

Barcelona, 25 d'octubre de 2022

Resolució núm.: 260/2022 (recursos N-2022-0013, N-2022-016, N-2022-0017 i N-2022-0018)

Vistos els recursos especials en matèria de contractació presentat per C.F.A., en nom i representació de l'empresa TRANSPORTES URBANOS Y SERVICIOS GENERALES, SAL (N-2022-0013); M.J.R.D, en nom i representació de la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS (N-2022-0016); A.d. LI. S., en nom i representació d'UGT de CATALUNYA (N-2022-0017) i C.P.G., en nom i representació de la FEDERACIÓ DE SERVEIS A LA CIUTADANIA DE COMISSIONS OBRERES DE CATALUNYA (N-2022-0018), respectivament, contra la memòria econòmica i els plecs reguladors de la licitació del contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre L'Hospitalet de Llobregat, el Prat de Llobregat i altres municipis (expedient 905542-2021), licitat per l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA, a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 24 de desembre de 2020 es va publicar l'anunci de licitació 901618-2020 en el perfil de contractant inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (PSCP), a través del qual es van posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques i econòmiques (PPTe), entre altres documents contractuals de la licitació referenciada licitada per l'AMB. En data 28 de desembre de 2019, també es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S 252.

Es va fixar el valor estimat del contracte (VEC) en 260.152.122,00 euros.

SEGON. En data 18 de gener de 2021, l'empresa TRANSPORTES URBANOS Y SERVICIOS GENERALES, SAL (en endavant, TUSGSAL) va presentar electrònicament davant el registre del Departament de Territori i Sostenibilitat recurs especial en matèria de contractació (N-

2021-0019) contra els plecs reguladors de la licitació, sobre la base de les següents al·legacions:

- a) Invalidesa dels plecs per concorre infracció dels articles 1, 28, 116, 122 i 124 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, pel qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP). Manca de correspondència i, per tant, confusió, entre el PCAP i el PPT. Contingut impropri del PPT. Manca d'adequació i concreció de la configuració de les cotxeres.
- b) Invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 132 i 145.5 de la LCSP: indeterminació del PCAP en relació amb els criteris dependents d'un judici de valor i impossibilitat de formular una oferta en condicions.
- c) Invalidesa dels plecs per incórrer en infracció dels articles 1, 132 i 145.5 de la LCSP. Manca de concreció dels plecs en relació amb l'objecte del contracte i impossibilitat de formular una oferta en condicions. La clàusula 11.2.2.1 relativa al criteri d'adjudicació automàtic "*Objectiu de viatgers de pagament 2021-2028 (fins a 8 punts)*" atès que depèn d'un criteri subjectiu com és l'estudi de demanda, i precisament la demanda es valora en diferents apartats del sobre B, no és un criteri automàtic.
- d) Invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 132 i 145.7 de la LCSP. Manca de ponderació i de concreció dels requisits, límits, modalitats o característiques de les millores previstes, així com la seva necessària vinculació amb l'objecte del contracte.

I va sol·licitar, anular i deixar sense efecte el PCAP, i l'apartat 8.1 del PPT, retrotraure el procediment de contractació a fi de què s'aprovin nous plecs respectuosos amb els articles 1, 28, 76.2, 116, 122, 122, 124, 126, 132 i 145 de la LCSP en els termes exposats en el recurs. Mitjançant altressí, sol·licita obrir període de prova d'acord amb l'article 51 de la LCSP i concordants respecte a la manca de disponibilitat en el mercat de vehicles de segona mà en les condicions exigides per les clàusules 12.2.2 i 12.2.3 del PCAP, i per a la seva acreditació proposa el mitjà de prova informe tècnic justificatiu.

TERCER. Mitjançant Resolució núm. 185/2021 el Tribunal va estimar el recurs presentat per TUSGSAL les al·legacions efectuades.

QUART. En data 27 de desembre de 2021 es va publicar l'anunci de licitació 905542-2021 en el DOUE S251 i en el perfil de contractant inserit en la PSCP, a través del qual es van posar a disposició dels interessats el PCAP i el PPT, entre altres documents contractuals de la licitació referenciada licitada per l'AMB.

Es va fixar el valor estimat del contracte(VEC) en 262.967.991,00 euros.

La durada del contracte prevista és de 7 anys més la pròrroga prevista a la clàusula 9.1 del PCAP.

CINQUÈ. En data 17 de gener de 2022, l'empresa TUSGSAL va presentar electrònicament davant el registre del Departament d'Economia i Hisenda recurs especial en matèria de contractació contra els plecs reguladors de la licitació, sobre la base de les següents al·legacions:

- a) Invalidesa dels plecs per concorre infracció dels articles 1, 28, 116, 122 de la LCSP. Insuficiència del PCAP respecte de les cotxeres i es costos associats.
- b) Invalidesa dels plecs per incórrer en infracció dels articles 1, 28, 116 i 122 de la LCSP. Insuficiència del PCAP respecte dels costos de personal.
- c) Invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 126, 132 y 145.5 de la LCSP. Manca de raonabilitat i de proporcionalitat del PCAP en relació amb els requisits d'antiguitat de la flota base de vehicles provisionals.
- d) Invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 132 i 145.4 de la LCSP. Manca de raonabilitat dels PCAP en relació amb el número de vehicles provisionals i antiguitat.
- e) Invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 116, 131, 132 i 145 de la LCSP. Ponderació desproporcionada i injustificada del cost unitari com a criteri d'adjudicació.
- f) Manca de concreció dels judicis de valor. Vulneració de l'article 145.5 c de la LCSP.

l sol·licita, anular i deixar sense efecte el PCAP i el PPT retrotraure el procediment de contractació a fi de què s'aprovin nous plecs respectuosos amb els articles 1, 28, 116, 122, 122, 126, 131 i 145 de la LCSP en els termes exposats en el recurs. Mitjançant altresí, sol·licita obrir període de prova d'acord amb l'article 51 de la LCSP i concordants respecte a la manca de disponibilitat en el mercat de vehicles de segona mà en les condicions exigides per les clàusules 12.2.1 i 12.2.2 del PCAP i per a la seva acreditació, proposa el mitjà de prova informe tècnic justificatiu.

