

Recurso 93/2015**Resolución 260/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**Sevilla, **15** de julio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS (FANDABUS)** contra el pliego de condiciones que rige la licitación del contrato denominado “Gestión de servicios públicos, modalidad concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre la Carolina – Sorihuela de Guadalimar y Jaén (VJA-402)”, promovido por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía (Expte. 2014/000054), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 9 de abril de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 67 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado en igual fecha en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. El 24 de abril de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FANDABUS contra el pliego de condiciones que rige la licitación del contrato. Asimismo, el 29 de abril, el recuso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 29 de abril de 2015, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

TERCERO. El 18 de mayo de 2015, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

CUARTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 18 de mayo de 2015, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de



Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Federación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra el pliego de condiciones que rige la licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)
- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Sobre la legitimación activa de las asociaciones empresariales existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.



A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 7 apartado 6) de los Estatutos de la Federación recurrente establece que *“La Federación, en el cumplimiento de sus fines estatutarios, ostentará la representación, defensa y coordinación, por los medios legales adecuados, ante todos los organismos públicos y privados, así como ante particulares, de los intereses generales, morales, económicos y profesionales de las Entidades incorporadas, así como los de las empresas afiliadas a éstas, en cuanto afecte y se relacione con el transporte público de viajeros en autobús y demás actividades estatutarias de las organizaciones federadas.*

Para la consecución del objetivo expuesto, la Federación fundamentalmente y entre otras, desarrollará las siguientes actividades:

6) Ejercitar ante cualquier organismo público, ya sea del Estado, Comunidad Autónoma, Región o Municipio y ante los Tribunales de Justicia de todo ámbito y jurisdicción las acciones que procedan en defensa de la promoción de los intereses profesionales a su cargo, así como ostentar las representaciones que las disposiciones legales establezcan o reconozcan a favor de las entidades asociativas del transporte público de viajeros en autobús.”

En este sentido, FANDABUS impugna determinados extremos del pliego de condiciones que rige la licitación al considerar que el mismo perjudica los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Federación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el pliego de condiciones que rige la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

Respecto al contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 40.1 c) del TRLCSP dispone que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

En el supuesto analizado, estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos con un plazo de duración de 10 años según establece el apartado 2.1.2 del pliego de condiciones. En cuanto a los gastos de primer establecimiento, entendidos estos como aquellos gastos e inversiones que el futuro adjudicatario deberá asumir para la puesta en marcha del servicio, nada dice expresamente el pliego sobre su cuantía, si bien su apartado 2.2.2 prevé un número mínimo de 9 autobuses para la prestación del servicio, lo que nos permite entender que los gastos de primer establecimiento superarán los 500.000 euros, IVA excluido.

Por tanto, hemos de concluir que se dan los requisitos previstos en el artículo 40 apartados 1.c) y 2.a) para la admisión del recurso especial interpuesto, toda vez



que el mismo se formaliza contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos de duración superior a 5 años y cuyos gastos de primer establecimiento superan la cantidad de 500.000 euros, IVA excluido.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, el 9 de abril de 2015 se completó la publicidad obligatoria prevista en el artículo 142 del TRLCSP para las licitaciones de contratos como el aquí examinado. Por consiguiente, al haberse presentado el recurso especial en el Registro del órgano de contratación el 24 de abril de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

En primer lugar, la recurrente alega que el apartado 2.1.4 del pliego exige indebidamente el sometimiento obligatorio del contratista al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte, conculcando la regla de la voluntariedad que debe regir en todo arbitraje.



Por su parte, el informe sobre el recurso del órgano de contratación pone de manifiesto que aquella exigencia es consecuencia del mandato legal contenido en el artículo 73 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT, en adelante).

