



Recurso nº 791/2022 C. Valenciana 197/2022

Resolución nº 1364/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 27 de octubre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. R.J.L.L., en representación de la EMPRESA MONFORTE, S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Concesión de Transporte Público regular de viajeros mediante autobús CV-214 Torrevella-Alacant*”, con expediente CMAYOR/2019/01Y29/82, convocado por la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Comunidad Valenciana, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución de fecha 25 de abril de 2019, la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad se aprobó definitivamente el proyecto de servicio público de transporte CV-214, Torrevieja-Alacant (DOGV n.º 8.539 de 02/05/2019).

Posteriormente, mediante resolución de fecha 8 de marzo de 2021, la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible aprobó la actualización del proyecto de servicio público de transporte CV-214, Torrevieja-Alacant (DOGV n.º 9.043 de 17/03/2021).

No habiendo interpuesto recurso frente a ninguna de las dos Resoluciones, la mercantil MONFORTE, S.A.U.

Segundo. El 20 de mayo de 2022, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación correspondiente al expediente de contratación CMAYOR/2019/01Y29/82 relativo a la Concesión de transporte público regular de

viajeros mediante autobús CV-214 Torrevella-Alacant. Con un valor estimado de 24.451.901,52 €

Tercero. En dicho anuncio consta, como fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas, el día 17 de junio de 2022, a las 14:00 horas.

Dicho expediente de contratación había sido objeto de una inicial convocatoria mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 19 de abril de 2022, habiendo sido objeto de rectificación en los términos que constan en Nota Informativa suscrita por la Jefa del Servicio de Contratación publicada en la referida Plataforma en fecha 20 de mayo de 2022, con el siguiente contenido:

“Habiéndose detectado error en el pie de recurso de la resolución de aprobación del contrato CMAYOR/2019/01y29/82 y siendo susceptible el mismo de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44 y siguientes de la ley 9/2017, de 8 de noviembre; se procederá a publicar nueva resolución de aprobación del gasto, pliegos y sus anexos; y se amplía de nuevo el plazo de presentación de ofertas hasta el día 17 de junio de 2022 a las 14:00.

Los licitadores que han presentado oferta y consideren oportuno presentar una nueva, podrán hacerlo, teniendo en cuenta que sólo se considera válida la última oferta presentada cronológicamente”.

Cuarto. Contra el anterior pliego, la recurrente interpone recurso de reposición ante la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad, frente a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas (y documentación complementaria de los mismos) que han de regir el contrato de concesión de transporte público de viajeros mediante autobús CV-214, Torrevieja-Alicante; recurso que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 17 de junio, tras su remisión por el órgano de contratación al entenderse incompetente.

Quinto. Al amparo del artículo 56.3 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento con

fecha 11 de julio de 2022, para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado escrito la mercantil ALCALABUS, S.L. en fecha 18 de julio de 2022, que se adhiere al recurso, ya que ha presentado proposición junto con la recurrente en compromiso de constituir una unión temporal de empresas si resultan adjudicatarias.

Sexto. El 29 de junio de 2022, por resolución de la Secretaría de este Tribunal se resolvió la concesión de la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antes de resolver la competencia de este Tribunal para resolver el recurso interpuesto debemos partir primero del tipo de contrato en controversia.

Tanto en el informe de necesidad e idoneidad de este expediente de contratación, como en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, se califica el contrato como concesión de servicio y se añade que Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 31.2 que la contratación de servicio público de transportes se realice, con carácter general, mediante la modalidad de concesión. Ahora bien, pese a la calificación que le ha otorgado el órgano de contratación, habrá que comprobar que este contrato reúne los requisitos característicos que la normativa exige para que pueda calificarse como tal, siendo la característica esencial, la de la transferencia del riesgo operacional, en los términos previstos en los considerandos 18, 19 y 20 y el artículo 12 de la Directiva 23/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y artículos 14 y 15 de la LCSP.

En reiteradas resoluciones de este Tribunal se ha razonado que las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario y ello ha llevado a definirla como un contrato que presente las mismas

características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

c) La concesión servicios públicos comporta la transferencia al concesionario del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

Si nos atenemos a los derechos y obligaciones que se fijan en el contrato en controversia en el PCAP, se constata que están presentes todas las características que tanto la normativa como la doctrina y la Jurisprudencia han señalado para los contratos de concesión de servicios y a las que antes se hacía referencia. Así, son de destacar las siguientes cláusulas del PCAP:

“6. EJECUCIÓN Y TRANSFERENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL

(..) 6.3. La suscripción del contrato implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional derivado de la explotación de los servicios de transporte objeto

del contrato, que abarca tanto el riesgo de demanda como el de suministro, en la forma y medida que se detalla en el PSP (proyecto de servicio público).

6.4. En ningún caso, el presente contrato garantiza, aun en condiciones normales de funcionamiento, la recuperación de las inversiones realizadas ni la cobertura de los costes en que incurra como consecuencia de la explotación de los servicios objeto de esta concesión.

7. RETRIBUCIÓN AL CONCESIONARIO

7.1. El contratista será retribuido por la prestación del servicio licitado a través de los siguientes modos:

a) El derecho a explotar con exclusividad el servicio público de transporte objeto del contrato, obteniendo los ingresos económicos por la venta de los títulos de transporte a los usuarios del servicio de transporte, cuya tarifa no podrá superar las cuantías máximas aprobadas por la autoridad del transporte de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana, tarifas máximas que se fijan inicialmente en el apartado H del Anexo I. No obstante, podrán establecerse tráficos compartidos con otros servicios, en los casos permitidos por las normas sectoriales o por decisión de la Administración contratante por motivos de interés público, siempre que esta posibilidad se permita de forma expresa en el citado apartado H del Anexo I.

b) Las compensaciones económicas que, según determine el correspondiente PSP, corresponda abonar al concesionario por la realización de las obligaciones de servicio público. Su concreción se sujetará al procedimiento que expresamente determine en el apartado E del Anexo I del presente pliego. En ningún caso, la compensación podrá exceder del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos obtenidos por el operador de servicio público y la existencia de un beneficio razonable según valoración de la Administración contratante determinada en el PSP.