SISÈ. En data 18 de gener de 2022, la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA DE AUTOTRANSPORTE DE VIAJEROS (en endavant, FECAV) va presentar electrònicament davant el registre del Departament d'Economia i Hisenda recurs especial en matèria de contractació (N-2021-0016) contra els plecs reguladors de la licitació i memòria econòmica del servei, sobre la base de les següents al·legacions:

- 1) Nul·litat de les clàusules del PCAP i de la memòria de contingut econòmic del contracte, derivada de la indeguda determinació del PBL perquè parteix d'una previsió desactualitzada de la demanda de viatgers, esdevenint la previsió d'ingressos tarifaris incorrecta; manca d'adequació als preus de mercat i inexistència de la despesa relativa als materials de protecció individual (EPIs) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID.
- 2) La fórmula establerta en el PCAP per apreciar els valors anormals o desproporcionats de les ofertes presentades pels licitadors és contrària i nul·la de ple dret.

l sol·licita la nul·litat de la clàusula 6 i apartat 2.4 de la clàusula 11.2 del PCAP i de la memòria econòmica del contracte. Mitjançant altresí sol·licita que (i) s'insti a l'administració, s'incorpori a l'expedient les dades reals de la demanda de viatgers del contracte referenciat, que s'admeti com a mitjà de prova i (ii) la suspensió de la licitació.

SETÈ. En data 18 de gener de 2022, la UGT de Catalunya (en endavant, UGT) va presentar electrònicament davant el registre del Departament d'Economia i Hisenda recurs especial en matèria de contractació (N-2021-0017) contra els plecs reguladors de la licitació i la memòria econòmica del servei, sobre la base de les següents al·legacions:

- a) Indeguda determinació del PBL i manca d'adequació als preus del mercat i als costos laborals:
- Inexistència de la despesa relativa als materials de protecció individual (EPIs) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID.
 - El càlcul del PBL està basat en una previsió poc fiable de la demanda de viatgers, que comporta un risc de inviabilitat de la prestació del servei del contracte que comporta inestabilitat laboral i posa en risc el compliment de les condicions laborals.
- b) La fórmula establerta en el PCAP per tal d'apreciar els valors anormals o desproporcionats de les ofertes presentades pels licitadors és contrària i nul·la de ple dret, i no garanteix el compliment de les condicions laborals de les persones treballadores durant l'execució del contracte perquè no considera en el seu conjunt l'oferta.

Per tot això, sol·licita la nul·litat de la clàusula 6 del PCAP i de la memòria econòmica, i l'apartat 2.4 de la clàusula 11.2 del PCAP, i la suspensió de la licitació.

VUITÈ. En data 18 de gener de 2022, la FEDERACIÓ DE SERVEIS A LA CIUTADANIA DE COMISSIONS OBRERES DE CATALUNYA (en endavant, FSC-CCOO) va presentar electrònicament davant el registre del Departament d'Economia i Hisenda recurs especial en matèria de contractació (N-2021-0018) contra els plecs reguladors de la licitació la memòria de contingut econòmic, sobre la base de les següents alegacions:

- a) Nul·litat de les clàusules del PCAP i de la memòria de contingut econòmic del contracte, derivada de la indèguda determinació del PBL i manca d'adequació als preus de mercat.
- El càlcul del PBL parteix d'una previsió absolutament desactualitzada de la demanda de viatgers, que comporta la inviabilitat de la prestació del servei del contracte i la previsió d'ingressos tarifaris és manifestament incorrecta.
 - El càlcul del PBL parteix d'una previsió de costos que no s'ajusten a la realitat i afecten clarament a la rendibilitat de la prestació del servei. Inexistència de la despesa relativa als materials de protecció individual (EPIs) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID.

- b) La fórmula establerta en el PCAP per tal d'apreciar els valors anormals o desproporcionats de les ofertes presentades pels licitadors és contrària, nul·la de ple dret, doncs ha de ser considerada en el seu conjunt.

I sol·licita la nul·litat de la clàusula 6 i de l'apartat 2.4 de la clàusula 11.2 del PCAP i la memòria econòmica que haurà de substituir-se pel pressupost que tingui en compte tots els costos relatius a la prestació del servei i previsions reals de la demanda.

NOVÈ. Derivat el recurs de TUSGSAL (N-2022-0013) al Tribunal el 18 de gener de 2022, en la mateixa data, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat per TUSGSAL, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013 i preceptes concordants del RD 814/2015.

DESÈ. Derivats el recursos de FECAV (N-2022-0016), d'UGT (N-2022-0017) i d'FSC-CCOO (N-2022-0018) respectivament al Tribunal el 19 de gener de 2022, en la mateixa data, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia els recursos, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i dels informes corresponents, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013 i preceptes concordants del RD 814/2015.

ONZÈ. En data 26 de gener de 2022, l'AMB va trametre l'expedient administratiu i l'informe de l'òrgan de contractació amb què demana la inadmissió de tots els recursos menys el de la FECAV, i desestimació i l'acumulació dels recursos. En concret, l'AMB informa, en primer lloc, la inadmissió dels recursos, el de TUSGSAL sobre la base que ha donat estricte compliment a l'acordat en la Resolució núm. 185/2021, amb retroacció al moment d'aprovació de l'expedient les actuacions, i ha esmenat tots els extrems estimats pel Tribunal i ha aprovat uns nous plecs. En segon lloc, retreu l'existència d'un abús de dret per part de TUSGSAL amb la nova interposició del recurs amb l'únic objectiu de dilatar el procés de licitació sense fonamentar el recurs en un incompliment de la normativa de contractació pública i, en darrer

lloc, s'oposa a cada alegació de la part actora. I sol·licita imposició de multa a TUSGSAL per concurrència de mala fe i temeritat en la interposició del recurs.