Pues bien, el apartado discutido del pliego es del siguiente tenor: *“De acuerdo con el artículo 73 de la LOTT, el contratista del servicio público de transporte estará obligado a no excluirse del arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte en las controversias 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 artículo 9 del ROTT.”*

Al respecto, el artículo 73.2 ñ) de la LOTT establece que *“El pliego de condiciones que haya de regir el contrato, que tomará como base el proyecto aprobado por la Administración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70, fijará las condiciones de prestación del servicio.*

En todo caso, se incluirán en dicho pliego los siguientes extremos:

ñ) El compromiso del contratista de someterse al arbitraje de las Juntas Arbitrales del Transporte en relación con cualquier controversia con los usuarios acerca de la prestación del servicio.”

De este modo, ninguna tacha de ilegalidad puede hacerse al apartado 2.1.4 del pliego de condiciones, el cual se limita a recoger el postulado legal antes transcrito, previendo el sometimiento del contratista al arbitraje solamente en aquellos supuestos en que surja alguna controversia en la prestación del servicio y el usuario, en lugar de acudir a la jurisdicción, decida instar el arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT).



En definitiva, no asiste razón a la recurrente cuando esgrime que el pliego impone el sometimiento obligatorio del contratista al arbitraje conculcando la regla de voluntariedad que debe regir en esta materia y ello, por dos razones:

1ª) Porque el pliego se limita a recoger la previsión legal del artículo 73.2) de la LOTT.

2ª) Porque tal sometimiento al arbitraje por parte del contratista solo opera cuando los usuarios del servicio decidan acudir al mismo, en lugar de a la jurisdicción, para solventar aquellas controversias relacionadas con las prestación del servicio.

Procede, pues, desestimar este primer alegato del recurso.

SEXTO. En el segundo alegato del recurso se esgrime que la subrogación del personal prevista en el apartado 2.2.5 y Anexo III del pliego de condiciones solo afecta a parte de los trabajadores que prestaban servicios con anterioridad en la concesión, no ajustándose a derecho por cuanto no exige la subrogación de todo el personal anterior. Ello, a juicio de la recurrente, no solo es inviable para la adecuada prestación del servicio, sino que conculca lo dispuesto en los artículos 73.2 h) y 75.4 de la LOTT.

Por su parte, el órgano de contratación alega en el informe al recurso que la obligación legal se refiere a la dotación mínima que se establezca en el pliego para el funcionamiento del servicio, lo cual tiene sentido pues el servicio a contratar no tiene por qué ser idéntico al que se venía prestando.

Asimismo, indica que la empresa contratista presentó una lista de personal a subrogar con 12 conductores, un mecánico, 5 taquilleros y un auxiliar, manteniéndose ese listado salvo en lo relativo a los conductores que pasan a ser diez en lugar de doce. En tal sentido, prosigue el órgano de contratación, las empresas suelen prestar servicios de transporte regular, escolar o discrecional y



los conductores de las mismas pueden estar adscritos a servicios ajenos al contrato objeto de la licitación; por ello, la forma de establecer un límite es analizando el número de horas de conducción necesarias en el servicio a contratar.

Finalmente se señala que la inclusión en la dotación mínima de personal de todos los trabajadores que la anterior contratista manifieste que están adscritos a la concesión, conllevaría un irreal y elevado coste de personal que se vería trasladado a las tarifas que pagan los usuarios.

En primer lugar, debemos examinar si los términos en que se recoge la subrogación en el pliego respetan las disposiciones de la LOTT.

Pues bien, el apartado 2.2.5 del pliego de condiciones señala que *“De conformidad con lo previsto en el artículo 75.4 de la LOTT, como quiera que este procedimiento tiene por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, se impone 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 de la LOTT.*

De acuerdo con este artículo, la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y la información sobre las condiciones de los contratos de dicho personal que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará la medida, es la que figura en el Anexo III de este pliego.”

Por su parte, el citado Anexo III contiene la relación del personal en cuyos contratos deberá subrogarse el adjudicatario y las condiciones laborales de los mismos. En concreto, la relación es de 17 trabajadores: 10 conductores, 5 taquilleros, un mecánico y un auxiliar administrativo.



Al respecto, el artículo 75.4 de la LOTT establece que *“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 público 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 la 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 (...)”