(..)

31.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

31.1. Son obligaciones del contratista las siguientes:

1ª Prestar el servicio público de transporte con la continuidad convenida, asumiendo el riesgo operacional, en la forma y condiciones fijadas en el proyecto de servicio público, en el contrato y en los demás documentos contractuales.

(..)

15ª Ejecutar el servicio a riesgo y ventura del contratista, respondiendo de los daños y perjuicios que se causen, por sí o por personal o medios dependientes del mismo, a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato y de las pérdidas y deterioros que sufran los equipajes en los términos y límites previstos en el artículo 23 de la LOTT y, en su caso, los ofertados como mejoras. El contratista será responsable de la calidad técnica de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o incorrectos en la ejecución del contrato. (..)

32.- DERECHOS DEL CONTRATISTA

El concesionario, en los términos previstos la normativa de aplicación, tendrá las siguientes facultades

1ª A explotar los servicios objeto de contrato en exclusividad, en los términos previstos la normativa de aplicación.

2ª A obtener el importe de la venta de los títulos de transporte a los usuarios del servicio que explote, cuyo precio no podrá superar la tarifa aprobada por la Administración. (..)

36.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

(..)

No existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”.

En el Anexo I, del PCAP, tenemos:

“E. ASPECTOS ECONÓMICOS COMPENSACIÓN NO SI X.

En caso afirmativo, indicar el procedimiento de cálculo de la compensación:

1. INGRESOS DEL SERVICIO (I)

Según lo dispuesto en el PSP, el cómputo total de los ingresos derivados de la venta de billetes a los usuarios o ingresos por tarifa al usuario (ITU) serán menores que los costes del servicio (CS), por lo que se establece una compensación máxima de servicio público a cargo de la Administración que se ha estimado en el PSP (DSPSP).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la LMOV, el establecimiento de títulos de integración o la realización de campañas de utilización del transporte público (por ej. con motivo de la Semana Europea de la Movilidad) con incidencia en las tarifas establecidas en el contrato, conlleva la fijación de una contraprestación a la empresa contratista de manera que no se alteren las condiciones económicas del contrato, sin que ello, pueda suponer la minoración del riesgo operacional del contrato, por lo que, para dicho supuesto, se aplicará el resultado (positivo o negativo) de la incidencia de la política tarifaria (DT).

Así pues, la retribución a percibir por el contratista (I) consistirá en los ingresos por tarifa al usuario (ITU) según lo dispuesto en el apartado H del presente anexo, más la compensación de servicio público (DS) a cargo de la Administración, determinada anualmente a partir de la oferta realizada por el contratista, según lo estipulado en el punto 2, y en su caso, la incidencia de la política tarifaria (DT):

$$I = ITU + DS + DT$$

Cualquier ingreso distinto de los tarifarios y la compensación deberá ser autorizado previamente por la Administración, excepto los servicios

complementarios, de utilización opcional por parte de los usuarios, que se presten en las expediciones ordinarias y se cobren de forma diferenciada únicamente a los usuarios que los utilicen. No se autoriza la publicidad exterior en los vehículos”.

En definitiva, como expone el órgano de contratación y así ha constatado este Tribunal, en el contrato que nos ocupa, el concesionario asume el riesgo de demanda que refleja en su retribución que recibe directamente del usuario a través de la venta de los títulos de transporte a los viajeros que utilicen el servicio y cuyas tarifas se establecerán a partir del precio ofertado (tarifa Km, expresada en €/viajero-km) que se aplica al factor kilométrico y a las matrices de distancias tarifarias definidas en proyecto de servicio público. En este contrato no está prevista ningún tipo de compensación a cargo de la administración.

Así mismo, el concesionario asumirá el riesgo de la evolución de los costes, asumiendo los sobrecostes que se puedan producir en relación con las previsiones y estimaciones realizadas por la empresa adjudicataria para establecer el precio ofertado (tarifa Km) con el que cubrir sus costes y atender las expediciones adicionales ofertadas sobre las expediciones mínimas establecidas.

En relación con el riesgo de suministro o disponibilidad, la falta de calidad o cantidad exigida significará una reducción en la cobertura de costes, con la imposición de las sanciones previstas en la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana o, en su caso, las penalidades por calidad previstas en el anexo II del PCAP.

Aclarado que estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios, pasemos a analizar la competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto que nos ha sido remitido por el órgano de contratación, al entender que debemos conocer del mismo.

Este Tribunal, con ocasión de la impugnación de contratos de concesión de servicios en el ámbito de transporte regular de viajeros, se ha pronunciado varias veces, en función de la legislación nacional y comunitaria aplicables entonces, teniendo en cuenta las particularidades del caso y el tipo de contrato en controversia, en el que, muchas veces, era dudoso si el tipo de contrato analizado tenía las características típicas de un contrato de concesión o era de otro tipo. Así, se ha optado en varias ocasiones por la incompetencia de este Tribunal, estimando, en consecuencia, la improcedencia de

articular el recurso especial en materia de contratación contra las decisiones impugnadas, si bien es verdad, que ni la normativa nacional ha resultado especialmente clara en esta materia, ni tampoco la comunitaria, siendo susceptible de interpretaciones de distinto signo.

Expuesta la situación, es momento de fijar y unificar la doctrina de este Tribunal al respecto, tras revisar en profundidad el contenido de las distintas resoluciones dictadas por este Tribunal, ahora bajo el prisma de la vigente LCSP y teniendo en cuenta, además la existencia de algunos pronunciamientos judiciales (sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de Enero de 2020 – rec.250/2018- y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra –rec.405/2018-) en contra de la inadmisión del recurso especial en estos casos.