I quant als recursos dels sindicats perquè els costos estan calculats d'acord amb la prestació actual i amb les necessitats a cobrir pels plecs i ja s'ha facilitat tota la informació ex article 130 de la LCSP. Tot i així, entra a valorar i defensar els plecs, sol·licitant la desestimació dels recursos.

DOTZÈ. En data 3 de febrer de 2022, el Tribunal va suspendre la tramitació de l'expedient mitjançant la Resolució S-13/2022.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per conèixer dels recursos especials en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

Al respecte, el Tribunal aprecia entre els quatre recursos una identitat substancial i una íntima connexió que, d'acord amb l'article 20 del Decret 221/2013 i 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), el faculten per procedir a la seva acumulació, conformement estableix també l'article 13 del RD 814/2015.

En aquest sentit, tots els recursos s'han presentat amb relació a un mateix procediment de contractació.

Per tant, d'acord amb el principi d'economia procedimental, i a sol·licitud de l'òrgan de contractació, escau acumular els recursos, per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. Els quatre recursos impugnen els plecs que estableixen les condicions de la licitació, i la FECAV i els sindicats també la memòria econòmica del contracte, que són un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 a) de la LCSP.

QUART. El Tribunal aprecia en principi en les parts recurrents drets i interessos afectats per l'acte impugnat en tant que operadora econòmica del transport urbà i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

Al respecte, i pel que fa a la legitimació dels sindicats, UGT i FSC-CCOO, respectivament, d'acord amb la doctrina d'aquest Tribunal (per totes la recent Resolució 85/2022) a la vista de la documentació organitzativa i acreditativa de les capacitats processals aportades, així com del contingut de les al·legacions dels recursos, el Tribunal aprecia que poden tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugnen, respectivament, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueixen en els recursos, i, per tant, legitimació activa per interposar-los, d'acord amb el títol legitimador específic previst a l'article 48 de la LCSP, així com l'article 16 del Decret 221/2013. Atès això, només poden ser objecte del recurs les qüestions que afectin directament a la seva defensa i representació dels treballadors des de l'òptica de la contractació pública.

CINQUÈ. Des del punt de vista temporal, els recursos s'han presentat dins de termini d'acord amb l'article 50.1 b) de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, ateses les pretensions formulades per la part actora, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació. La funció

d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 349/2020, 262/2020, 298/2019, 91/2019 i 70/2019; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

La funció revisora del Tribunal impedeix que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents tant en la fase prèvia de disseny del contracte amb l'elaboració dels plecs amb elecció del procediment, fixació de la classificació, determinació de la solvència i dels criteris d'adjudicació del contracte, prescripcions tècniques i decisió de no dividir en lots l'objecte del contracte, per tal de procurar la millor satisfacció de les seves necessitats i fins institucionals ex article 28 de la LCSP, extrems que hauran de quedar justificats en l'expedient ex article 116.4 de la LCSP; com en la fase posterior, d'apreciació de les característiques tècniques de les propostes licitadores, valorar-les ofertes i dictar els actes i emetre els judicis tècnics corresponents en el decurs del procediment. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical per l'article 39.1 de la LCSP.

Específicament, en la fase prèvia com és el present supòsit, les funcions dels tribunals i òrgans resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació abasten tant l'enjudiciament de la concurrència de causes de nul·litat de ple dret (article 39 de la LCSP), com d'anul·labilitat (article 40 de la LCSP), com l'efectiu compliment i l'observança dels principis rectors de contractació pública, recollits en els articles 1 i 132 de la LCSP: principi de lliure accés a les licitacions, igualtat entre els licitadors, publicitat i transparència en els procediment, no discriminació, competència, principi d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

SETÈ. La primera al·legació plantejada per **TUSGSAL** (N-2022-0013) és la relativa a la invalidesa dels plecs per infringir els articles 1, 28, 116, 122 de la LCSP, sobre la base que encara subsisteixen les “mancances” al·legades en el recurs anterior (N-2021-0019) i que van ser estimades parcialment en la Resolució núm. 185/2021, perquè manca tota referència a les cotxeres, als seus costos associats i a la forma en què aquests costos han de concretar-se i detallar-se, per la qual cosa no és possible configurar una oferta veraç o creïble.

Retreu que si bé queda palesa la importància de les cotxeres tant en l’informe de justificació com en el PPT, (i) s’ometen referències a les cotxeres com a element essencial i les concretes circumstàncies, (ii) no està prevista com a criteri de valoració, i (iii) no estan previstos els seus costos, ni està prevista com a inversió, només com a mitjà de la prestació del servei objecte del contracte. Defensa que ha de ser un aspecte que ha de ser necessàriament considerat per les empreses licitadores a l’hora d’elaborar l’oferta tècnica, per tot això, sol·licita l’anul·lació i la retroacció de les actuacions per tal que els nous plecs garanteixin el dret dels licitadors a participar.

L’**AMB** informa que aquesta al·legació ja va estar impugnada, en el sentit que en la licitació anterior les cotxeres estaven plantejades també com a compromís d’adscripció de mitjans materials (exp. 901618/20), validant el Tribunal aquesta configuració, mentre que només va estimar l’al·legació en el sentit que aquest cost constés al pressupost i al PCAP.

Dit això, explica que en els plecs les cotxeres no es valoren, i no estan previstes com a inversió, i, “*estan degudament pressupostades en la memòria econòmica*”, sense que la part actora qüestionï la determinació econòmica, sinó que es focalitza de nou en la seva configuració com a adscripció de mitjans i no com un criteri de valoració, pel que perd tota la seva virtualitat aquesta al·legació.

En concret, defensa que en aquesta licitació, ja no es demana una memòria en el sobre C perquè no és un element a valorar, i l’estudi econòmic justificatiu només es demanarà al licitador que es trobi incurs en baixa anormal de conformitat amb l’article 149 de la LCSP, tal i com s’estableix en la clàusula 11.2 del PCAP a efectes de justificar la baixa oferta.

