

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

RECURSO: 741/2009

Recurrente: Globalia Autocares, S.A.

Demandado: Ministerio de Fomento

Codemandado: La Requenense de Autobuses Carmen Limorte, S.A.

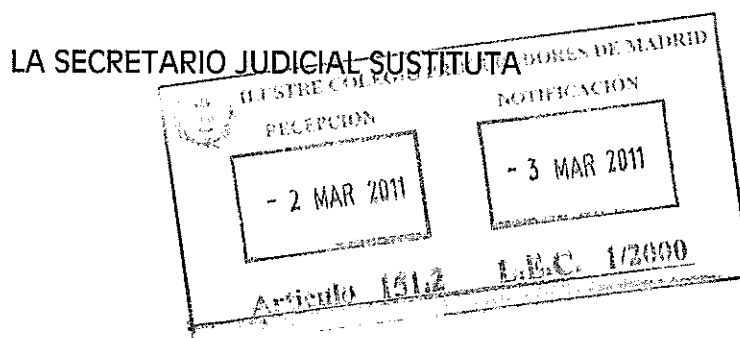
DILIGENCIA DE ORDENACIÓN
SECRETARIO SRA. D^a. FRANCISCA SANTOS-OLMO MARTÍNEZ

En Madrid, a 25 de febrero de 2011.

Siendo firme la sentencia dictada en el presente recurso, remítase certificación de la misma, con devolución del expediente administrativo, al órgano que dictó el acto, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, interesando que en el plazo de diez días acuse recibo e indique el órgano responsable del cumplimiento, conforme exige el art. 104 de la Ley Jurisdiccional.

Contra la presente diligencia cabe pedir revisión, en el plazo de cinco días desde su notificación, ante esta misma Sección, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección nº 2608 (Banesto), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 21 Contencioso-Revisión de resoluciones Secretario Judicial (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).



Recurso nº 741 /09
Ponente Sra. Maldonado Muñoz

Recurrente: "Globalia Autocares, S.A." (Proc. D. Antonio Pujol Varela)

Demandado: Ministerio de Fomento (Abogado del Estado)

Codemandado : La Requenense de Autobuses Carmen Limorte, S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 2 MAR 2011	- 3 MAR 2011
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

SENTENCIA NÚM. 154

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. Juan Ignacio Pérez Alférez

D^a. Pilar Maldonado Muñoz

En Madrid, a veintitrés de Febrero

del año dos mil once.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 741/09 formulado por el Procurador D. Antonio Pujol Varela en nombre y representación de "GLOBALIA AUTOCARES, S.A.", contra 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;

habiendo sido parte demandada el MINISTERIO DE FOMENTO representado por Abogado del Estado, y codemandada la entidad mercantil La Requenense de Autobuses Carmen Limorte SA, representada por el procurador D. Felipe Juanas Blanco. La cuantía del recurso resulta indeterminable.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones reseñadas, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 23 de Febrero de 2.011.

Siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Doña María del Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por "Globalia Autocares, S.A." la Resolución de 16.10.08 de la Dirección General de Transportes por Carretera, del Ministerio de Fomento, confirmada en alzada por Resolución de 29.1.09 de su Secretaría General Técnica, por la que se anuncia la convocatoria de licitación pública y 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-Valencia" (expediente nº 2008/03101 B/CS).

En el suplico de su demanda la recurrente solicita que se anulen las resoluciones reseñadas con declaración de los pliegos como "lesivos para la libre competencia al derivarse de los mismos obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados", solicitando igualmente *"que se declare no ajustado a derecho y por tanto nulo y sin ningún efecto, tanto en sí mismo como en sus actos de aplicación el 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, de 24 de Abril y su modificación de Octubre de 2008, en tanto que el mismo constituye una manifestación de voluntad de la Administración, de carácter general y permanente, contraria a derecho, que ha servido de referencia de los pliegos de los concursos de las resoluciones (ocho) de 3 de septiembre de 2007 y la de 15 de octubre de ese mismo año, así como a la aquí recurrida de 22 de octubre de 2008, a la que se unen las otras tres convocadas por resolución de esa misma fecha y la resolución de 13 de enero de 2009, y lo sigue sirviendo para los futuros concursos que sean convocados, constituyendo el hecho de que no haya sido formalmente publicado como norma jurídica una actuación en fraude de ley que no puede beneficiar a la Administración"*.

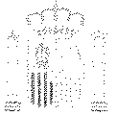
La parte codemandada, al contestar la demanda, plantea se declare la inadmisión del recurso en cuanto el "Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros, regulares y de uso general, de competencia de Ministerio de Fomento que venzan a partir del 2007", alegando que no nos encontramos ante un acto impugnado, y en todo caso, no se ha agotado el recurso frente al mismo en vía administrativa a lo que hay que añadir que el plazo de su interposición ha transcurrido con creces.

Según ha quedado expuesto, el objeto del presente recurso contencioso queda centrado en las Resoluciones de 16 de Octubre de 2.008 y 29 de Enero de 2.009, desestimando ésta el recurso de alzada formulado contra aquélla, por lo que ha de quedar fuera del ámbito del actual enjuiciamiento, al impedirlo el carácter revisor de esta jurisdicción, otras actuaciones de la Administración que no hayan sido previamente impugnadas en vía administrativa. Consecuentemente, esta Sentencia no puede contener pronunciamiento alguno sobre el "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 de 24 de Abril y su modificación de octubre de 2008", que no ha sido objeto de previa impugnación administrativa y al que no se refiere el escrito de interposición del recurso contencioso que nos ocupa.