Asimismo, el artículo 73.2 de la LOTT establece en sus apartados g) y h) que el pliego de condiciones fijará la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio, así como los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir dicha dotación mínima, cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose.

Por tanto, de los preceptos legales transcritos se desprende con claridad que:

- La subrogación se regirá por la legislación laboral y convenios colectivos que resulten de aplicación, siendo por tanto una cuestión que atañe a los contratistas saliente y entrante, y cuyo cumplimiento se impone al nuevo adjudicatario.



- No obstante lo anterior, tratándose de contratos de gestión de servicios públicos de transporte de viajeros, la LOTT contiene previsiones específicas sobre la subrogación cuando se tramite la licitación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente. En estos casos, la citada norma establece que el pliego de condiciones deberá imponer la obligación del adjudicatario de subrogarse en la relación laboral de los empleados del anterior contratista a fin de cubrir la dotación mínima de personal que se haya previsto para la prestación del servicio, pero sin que tal obligación tenga que alcanzar necesariamente a todos los trabajadores que prestaban servicios para el anterior contratista.

En el supuesto examinado, el apartado 2.2.5 del pliego de condiciones señala que la dotación mínima de personal a adscribir a la prestación del servicio figura en el Anexo III y dicho Anexo relaciona el personal del anterior contratista en cuya relación laboral ha de subrogarse el nuevo, a saber, 10 conductores, 5 taquilleros, un mecánico y un auxiliar administrativo, por lo que queda claro el cumplimiento de las previsiones contenidas en la LOTT en lo que a subrogación se refiere.

Finalmente, la recurrente discute la propia viabilidad de la prestación del servicio con esa dotación mínima de personal, a lo que responde el órgano de contratación manifestando que se ha mantenido el listado de personal a subrogar que presentó el contratista, salvo en lo relativo al número de conductores, que se ha rebajado de doce a diez en atención al número de horas de conducción y a fin de evitar un irreal y elevado coste de personal en los nuevos contratos que repercutiría, obviamente, en el importe de las tarifas de los usuarios.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal considera que no hay fundamento para estimar insuficiente la dotación mínima de personal prevista en el pliego, sin perjuicio de que el nuevo adjudicatario pueda ampliarla, extremo este que,



igualmente, recoge el pliego de condiciones (apartado 3.1.26) cuando se refiere a las nuevas contrataciones que se puedan realizar por parte del contratista.

Procede, pues, la desestimación de este alegato del recurso.

SÉPTIMO. En otra de sus alegaciones, la recurrente combate que el apartado 3.1.23 del pliego no concreta suficientemente las condiciones de prestación del servicio, en concreto, las instalaciones fijas que, en su caso, haya de aportar el contratista para la prestación del servicio, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 73.2 de la LOTT, en relación con el artículo 70. Alega la recurrente que estas instalaciones y en especial, las estaciones son esenciales para confeccionar la oferta respecto de la tarifa a licitar, por lo que el pliego debe recoger suficientemente este elemento.

Por su parte, el informe sobre el recurso señala que la LOTT no prevé con carácter obligatorio la aportación de instalaciones fijas por parte del contratista, y como en este servicio no se ha considerado necesaria dicha aportación, el pliego no recoge nada al respecto.

Pues bien, asiste razón al órgano de contratación cuando manifiesta que la LOTT no prevé que el contratista deba aportar necesariamente instalaciones fijas. En tal sentido, el artículo 73.2 i) de la citada norma dispone que el pliego de condiciones incluirá las instalaciones fijas que, *en su caso*, haya de aportar el contratista para la prestación del servicio, de donde se infiere que cabe la posibilidad de que el pliego no fije dichas instalaciones y que por ende, el contratista no venga obligado a aportarlas

Como afirma el órgano de contratación, ésta última es la opción que acoge el pliego, por lo que no puede prosperar el alegato del recurso referente a que el pliego contraviene la LOTT al no concretar las citadas instalaciones.