L’**AMB** argumenta que al PCAP i a l’annex 1 de la memòria econòmica consta que al preu i al pressupost base de licitació –PBL- es té en compte la totalitat de prestacions, i l’estimació del cost associat al pupil·latge dels vehicles adscrits al servei, això és, la/es cotxera/es aportada/es per l’empresa licitadora i que el cost de les cotxeres ha estat incorporat al règim

econòmic i a l'estimació del PBL. I insisteix que la configuració que la licitació dona a les cotxeres no és d'inversió, sinó de disponibilitat de pupil·latge, pel que les seves despeses associades es regulen dins del cost d'operació, d'acord amb l'apartat 32.2.2 del PCAP.

Informa que a l'apartat 11.2 del PCAP, en la definició del criteri d'adjudicació "*Cost unitari (Cu)*" s'estableix que aquest està compost, entre altres, pel cost d'operació (convencional i elèctric), i que el cost d'operació inclou la despesa associada a la disponibilitat de cotxeres. En darrer terme, explica que en cas de trobar-se una oferta en presumpció d'anormalitat, s'haurà de justificar i desglossar el baix cost ofert, tot detallant i explicant el cost associat al pupil·latge dels vehicles adscrits al servei.

Sobre el tema de la configuració de les cotxeres com a complement de la solvència tècnica ex article 76 de la LCSP, aquest Tribunal ja va analitzar profusament aquesta al·legació, donant per ajustada la previsió efectuada per l'AMB a les possibilitats que permeten la LCSP d'acord amb les consideracions jurídiques efectuades en el fonament jurídic setè de la Resolució núm. 185/2021, al qual es fa remissió.

En aquella ocasió es va apreciar una manca de sistematització del règim econòmic de la/es cotxera/es, pel que es va estimar aquella al·legació. Tanmateix, en aquests nous plecs, en els quals la/es cotxera/es esta/n prevista/es com a disposició i no com a inversió, TUSGSAL retreu que "subsisteixen mancances" però sense determinar exactament quines són, càrrega que en tot cas correspon a ella instar a aquest Tribunal. Per tant, des del plantejament de l'òrgan de contractació, i tota vegada tant a la clàusula 6.2 del PCAP s'indica que el preu del contracte inclou la totalitat de les prestacions; com a la 6.4 del PCAP s'estableix que el PBL s'obté dels càlculs efectuats a la memòria econòmica; i que a l'annex 1 de la memòria tècnica apareix el detall de l'estimació del cost associat al pupil·latge dels vehicles adscrits al servei, cal concloure i estar a la tesi de l'AMB relativa que el cost de disponibilitat de les cotxeres s'ha tingut en compte en el càlcul del PBL.

Atès l'anterior, cal desestimar aquesta al·legació.

VUITÈ. En segon lloc, **TUSGSAL** al·lega la invalidesa dels plecs per incórrer en infracció dels articles 1, 28, 116 i 122 de la LCSP perquè els plecs també ometen tota referència als costos de personal com a element essencial a tenir en compte per les empreses licitadores per configurar les seves ofertes, extrem que afirma ja va al·legar en el recurs especial anterior.

Retreu que l'AMB no només no ha esmenat aquestes mancances, sinó que el que ha fet ha estat suprimir tota referència dels costos de personal, quan són costos principals. Dit això, critica que això provoca impedir a les empreses licitadores conèixer els criteris per formular les seves ofertes econòmiques vulnerant els principis d'igualtat, no discriminació i transparència i impossibilitant que l'òrgan de contractació pugui verificar els elements de cost. Per tot això, considera que aquestes mancances afecten a la validesa dels plecs i de la licitació, comportant l'anul·lació dels plecs.

Per la seva banda l'AMB retreu que l'empresa recurrent no concreta perquè aquests costos són incorrectes, ni ha qüestionat cap partida i el per què no s'ajusten a l'article 100 de la LCSP, sinó que es limita a criticar que no es demani en el sobre C

Defensa que els costos de personal s'han tingut en compte i estan incorporats al règim econòmic del PCAP i a l'estimació del PBL i per la definició de costos recollida a la clàusula 32 del PCAP, els costos de personal no formen part ni del cost d'inversió, ni del cost de disponibilitat de vehicles provisionals, ni del cost de promoció i, per tant, es regulen dins del cost d'operació, segons s'estableix a l'apartat 32.2.2 del PCAP.

Explica que en aquesta nova licitació ja no es demana un estudi econòmic justificatiu com a documentació addicional a aportar en el sobre C i que la documentació a aportar en aquesta licitació en el sobre C és detalla en la clàusula 12.2 relatiu al contingut del sobre C i, en cap cas, es demana un detall del cost de personal. Afegeix que el detall de personal únicament es demanarà a aquell licitador que es trobi incurs en baixa anormal, és a dir, l'administració en fase de licitació únicament pot comprovar els costos i en conseqüència, el seu compliment, en el tràmit de baixa anormal previst en l'article 149 de la LCSP i això és el que estableixen aquests plecs a fi d'adaptar-se a dita doctrina en la clàusula 11.2, apartat 2.4 del PCAP.

I conclou que la part actora planteja una tramitació que no és ajustada a la LCSP, prenent que es comprovin els costos de personal en un moment que no pertoca verificar el seu compliment.

Exposades les posicions de les dues parts, i seguint la mateixa línia exposada en el fonament jurídic anterior, la part actora tampoc concreta quines mancances sobre els costos de personal es troben a faltar en els plecs d'aquesta licitació. Així les coses, i d'acord amb el principi de congruència de les resolucions dels òrgans i tribunals resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació ex article 57 de la LCSP, aquest Tribunal no pot ni substituir ni

completar la perícia de la recurrent en el plantejament del recurs. Dit això, cal estar de nou al plantejament efectuat per l'AMB dels costos de personal com a *cost operatiu*, i que han estat observats en el càlcul del PBL de conformitat amb la clàusula 6.2 del PCAP abans esmentada, i en l'annex 1 de la memòria econòmica publicada en el perfil de contractant juntament amb els plecs i que és un document al qual es remet expressament la clàusula 6 del PCAP relativa al "Pressupost del contracte", on queda desglossat el detall de l'estimació del cost de personal de conducció i el cost de personal indirecte i l'antiguitat. D'acord amb l'anterior, no es percep com aquest plantejament pugui afectar al principi d'igualtat de tracte com sosté TUSGSAL, havent pogut plantejar consultes o aclariments puntuals sobre aquests costos i la resta d'informació tal i com s'ha aclarit en les 44 respostes donades per l'AMB com consten en el perfil de contractant.