La decisión adoptada, de excluir del presente enjuiciamiento el Protocolo de referencia, viene avalada por la doctrina jurisprudencial que a continuación se expone. Como se declara en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 2.004, la acción contencioso-administrativa aparece desdoblada en un acto de interposición, limitado a la indicación del acto que se recurre, y la demanda, en la que han de formularse los fundamentos fácticos y jurídicos de dicha impugnación. Se trata, pues, de un acto complejo, escindido en dos trámites por la razón práctica de tener a la vista el expediente para formular la demanda, pero con identidad objetiva y subjetiva, por lo que debe darse entre ambos una estrecha correlación, consistente en que la demanda no puede referir la impugnación a actos o disposiciones no mencionadas en el

escrito de interposición. Por consiguiente, la fijación del acto objeto del recurso se hace en el escrito de interposición y ninguna norma procesal permite cambiar el objeto del proceso en la demanda; así vino considerándolo una reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 16 de Febrero de 1.976, 4 de Octubre de 1.979, 4 de Febrero de 1.983, 16 de Octubre de 1.984, 2 de Octubre de 1.990, 6 de Febrero de 1.991) expresiva de que queda fuera del proceso toda consideración sobre el acto que no fue impugnado en el escrito de interposición, lo que obliga sólo a tener en cuenta la pretensión del escrito inicial o de interposición del recurso, so pena de incurrir en desviación procesal. Pero ello solo quiere decir, a tenor de lo expuesto, que ha de quedar fuera del recurso contencioso-administrativo interpuesto cualquier pretensión que no se refiriera al acto impugnado. Pero no que también quede amparado en esa desviación procesal y su consecuencia de inadmisibilidad, aquel acto concreto que sí lo fue y respecto del que se argumentó suficientemente.

Sobre la desviación procesal señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 2.003, que el carácter revisor de las funciones que ejerce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo determina la imposibilidad de alterar el objeto del proceso en relación con el que fue decidido por el acto administrativo impugnado. El art. 56 de la Ley de la Jurisdicción permite que en la demanda y en la contestación puedan alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. El precepto se limita a admitir que se hagan valer nuevos motivos de impugnación del acto administrativo impugnado, pero no a permitir que se altere la naturaleza y esencia de dicho acto, que es el que constituye el objeto de la pretensión del recurrente. En el mismo sentido depone la STS de 15 de Junio de 1.992 cuando afirma que el planteamiento "ex novo" en la demanda implica una clara desviación procesal y una desvirtuación, por exceso, del carácter revisor de esta Jurisdicción, cuya finalidad básica inicial es "revisar", volver a conocer, los mismos problemas que hayan sido planteados ya ante los órganos de gestión o de especial control o resolución de la Administración, con objeto de determinar si ésta se ha atemperado en su actuación al ordenamiento jurídico y ha constreñido o no derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados afectados.



Si las sentencias reseñadas se centran en la desviación procesal que puede concurrir por la divergencia que existe entre lo reclamado en vía administrativa y lo reclamado en vía jurisdiccional, también la Jurisprudencia se pronuncia sobre la desviación procesal en que se puede incurrir por apartarse la demanda de los actos impugnados en el escrito de interposición del recurso. A este respecto la STS de 18 de Marzo de 2.002 señala, con remisión a las Sentencias de 13 de Marzo y 9 de Junio de 1.999, que la LJCA exige que en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se cite el acto o la disposición que se impugne, y que se solicite que se tenga por interpuesto el recurso. Ello es así porque en este escrito inicial recae sobre el actor la carga procesal de individualizar el acto objeto de impugnación delimitando, al mismo tiempo, el objeto del recurso, de forma que éste no puede alterarse ya en el escrito de demanda, salvo en los casos de ampliación del recurso. Debe existir, como señala jurisprudencia constante, una concordancia obligada entre los escritos de interposición y el de demanda. El escrito de interposición del recurso, al concretar los actos administrativos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto preciso sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso (Sentencias de 22 de Enero de 1.994, 2 de Marzo de 1.993, 30 de Marzo de 1.992 y 11 de Septiembre de 1.991, entre otras muchas). Si se alteran los actos impugnados en el momento procesal ulterior de la demanda se incurre en desviación procesal, que acarrea inexorablemente la inadmisibilidad del recurso frente a ellos.

Sobre la base de estas afirmaciones, es necesario poner de relieve que, en efecto, en función de la naturaleza esencialmente revisora atribuida a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa respecto de los actos administrativos (arts. 1 y 25 de su Ley Reguladora 29/1.998), está vedado a la misma el conocimiento de cuestiones no planteadas ni propuestas a la Administración, que en consecuencia no se ha pronunciado sobre las mismas. Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 30 de Noviembre de 1.983, 1 de Febrero de 1.991 y 12 de Noviembre de 1.996), no admite el proceso contencioso-administrativo la desviación procesal producida al



