facturación y control de equipajes, 2 puntos por seguro complementario de viajeros gratuito, y 2 puntos por seguro complementario de equipajes gratuito).*

8) *Calidad en el servicio: (...) - 4 puntos (máximo).*

9) *Compromiso de absorber o mantener, en su caso, en el momento del inicio de la explotación, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye - 15 puntos (máximo).*

10) *Otras Mejoras - 2 puntos (máximo)".*

También señala que la cláusula 4.10.4 establece que cada uno de los componentes de las ofertas se valorará en función de su importancia para la prestación del servicio y que se tendrán especialmente en cuenta las concreciones sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones y calidad y seguridad del servicio. Y que ni la Ley 16/1987 ni su reglamento establecen criterios concretos de valoración. Además, pone de manifiesto que el argumento de la demanda sobre la escasa ponderación de los factores económicos y el compromiso de absorción del personal del antiguo concesionario se apoya en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de Julio de 2.008, sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España. Y que este informe llega a esa conclusión a propósito de las ponderaciones

recogidas en el protocolo de apoyo cuyo baremo tiene por un rígido y muy peligroso mecanismo de precios mínimos que se aleja del concepto de la oferta económicamente más ventajosa y de los criterios de eficiencia en la contratación pública impidiendo, además, la competencia en precios y beneficiando a los titulares de las concesiones.

La sentencia reconoce que ese informe no recae sobre el pliego sino sobre el protocolo y que la Administración lo tuvo en cuenta al elaborarlo y elevó la puntuación de las tarifas de 10 puntos máximos a 15. No obstante entiende que esos 15 puntos máximos previstos en la cláusula 4.10.3.1 sobre un total de 100 representan un peso

"muy pequeño, especialmente si lo relacionamos con otros conceptos, como el referente a las mejoras en las características y seguridad en los vehículos (26 puntos máximo), o el compromiso de mantener o absorber, en su caso, en el momento del inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión a la que sustituye (15 puntos)".

Conclusión que refuerza a la vista de que

"a partir de un determinado límite, no serán puntuables las bajas inferiores a 0,069242 euros/viajero.km, dado que todas aquellas tarifas ofertadas que sean iguales o inferiores a 0,069242 euros/viajero.km se puntuarán con un máximo de 15 puntos. Y lo mismo es predicable respecto a la cláusula 4.10.3.2 del Pliego referente a las expediciones, que las valora con un máximo de 8 puntos sobre 100, lo que también acredita la poca importancia que la Administración le otorga en relación con otros conceptos de valoración de las ofertas, y no se puntúan, tampoco, las mejoras en expediciones que superen el 5% adicional respecto de las actualmente establecidas, ya que la citada cláusula dispone que se valorarán hasta un máximo de 8 puntos aquellas ofertas que propongan un incremento igual o superior al 5% de 1.680.810 (que es el número de vehículo.km correspondiente a todas las expediciones ordinarias ofertadas)".

En consecuencia, la Sala de Madrid concluye que el pliego

"viene a eliminar la competencia efectiva en dos conceptos esenciales como son las tarifas y las expediciones, en los que precisamente las empresas pueden

competir entre sí con mayor margen de maniobra, por cuanto que con relación al resto de los conceptos de valoración (seguridad y confort de los vehículos, su eficiencia energética y de defensa del medio ambiente, antigüedad de los vehículos, medidas de mejora de las condiciones de trabajo del personal de la conducción, accesibilidad de personas de movilidad reducida, instalaciones, medidas de atención al público y de comercialización, etc.), existe una práctica igualdad entre las empresas del sector, de manera que el sistema de puntuación establecido deja un escaso margen a la concurrencia de una competencia real, facilitando en gran medida que la adjudicación haya de resolverse a favor del anterior concesionario por la aplicación, en definitiva, de lo establecido en el artículo 73.3 del ROTT".

Y, también, dice la sentencia que los criterios de valoración de las ofertas contenidos en el pliego infringen los objetivos perseguidos por el Reglamento (CE) nº 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, cuyo artículo primero dispone que "las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar 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 de mercado hubieran permitido prestar".