En este mismo sentido, la Resolución 589/2014, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que *“el artículo 73.2 de la LOTT, al regular el contenido de los pliegos de condiciones, incluye las instalaciones fijas que en su caso deba aportar el contratista. De modo que, en el caso de que el órgano de contratación estime que no debe aportarse instalación fija alguna, la LOTT no exige la mención de estas en los pliegos. En el mismo sentido debe interpretarse el artículo 68.3 del ROTT. Así, del régimen expuesto resulta que la falta de mención a las estaciones o instalaciones es una opción del órgano de contratación en el ejercicio de su facultad discrecional para fijar los elementos del pliego de condiciones (...)”*

A la vista de lo expuesto, procede la desestimación de este motivo del recurso.

OCTAVO. En el siguiente alegato se denuncia que el apartado 3.1.26 del pliego de condiciones es discriminatorio al exigir una presencia mínima de mujeres en la prestación del servicio y no fijar esa presencia mínima de hombres. Por otro lado, la recurrente aduce que este mismo apartado del pliego prevé que las nuevas contrataciones tengan carácter estable, lo cual impide otras modalidades de contratación y vulnera el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 37 de la Constitución Española.

Frente a ello, el órgano de contratación esgrime en su informe al recurso que se trata de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública.

Al respecto, el apartado 3.1.26 del pliego señala como obligaciones del contratista que *“En caso de que se produzcan nuevas contrataciones:*

- *Éstas deberán ser de mujeres hasta alcanzar la paridad en la plantilla. A estos efectos, se entiende por paridad el 40% de la plantilla. Para justificar la contratación de hombres en lugar de mujeres hasta que se alcance la paridad, se deberá presentar certificado negativo emitido por el Servicio Andaluz de Empleo.*



- *Éstas deberán tener carácter estable. Asimismo, los contratos de duración determinada del personal que en su caso fuera objeto de subrogación, deberán transformarse en contratos de carácter estable en el plazo de tres meses a partir del momento de la formalización del contrato objeto del presente pliego. Se entenderá por estable la contratación indefinida o por el plazo de duración del contrato de gestión de servicios objeto de este pliego. Se exceptúan de esta obligación las contrataciones que respondan a incrementos de demanda de carácter estacional o a puntas concretas de demanda, las cuales deberán ser documentalmente justificadas por la Administración.”*

La recurrente considera, en primer lugar, que esta cláusula es discriminatoria en la medida que exige una presencia mínima de mujeres en la prestación del servicio y no fija esa presencia mínima de hombres. La cuestión que se suscita en este alegato exige, pues, un análisis de las llamadas cláusulas sociales en la contratación pública.

Al respecto, la cláusula impugnada regula una obligación que se impone al contratista durante la ejecución del contrato, lo cual conecta directamente con las denominadas “*condiciones especiales de ejecución del contrato*”, a las que ya hacía mención el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE al señalar que “*Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental*”, y que en el ámbito de nuestro Ordenamiento interno se regulan en el artículo 118.1 del TRLCSP con el siguiente tenor literal: “*Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de*



ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, y otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”

Asimismo, la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece en su considerando 98 que *“Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”*, regulando esta materia en su artículo 70.

Finalmente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 12.1 de la Ley de para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, bajo la rúbrica <<Contratación pública>> dispone que *“1. La Administración de la Junta de Andalucía, a través de sus órganos de contratación, podrá establecer condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebren, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, siempre dentro del marco proporcionado por la normativa vigente”*, postulado que es recogido en el artículo 53.1 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa



para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados.

En definitiva, pues, ninguna duda cabe que las condiciones especiales de ejecución tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres, así como la mayor participación de la mujer en el mercado laboral cuentan con un amplio reconocimiento tanto en el derecho comunitario, como en nuestro ordenamiento interno estatal y autonómico.