En este sentido, estimamos que, a diferencia de la situación existente bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), ya no es necesario acudir, para solventar la cuestión de la competencia y de los recursos, a la Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (ambas no estaban transpuestas al ordenamiento jurídico español), al 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 (considerando 21), así como tampoco a la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, pues entendemos que ha de aplicarse con carácter preferente la LCSP a estas cuestiones y tras una lectura integradora de dicha Ley, ésta resuelve las dudas, sin tener que acudir a otras normativas y más concretamente acudiendo a su artículo 44, que regula el recurso especial en materia de contratación.

Efectivamente, el artículo 44.1 c), establece que:

“Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(..)

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros”.

Por tanto, el citado precepto sólo condiciona la posibilidad de interponer el recurso especial a que, de un lado, estemos ante la presencia de un contrato de concesión de servicios (no añade ningún requisito más) con todas las características que la propia LCSP (especialmente, sus artículos 14 y 15, respectivamente, para los contratos de concesión de obras y servicios), la doctrina y la Jurisprudencia han establecido para este tipo de contratos; y de otro, que se supere un determinado valor estimado, modificando o condicionando la referencia que se hacía en el TRLCSP a que fuera un contrato sujeto a regulación armonizada para poder acceder al recurso especial.

En consecuencia, cumplidos únicamente estos dos requisitos y siguiendo el viejo brocardo latino “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”, llegamos a la conclusión que si el acto inserto en un contrato de concesión, con valor estimado superior a 3.000.000 euros, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LCSP, es susceptible de ser impugnado a través del recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 44 LCSP.

Además, por lo que respecta a las concesiones de servicios de transportes de viajeros, como la que nos ocupa, frente a las dudas pasadas sobre si estaban incluidas o no en la Ley de Contratos aplicable, se disipan actualmente con el artículo 19.2 g) LCSP porque aunque se refiere a ellos para excluirlos de la regulación de contratos sujetos a regulación armonizada frente a otro tipo de concesiones de servicios que sí están sujetos

a dicha regulación, es evidente que al citarlos expresamente los están considerados como contratos sujetos a la LCSP, aunque no sigan el régimen de los sujetos a regulación armonizada:

“Artículo 19. Delimitación general.

1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 101, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador (..).

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes”:

g) Los que tengan por objeto servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 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 y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo”.

En ningún otro precepto de la LCSP se pone en duda que las concesiones de servicios de transporte de viajeros no se encuentren plenamente regulados en la citada Ley. Además, la conclusión anterior se refuerza con la lectura de los artículos 4 a 11 LCSP, que regulan los contratos y negocios excluidos de la Ley, en los que no se hace ninguna mención directa o indirecta a dicho tipo de concesiones.

Y puesto que dichas concesiones no dejan de ser un tipo de las concesiones de servicios en general, es lógico concluir que también es susceptible de ser impugnadas a través del recurso especial por aplicación del artículo 44.1 c) LCSP, máxime cuando dicho precepto no distingue entre contratos sujetos a regulación armonizada o no, como se hacía en el TRLCSP, influenciado por las Directivas Comunitarias.

En definitiva, no es necesario que la LCSP haya incluido expresamente a las concesiones de servicios de transportes de viajeros como contratos susceptibles de ser impugnados a través del recurso especial, pues, como se ha razonado, ya estarían incluidos en la categoría general de concesiones de servicios a la que hace referencia el artículo 44.1 c).

En consecuencia, se declara la competencia de este Tribunal para conocer y resolver el recurso interpuesto, que ha de calificarse como de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.2 LCSP y el convenio de colaboración suscrito el 25 de mayo de 2021, entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana (BOE de fecha 2 de junio de 2021).

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP a cuyo tenor "*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso*", habida cuenta que es una empresa especializada en la operación de servicios de transporte de personas por carretera que impugna diversos aspectos del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que, según su criterio, "le dificultaban la formulación de una oferta *ajustada a las condiciones del servicio licitado por resultar éstas en exceso indeterminadas (nos referiremos al sobredimensionamiento de la plantilla que, de conformidad con el Pliego, sería objeto de eventual subrogación) y, además, manifiestamente antieconómicas*" y, además, con posterioridad a la presentación del recurso ha presentado proposición para participar en este procedimiento de adjudicación, según ha certificado el órgano de contratación.

Tercero. La recurrente califica el escrito de recurso de reposición en base a que, según alega, en un contrato similar este Tribunal se declaró incompetente para conocer del recurso especial interpuesto. No obstante, en el presente recurso, el órgano de contratación, como se reconoce en el recurso, procedió el 19 de abril de 2022, a una rectificación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en la que se indicaba que se había detectado un error en el pie de la resolución de la aprobación del contrato, corrigiéndose en el sentido que procedía contra la citada resolución la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Como ha dicho este Tribunal en varias resoluciones, el error en la calificación del recurso no ha de considerarse obstáculo a su tramitación conforme a su verdadera naturaleza y ante la duda del recurso procedente, rige, conforme a la disposición final cuarta.1 de la LCSP y al artículo 2.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que determina que *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Así las cosas y por lo que hemos indicado en el fundamento de Derecho anterior, este Tribunal se declara competente para conocer del recurso presentado que ha de calificarse como recurso especial en materia de contratación pues se impugnan los pliegos de un contrato de concesión de servicios con un valor estimado superior a 3.000.000 euros, lo que habilita la interposición del recurso especial, al amparo de lo dispuesto en los artículos 44.1.c) y 44.2. b) de la LCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP ya que los pliegos que se impugnan fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de mayo de 2022, una vez rectificadas, y el recurso fue presentado en el registro electrónico del órgano de contratación el 10 de junio de 2022.

Quinto. Admitido el recurso, procede entrar ahora a considerar los motivos del recurso que se articulan en tres motivos que se analizarán por separado:

- a) Infracción del artículo 130 de la LCSP, en relación con los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación señalados en el artículo 1.1 de la citada Ley.
- b) Extralimitación de los pliegos al obligar a la entidad adjudicataria a asumir el coste del despido de los trabajadores con derecho a subrogación que no puedan ser adscritos a la prestación del servicio.
- c) Empleo de una fórmula de valoración del precio que contribuye a desvirtuar el peso asignado a los criterios de adjudicación de naturaleza objetiva.