Respecto de los 15 puntos previstos por la cláusula 4.10.3.9 por el compromiso de "absorber o mantener, en su caso, en el momento de inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye", la demanda señalaba que, exigiendo la subrogación el artículo 73.2 del Real Decreto 1211/1990 y siendo imprescindibles esos 15 puntos para optar a la adjudicación, suponían un factor desmesurado. Aducía en su apoyo el informe de la Comisión Nacional de la Competencia para el que esa cláusula supone una extralimitación del contenido propio de los pliegos, ya que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad debía resolverse conforme a la legislación laboral --el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos-- y, en su caso, aplicando el artículo 104 de la Ley 30/2007. De nuevo, la Administración y LA REQUENENSE mantuvieron la conformidad del pliego en este extremo con las normas del Real Decreto 1211/1990 y con las exigencias legales en materia de transportes terrestres, de contratación y con el Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia acoge la demanda en este extremo porque el compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario, cuando proceda, previsto en el artículo 73.2 del Real Decreto 1211/1990

"exige obviamente, para que sea factible, especificar en el Pliego de Condiciones los correspondientes supuestos de absorción, lo que no cumplimenta el Pliego hoy impugnado, que incluye tal compromiso con términos no coincidentes absolutamente con los de aquel precepto, pues valora el compromiso no sólo de absorber sino también de "mantener, en su caso" al personal del antiguo concesionario, lo que supone una indeterminación de cuando ello debe efectuarse y en qué circunstancias, y para cuya efectividad debería asimismo darse puntual cumplimiento a lo ordenado por el artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público (...). Pero es que además, siendo tal compromiso una obligación legal en determinados casos, el margen de maniobra empresarial al respecto resulta mínimo, sin olvidar que la empresa hasta entonces adjudicataria, y que concurra para repetir la adjudicación, parte con una evidente ventaja al bastarla con mantener a su personal sin necesidad de ninguna absorción de trabajadores procedentes de otra empresa, lo que claramente genera dificultades a las empresas que optan a la adjudicación, que tienen que adaptar a los trabajadores de la antigua adjudicataria a sus propias plantillas, de manera que también la valoración de 15 puntos máximos con relación al compromiso de "absorber o mantener, en su caso, en el momento de inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye" se deduce excesivo y desproporcionado en comparación con el resto de criterios de valoración establecidos en el Pliego".

Así, pues, la Sala de Madrid entiende que concurren suficientes motivos para anular el pliego --y los actos de aplicación del mismo-- porque estos criterios de valoración impiden la real y efectiva libre competencia empresarial en la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera. Advierte, sin embargo, la sentencia que no corresponde a la Sala fijar otros criterios valorativos pues debe ser la Administración la que, en uso de su discrecionalidad técnica, atribuya a los conceptos controvertidos (tarifas, expediciones, el compromiso sobre el personal) la puntuación adecuada para que no se produzca el efecto de restringir indebidamente la competencia y, también, precise que la preferencia de la oferta del anterior concesionario sólo

será aplicable en los términos previstos en el artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990.

TERCERO.- El recurso de casación del Abogado del Estado interpone tres motivos, el primero al amparo del apartado c) y los otros dos del apartado d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. Resumimos, seguidamente, su contenido.

(1º) Dice el Abogado del Estado que la sentencia infringe los artículos 9 de la Constitución y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque da por hecho un efecto cuya producción no se ha demostrado en el proceso: la eliminación de la competencia entre empresas. Y la carga de la prueba correspondía al demandante.

(2º) Asimismo, afirma el representante de la Administración que la sentencia vulnera el artículo 73 del Real Decreto 1211/1990 en relación con el artículo 1 y el considerando 17 del Reglamento CE/1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Resalta el Abogado del Estado que, de seguirse el criterio sentado por la sentencia, se primaría el aspecto económico sobre los demás cuya importancia no es menor. Parece difícil sostener con el artículo 73 del Real Decreto 1211/1990 en la mano, dice, que deba darse menor importancia a criterios como la seguridad del transporte o el cumplimiento de la obligación legal de mantener o subrogarse en el personal. Además, considera que la sentencia se limita a recoger una opinión del juzgador sobre extremos que se enmarcan en la discrecionalidad técnica de la Administración. Y añade que la cláusula de preferencia se basa en que el anterior concesionario ha prestado el servicio en condiciones adecuadas. En definitiva, el pliego se ajusta al artículo 73 citado.