Es a la luz de esta regulación legal, como debe examinarse la cláusula impugnada en el recurso. La citada cláusula introduce claramente una condición especial de ejecución de tipo social tendente a promover la paridad entre hombres y mujeres en la plantilla del contratista. No puede darse la razón a la recurrente cuando aduce que la cláusula es discriminatoria en perjuicio de los hombres, puesto que el único objetivo que persigue el pliego es que, en caso de nuevas contrataciones y a fin de alcanzar la paridad de hombres y mujeres en la plantilla del adjudicatario, aquéllas recaigan sobre mujeres. En definitiva, el pliego, partiendo del dato de que la plantilla la conforman más hombres que mujeres, solo persigue el objetivo marcado por las normas internas y comunitarias de promover la igualdad y paridad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

Por tanto, ningún reproche jurídico puede hacerse a la condición 3.1.26 del pliego en el extremo analizado.

De otro lado, la recurrente también ataca la citada cláusula en cuanto entiende que la misma vulnera el principio de libertad de empresa al exigir que las nuevas contrataciones que se produzcan tengan carácter estable.

Estamos, pues, ante una condición especial de ejecución que, en este caso, va dirigida a promover la estabilidad en el empleo y que se enmarca, como la



anteriormente analizada, dentro de los objetivos perseguidos por las normas antes expuestas. Además, la cláusula impugnada, si bien pretende promover contrataciones estables, no prohíbe las contrataciones temporales que respondan a incrementos de demanda de carácter estacional o a puntas concretas de demanda, y, además, admite en la definición de “contratación estable” no sólo la de duración indefinida, sino aquélla que se vincule a la propia duración del contrato, razones todas ellas que nos hacen entender que la cláusula es ajustada a derecho, sin que imponga al contratista obligaciones que atenten al principio de libertad de empresa.

En consecuencia, debe desestimarse este alegato del recurso.

NOVENO. La recurrente esgrime en otro alegato que el apartado 4.1.2 del pliego no se ajusta a la legalidad por cuanto, en el supuesto de las uniones temporales de empresas, solo exige que una o alguna de las entidades agrupadas sea la que reúna los requisitos para licitar.

El citado apartado del pliego de condiciones señala que *“En los casos de agrupaciones de empresas, se indicará en la oferta la participación de cada una de ellas en la futura sociedad. Para que puedan ser admitidas a la licitación, cada uno de los requisitos anteriores (de capacidad y solvencia) deberá ser cumplido por alguna de las empresas integradas con participación igual o superior al 25% en la agrupación, en cuyo caso, dicha participación deberá mantenerse, al menos tres años en la futura persona jurídica que se constituya de conformidad con lo previsto en la condición 4.1.1 de este pliego.”*

Alega la recurrente que este apartado del pliego vulnera la legalidad -sin especificar qué norma concreta se infringe- al exigir solamente que una de las entidades agrupadas sea la que reúna los requisitos para licitar.

En realidad el alegato es tan vago y genérico que no se sabe si lo que la recurrente quiere sostener es que todas y cada una de las empresas agrupadas -y



no solo una de ellas- tendrían que reunir individualmente la totalidad de los requisitos de capacidad y solvencia que exige el pliego, o si por el contrario, lo que pretende argumentar es que no es posible que una empresa acredite toda la solvencia y al resto de empresarios agrupados no se les exija disponer de un mínimo de solvencia.

En cualquier caso, el alegato de la recurrente no puede prosperar porque el pliego solo establece que una de las empresas agrupadas con un 25% o más de participación en la futura UTE deberá reunir todos los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en la licitación, lo cual, a sensu contrario, ni impide que el resto de empresas agrupadas puedan disponer de toda la solvencia exigida, ni tampoco está permitiendo que solo una tenga que disponer de toda la solvencia sin que las demás tengan que acreditar un mínimo.

La cláusula impugnada solo pretende asegurar la solvencia de la unión en caso de ulterior adjudicación y ejecución del contrato por la misma. Es por ello que, sin prejuzgar la solvencia del resto de empresarios agrupados, el pliego establece -como una garantía de solvencia- que al menos uno de las empresas con participación igual o superior al 25% en la unión temporal reúna todos y cada uno de los requisitos de capacidad y solvencia.