Sexto. Comenzando por el primer motivo, se queja la recurrente de la indeterminación total sobre el número y categoría del personal que haya de ser objeto de subrogación. Explica que actualmente existen dos contratos de concesión, los denominados CVA 002 y CVA 090 y que en la concesión que ahora se licita, la denominada, CVA 214, integra sólo parcialmente a los dos contratos en vigor. En concreto, manifiesta que la cláusula 12.3 del PPT, respecto a los medios humanos y requisitos de carácter laboral, exige para la organización del servicio y su imputación a costes las siguientes necesidades de personal:

“• 1 Responsable de la ejecución del contrato (coordinador técnico), con dedicación parcial, imputado dentro del concepto gastos generales.

• 1 Inspector, revisor del Servicio, con funciones de control de calidad y apoyo al responsable, con dedicación parcial, imputados dentro del concepto gastos generales.

• Mínimo de 22 conductores con la dedicación necesaria para el cumplimiento de las expediciones del proyecto, imputados como coste directo.

El personal de mecánica, dedicado a las funciones del mantenimiento de la flota de vehículos, se consideran imputadas en el concepto de Reparaciones y Mantenimiento, y podrá ser propio o mediante servicio concertado. Y, además, la empresa puede contar con personal complementario o de apoyo, cuya consideración queda incluida dentro del concepto de Gastos Generales.

El contratista deberá ofrecerse a contratar al personal de conducción que en el momento en que asuma la prestación realice el servicio, salvo renuncia de dicho personal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75.2 de la LOTT, y en su caso, también al resto de personal adscrito a la concesión saliente, en los términos previstos en la legislación laboral que resulte de aplicación”.

Aclara la recurrente al respecto que el único coste directo de personal que se contempla en el PPT o proyecto, en su cláusula 8.3.1 es el relativo a los conductores (mínimo de 22), con un coste medio anual por empleado de 30.478,15 € y una jornada anual de 1.750 horas, a la que se imputa un incremento del 10 % en concepto de horas no

comerciales, resultando un coste total, según el pliego, por todos los conductores de 659.430,31 €

Sin embargo, pese a lo anteriormente manifestado la recurrente critica que en la relación de personal subrogable que ha facilitado el actual adjudicatario de la concesión CVA-002, al amparo de lo exigido en el artículo 130 LCSP y que figura como Anexo XII del PCAP, existen los siguientes listados de personal al que, según refiere la Administración, “puede afectar la subrogación por aplicación del Título IV del Acuerdo Marco Estatal”.

Así, consta un primer listado, denominado de “personal adscrito a la concesión saliente” en el que figuran un total de 4 conductores-perceptores adscritos a la concesión saliente CVA-002 y un total de 22 conductores-perceptores adscritos a la concesión saliente CVA-090.

Seguidamente, en dicho Anexo XII y bajo la rúbrica “relación de resto de personal al que, en su caso, puede afectar la subrogación por aplicación del título IV del Acuerdo Marco Estatal” figura un segundo listado en el que se integran, nada menos que un total de 74 trabajadores adicionales a los 26 antes referidos (esto es 58 conductores perceptores adicionales, 6 taquilleros y 10 trabajadores de estructura con perfil profesional técnico y/o de gestión). En dicho Anexo XII se refiere, además, textualmente, que:

“La empresa prestadora del servicio de la concesión CVA 090 -quien facilita un listado de personal adicional de 73 trabajadores- indica que no existe una adscripción de conductores a una línea o ruta sino al conjunto de la concesión siendo la prestación de servicios dentro de la misma rotativa y afectando a una o varias líneas según la configuración del servicio planificada”.

Con todo lo manifestado, concluye la recurrente que es imposible conocer de antemano, siquiera de manera aproximada, el impacto a nivel de coste salarial que debe tomarse en consideración para calcular los costes y formular la oferta, por lo que entiende que la información laboral suministrada está absolutamente sobredimensionada con respecto a las exigencias que impone el PPT de aplicación al respecto y, por tanto, no cumple las exigencias del artículo 130 LCSP, quebrando, además, el principio de igualdad, pues según la recurrente, ello favorece a la concesionaria saliente que es la que conoce los

costes reales de la ejecución del contrato y podría efectuar una oferta más competitiva que el resto.

A lo anteriormente manifestado añade la recurrente que se incumple el artículo 73.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestre (en adelante, LOTT) que establece que los pliegos de condiciones que hayan de regir los contratos, deben incluirse, entre otros extremos:

“g) La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio. Previsión que, en efecto contempla la cláusula 12.3 del PPT, esto es, un total de 22 conductores, 1 responsable del contrato y 1 Inspector.

h) Cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose, los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir la dotación mínima señalada en el apartado anterior; previsión ésta que, como hemos señalado, no se cumple adecuadamente al haberse facilitado la información de todo el personal adscrito a las concesiones salientes, sin identificación expresa del personal adscrito a los servicios y/o expediciones que se integran en la nueva concesión”.

En esta misma línea, el artículo 75.4 de la LOTT establece que:

“4. Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.

En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la

condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

Tal información se suministrará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.2.

El nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior”.

El órgano de contratación, por su parte, en el informe sobre el recurso expone que asumiendo lo que ordena la LOTT, en sus artículos 73.2 y 75.4, a los que añade lo dispuesto en el artículo 72 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOTT, que incide y desarrolla los preceptos citados de la mencionada Ley, poniéndolos en relación con el artículo 130 LCSP y lo que la doctrina ha manifestado al respecto, concluye:

“la labor del órgano de contratación es meramente la de recopilación y transmisión de la información facilitada por el actual prestador del servicio a los licitadores. No siendo objeto del citado anexo hacer una recopilación de determinaciones legales recogidas en la normativa laboral y los convenios colectivos de aplicación, ni un análisis de la información facilitada por el concesionario saliente.

El concesionario saliente es, por tanto, el que asume la responsabilidad sobre la información que ha facilitado para su inclusión en el pliego, así como tiene la obligación de acreditarla documentalmente ante el concesionario entrante en los

cinco días siguientes a la adjudicación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Acuerdo marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carreteras, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor”.