pretenderse en vía jurisdiccional cuestiones nuevas, sobre las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, no procediendo en consecuencia hacer pronunciamiento alguno sobre las mismas, al ser peticiones que no fueron objeto de la resolución administrativa impugnada, sin que sea óbice a ello lo dispuesto en los artículos 33.1 y 56.1 de la Ley Jurisdiccional, ya que si tales normas permiten nuevas alegaciones o motivos nuevos, en modo alguno autorizan que puedan modificarse, alterarse o adicionarse a las peticiones instadas en vía administrativa otras nuevas en esta vía jurisdiccional no formuladas ni cuestionadas ante la Administración, de manera que no es admisible que se produzca una discordancia objetiva entre lo pedido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Centrado así los términos del debate, alega la parte recurrente que los Pliegos impugnados infringen los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación exigidos por el artículo 11.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.000 de 16 de Junio (TRLCAP), incumpliendo, en consecuencia, la mencionada normativa, el artículo 1.1.a), c) y d) de la Ley 15/2.007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC), y la Ley 16/1.987 de 30 de Julio de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1211/1.990 de 28 de Septiembre (ROTT), señalando que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para admitir limitaciones a la libre prestación de servicios se exige que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no vayan mas allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En concreto, y en primer lugar, señala sustancialmente la recurrente que no existe norma jurídica en qué apoyar la diferenciación de requisitos para las empresas con actividad regular y las de actividad discrecional, pues la LOTT y el ROTT no reconocen sino empresas de transporte de viajeros por carretera en autobús que operan contratos diferentes, con regulaciones diferenciadas, pero sin que esos contratos impliquen diferencias entre las empresas como tales, y

por ello en los concursos celebrados tras la aprobación de la mencionada normativa (los de los años 90) nunca se exigieron condiciones diferenciadas a las empresas participantes en virtud de su actividad, de manera que con lo afirmado en la Resolución recurrida en relación con el artículo 48 de la LOTT y 42 del ROTT, la Administración está creando una diferenciación y especificidad que no existe legalmente, y que además estaría en contra del Reglamento CE 1370/2.007 de 23 de Octubre, y ello porque en esas normas solo hay un tipo de empresas, la de transporte de viajeros por carretera en autobús, por lo que la diferenciación solo tiene por finalidad hacer del concurso un mero trámite administrativo de convalidación de las concesiones ya existentes a favor de los actuales concesionarios, restringiendo la competencia y la posibilidad de presentarse de otras muchas empresas.

La Administración demandada se opone a la pretensión actora argumentando que la cláusula 4.1 del Pliego, al tratar sobre la legitimación de los licitadores, se remite a lo dispuesto en el artículo 70 del ROTT, que permite concurrir a las empresas que reúnan los requisitos del artículo 48 de la LOTT y 42 del ROTT, y que se trata de cumplir los requisitos necesarios para obtener un título habilitante para la realización del transporte público por carretera; además, que el Pliego exige en su cláusula 4.1.4, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 y 68 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que los licitadores acrediten su solvencia profesional o técnica para ejecutar servicios de la complejidad que se licitan, estableciendo a tales efectos una serie de 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, y no solo por empresas que cuenten ya con concesiones de transporte regular permanente de uso general, sin que resulten discriminatorios los apartados c) y d) que exigen que los servicios a través de los que se justifique dicha experiencia impliquen la utilización de un número de vehículos que será, como mínimo, del 50% de los exigidos en la cláusula 2.2.2 del Pliego, y que alternativamente habrá de acreditarse 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, ya que con estos requisitos se pretende garantizar la capacidad del licitador para la gestión de servicios de complejidad similar a la que se licita.

De forma similar la parte codemandada, la entidad mercantil La Requenense de Autobuses Carmen Limorte SA afirma que los requisitos exigidos en el artículo 4.1.4 del Pliego no son contrarios a la igualdad entre los licitadores sino todo lo contrario, en el sentido de que trata igual a todos los licitadores que se encuentren en circunstancias semejantes y de modo desigual a los que se encuentren en otra situación, pero sin que la Administración impida a todos los transportistas (de transporte regular, tanto de uso permanente como de uso especial, como discrecional) concurrir con posibilidades de éxito al proceso

TERCERO.- La cláusula 4.1 del Pliego de Condiciones, que lleva por denominación "Legitimación", dispone, que *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 del ROTT, podrán participar en el concurso las empresas que reúnan los requisitos previstos en el artículo 42 del ROTT y las que expresamente se determinan en el Pliego de Condiciones"*. El apartado 4.1.4, referente a la solvencia técnica o profesional de los licitadores, establece que *"deberá acreditarse, en base a lo previsto en los artículos 67 y 68 de la LCSP, mediante la aportación de la siguiente documentación: a) Autorización VD a la empresa; b) Acreditación de la disponibilidad de un número de autobuses que debe ser, como mínimo, igual al exigido en el apartado 2.2.2 de este Pliego. También será válida la presentación de contratos de arrendamiento financiero; c) En el caso de no haber sido prestatario con anterioridad del servicio que se concursa, acreditación de una experiencia de tres años, inmediatamente anteriores a la presente convocatoria de licitación, en la prestación de, al menos, un servicio de transporte regular por viajeros por carretera, de uso especial o de uso general, que requiere la utilización de un número de autobuses igual o superior al que habrá de quedar adscrito a la concesión, conforme a lo exigido en el apartado 2.2.2 de este Pliego; d) En caso de licitadores sin experiencia en la prestación de servicios de transporte regulares de viajeros por carretera o que no puedan acreditarla, pero que dispongan de autorización VD, deberán justificar que durante los tres años, inmediatamente*

anteriores a la presente convocatoria de licitación, han tenido y mantienen un número de copias certificadas de VD igual o superior al número de vehículos que habrán de quedar adscritos a la concesión; y e) Certificado acreditativo de que el licitador cumple normas de aseguramiento de la calidad, según sistemas basados en la norma UNE ISO 9001-Gestión de la Calidad o similares”.