En definitiva, cal desestimar també aquesta al·legació.

NOVÈ. Sobre la determinació del PBL, la resta de parts actores, la federació recurrent i els sindicats, al·leguen que resulta indeguda i la manca d'adequació als preus de mercat.

En concret **FECAV** al·lega que el càlcul del PBL parteix d'una previsió desactualitzada de la demanda de viatgers, que comporta la inviabilitat de la prestació del servei del contracte, de manera que la previsió d'ingressos tarifaris és manifestament incorrecta, afectant al càlcul de la partida relativa als ingressos nets del contractista, provocant un greu desequilibri econòmic del contracte. Retreu que per al càlcul de la partida de l'ingrés tarifari del servei, regulat a l'apartat 4.1 de la memòria econòmica, l'AMB parteix de dades totalment obsoletes en l'actualitat, consistents en la demanda d'usuaris del servei de l'any 2019, perquè està sobredimensionat, i no té en compte la dràstica baixada dels usuaris del transport públic ocasionada per la pandèmia i la crisi econòmica de 2020, esdevenint molt més reduïda que l'estimada per l'AMB. Afirmar que l'AMB té dades més actuals de la demanda, i que és perfectament coneixedora de les actuals variacions i reducció de la demanda del servei, tot destacant que la reducció de l'ingrés tarifari dels operadors, que deriva de la reducció del nombre de passatgers, es manté entre 15% i 20%, respecte als temps anterior a la pandèmia de COVID, dada que ha empitjorat en el darrer mes, i adjunta uns quadres gràfics. Per tot això, afirma que:

- No resulta viable actualment que el contractista pugui arribar a obtenir uns ingressos tarifaris que la memòria econòmica estima en 58.227.068,66 euros.
- Cap efecte útil per a la viabilitat del servei té el fet que la memòria econòmica del contracte incorpori al seu apartat 4.1 una previsió de “*Creixement vegetatiu de la demanda: un 2,5% a partir de l'exercici 2023*”.
- La partida relativa als ingressos nets del contractista que s'ha tingut en compte per determinar el PBL es troba manifestament sobredimensionada i erròniament calculada, afectant greument a la rendibilitat de la prestació del servei, doncs hauria de ser calculada en base a la demanda actual d'usuaris, no a la obtinguda en el moment anterior a la pandèmia.

Per tot això, sol·licita a aquest Tribunal a què insti l'administració contractant perquè aporti les dades reals de demanda de viatgers del servei durant l'any 2021, per tal de poder demostrar que la tendència de la reducció del nombre de passatgers es manté i amb allò, també, l'ingrés tarifari del servei en qüestió. Per la qual cosa, entén que no seria justificada la base presa com a referència del 2022, i encara menys l'increment tendencial del 2% anual.

Retreu la manca d'adequació del PBL i de l'estudi de viabilitat del contracte a les condicions reals de la demanda del servei i, per tant, al seu actual valor de mercat, pel que entén s'ha de declarar la nul·litat de la clàusula 6 del PCAP i de la memòria econòmica del contracte per vulneració dels articles 100, 101 i 102 de la LCSP.

A més al·lega que l'estudi de viabilitat, i per extensió el càlcul del PBL, no inclou la partida imprescindible relativa a les despeses de materials de protecció individual (EPIs) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID, ni tampoc les despeses de neteja i desinfecció extraordinària dels vehicles i d'instal·lació de mampares obligatòries per a l'operativitat del servei de transport públic, que calcula ascendeix a 376.679,54 euros. I conclou que resulta palesa l'absoluta manca d'adequació del PBL i de l'estudi de viabilitat del contracte als costos reals de la prestació del servei i al seu actual valor de mercat, de manera que la comissió d'aquest defecte ha de comportar l'estimació del present recurs especial, declarant-se la nul·litat de la clàusula 6 del PCAP i de la memòria econòmica del contracte per vulneració dels articles 100, 101 i 102 LCSP.

En aquest mateix sentit, l'**UGT** al·lega la indeguda determinació del PBL en els plecs i en l'estudi de viabilitat, i la manca d'adequació als preus del mercat i als costos laborals –no només ha de incloure els salaris–, així com la inexistència de la despesa relativa als materials

de protecció individual (EPIs) i de neteja per a la desinfecció dels vehicles que la FECAV quantifica en 376.679,54 euros per tal d'ajustar-se a la realitat de les actuals circumstàncies de la perllongada pandèmia, i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID.

També la **FGC-CCOO** retreu la nul·litat de les clàusules del PCAP i de la memòria de contingut econòmic del contracte, derivada de la indeguda determinació en els plecs i en l'estudi de viabilitat del PBL i la manca d'adequació als preus de mercat, per la inexistència de la despesa relativa als materials de protecció individual (EPIs) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID que ascendeix a 376.679,54 euros.