Expuestas las posiciones de las partes, hemos de dar la razón al órgano de contratación porque está en consonancia con nuestra reiterada doctrina acerca del cumplimiento del artículo 130 LCSP y de las obligaciones que se generan para el órgano de contratación. Ejemplo de ello, entre otras, es la reciente resolución 961/2022 de 28 de julio, en la que dijimos:

“(..)

Séptimo. Respecto al otro argumento esgrimido en el Recurso nº 797/2022 –consistente en la aplicación del Convenio, a juicio del Sindicato actor, indebido para el personal a subrogar–, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, que establece:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto

anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

*2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.
(...)*

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.”

Este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la finalidad perseguida por el citado precepto. Así, su Resolución nº 353/2020, de 5 de marzo, analiza esa

obligación de suministrar información sobre el personal a subrogar en los términos siguientes:

“Señalado esto, entraremos en el análisis de las obligaciones impuestas a los poderes adjudicadores en el artículo 130 de la LCSP.

Partiendo, como se ha dicho y hemos repetido innumerables veces, que la obligación de subrogar a los trabajadores, cuando se produce una sucesión entre contratistas en la prestación de un servicio, se impone en los convenios colectivos aplicables no al contratante sino a los empresarios y trabajadores que negociaron y concluyeron el convenio, siendo aquella obligación y su cumplimiento ajenos al contrato público, la LCSP atribuye al órgano de contratación el deber de informar en el pliego sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que resulten necesarias para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, a fin de que los licitadores puedan formular correctamente su oferta.

El artículo 130.1 LCSP determina el contenido mínimo y, por ende, obligatorio de dicha información, así ha de contener los listados del personal objeto de subrogación, con referencia al convenio colectivo de aplicación, los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

La norma impone dicho contenido obligatorio tanto al órgano de contratación que ha de confeccionar los pliegos como a la empresa contratista que viene prestando el servicio, pues aquella tiene la obligación de facilitar la información al órgano de contratación, deber que el apartado 4 del artículo 130 LCSP refuerza con la exigencia de consignar en el pliego la imposición de penalidades al contratista para el caso de su incumplimiento.

Hay, por tanto, una ligazón perfecta entre la información que suministra el contratista que presta el servicio al órgano de contratación y la que éste ha de reflejar en los pliegos, y ello porque la LCSP parte de la separación radical entre las obligaciones laborales de los contratistas para con sus trabajadores y el



contrato administrativo, por lo que el órgano de contratación, que es ajeno a la relación laboral, no tiene obligación de conocer sus pormenores y, por tanto, tampoco de comprobar que los datos que se le dan por el contratista son ciertos.

Así el deber de información se configura como una obligación puramente formal, en que el órgano de contratación actúa como un mero nuntius o intermediario en el suministro de los datos que la conforman, entre el contratista que presta el servicio y los licitadores que concurren al futuro contrato.

Ello se manifiesta en la responsabilidad por la falta de certeza en la información suministrada, que no recae en el órgano de contratación sino, conforme señalan los apartados 5 y 6 del artículo 130 de la LCSP, sobre el antiguo contratista, frente al que el nuevo contratista tendrá acción directa si los costes laborales fueran superiores a los que se desprendían de aquella información, como tampoco recae responsabilidad alguna sobre el poder adjudicador contratante por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista para con los trabajadores subrogados, pues al que le incumbe responder de los salarios impagados a dichos trabajadores y de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas es al antiguo contratista, sin que tampoco el nuevo contratista, en ningún caso, asuma dichas obligaciones por el mero hecho de la subrogación, como expresamente dispone el precepto de la LCSP.

Añade a aquella obligación formal el artículo 130.4 y 6 de la LCSP dos de carácter formal y otra de carácter material.

Así el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de contemplar necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 de la LCSP para el supuesto de incumplimiento por él de la obligación de suministrar información prevista en el artículo 134.1 LCSP, al igual que ha de reflejar expresamente la obligación del contratista durante la vida del contrato de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, deudas de las que, como dijimos, no responde la entidad contratante

ni el nuevo contratista, pues son ajenas a la nueva relación contractual que para la prestación del servicio se constituya.(...).

En cuanto a la obligación de carácter material -que la LCSP no exige que se recoja expresamente en el pliego para que sea de imperativa observancia-, se impone al órgano de contratación que una vez acreditada la falta de pago de los salarios de los trabajadores subrogados durante la ejecución del contrato, se proceda a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite su abono.

Partiendo de lo dicho, la obligación formal de recabar del antiguo contratista información sobre las condiciones de subrogación de los trabajadores y de facilitarla una vez obtenida a los licitadores, acaba ahí.

No le es exigible al órgano de contratación verificar o contrastar la información recibida, ni responder de su certeza o suficiencia. Tampoco está obligado el poder adjudicador a recabar más información del contratista –ni a facilitársela a los licitadores- que la que impone el artículo 130.1 de la LCSP, sin perjuicio de que el precepto no impide -por ello lo hace con carácter facultativo no imperativo-, que el órgano de contratación pueda recabar y facilitar más información sobre las condiciones de los contratos de trabajo si de las circunstancias concurrentes se desprende como necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales en la ejecución del contrato que se está licitando...

La obligación de información prevista en el apartado 1 del artículo 130 de la LCSP ha sido cumplida más que con creces por el órgano de contratación, pues éste ha recabado del contratista anterior los listados del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación, información que, una vez remitida por el contratista ha sido puesta a disposición de los licitadores, sin que el ente contratante este obligado, como dijimos, a verificar la certeza de los datos

suministrados por la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, ni tampoco lo esté a requerir o suministrar más datos sin perjuicio de que, si lo estima necesario para permitir una exacta evaluación de los costes laborales, pueda hacerlo con carácter facultativo y en modo alguno imperativo.

Además, contrariamente a lo que afirma la recurrente, queda constatada la solicitud de información adicional y la puesta a disposición de aquella a los licitadores en lo que a las deudas por salarios pendientes y cuotas de Seguridad social se refiere, a pesar de no ser imperativo ni la solicitud de información ni su suministro.”