De la trascrita cláusula del Pliego se deduce claramente que la Administración demandada distingue tres supuestos diferentes, siendo, asimismo, distintos los requisitos exigidos para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores. Así, el Pliego distingue según que el licitador haya sido prestatario con anterioridad del servicio que se concursa (apartado 4.1.4.b) -solo debe acreditar que dispone de un número de autobuses, como mínimo, igual al exigido en el apartado 2.2.2. del Pliego-; que no haya sido prestatario con anterioridad del servicio que se concursa (apartado 4.1.4.c) -deberá acreditar una experiencia de tres años inmediatamente anteriores a la convocatoria en la prestación de, al menos, un servicio de transporte regular de viajeros por carretera, de uso general o especial, que requiera la utilización de un número de autobuses igual o superior al que habrá de quedar adscrito a la concesión, conforme al apartado 2.2.2 del Pliego-; y, finalmente, que sean licitadores sin experiencia en la prestación de servicios de transporte regulares de viajeros por carretera o que no puedan acreditarla, pero que dispongan de autorización VD (apartado 4.1.4.d) -que deberán justificar que durante los tres años, inmediatamente anteriores a la convocatoria de licitación, han tenido y mantienen un número de copias certificadas de VD igual o superior al número de vehículos que habrán de quedar adscritos a la concesión-.

CUARTO.- La cuestión planteada por la recurrente es si esta diferenciación para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores tiene apoyo legal, o por el contrario, infringe la normativa en la materia y atenta contra el principio de libre competencia.

El artículo 70 del ROTT, en su apartado segundo, establece que *“podrán participar en el concurso las empresas que, hallándose inscritas en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas en los términos previstos en la legislación*

sobre contratos de las Administraciones públicas, reúnan los requisitos previstos en el artículo 42 y los que expresamente se determinen en el pliego de condiciones y tengan su justificación en las características del servicio determinadas por el proyecto que le sirvió de base”. Por su parte, el artículo 42 se refiere a los requisitos que hay que acreditar ante la Administración competente para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera (ser persona física o bien persona jurídica, debiendo revestir en ese caso la forma de sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado; tener la nacionalidad española, o bien la de un Estado de la Comunidad Económica Europea o de otro país extranjero con el que, en virtud de lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales suscritos por España, no sea exigible el citado requisito; cuando se trate de personas jurídicas deberá justificarse su constitución como Empresa con fines de transporte público o de la actividad auxiliar o complementaria de que se trate e inscripción en el Registro Mercantil o, en su caso, en el Registro que corresponda; poseer las necesarias condiciones de capacitación profesional, honorabilidad y capacidad económica en la forma y condiciones establecidas en este Reglamento, salvo en los casos expresamente exceptuados conforme a lo previsto en el mismo; cumplir las obligaciones de carácter fiscal establecidas por la legislación vigente; cumplir las obligaciones laborales y sociales exigidas por la legislación correspondiente; cumplir en cada caso las condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad que expresamente se establezcan en la normativa vigente en relación con las distintas clases o tipos de títulos habilitantes).

Pues bien, las empresas que llevan a cabo el servicio de transporte discrecional de viajeros también cumplen con los requisitos mencionados. En efecto, el artículo 112 del ROTT establece que *“para el otorgamiento de autorizaciones de transporte público discrecional de mercancías o de viajeros será necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 42 y concordantes de este Reglamento”*.

El problema, por tanto, se plantea respecto a la distinta forma de acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores, contenida en la cláusula 4.1.4 del Pliego, y en concreto su apartado 4.1.4.c) que exige en el caso de no haber sido prestatario con anterioridad del servicio que se concursa, acreditar una experiencia de tres años, inmediatamente anteriores a la convocatoria de licitación, en la prestación de, al menos un servicio de transporte regular de viajeros por carretera, de uso especial o de uso general, que requiera la utilización de un número de autobuses igual o superior al habrá de quedar adscrito a la concesión, lo que puede discriminar a los transportistas que prestan servicios de transporte discrecional al contemplar exclusivamente como experiencia la prestación de “un servicio de transporte regular de viajeros por carretera, de uso especial o general” y no contemplar como experiencia el haber realizado servicios de transporte en general, máxime cuando unos y otros prestan servicios de transporte sustancialmente idénticos, siendo los requisitos previstos en la normativa para el desarrollo de ambos los mismos y no existiendo entre ellos diferencias cualitativas, por lo que el trato diferenciado habría de ser calificado como discriminatorio, y atentatorio contra el derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

QUINTO.- Conforme a la cláusula 1.1 del Pliego de Condiciones impugnado en los presentes autos, en todo lo no previsto en el mismo, será de aplicación la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento, y demás disposiciones complementarias reguladoras del transporte, así como, en lo no contemplado por éstas, la legislación reguladora de la contratación del Sector Público. Por tanto, la normativa que regula la contratación del Sector Público, siempre que exista ausencia de previsión expresa en la LOTT y en su Reglamento, se aplica supletoriamente a la licitación recurrida.

Pues bien, el artículo 1 de la Ley 30/2.007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector público dispone que la misma *“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". De forma similar se pronunciaba el artículo 11.1 del TRLCAP (derogado por la Ley 30/2.007) al establecer que *"los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley, y en todo caso, a los de igualdad y no discriminación"*. El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 24 de Septiembre de 2.008 ha declarado que *"la consecución de que imperen en la contratación de las Administraciones Públicas esos cuatro principios que enumera el precepto se erige en la garantía esencial para que la obtención del interés público que constituye la esencia de este tipo de contratos quede indemne, y de ese modo las Administraciones Públicas contraten con todas las garantías que les son exigibles"*. De forma similar, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de Septiembre de 2.000 afirma *"que el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos"*.

Dicho lo anterior, el artículo 67 de la LCSP, al que se remite la cláusula 4.1.4 del Pliego hoy impugnado, referente a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, dispone que en tales contratos, *"la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes"*, mencionando en el apartado a) *"una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos"*.