De conformidad con lo expuesto, ningún reproche de legalidad puede hacerse a la cláusula impugnada que, en este punto, no impide la acumulación de las solvencias de las entidades agrupadas tal y como prevé el artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando señala que *“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma (...)”*.

Con base en lo expuesto, procede igualmente desestimar este alegato del recurso.



DÉCIMO. Finalmente, la recurrente esgrime que la presente licitación es de las primeras que se convocan dentro de un proceso general de renovación de concesiones. Sin embargo, alega que la concesión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera La Carolina – Sorihuela de Guadalimar y Jaén caducó el 7 de diciembre de 2012 y tiene por delante en el correspondiente turno de caducidades numerosas concesiones. Ello supone que no se ha respetado el orden de caducidades de las concesiones para licitar su renovación, sin que tampoco exista resolución motivada que justifique tal irregularidad, como exige el artículo 74.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A juicio de la recurrente, se ha producido una abusiva potestad de selección de unas concesiones frente a otras, sin atender a sus fechas de caducidad, y ello conculca no solo el precepto legal anteriormente citado, sino también los artículos 5.5 del Reglamento Comunitario CE nº 1370/2007 y 85 de la LOTT. En definitiva, la recurrente concluye que estamos en presencia de la desviación de poder como modo irregular de utilización de las potestades administrativas, siendo ello una causa de anulabilidad de las previstas en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por su parte, el informe sobre el recurso pone de manifiesto que se está produciendo, por primera vez, el vencimiento de concesiones de transporte regular de viajeros por carretera de forma masiva desde que las competencias en esta materia fueron transferidas a la Comunidad Autónoma. El grueso de los vencimientos se ha producido en el año 2013, y seguirán produciéndose hasta el año 2019.

El informe continúa indicando que el mapa actual de concesiones tiene sus orígenes en los comienzos del siglo XX y ha venido sufriendo modificaciones parciales durante todo este tiempo, por lo que, actualmente, con las nuevas licitaciones se presenta una oportunidad histórica de rediseñar aquel mapa. Para abordar dicho estudio, el informe argumenta que la Consejería seleccionó



un primer bloque de siete concesiones a renovar siguiendo un criterio cronológico (todas eran concesiones vencidas en 2012). En este primer grupo se encontraba la concesión VJA 043 La Carolina-Sorihuela de Guadalimar y Jaén que venció el 7 de diciembre de 2012 y se encuentra prorrogada hasta la nueva adjudicación. No obstante, son múltiples los factores que influyen y hacen que los procedimientos para la adjudicación de los nuevos contratos dejen de ir exactamente al mismo ritmo. Entre ellos, el órgano de contratación cita los siguientes:

- Cambios en infraestructuras: durante la elaboración de los proyectos existe la posibilidad de que se produzcan dichos cambios y sea necesario hacer modificaciones. Por ejemplo: construcción de nuevas infraestructuras como carreteras, circunvalaciones, establecimiento de trenes de cercanías, nuevas estaciones de tren y de autobuses, puesta en servicio de metro, tranvías etc.
- Aprobación de planes de movilidad municipales que modifiquen los itinerarios previstos en los proyectos.
- Subrogación del personal: la negociación con cada una de las empresa actuales en relación con la subrogación no ha sido igual en todos los casos y ha provocado que los ritmos en la tramitación de la renovación de cada concesión empezaran a ser diferentes. Este asunto es crucial en la licitación ya que el personal es la principal partida de costes de explotación con la que deberá contar el futuro adjudicatario.
- En algunos casos, es conveniente intentar hacer coincidir las fechas de vencimiento de diferentes concesiones para acometer una licitación conjunta. De este modo, se obtendrán concesiones más racionales y que optimicen los recursos, lo cual redundará en mejores servicios y menores tarifas para el usuario.