En el presente caso, los cuadros del anexo del PPT contienen listado de todos los trabajadores subrogables, con su categoría, salario bruto, descripción del contrato de trabajo y su código, convenio al que están afectos, antigüedad, jornada, salario bruto y pactos en vigor.

Cumplida la referida obligación de información, ningún vicio de ilegalidad puede imputarse a los pliegos recurridos, pudiendo todos los interesados formular sus ofertas con pleno conocimiento de los costes laborales, pues es éste y no otro es el propósito del artículo 130 de la LCSP. Y, ni mucho menos, su alcance puede ser el de determinar el Convenio aplicable al personal subrogable o al que el adjudicatario pueda contratar en el futuro”.

Pues bien, como se reseña en el apartado 4 del proyecto aprobado por la Administración relativo al “ámbito funcional de prestación”:

“4 ÁMBITO FUNCIONAL DE PRESTACIÓN

*El contrato de SPTV por carretera, **CV-214 TORREVIEJA-ALACANT** transcurre en su integridad por la provincia de Alacant, en las comarcas de La Vega Baja, El Baix Vinalopó y L´Alacantí.*

El área funcional de La Vega Baja, además de ejercer su rol de interconexión entre las áreas urbanas de Alacant-Elx y Murcia-Cartagena, es un territorio que en los últimos años ha revertido su tendencia emigratoria hacia dinámicas de

asentamiento poblacional, gracias al desarrollo de la actividad económica en sectores como el turismo y la agricultura.

Se trata de un espacio denso y conurbado, que conforma un continuo urbano entre las diferentes realidades municipales que lo integran. Particularmente relevantes son los ejes funcionales siguientes: Redován-Callosa de Segura – Cox – Granja de Rocamora; Algorfa – Almoradí – Dolores - Catral; Orihuela-Albatera; Guardamar-San Fulgencio; Guardamar-Torre Vieja-Orihuela costa-Pilar de la Horadada”.

Y partiendo de ese ámbito funcional, se diseña un modelo concesional dirigido al fomento de la utilización del transporte público (en este caso el autobús) frente al vehículo particular, con las finalidades que se explican en el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPT) y en la memoria justificativa del contrato. Y así se establecen hasta 8 líneas de transportes e itinerarios, distancias, paradas, calendarios y expediciones que se describen en el proyecto, con sus correspondientes tráficos autorizados y matriz de distancias tarifarias.

Teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente reflejadas, el órgano de contratación ha establecido una estructura de costes del servicio, entre los que está el coste del personal de conducción reseñado en el apartado 8.3.1 del PPT y que antes transcribimos. Si observamos el apartado 8.3.9, del proyecto relativo al “resumen de costes y costes unitarios”, comprobamos, además, que se desglosa en los siguientes capítulos: como costes directos figuran el personal de conducción, amortización, financiación, seguros, combustibles y lubricantes, neumáticos y reparaciones y mantenimientos, a los que se añaden los gastos generales y el beneficio industrial, estando debidamente especificados en sus respectivos costes por año en euros, euros/km y porcentajes de distribución en el total, correspondiendo al personal de conducción un coste del 32,36 %.

Y en cuanto a los medios humanos y requisitos de carácter laboral imputados como coste directo, se establecen un mínimo de 22 conductores, con la dedicación necesaria para el cumplimiento de las expediciones del proyecto (cláusula 12.3 PPT), por un importe total de 659.430,31 €.

A estas premisas deben atenerse los licitadores, por lo que los posibles “excesos” de personal a subrogar deberán ventilarse y decidirse, en su momento, entre el concesionario o concesionarios salientes y el adjudicatario del contrato o, en su caso, ante la jurisdicción laboral, por lo que estas cuestiones exceden del ámbito competencial del órgano de contratación. La obligación de éste, de acuerdo con nuestra doctrina antes expuesta, empieza con la exigencia al actual adjudicatario de la posible relación de personal que estima a subrogar, que deberá contener la información que señala el artículo 130 LCSP (el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación) y la posterior difusión de la información recibida a los posibles licitadores a través de su publicación junto al pliego, sin que sea la función del órgano la de la comprobación fiscalizadora de la información facilitada por el adjudicatario y menos aún su verificación de su adecuación a la legislación laboral de los datos facilitados y de las relaciones entre los trabajadores y la empresa.

Por tanto, comprobado por este Tribunal que el órgano de contratación ha facilitado la información prevista en el artículo 130 LCSP en el pliego de la licitación, a través de su anexo XII, se considera cumplida la obligación impuesta en el citado precepto y por tanto, se desestima este motivo del recurso.

Octavo. En cuanto al segundo motivo del recurso, en el que denuncia la recurrente la obligación que impone el pliego de asumir la indemnización que proceda de los trabajadores que no resulten afectados por la configuración de los nuevos servicios, se constata que efectivamente, así viene exigido en la cláusula 31.8 del PCAP, en los siguientes términos:

“31.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

31.1. *Son obligaciones del contratista las siguientes:*

(..)

*8ª Adscribir a la prestación del servicio la dotación mínima del personal que determine el **PSP**, debiendo subrogarse en las relaciones laborales del personal*

empleado por el anterior contratista que estuviera adscrito a la concesión o concesiones a las que sustituya la nueva concesión, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.LOTT, así como en las relaciones laborales de cualquier otro personal cuando así lo impongan las normas laborales o en el convenio colectivo de aplicación.

Si hubiese trabajadores que no puedan quedar afectados por la subrogación a consecuencia de la nueva configuración de los servicios, la empresa adjudicataria del nuevo contrato asume la indemnización con arreglo a lo dispuesto en la normativa laboral de aplicación". (el subrayado es nuestro).