Por tanto la experiencia es uno de los criterios que sirven para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores. Ahora bien, en el caso ahora debatido no se discute dicha circunstancia sino que la experiencia se encuentre limitada, única y exclusivamente, a los que prestan servicios de transporte regular de viajeros por carretera, de uso general o especial,

impidiendo con ello el acceso de otros licitadores que no hayan prestado servicio de transporte regular, como son los que prestan servicio de transporte discrecional, sin que en el Pliego se motiven las razones de dicha exclusión, lo que, según la hoy recurrente, infringe los principios de concurrencia, no discriminación e igualdad. Asimismo la demanda menciona el Informe de 14 de Julio de 2.008 de la Comisión Nacional de la Competencia, obrante en autos, que pone de relieve que la cláusula 4.1.4.c) del Pliego, al exigir el requisito de experiencia en el transporte regular, supone la exclusión injustificada de las empresas de transporte discrecional, que cuentan con suficiente experiencia y acreditada solvencia, lo que hace que este requisito de experiencia constituya un trato discriminatorio y no proporcional, representando, en consecuencia, una barrera de entrada infranqueable, cuando se ha de garantizar un trato igual a todos los capaces que no estén incursos en causas de prohibición, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de Septiembre de 2.000.

Si bien la recurrente tiene razón en sus afirmaciones, sin embargo, como reconoce en su demanda (fundamento jurídico tercero), la Administración demandada ha introducido determinadas modificaciones en el Pliego impugnado, y en lugar de la exclusión admite la participación de las empresas de transporte de viajeros por carretera en autobús sin actividad de transporte regular en los concursos. En efecto, la cláusula 4.1.4.d) del Pliego impugnado dispone que *“en caso de licitadores sin experiencia en la prestación de servicios de transporte regulares de viajeros por carretera o que no puedan acreditarla, pero que dispongan de autorización VD, deberán justificar que durante los tres años, inmediatamente anteriores a la presente convocatoria de licitación, han tenido y mantienen un número de copias certificadas de VD igual o superior al número de vehículos que habrán de quedar adscritos a la concesión”*, por lo que no cabe acoger las alegaciones actoras que se fundamentan, esencialmente en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia, de 14 de Julio de 2.008, al “Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del transporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento” firmado el 24 de Abril de 2.007 entre el Secretario General de Transporte del Ministerio de Fomento y representantes sindicales y de los empresarios de

transporte en autobús, de fabricantes e importadores de vehículos, de minusválidos y de los usuarios y consumidores (en concreto fueron signatarios de dicho Protocolo el Ministerio de Fomento, el Comité Nacional de Transporte por Carretera, "FENEBUS", "ASINTRA", "UGT", "CCOO", "CERMI", el Consejo de Consumidores y Usuarios, "ASCABUS", "ANFAC" y "ANIACAM"), y en el que las empresas de transporte discrecional de viajeros por carretera estaban injustificadamente excluidas de la posibilidad de ser licitadoras, a pesar de poder contar con acreditada solvencia.

Ahora bien, el Pliego recurrido, 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.

En consecuencia, el informe de la Comisión Nacional de la Competencia no es aplicable al supuesto debatido, al basarse en supuestos distintos al enjuiciado.

SEXTO.- Establecido lo anterior, la recurrente, sobre la cláusula 4.1.4.d) del Pliego de Condiciones que impugna, se limita a decir, única y exclusivamente, que resulta discriminatoriamente injustificado que se exija el doble número de autocares a estas empresas que a las que sí tienen actividad de servicio regular permanente de transporte de viajeros, para concluir, señalando que dicha diferenciación no le supone a la recurrente limitación para presentarse a los concursos, sin perjuicio de lo cual, al entender que restringe la competencia la impugna, aunque su resultado pueda ser, si el órgano judicial le da la razón, aumentar la competencia que tendría la recurrente en los potenciales concursos a que se presentara.

La afirmación de la recurrente nos debería llevar a plantearnos si está legitimada para impugnar dicha cláusula del Pliego, en cuanto que su hipotética anulación, según las manifestaciones actoras, no repercutiría en su esfera

jurídica propia, sin que sea suficiente el mero interés por la legalidad -salvo los casos muy limitados de admisión de la acción popular- ni un interés frente agravios potenciales o de futuro incierto, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencias de 31 de Mayo de 1.990 y 15 de Septiembre de 1.997. En efecto, el interés legítimo en el ámbito contencioso-administrativo ha sido definido como “una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto” (STC 65/1.994 de 28 de Febrero, 105/1.995 de 3 de Julio y 122/1.998 de 1 de Octubre), debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.

No obstante lo expuesto y dado que la Administración demandada no ha planteado dicha falta de legitimación de la hoy recurrente respecto de la impugnación de la cláusula 4.1.4.d) del Pliego de Condiciones, ni en vía administrativa ni al contestar la demanda, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, y entrando en el examen de su conformidad o no a Derecho, debemos desestimar la pretensión actora, por cuanto que la única alegación respecto a ella es que resulta discriminatoria, sin analizar las razones que le llevan a dicha conclusión; discriminación que no aprecia la Sala, puesto que es conforme a Derecho que la Administración, que pretende garantizar la capacidad del licitador, establezca requisitos diferentes a las empresas, al ser, asimismo, diferentes las situaciones en que éstas se encuentra, siempre, claro está, que dichos requisitos sean objetivos, estén justificados y tengan carácter general. Es evidente, que las empresas que han prestado el servicio que se concurra con anterioridad, no se encuentran en la misma situación que aquellos licitadores sin experiencia en la prestación de servicios de transporte regulares de viajeros por carretera, o que no puedan acreditarlo pero que dispongan de autorización VD, a los únicos efectos de la solvencia técnica y profesional de los licitadores, siendo lógico que se exijan mayores requisitos a estos últimos a fin de acreditar dicha solvencia, ya que la Administración debe

tener seguridad de que tienen capacidad para hacerse cargo del servicio de transporte por carretera en el supuesto de que la concesión le fuera adjudicada a uno de ellos. Como se dice en la resolución impugnada, dado que la empresa solo tiene que acreditar la disposición de un número de vehículos, sin que se tenga ninguna constancia de si los mismos se han explotado de forma conjunta o aislada, se hace preciso exigir un número de vehículos más elevado de manera que se garantice la idoneidad del licitador.