Por lo que hace al Reglamento europeo, dice el escrito de interposición que la sentencia lo infringe porque su considerando 17 y su artículo 1 autorizan la intervención administrativa en el sector del transporte público de viajeros para garantizar mayor frecuencia, seguridad y calidad así como precios más baratos.

(3º) Por último, alega el Abogado del Estado que la sentencia vulnera el artículo 73.2 del Real Decreto 1211/1990 en relación con los artículos 44 del

Estatuto de los Trabajadores y 104 de la Ley 30/2007. A su entender, los quince puntos que se pueden asignar por el compromiso de absorber o mantener al personal del antiguo concesionario responden, efectivamente, a una obligación legal y no hay indeterminación alguna en la cláusula 4.10.3.9. del pliego que así lo prevé porque sus términos se concretan por el citado artículo 73.2. Por lo demás, sostiene que no es escaso el margen de maniobra empresarial que deja ni aprecia ventaja para el adjudicatario actual que concurre para repetir porque tal presunto beneficio cesará en el momento en que se produzca la adjudicación a otro concesionario. En cualquier caso, añade, se trata de una obligación legal y, por tanto, insoslayable que no contradice el artículo 104 de la Ley 2/2007.

El recurso de casación de LA REQUENENSE dirige, también, tres motivos contra la sentencia, todos interpuestos conforme al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción. Son los siguientes.

(1º) En primer lugar, le reprocha la infracción del artículo 73.4 del Real Decreto 1211/1990 y del artículo 1 del Reglamento europeo 1370/2007, el cual, advierte, no es aplicable porque no estaba en vigor cuando se dicta la resolución impugnada en la instancia, ya que demoró su vigencia hasta el 3 de diciembre de 2009. En todo caso, sostiene que la sentencia contradice su considerando 17 y su artículo 1 de manera que no puede invocarlo para llegar a sus conclusiones. Además, subraya, la Administración, en el pliego, no ha hecho otra cosa que aplicar las previsiones del artículo 73.4 mencionado y considera que no puede aceptarse que los criterios técnicos del Ministerio, basados en la experiencia de concesiones procedentes de los años 1988, 1989 y 1990, sometidas a auditorias, sean cuestionados por una decisión jurisdiccional que incide en el ámbito de la discrecionalidad técnica.

(2º) La sentencia infringe, igualmente, el artículo 73.2 del Real Decreto 1211/1990. LA REQUENENSE entiende que ese precepto no establece prioridades entre los conceptos que enuncia y que la Sala de Madrid lo ha ignorado y asume un planteamiento reduccionista que trata de valorar sólo o fundamentalmente los elementos económicos, olvidando que no estamos ante una subasta sino frente a un pliego para resolver un concurso en cuya resolución se manejan criterios no sólo económicos. Por otro lado, sobre la valoración del compromiso de subrogación del personal, dice que la sentencia se olvida de la previsión que, al respecto, hace el artículo 73.2 y no alcanza la

recurrente a advertir en donde reside la indeterminación de la que habla la sentencia ya que el alcance de ese compromiso aparece claramente delimitado en el anexo V del pliego. Explica, también, LA REQUENENSE que la valoración de ese concepto no sólo responde al propósito de garantizar los derechos de los trabajadores, sino que, además, tiende a mantener el equilibrio entre los licitadores porque la posición de la anterior concesionaria quedaría, en caso contrario, distorsionada porque sería la única que tendría que soportar los costes laborales derivados de la antigüedad y de las indemnizaciones por el personal excedente. Apunta, por último, el escrito de interposición, que el Reglamento europeo sigue el mismo criterio que el Real Decreto 1211/1990.

(3º) El tercer motivo y último de LA REQUENENSE mantiene que la sentencia vulnera el artículo 73.3 del Real Decreto 1211/1990 ya que permite atribuir preferencia a la oferta del anterior concesionario siempre que la mejor no supere a la de éste en más del 5% de la puntuación máxima posible pero sólo en las condiciones que detalla. Es decir, cuando haya prestado el servicio en las condiciones adecuadas y no haya incurrido en las infracciones que indica el precepto. La cláusula 4.10.4 del pliego, resalta, se limita a recoger lo previsto por este artículo 73.3 y no puede pretender la sentencia, dice la recurrente, que sea obligatorio recoger en el pliego la literalidad de este precepto en lugar de remitirse a él.