- Otro factor que puede alterar el orden cronológico de vencimiento/licitación es el hecho de que también se están produciendo vencimientos de concesiones del Estado. Los tráficos pertenecientes hasta ahora a ellas y que discurran íntegramente por territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía deben ser integrados en las concesiones andaluzas, por lo que en la medida de lo posible se intenta hacer coincidir algunos vencimientos de concesiones autonómicas con las del Estado.

Por estos motivos, el órgano de contratación alega que el orden cronológico de vencimiento de las concesiones es el primer criterio a considerar en el orden de licitaciones pero no el único que por interés público se debe seguir.

Finalmente, el informe sobre el recurso pone de manifiesto que el listado de concesiones que presenta la recurrente no es correcto y entre otras razones, señala que algunas de las concesiones de aquel listado han sido extinguidas o se han integrado a su vencimiento en otras o se han incluido en alguno de los contratos que se están licitando o bien no se han licitado porque se está esperando a que se segreguen los tráficos de otra concesión estatal. Por ello, se concluye que la renovación de todas las concesiones vencidas en 2012 está programada y en la actualidad, hay cuatro procedimientos de licitación en marcha.

Con base en lo expuesto, hemos de analizar si se ha producido o no la desviación de poder que la recurrente imputa al órgano de contratación por no haber respetado -sin justificación alguna a su juicio- el orden de caducidad de las concesiones en orden a licitar su renovación.

El artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.



Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 3254/2012, de 11 de mayo (Recurso 4365/2008), recogiendo doctrina ya sentada por el Alto Tribunal, viene a sostener que *“la desviación de poder existe no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso. Recordemos que el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional exige, para que se aprecie la desviación de poder, que el ejercicio de la potestad sirva a fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico. Por lo demás, ningún obstáculo se deriva para la apreciación de la desviación de poder que estemos ante el ejercicio de potestades regladas o discrecionales, pues ese vicio puede concurrir tanto en unas como en otras.”*

En el supuesto analizado, nos encontramos con que la concesión a que se refiere el pliego impugnado caducó en diciembre de 2012 y actualmente se encuentra prorrogada hasta la nueva adjudicación.

Por ello, es incuestionable la necesidad de la contratación promovida, así como la satisfacción del interés general que la misma persigue. Por otro lado, el hecho de que otras concesiones caducadas con anterioridad no se encuentren en la misma fase procedimental que la aquí examinada o bien en algún caso se haya podido retrasar su renovación por circunstancias sobrevenidas no puede implicar, sin más, un uso desviado de la potestad administrativa para la consecución de un fin distinto al fijado en el ordenamiento jurídico, cual es la renovación de la concesión al haber expirado su plazo de duración.



Ya se han expuesto en este fundamento de derecho las razones esgrimidas por el órgano de contratación para justificar los distintos ritmos en la tramitación de la renovación de concesiones caducadas, siendo determinante que, como afirma el órgano de contratación, esté programada la renovación de todas las concesiones vencidas en 2012, aún cuando la tramitación de dicha renovación pueda estar más avanzada en algunos casos como el presente. No es posible aplicar al procedimiento de renovación de todas las concesiones vencidas unos mismos parámetros en orden a la simultaneidad de su tramitación pues pueden concurrir multitud de factores que, como los ya expuestos, hagan que los ritmos de tramitación se aceleren en unos casos y se ralenticen en otros.

Es por ello que no puede concluirse que haya habido un uso abusivo, desviado, ni arbitrario de la potestad administrativa, quedando acreditado que la misma va encaminada a satisfacer el interés general y no se opone a la finalidad concreta que persigue el ordenamiento jurídico, cual es la renovación progresiva de las concesiones a medida que vayan venciendo.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ANDALUZA EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS (FANDABUS) contra el pliego de condiciones que rige la licitación del contrato denominado “Gestión de servicios públicos, modalidad concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre la Carolina – Sorihuela de Guadalimar y Jaén (VJA-402)”, promovido por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía (Expte. 2014/000054)



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en resolución de 18 de mayo de 2015.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