Procede así desestimar el recurso contencioso respecto a dicha alegación actora, por no concurrir discriminación ni atentado al principio de igualdad, estando perfectamente expuestas por la Administración las razones y motivos que le han llevado a exigir 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, máxime teniendo en consideración la complejidad del servicio objeto de la concesión y los graves perjuicios que la interrupción del mismo puede causar a sus usuarios.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, afirma la parte recurrente que tal y como están formulados los Pliegos, no existe capacidad de los licitadores para hacer ofertas diferenciadas, por lo que éstas serán muy similares y con valoraciones análogas que, en último caso, resolverán el derecho de preferencia a través de los 5 puntos establecidos en el artículo 73.3 del ROTT, señalando que basta con examinar los conceptos puntuables y los límites establecidos para los dos únicos conceptos no controlables en las ofertas, como son las tarifas y las expediciones, lo que llevará a que las ofertas se sitúen en una banda de menos 5 puntos de la alcanzable por el anterior concesionario, y traerá como consecuencia que éste sea el adjudicatario por los 5 puntos que le concede el derecho de preferencia del artículo 73.3 del ROTT, afirmando que dicho "premio" se establece para el concesionario que ha desarrollado adecuadamente su actividad y no con carácter generalizado como se recoge en los Pliegos.

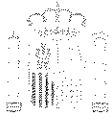
Con carácter previo al examen de la cuestión planteada pasamos a exponer la normativa en la materia.

El artículo 68 del ROTT (según la modificación introducida por el artículo 1.32 del Real Decreto 1225/2.006 de 27 de Octubre, dispone: “1. Para el otorgamiento de las concesiones correspondientes a servicios regulares permanentes de viajeros de uso general se seguirá el procedimiento de concurso. Dicho concurso será convocado y resuelto por la Dirección General de Transportes por Carretera. 2. En el citado concurso servirá de base al correspondiente pliego de condiciones jurídicas, económicas, técnicas y administrativas el proyecto aprobado por la Administración, incluyéndose además las especificaciones que la Dirección General de Transportes por Carretera considere convenientes introducir para satisfacer más adecuadamente el interés público, siempre que respeten las previsiones del proyecto aprobado. 3. Se harán constar en el pliego de condiciones los siguientes extremos: 1º) Los tráficos a atender, según la definición de los mismos contenida en el apartado 1 del art. 64. 2º) Los correspondientes itinerarios, definidos por las carreteras por las que discurra el servicio y los núcleos de población en los que se efectúen paradas para tomar y dejar viajeros. 3º) El calendario de prestación del servicio y el número mínimo de expediciones a realizar. 4º) El número de vehículos que, como mínimo, deberán quedar adscritos a la prestación del servicio, pudiendo incluirse los necesarios para atender intensificaciones de tráficos, o bien el número mínimo de plazas de transporte a ofrecer, con especificación, en su caso, de las características técnicas o de la categoría de los vehículos que hayan de utilizarse, conforme a la clasificación de éstos que, a tal efecto, haya adoptado el Ministro de Fomento en atención a sus características técnicas y de confortabilidad. Especialmente se determinaran las condiciones exigidas para facilitar el uso de los vehículos por personas de movilidad reducida. 5º) Las instalaciones que, en su caso, resulten necesarias. 6º) Los plazos de sustitución obligatoria de vehículos e instalaciones. 7º) El régimen tarifario del servicio. 8º) El compromiso de la empresa prestataria de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en los litigios que, en relación con el contrato de transporte, puedan suscitarse con los usuarios del servicio, cuando dicho arbitraje sea instado por éstos conforme a lo que se señala en el

art. 9. 9º) *El plazo de la concesión. 10º) Las restantes circunstancias económicas o técnicas del servicio”.*

Por su parte, el artículo 69 del mismo ROTT (modificado por el artículo 1.33 de igual Real Decreto 1225/2.006) establece: “1. *Las anteriores condiciones establecidas en el pliego de condiciones se clasificarán de la siguiente manera: a) Condiciones esenciales, que deberán ser respetadas por las distintas ofertas, las cuales no podrán introducir variaciones en las mismas; deberán figurar como tales los tráficos a realizar, el plazo de duración de la concesión, el compromiso del concesionario de no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte cuando éste sea instado por los usuarios y las demás circunstancias a las que expresamente se atribuya dicho carácter esencial en el pliego de condiciones. Tendrá asimismo carácter de condición esencial el itinerario de la concesión, si bien el pliego de condiciones podrá incluir más de un itinerario. b) Condiciones con carácter de requisito mínimo, que podrán ser mejoradas por las distintas ofertas, siempre y cuando se respete el mínimo establecido; tal carácter tendrán el número mínimo de vehículos o número mínimo de plazas ofertadas las características técnicas de los vehículos, el calendario y número mínimo de expediciones y las demás a las que se atribuya dicho carácter en el pliego de condiciones. c) Condiciones de carácter orientativo, que podrán ser modificadas por las distintas ofertas en los términos que cada licitador estime convenientes; tendrán tal carácter las tarifas, los horarios, los plazos de amortización y las instalaciones fijas, siempre que cualquiera de ellos no haya sido establecido en el pliego de condiciones con otro carácter, así como cualesquiera otras que no se hayan determinado expresamente en el pliego como condiciones esenciales o como requisito mínimo. 2. Las Empresas concursantes podrán, dentro de los límites en su caso establecidos, formular ofertas que incluyan precisiones, ampliaciones o modificaciones de las condiciones no esenciales del servicio que figuren en el correspondiente pliego, acompañadas de un estudio técnico y económico que justifique la viabilidad y procedencia de las mejoras propuestas. Podrán asimismo proponer condiciones de explotación coordinada con otros servicios o la unificación con otras concesiones que su posición en el mercado les permita ofrecer”.*