CUARTO.- GLOBALIA se ha opuesto a ambos recursos de casación. En su escrito explica que son los primeros de los interpuestos contra varias sentencias de la Sala de Madrid que se han pronunciado en los mismos términos en que lo ha hecho ésta y que, después de esos pronunciamientos judiciales, la Administración ha seguido utilizando los mismos pliegos y adjudicando más de una veintena de licitaciones con ellos. Destaca que el resultado del mecanismo de adjudicación ha sido que, siempre que el concesionario anterior ha concurrido, ha obtenido la nueva adjudicación, tal como sucedió en este caso. Asimismo, llama la atención sobre el nuevo informe de 6 de julio de 2010 que la Comisión Nacional de la Competencia elaboró sobre el Protocolo de Apoyo modificado después de que emitiera el primer informe, el que citan la demanda y la sentencia. Nuevo informe cuyas conclusiones son que el funcionamiento de los criterios del pliego dificulta la competencia efectiva pues el margen real que deja a las ofertas es muy reducido. Ello se debe, sigue exponiendo GLOBALIA, a la elevada puntuación

exigida para obtener la adjudicación, a la fijación de topes máximos para valorar, en particular, las tarifas y las frecuencias del servicio.

Estas consideraciones las amplía con otras en las que insiste sobre la improcedencia de que se valore el cumplimiento de la obligación legal respecto del personal del anterior concesionario y afirma que, en el caso de la concesión a la que se refiere el pliego, ese personal de LA REQUENENSE ha experimentado un artificial incremento que dificulta aún más la competencia.

Seguidamente, manifiesta sobre los motivos de casación interpuestos por el Abogado del Estado y los coincidentes de LA REQUENENSE, cuanto sigue.

(1º) Al primero opone GLOBALIA que es a la Administración a la que corresponde la carga de demostrar que no hay restricción a la competencia efectiva y que el Abogado del Estado no ha dado ni un solo argumento justificativo de su posición. Por lo demás, se remite al informe de la Comisión Nacional de la Competencia y subraya que la sentencia sí ha tenido por probado que el pliego provoca el falseamiento de la competencia real y que corrobora su acierto la realidad constatada de que el concesionario siempre repite y, normalmente, en condiciones de explotación muy similares cuando no iguales a las preexistentes.

(2º) Sobre la existencia de otros conceptos a valorar en la que se apoya el segundo motivo del Abogado del Estado y el segundo de LA REQUENENSE dice GLOBALIA que el Real Decreto 1211/1990, aunque, ciertamente, contempla otros conceptos, da un peso relevante a las tarifas y expediciones en la valoración de las ofertas. El artículo 73.1, explica, cuando afirma que no se tendrá en cuenta exclusivamente su contenido económico dice, *sensu contrario*, no sólo que debe considerarse sino que es particularmente importante. A la misma conclusión conduce, sigue GLOBALIA, el apartado 2 de ese artículo. Por tanto, la sentencia no infringe el precepto invocado sino que procura su íntegro cumplimiento. Además, observa que el Abogado del Estado no justifica de qué manera la sentencia incurre en la infracción que denuncia y señala que, de ninguna manera, conduce a que solamente se tengan en cuenta los factores económicos en la valoración de las ofertas sino a que la ponderación de todos los que deben considerarse posibilite la concurrencia real. Y, en cuanto a la vigencia del Reglamento

européo 1370/2007, destaca el escrito de oposición que sus principios, luego articulados por sus preceptos, formaban ya parte del acervo comunitario.

(3º) GLOBALIA dice, a propósito del tercer motivo del Abogado del Estado, que la única razón por la que se puntúa el compromiso de mantener o absorber al personal del anterior concesionario es el de reducir en quince puntos los cien precisos para obtener la adjudicación. De este modo, los cinco de ventaja de aquél juegan, no sobre cien sino sobre ochenta y cinco.

Respecto de los motivos de LA REQUENENSE, recuerda GLOBALIA que los principios del Reglamento europeo 1370/2007 formaban parte con anterioridad del acervo comunitario y que sus preceptos se limitan a articularlos. Y que ese texto normativo no ha sido determinante de la estimación del recurso contencioso-administrativo. Por lo demás, hace una serie de observaciones sobre la mención que hace LA REQUENENSE sobre el hecho de que participara en el concurso e impugnara el pliego al no lograr la adjudicación.