Al seu torn l'**AMB** informa que:

- Es tracta d'un contracte que no està previst que s'iniciï abans de l'1 de setembre de 2022, amb una durada màxima fins a 10 anys, en conseqüència el contracte es desenvoluparà en un període de normalitat, o si més no, seria el desitjable. Per això considera que no resulta proporcional ni justificat fer extensiu els valors de la pandèmia a tota la durada del contracte.
- La recuperació en els darrers mesos de la demanda té una tendència creixent al llarg de l'any, i arribant el nombre de viatgers de pagament el novembre del 2021 al 89,54%, respecte del nombre de viatgers de pagament del mateix mes del 2019, que portarà a una normalització progressiva.
- No s'aplica cap increment vegetatiu de la demanda del servei entre els anys 2019-2022 que en circumstàncies normals, sense l'impacte de la COVID s'hauria donat, tenint en compte un creixement vegetatiu del 2,5% anual. Per això sosté que té sentit prendre com a referència l'any 2019, darrer any que es tenen dates dins de la "normalitat", estimació que considera raonable.
- Destaca que es tracta d'un contracte de serveis i no de concessions.
- Els ingressos tarifaris del servei, els únics que depenen de la demanda del servei, es determinaran en base als viatgers de pagament reals del servei.
- En el cas hipotètic que els ingressos reals del servei siguin inferiors als considerats en el càlcul del PBL i del VEC, l'AMB haurà de compensar l'empresa adjudicatària amb una aportació major de la prevista, sense que això suposi per l'empresa adjudicatària un desequilibri econòmic en el contracte. Per tot això, defensa que la previsió de la

demanda és correcta i, per això, també ho és el PBL, sense que la part actora hagi demostrat el contrari.

- En relació amb el retret de la despesa relativa als materials de protecció individual (EPIS) i d'aplicació de mesures extraordinàries per a contenir la transmissió de la COVID, reitera que tenint en compte la durada del contracte, considera que es produirà una recuperació de la normalitat. Per això, entén que el pressupost és adequat i ajustat a l'article 100 de la LCSP i que les EPIS no és un concepte a integrar en un pressupost com el d'aquesta licitació. Tanmateix, explica que algunes mesures de protecció implantades amb ocasió de la pandèmia han passat a formar part dels estàndards de mercat com les mampares. Per tot això, conclou que la memòria contempla tots els costos que per l'AMB són necessaris i d'acord amb l'article 100 de la LCSP.
- Sobre l'estricta compliment de les condicions en matèria laboral, únicament pot ser verificat per l'administració en execució de contracte, i els conflictes laborals són objecte de la jurisdicció laboral pel que no poden ser al·legades en aquest moment processal.
- Retreu que les recurrents no concreten perquè aquests costos són incorrectes i no s'ajusten a l'article 100 de la LCSP.
- Els costos de personal s'han incorporat al règim econòmic del PCAP i a l'estimació econòmica del PBL. La memòria econòmica recull el detall per exercici de les partides que componen el cost d'operació, on apareix el detall de l'estimació del cost de personal de conducció i el cost de personal indirecte i antiguitat. Per la definició de costos recollida a la clàusula 32 del PCAP els costos de personal no formen part ni del cost d'inversió, ni del cost de disponibilitat de vehicles provisionals ni del cost de promoció i es regulen dins del cost d'operació, segons el que s'estableix a l'apartat 32.2.2 del PCAP.
- Confonen el tràmit d'anormalitat, doncs abans no s'ha de justificar el cost de personal. La comprovació per part de l'administració dels costos de personal és un aspecte que únicament pot ser valorat en la fase de licitació –fase prevista en l'article 149 de la LCSP- o bé en la fase d'execució.

Per tot l'anterior, aquesta Administració defensa la configuració dels costos de personal que fa en el PCAP com en la memòria econòmica, com també, el control en fase de licitació via l'article 149 de la LCSP tal com es recull en el PCAP i, ja en fase d'execució del contracte, d'acord amb els mecanismes que preveu el PCAP en consonància amb els articles 35.1.n) i 122.2 de la LCSP.

Respecte als retrets efectuats per FECAV, queden exposades les raons per les quals l'AMB explica no ha calculat la demanda segons l'escenari de pandèmia que vindica la federació recurrent, i que en tot cas, assegura està ajustada a la realitat del moment i que qualsevol desajust dels ingressos reals s'hauran de compensar, tal i com preveu el PCAP.

Quant a la insuficiència del còmput dels mitjans de protecció, al respecte val a dir que, tot i la incertesa en què es pot donar en l'execució del contracte, l'AMB afirma que els càlculs són ajustats perquè no s'està en la situació de pandèmia, pel que no existeixen les despeses que volen imputar les recurrents de protecció, assegurant que determinades mesures –pantalles- ja han quedat implantades al servei.

Dit això, val a dir que en aquest tipus de contractes de serveis –que no contracte de concessió de serveis- no resulta obligatori la prèvia existència d'un informe de viabilitat, amb la qual cosa, de nou decauen les al·legacions de les recurrents dirigides en aquest sentit.

Atès l'exposat, i sense perjudici de la necessitat que el càlcul del PBL sigui el més ajustat a la realitat i als preus del mercat, no queda refutat el càlcul efectuat per AMB dels retrets de les recurrents, pel que de nou, el Tribunal ha d'estar al plantejament efectuat per l'AMB dels costos de personal com a *cost operatiu*, i que han estat observats en el càlcul del PBL de conformitat amb la clàusula 6.2 del PCAP abans esmentada, i en l'annex 1 de la memòria econòmica publicada en el perfil de contractant juntament amb els plecs.

Per tant, cal desestimar aquestes al·legacions.

DESÈ. Segueix **TUSGSAL** al·legant la invalidesa de la clàusula 11.2 del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 126, 132 y 145.5 de la LCSP per la manca de raonabilitat i de proporcionalitat del PCAP en relació amb els requisits d'antiguitat de la flota base de vehicles provisionals que valora fins a 6 punts, disposar de vehicles provisionals addicionals a

incorporar en l'inici del servei, amb una antiguitat de set anys en el moment de presentar la seva proposta, perquè permet a pocs licitadors optar a la puntuació per aquest criteri.

També al·lega que manca de raonabilitat de la clàusula 12.2.2 del PCAP en relació amb el número de vehicles provisionals i antiguitat i incórrer en infracció dels articles 1, 132 i 145.4 de la LCSP i es remet a les conseqüències que aquesta configuració comporta d'acord amb les al·legacions anteriors. En concret, al·lega (i) la manca de motivació de les antiguitats previstes com a criteri d'adjudicació de tretze i set anys, respectivament, (ii) a més que aquestes exigències no existeixen en el mercat de segona mà, i a tals fins, aporta dues cartes i dos correus de quatre operadors en el mercat de vehicles urbans sobre les dificultats d'homologació individual i de poder disposar d'aquests vehicles no només en el mercat espanyol, sinó també en l'europeu.