El órgano de contratación en su informe sobre el recurso matiza que *"la determinación del personal que deba subrogarse, de los contratos que deban resolverse – con sus correspondientes indemnizaciones-, y en definitiva, la concreción de si es el concesionario saliente o el entrante quien deba asumir tales obligaciones, deberá ser resuelta conforme a lo que dispone la normativa laboral de aplicación, así como los convenios reguladores del sector que asimismo les sean de aplicación. En consonancia por tanto con la Sentencia alegada por la recurrente, del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, conforme a la cual las obligaciones existentes en las materias enumeradas son las impuestas por la normativa laboral, y en caso de conflicto, son competencia de los órganos de la jurisdicción social"*.

No obstante, el tenor literal de la cláusula es el que es y entra en contradicción, además, con lo que después ha manifestado el órgano de contratación en el transcrito informe, en el que admite que le pueda corresponder el pago de la indemnización al concesionario saliente o al entrante, remitiéndose para ello a la jurisdicción laboral.

En este punto, debemos darle la razón a la recurrente, pues esa obligación impuesta en los pliegos excede del ámbito competencial del órgano de contratación. Así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, en sentencias como la nº 847/2019, de 18 de junio de 2019 (rec.casac.702/2016):

"Antes de entrar en el análisis concreto de cada uno de los motivos de casación, conviene destacar que este Tribunal Supremo ha reiterado que "la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales

o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral". También tiene declarado este Tribunal que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal que esté destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social". La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.

Mantiene así esta Sala en Sentencia de 8 de junio de 2016 (Recurso 1602/2015), la doctrina que ya se acogió en la anterior de 16 de marzo de 2015 (Recurso 1009/2014) que también declaró que "la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva".

El principal argumento empleado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET -en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los

términos previstos en dicho precepto-, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el Convenio colectivo que resulte aplicable. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los Pliegos de condiciones, que estos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de estos supuestos. La razón para llegar a esta conclusión es que una cláusula de estas características "excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status de trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social".

En sintonía con lo manifestado por el Alto Tribunal, nuestra doctrina va, lógicamente, en la misma dirección y así lo hemos expuesto en varias de nuestras resoluciones, entre otras, en la nº 680/2020, de 11 de junio de 2020:

"Séptimo. Sobre la cuestión planteada en el recurso, la nueva LCSP ha trazado un importante punto de inflexión, en lo tocante a las fuentes ordenadoras de la obligación de la subrogación, de tal suerte que no pueden venir impuestas en los pliegos, sino en las fuentes propias de las relaciones laborales.

(..)

La obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el Órgano de Contratación.

(..)

Como dijimos antes, en el ámbito que ahora nos compete, como es el administrativo, tanto los Órganos jurisdiccionales, como los diferentes Órganos consultivos en materia de contratación pública, vienen coincidiendo en admitir que la cuestión relativa a la subrogación de los trabajadores es un tema estrictamente laboral, en el que no pueden entrar. Por lo tanto, no corresponde a este Tribunal determinar si el personal de mantenimiento integral de edificios debe ser objeto de subrogación en el nuevo contrato que se va a celebrar, sino que nuestro pronunciamiento debe limitarse al análisis de si, a la vista de la información publicada en los pliegos, el poder adjudicador, la CRTVE ha cumplido con las exigencias previstas en el artículo 130 de la LCSP.

Centrado pues el debate y pese a que la CRTVE considera que está obligada a contemplar la subrogación por así imponerlo determinados pronunciamientos judiciales, hemos de matizar que tal fuente de imposición de la subrogación no es de las contempladas en el reiterado artículo 130 de la LCSP.

(..)

El cambio normativo entre un texto y otro es evidente. Ya no es el contrato el que puede imponer la obligación de subrogación, sino que la obligación ha de venir previamente impuesta al posible adjudicatario bien por una norma legal, bien por un convenio colectivo sectorial que obligue a los empresarios del sector de actividad correspondiente, bien por un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, lo que determina que el PCAP solo puede dar información en los PCAP de esa obligación impuesta por las normas citadas, legales o convencionales, y el Órgano de Contratación ha de limitarse a informar de ello en el PCAP, no a imponer ninguna obligación no preexistente”.

Por lo expuesto, el recurso ha de ser estimado con respecto a este motivo, lo que provoca la anulación del apartado 8, de la cláusula 38 del PCAP, con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

Noveno. Por último, alega la recurrente que en la fórmula empleada para la valoración de la oferta económica (precio o tarifa kilométrica ofertada), no se valoran de modo proporcional los esfuerzos realizados por los licitadores para proponer una tarifa más reducida en el servicio de transporte público regular, poniendo al efecto varios ejemplos prácticos, así como tampoco se valora en la fórmula aplicable, de forma proporcional, la asunción de un mayor kilometraje adicional.

El órgano de contratación se defiende, alegando, de un lado, que las fórmulas que se critican son las que vienen siendo empleadas por la Consejería para valorar las ofertas económicas de distintas licitaciones, y de otro, que:

“(..) permite la asignación de todas las puntuaciones entre 0 y la puntuación máxima, considerando que es equilibrada para ponderar todas las hipótesis de ofertas económicas. Así se refleja en el informe de criterios de solvencia y selección obrante en el expediente:

“4.2.B) CRITERIOS RELACIONADOS CON EL COSTE.

Los criterios de coste utilizados se refieren a la tarifa kilométrica del servicio y a las expediciones adicionales ofertadas por las empresas licitadoras, según lo dispuesto en el artículo 77 del ROTT.