QUINTO.- El primer motivo del Abogado del Estado no ha sido interpuesto correctamente porque se acoge al apartado c) del artículo 88.1 pero en su desarrollo no denuncia el quebrantamiento de las formas procesales ni la infracción de las reglas que regulan la formación de la sentencia sino el juicio que ha hecho la Sala de Madrid sobre el efecto que produce en la libre concurrencia el sistema de puntuación que contiene el pliego de los distintos factores que toma en consideración para valorar las ofertas. En consecuencia, no es admisible pero, aun en el caso de que no incurriese en ese defecto tampoco habría prosperado porque la valoración de la Sala de Madrid, basada en el análisis del pliego y en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia no es arbitraria ni irrazonable.

El segundo motivo debe ser desestimado porque la sentencia no infringe el artículo 73 del Real Decreto 1211/1990 ni el Reglamento europeo 1370/2007. No puede atribuírsele el propósito de que se desconozcan factores como la seguridad o la calidad del transporte, ni de los demás que contempla el pliego en concordancia con los que toma en consideración el Reglamento europeo, al margen del momento de su entrada en vigor. Busca, por el contrario, que se les asigne una valoración que evite el efecto puesto de manifiesto por la demanda y apreciado por la sentencia. A lo que mira esta

última es a que el conjunto de las puntuaciones esté articulado de tal manera que permita la competencia efectiva y no supone una vulneración del citado artículo 73 concluir que el peso de los aspectos económicos debe ser superior al que le da el pliego porque en ese ámbito las empresas pueden tener mayores posibilidades de establecer diferencias y así competir sin incurrir en temeridad.

El juicio de la sentencia no puede descalificarse presentándolo como una mera opinión de la Sala de Madrid para así atribuirle una connotación subjetiva y, por tanto, discutible, en contraposición a la objetividad que derivaría necesariamente de la discrecionalidad técnica de la Administración. La sentencia razona, argumenta su conclusión y tiene a su disposición el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia en el que hay otros elementos que apoyan la solución alcanzada. Por lo demás, precisamente, por respetar ese ámbito de discrecionalidad del que debe disponer la Administración, es prudente en su pronunciamiento y le deja el establecimiento de una forma de valoración de los conceptos señalados por el artículo 73 y de aquellos cuya relevancia lo exija que permita elegir la oferta más ventajosa para los intereses públicos sin que el juego de factores como la preferencia del anterior concesionario y del cumplimiento de una obligación legal sean determinantes.

La misma suerte ha de correr el tercer motivo. La circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario en el caso de que no logre la adjudicación no significa que su cumplimiento deba ser objeto de la atribución de los quince puntos que le asigna el pliego. De nuevo, debe tenerse presente que el pronunciamiento de la Sala de Madrid descansa en el juego del conjunto de puntuaciones previsto por el pliego, caracterizado por el insuficiente peso de las tarifas y expediciones, la asignación a este componente de la oferta --el mantenimiento o la absorción de los trabajadores-- de la misma valoración en puntos (quince como máximo) que la de aquéllas y la preferencia del anterior concesionario. Y en el dato de que dichos mantenimiento o absorción, son, como dice la sentencia, una obligación en determinados casos. Por eso, no está fuera de lugar su observación sobre la indeterminación del pliego. Ahora bien, lo decisivo en el juicio de la Sala de Madrid a este respecto es la desproporción con la que ve tratado este concepto.

SEXTO.- Tampoco pueden prosperar los motivos interpuestos por LA REQUENENSE por las razones que acabamos de exponer a propósito de los del recurso del Abogado del Estado ya que, al margen del orden en que se exponen las infracciones denunciadas, son sustancialmente las mismas las cuestiones suscitadas en ambos casos.

SÉPTIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima y única a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 3.000 €, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos con nº 2460/2011 por el Abogado del Estado y por LA REQUENENSE DE AUTOBUSES Y CARMEN LIMORTE, S.A. contra la sentencia nº 154, dictada el 23 de febrero de 2011, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso 741/2009, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