Atès això, vindica que només empreses d'un determinat perfil, de grans dimensions poden complir amb aquest requisits, i conclou que això tanca el mercat, restringeix indegudament i injustificadament la competència i s'oposa als principis fonamentals aplicables a la contractació pública, pel què el PPT i PCAP s'ha d'anul·lar amb retroacció del procediment per tal que els nou plecs no continguin barreres d'entrada.

L'**AMB** tracta aquestes dues al·legacions conjuntament fent al·lusió a la discrecionalitat tècnica de què disposa per configurar els criteris que millor s'adapten a les necessitats, i defensa que l'adequació dels criteris impugnats a l'objecte del contracte es justifica en l'informe justificatiu. Dit això, sosté que la configuració d'aquests criteris no és cap barrera, i que els plecs estableixen la màxima facilitat a l'adjudicatari del contracte respecte dels vehicles a aportar fi de què es puguin presentar el major nombre de licitadors. Explica que l'antiguitat màxima de tretze anys establerta com a especificació tècnica s'ajusta al fet que aquests setze vehicles se substituiran per vehicles propietat de l'AMB dins del marc de la primera i segona aportació de flota programades en quinze i disset mesos des de l'inici del servei respectivament, tal com s'estableix en l'apartat 6.4 del PPT, als 17 mesos els vehicles tindran com a màxim 14,4 anys, de manera que no superaran l'antiguitat màxima establerta per a la renovació dels vehicles definitius a l'apartat 6.5 del PPT.

En relació a l'argumentació de l'empresa recurrent relativa a la inexistència en el mercat de segona mà de vehicles que compleixin amb els requeriments dels plecs, oposa que la documentació aportada fa referència a consultes informals, pel que sol·licita la no admissió a prova d'aquest extrem i retreu els arguments aportat per la recurrent.

Afegeix que l'apartat 12.2.1 del PCAP estableix que els vehicles de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei, han de respectar les prescripcions recollides a l'apartat 6.6 del PPT i que han d'estar matriculats en el moment de la presentació de l'oferta. Per això, afirma que els vehicles proposats no necessàriament han de ser vehicles de segona mà, sinó que el licitador pot optar per aportar vehicles nous, sempre que estiguin matriculats en la data de presentació de les ofertes i que d'acord amb l'apartat 3.3 de la memòria econòmica, el cost unitari de disponibilitat de la flota base de vehicles provisionals de referència s'ha definit en base al valor d'un vehicle estàndard dièsel nou.

Dit això es remet a la doctrina del Tribunal relativa que són els operadors econòmics els qui s'han d'ajustar als requeriments tècnics si es volen presentar a les licitacions, afirma que en cap cas (i) es limita o restringeix a un únic licitador l'accés en condicions d'igualtat en la present licitació, ni tampoc es creen obstacles injustificats; i (ii) no existeix en el mercat un únic model dels vehicles proposats ni només un licitador pot optar a incorporar els vehicles referenciats a la flota de vehicles provisionals, i conclou que s'han definit unes característiques mínimes poc exigents, garantint la concurrència a la licitació, mentre que s'han articulats mitjançant criteris de valoració altres característiques addicionals que es justifiquen pel seu impacte positiu en la qualitat de la prestació del servei.

Al respecte, per tal d'analitzar si són proporcionals i raonables com vindica TUSGSAL, cal analitzar la redacció dels criteris d'adjudicació controvertits així com la seva motivació,.

La clàusula 11.2.2 del PCAP estableix:

2.2. Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (fins a 6 punts)

La puntuació de la proposició j en aquest criteri s'obtindrà per aplicació de la fórmula següent:

$$Puntuació\ Proposició\ j = 6 * \left(\frac{NVPA_j}{13} \right)$$

On **NVPA_j** representa el nombre de vehicles provisionals proposats per l'empresa licitadora j addicionalment a la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei, segons es descriu a l'apartat 6.6 del plec tècnic. El **NVPA_j** s'obtindrà segons s'especifica a l'apartat 12.2.2 del present plec.

I la clàusula 12.2.2 del PCAP:

12.2.2. Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei

Les empreses licitadores podran incorporar a l'inici del servei vehicles provisionals addicionals a la flota base de vehicles provisionals, segons es descriu a l'apartat 6.6 del plec tècnic. Aquests vehicles tindran caràcter de vehicles provisionals incorporats per l'empresa adjudicatària i hauran de complir tots els requeriments recollits a l'apartat 6.6 del plec tècnic.

En concret, els vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei per les empreses licitadores hauran de ser vehicles de pis baix integral i tenir una antiguitat màxima de **set (7)** anys a data **01/09/2022** .

Fins a un màxim de **tretze (13)** unitats dels vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei per l'empresa licitadora substituiran, des de l'inici del servei, els vehicles de la flota objecte de subrogació que, per la seva antiguitat, només poden desenvolupar la funció de vehicles provisionals en els termes previstos a la clàusula 6 del plec tècnic. L'AMB decidirà quins, d'entre aquests vehicles objecte de subrogació, seran els substituïts.

Els licitadors hauran d'exposar, amb un número enter únic, el nombre de vehicles provisionals addicionals a la flota base de vehicles provisionals que proposen aportar a l'inici del servei, mitjançant la taula recollida a l'apartat 14.5 del present plec. Aquest número serà el valor **NVPA_j** que serà utilitzat en la valoració del criteri 2.2 segons la fórmula descrita a la definició d'aquest criteri establerta a l'apartat 11.2 del present plec.

Els licitadors hauran de facilitar còpia del permís de circulació (on consti clarament la data de primera matriculació) i de la fitxa tècnica dels vehicles provisionals addicionals a incorporar per l'empresa licitadora a l'inici del servei. També hauran d'aportar document acreditatiu de garantia de la disponibilitat a data 01/09/2022 de cadascun dels vehicles provisionals addicionals proposats a l'inici del servei.