Finalmente, el artículo 73 del ROTT (modificado por el artículo 1.37 del Real Decreto 1225/2.007) dispone: *"1. En la valoración de las proposiciones formuladas y con la consiguiente resolución del concurso, se tendrán en cuenta las circunstancias de todo orden que concurren en las distintas ofertas y en las Empresas que las formulen, sin atender exclusivamente al contenido económico de aquéllas, de acuerdo con los criterios de valoración expuestos en los puntos siguientes o, en su caso, los específicos establecidos en los pliegos de condiciones. 2. Se valorará cada uno de los componentes de la oferta en virtud de su importancia para la prestación del servicio. En especial, serán objeto de dicha valoración las concreciones que sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones, compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda, y calidad y seguridad del servicio realicen los distintos licitadores. El pliego de condiciones de cada concurso establecerá módulos objetivos para la valoración de las distintas ofertas, pudiendo el Ministro de Fomento establecer reglas y precisiones de carácter general al efecto. 3. En el supuesto de que la oferta que, en su caso, hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera una valoración global similar a la mejor o mejores del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre éstas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas. Se entenderá a los efectos previstos en el párrafo anterior, que el servicio se ha prestado en condiciones adecuadas cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de la finalización del plazo concesional ni en éste por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando estas 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 por 100 de la puntuación máxima posible. 4. En cualquier caso, deberán desestimarse las ofertas que establezcan condiciones económicas o de prestación del servicio temerarias, pudiendo a tal efecto el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones*



establecer reglas objetivas para medir dicha temeridad. Asimismo, se desestimarán las ofertas que establezcan condiciones técnicamente inadecuadas o que, con los medios materiales y de personal propuestos, objetivamente no puedan garantizar en la forma debida la prestación del servicio en las condiciones exigidas u ofertadas, y la continuidad del mismo”.

Conforme a la normativa expuesta, el hoy impugnado Pliego de Condiciones para la licitación recoge las “condiciones esenciales no susceptibles de variación” en la cláusula 2.1 (tráficos a realizar, plazo de duración de la concesión, itinerario, y sometimiento al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte), las “condiciones con carácter de requisito mínimo que podrán ser mejoradas” en la cláusula 2.2 (expediciones y calendarios, vehículos, instalaciones fijas, y tarifas máximas admisibles en las expediciones ordinarias), y las “condiciones de carácter orientativo” en la cláusula 2.3 (tráfico medio anual, estructura de costes de la concesión, tarifas, recorrido medio anual, y relación de personal de la antigua concesión a absorber el licitador).

La cláusula 4.10.3 del Pliego se refiere a los criterios de valoración de las ofertas (de conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 del ROTT), que serán los siguientes:

“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: $Puntos = 15 (0,076936 - T) / (0,10 - 0,076936)$ 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: $Puntos\ 8 = (N - 1.680.810) / 0,05 \times 1.680.810$, en la que N es el total de vehículo. Km de las expediciones ordinarias de cada oferta y 1.680.810 los vehículo. 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)*".

La Cláusula 4.10.4 del Pliego, referente a los procedimientos de valoración, establece que *"de conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 del ROTT, se valorará cada uno de los componentes de las ofertas, en virtud de su importancia para la prestación del servicio. En especial, serán objeto de valoración las concreciones que, sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones y calidad y seguridad del servicio, realicen los distintos licitadores, de acuerdo con los módulos objetivos establecidos en la condición 4.0.3 del Pliego. En el supuesto de que la oferta que hubiera 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 el servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73.3 del ROTT"*.

OCTAVO.- Ni la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre (LOTT) ni su Reglamento (ROTT) establecen criterios concretos de valoración, sino que se remiten a los módulos objetivos de valoración de las ofertas contenidos en los Pliegos de Condiciones de cada concurso, autorizando al Ministro de Fomento a establecer reglas y precisiones de carácter general al efecto. En consecuencia, la Dirección General de Transportes por Carretera, al aprobar los Pliegos de Condiciones, y con la finalidad de satisfacer más



adecuadamente el interés público, goza de cierta libertad al establecer los criterios de valoración y el peso específico de cada uno de ellos sobre el total puntuable, dentro de los límites fijados en la normativa reguladora de la materia ya expuestos, sin que deba atenerse exclusivamente al contenido económico de las ofertas.