- **CRITERIO POR TARIFA KILOMÉTRICA**

Se valora la baja de la tarifa kilométrica ofertada respecto de la contenida en la licitación – tarifa kilométrica de equilibrio del PSP que es objeto del contrato-

La selección de la fórmula de valoración que responde a un cuadrante de una elipse, parte de un doble objetivo:

- *Por un lado, la fórmula permite la asignación de todas las puntuaciones posibles (de 0 a 40 puntos). Se asignan 0 puntos a las ofertas que no presentan baja respecto del presupuesto de licitación, y se alcanza la puntuación máxima del criterio para la oferta más económica, -descartados los valores anormalmente bajos insuficientemente justificados-*

- *Por otra parte, la naturaleza de la curva seleccionada modeliza adecuadamente la mayor puntuación a ofertas más económicas, preservando al mismo tiempo la calidad en la prestación, en consonancia con el espíritu de la LCSP que apuesta por la calidad en la contratación.*

Los mismos razonamientos los expresa el órgano de contratación con respecto a la fórmula de valoración de las expediciones anuales:

“La selección de la fórmula de valoración, que responde a un cuadrante de una elipse, es análoga a la del criterio tarifa kilométrica, y parte de un doble objetivo:

- *Por un lado, la fórmula permite la asignación de todas las puntuaciones posibles (de 0 a 10 puntos). Se asignan 0 puntos a las ofertas que no presentan expediciones anuales adicionales respecto a las expediciones mínimas establecidas en el PSP y se alcanza la puntuación máxima del criterio para la oferta que presente mayor número de expediciones anuales adicionales, - descartados los valores anormalmente altos insuficientemente justificados-.*
- *Por otra parte, la naturaleza de la curva seleccionada modeliza adecuadamente la mayor puntuación para las ofertas con mayor número de expediciones anuales adicionales, preservando al mismo tiempo la calidad en la prestación, en consonancia con el espíritu de la LCSP que apuesta por la calidad en la contratación.*

(..)

De este modo, este órgano de contratación considera que las fórmulas son conformes, contrariamente a lo que aduce la recurrente, con lo establecido por la LCSP, particularmente en su artículo 146, y por la Comisión Nacional de la Competencia, en su "Guía sobre Contratación Pública y Competencia" puesto que, tal como se ha expuesto, la puntuación atribuida a la tarifa de las distintas ofertas es proporcional a la reducción de la misma que permite cada una de ellas, no desvirtuando el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Esto mismo sucede con la fórmula y las puntuaciones atribuidas respecto a las expediciones adicionales”.

No advertimos, en consonancia con lo manifestado por el órgano de contratación, el reproche que se hace a las fórmulas empleadas en el PCAP, pero, en todo caso, el análisis de la cuestión controvertida debe partir del criterio sentado por este Tribunal respecto de las fórmulas matemáticas para la valoración de las ofertas económicas, disponiendo de un amplio conjunto de resoluciones referidas tanto al anterior TRLCSP, como a la vigente LCSP, entre las que se destacan las resoluciones 1051/2018, 542/2015, 681/2016, 1064/2016, 208/2017, 230/2018 y 237/2018. Así, la resolución 260/2019, de 15 de marzo de 2019, menciona y sintetiza estos criterios del Tribunal:

“..... Sobre los parámetros a los que debe ajustarse el órgano de contratación al establecer la fórmula para evaluar las proposiciones económicas dijimos en nuestra Resolución 906/2014 que “lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que esta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias”, rechazando en aquella ocasión asumir como propio el criterio auspiciado por el Tribunal de Cuentas en contra de la utilización de fórmulas que distribuyeran la puntuación según la rebaja que entrañaran respecto del tipo de licitación. Añadimos igualmente que “Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 – asunto 637/2019 11 C-448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos.

La doctrina anterior, sustentada en los principios de control de gasto y de eficiencia que proclamaban los artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; en adelante, TRLCSP), y en la regla del artículo



150.1 TRLCSP “in fine” (que, como el 53.1.b Directiva 2004/18/CE, establecía el del precio más bajo cuando el único criterio de adjudicación fuera el precio), debe entenderse, sin duda, vigente hoy, bajo la disciplina de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE y de la LCSP.

Es verdad que la nueva normativa de contratación ha introducido cambios respecto de la anterior, como sucede con la consideración de criterios sociales y medioambientales en la adjudicación (cfr.: considerandos 92, 97, 98 y 99 y artículos 43 y 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado V de la Exposición de Motivos y artículos 1.3 y 145.2 LCSP) o la opción preferente por el empleo de una pluralidad de criterios de adjudicación (cfr.: considerandos 90 y 92 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 131.2 y 145, apartados 1 y 3, LCSP).

Sin embargo, más allá de estas novedades, lo cierto es que, en línea con la continuidad que anuncia el considerando 89 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE, los criterios de adjudicación, “base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas” (cfr.: considerando 104 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE), siguen respondiendo a la idea de identificar la oferta económicamente más ventajosa, por más que esta se identifique hoy con el concepto de “mejor relación calidad-precio” (cfr.: considerandos 89 y 90 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado II de la Exposición de Motivos y artículos 1.3, 131.2 y 145.1 LCSP); se comprende así que aquellos hayan de estar relacionados con el objeto del contrato, asegurar la competencia entre los licitadores y ser formulados en términos claros, de manera que no otorgue una libertad incondicional al órgano de contratación (cfr.: considerandos 45, 90 y 92 y artículo 67, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 2014/24/UE; artículo 145, apartados 2, 5 y 6, LCSP).

Con tales ideas rectoras a la vista –en definitiva, las mismas que iluminaban la legislación anterior–, no es posible inferir cambio alguno en cuanto a las reglas aplicables a las fórmulas matemáticas que se empleen par a valorar las ofertas económicas de los licitadores. Ninguno de los preceptos de la Directiva o de la LCSP autoriza a pensar que se han impuesto al órgano de contratación límites o pautas adicionales a los ya expuestos, esto es, que la fórmula figure en el Pliego,

que atribuya puntuación superior a la más barata (sin perjuicio de la aplicación de índices de saciedad, como admitimos en nuestra Resolución 976/2018, de 26 de octubre (Recurso nº 664/2018), inferior a la más cara y que la atribución de puntos a las intermedias guarde la debida proporción.”

Por todo lo expuesto, este motivo se desestima.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. R.J.L.L., en representación de la EMPRESA MONFORTE, S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Concesión de Transporte Público regular de viajeros mediante autobús CV-214 Torrevella-Alacant*”, con expediente CMAYOR/2019/01Y29/82, convocado por la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Comunidad Valenciana, acordando la anulación del apartado 8 de la cláusula 31 del PCAP, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico octavo de esta resolución y desestimar el resto de los motivos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Comunidad Valenciana en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.