Afirma la hoy recurrente la escasa ponderación de los factores económicos frente a las que reciben las características técnicas y el compromiso de absorción del personal del antiguo concesionario, aportando en apoyo de su alegación y citando textualmente determinados apartados del 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, que llega a la conclusión del escaso peso de las ponderaciones de tarifas y frecuencias en la valoración que establece el "Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del transporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento que venzan a partir de 2.007" para los elementos de la oferta, al otorgar nada más que un total de 15 puntos porcentuales sobre 100 (10 para las tarifas y 5 para las frecuencias), lo que convierte el baremo del Protocolo en un rígido y muy peligroso mecanismo de precios mínimos, y lo aleja del concepto de la oferta económicamente más ventajosa, así como de la necesidad de atender a los criterios de eficiencia en la contratación pública, llegando a la conclusión de que tal forma de disciplinar las ofertas tiene el objeto y el efecto de impedir la competencia en precios, beneficiando a los titulares de las concesiones, no constituyendo un marco lo suficientemente favorecedor de la competencia de los concursos que han de convocar.

Ahora bien, como anteriormente hemos expuesto el informe de la Comisión Nacional de la Competencia no recae sobre el Pliego de Condiciones impugnado sino sobre el Protocolo de Apoyo antes mencionado, y según reconoce la propia parte hoy recurrente, la Administración demandada ha tenido en consideración dicho informe a la hora de elaborar el Pliego recurrido, y mientras que en el Protocolo de Apoyo las tarifas y las expediciones estaban valoradas, respectivamente, en 10 y 5 puntos máximos, en el presente Pliego



de Condiciones aparecen valoradas en 15 y 8 puntos máximos. Por tanto, la cuestión planteada se concreta en examinar si el citado incremento de la valoración de las tarifas y del número de expediciones es suficiente para entender, tal y como afirma la Administración demandada en la resolución impugnada, que la competencia está garantizada, no siendo razonable, a su juicio, admitir reducciones en las tarifas superiores al 10% porque llevarían al progresivo deterioro del servicio, máxime cuando se trata de servicios que se vienen prestando desde hace mucho tiempo y en el que la demanda se encuentra consolidada, y la partida de personal en la estructura de costes de la concesión se sitúa en el entorno del 52%, siendo, asimismo, adecuada la valoración dada al incremento de las expediciones.

Pues bien, la cláusula 4.10.3.1 del Pliego, referente a la valoración de las tarifas, atribuye a las mismas una puntuación máxima de 15 puntos sobre 100, lo que pone de manifiesto, a juicio de este Tribunal, que el peso de dicho concepto en el total de la valoración es 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). Por otro lado, y esto quizás es más importante, 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).

De lo expuesto se deduce que el Pliego de Condiciones hoy impugnado 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 (*“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 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 por 100 de la puntuación máxima posible”*), sin ninguna referencia además en el Pliego a los criterios legales en orden a determinar cuándo ha de entenderse que el servicio prestado por el anterior concesionario ha sido realizado en “condiciones adecuadas”.

Ha de apreciarse así, como consecuencia de lo hasta ahora razonado, que los criterios de valoración de las ofertas contenidos en los Pliegos de Condiciones hoy impugnados infringen los objetivos que persigue el Reglamento (CE) nº 1370/2.007 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”.

NOVENO.- Otra cuestión planteada se centra en la cláusula 4.10.3.9 del Pliego de Condiciones, que otorga 15 puntos, al licitador que se comprometa a *“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”*, que según la actora convierte el *“compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda”*, que prevé el artículo 73.2 del ROTT, en una efectiva imposición de tal subrogación como elemento ineludible para poder optar a la adjudicación del concurso, pues sin los 15 puntos que se otorgan a dicho apartado sería imposible optar a la adjudicación, añadiendo, por otro lado, que su aplicación se hace de forma desmesurada al abarcar al conjunto del personal del antiguo concesionario y no solo al implicado en el servicio al que se concursa, y aportando lo que dice el informe de la Comisión Nacional de la Competencia al respecto, en el sentido de que la inclusión de dicha 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 ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley 30/2.007, de 30 Octubre, de Contratos del Sector Público (*“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”).

Pues bien, esta Sala comparte las apreciaciones actoras sobre el planteamiento expuesto, por cuanto que el “compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda”, previsto en el artículo 73.2 del ROTT, 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 solo 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, antes transcrito. 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 concursa para repetir la adjudicación, parte con una evidente ventaja al bastarla con mantener a su personal sin necesidad de ninguna absorción de trabajadores procedentes de otra empresa, lo que claramente genera dificultades a las empresas que optan a la adjudicación, que tienen que adaptar a los trabajadores de la antigua adjudicataria a sus propia plantillas, 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.

Todo lo expuesto y razonado evidencia que con relación al Pliego de Condiciones a que remite el presente enjuiciamiento concurren suficientes motivos para su anulación, con lógica incidencia en los posteriores actos de ejecución del Pliego que deben asimismo anularse, al derivar de los mismos el establecimiento de criterios de valoración que impiden la real y efectividad operativa de la libre competencia empresarial en orden a la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera a que remite el presente recurso contencioso, que por ello debe ser estimado, sin que corresponda a este Tribunal fijar otros criterios valorativos, cuya competencia, en uso de uso discrecionalidad técnica, corresponde a la Administración con observancia de lo hoy declarado jurisdiccionalmente, esto es, la mayor valoración de los conceptos sobre "tarifas" y "expediciones" en relación con el resto; la inclusión, en orden a la valoración del "compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario", de los supuestos de subrogación con expresa información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación; y, finalmente, la manifestación de que la preferencia de la oferta del anterior concesionario, en caso de valoración global similar a la mejor del resto de las ofertas presentadas, solo será aplicable, a efectos de considerar que la prestación del servicio por el anterior concesionario se ha 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 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 estas últimas no alcancen el número de tres.

DÉCIMO.- No se aprecia mala fe o temeridad en ninguna de las partes procesales a efectos de una expresa imposición de las costas causadas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

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, 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.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.