Tots els vehicles proposats com a vehicles provisionals addicionals a la flota base de vehicles provisionals hauran d'estar matriculats en el moment de la presentació de l'oferta. En cas que l'empresa licitadora proposi un nombre superior a **tretze (13)** vehicles provisionals addicionals, es considerarà que **NVPA_j** és igual a **tretze (13)**.

En cas que en base a la informació continguda a la documentació acreditativa exigida al present apartat es determini que algun o tots els vehicles proposats per l'empresa licitadora j com a vehicles provisionals addicionals a la flota base de vehicles provisionals no compleixen les prescripcions recollides a l'apartat 6.6 del plec tècnic, la proposició de la licitadora j obtindrà una puntuació de **zero (0)** punts en aquest criteri.

Finalment, en cas de mancar la documentació acreditativa exigida al present apartat per algun o tots els vehicles proposats per l'empresa licitadora j com a vehicles provisionals addicionals a la flota base de vehicles provisionals, en no poder comprovar la realitat de la informació, s'obtindrà la puntuació de **zero (0)** punts en aquest criteri.

Mentre que la justificació donada a aquests criteris que consta a l'informe justificatiu és:

Antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei (ANT)

L'objecte del Contracte comprèn la programació i prestació de serveis de transport urbà regular i permanent d'ús general de viatgers en autobús d'acord amb les línies de transport urbà en autobús que es descriuen en el PPT. Així mateix el servei objecte del Contracte inclou la provisió de flota en les condicions establertes en els Plecs de la licitació i totes les activitats complementàries i auxiliars que es considerin necessàries en el PPT.

Tal i com s'estableix a l'apartat 6.6 del PPT, l'empresa adjudicatària té l'obligació d'incorporar, a la data d'inici del servei, 16 vehicles provisionals que componen la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei. Aquests vehicles permeten completar la flota objecte de subrogació i arribar a la flota mínima del primer període, i han de tenir una antiguitat màxima de tretze anys en el moment d'incorporació al servei, segons es descriu a les característiques mínimes dels vehicles provisionals definides al PPT.

L'aportació de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei per part de l'empresa adjudicatària és imprescindible per garantir la prestació del servei tal i com està definit al plec tècnic, ja que la flota objecte de subrogació és inferior a la flota mínima necessària per a la prestació del servei. Assumir aquest increment de flota, a l'inici de servei, amb vehicles nous no és possible, ja que els mecanismes d'aportació al servei de vehicles nous requereix d'un termini més llarg.

Amb l'objectiu de facilitar a les empreses licitadores la disponibilitat en el mercat de vehicles provisionals de segona mà, les característiques exigides a l'apartat 6.6 del plec tècnic per als vehicles provisionals són poc restrictives.

La gestió diferencial de l'empresa adjudicatària respecte de l'antiguitat dels vehicles provisionals a incorporar a l'inici de servei, el fet que puguin ser vehicles més nous, té un impacte directe sobre les prestacions de la flota adscrita al servei i, en conseqüència, sobre les prestacions del servei realitzat. Essent, a més, un criteri associat a un requeriment essencial per a la prestació del servei i factible per a les empreses licitadores, es considera que és un criteri que no perd virtualitat i és ajustat a l'objecte del Contracte.

Pels motius expressats la configuració d'un criteri d'adjudicació que valori l'antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei resulta vinculada a l'objecte del Contracte i rellevant per avaluar la qualitat del servei ofert pels licitadors.

Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (NVPA)

L'objecte del Contracte comprèn la programació i prestació de serveis de transport urbà regular i permanent d'ús general de viatgers en autobús d'acord amb les línies de transport urbà en autobús que es descriuen en el PPT. Així mateix el servei objecte del Contracte inclou la provisió de flota en les condicions establertes en els Plecs de la licitació i totes les activitats complementàries i auxiliars que es considerin necessàries en el PPT.

Tal i com s'estableix a l'apartat 6.6 del PPT, l'empresa adjudicatària té l'obligació d'incorporar, a la data d'inici del servei, 16 vehicles provisionals que componen la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei. Addicionalment, l'empresa adjudicatària podrà oferir fins a un màxim de 13 vehicles provisionals addicionals als que componen la flota base de vehicles provisionals per substituir, des de l'inici del servei, els vehicles de la flota objecte de subrogació que, per la seva antiguitat, només poden desenvolupar la funció de vehicles provisionals en els termes previstos a l'apartat 6.3. Aquests vehicles provisionals addicionals han de tenir una antiguitat màxima de set anys en el moment d'incorporació al servei, segons es descriu a les característiques mínimes dels vehicles provisionals definides al PPT.

El fet que l'empresa adjudicatària pugui incorporar a l'inici del servei vehicles provisionals addicionals amb una antiguitat màxima de 7 anys i substituir vehicles actualment adscrits al servei d'antiguitats sensiblement majors, té un impacte directe sobre les prestacions de la flota adscrita al servei i, en conseqüència, sobre les prestacions del servei realitzat.

Pels motius expressats la configuració d'un criteri d'adjudicació que valori el nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei resulta vinculada a l'objecte del Contracte i rellevant per avaluar la qualitat del servei ofert pels licitadors.

Al respecte, val a dir que de la motivació i l'argumentació efectuada per AMB queda palès que els aspectes a valorar tenen un impacte directe sobre les prestacions per augmentar la qualitat del servei, i per això, i dins de la discrecionalitat tècnica que tenen conferida els òrgans de contractació, s'han configurat com a criteri d'adjudicació, això és, no com una exigència obligatòria d'accés a l'execució, sinó com un criteri que si s'ofereix, serà puntuat. És per aquest motiu, juntament amb el plantejament del criteri, que aquest Tribunal no arriba a apreciar que amb aquesta configuració s'estigui restringint indegudament la competència. Això, juntament amb el fet que l'AMB afirmi el mercat disposa de les unitats requerides, pel que fa a la prova proposada per la part actora, no resultaria necessària pels arguments efectuats.

Arribats a aquest punt, i tot que sempre seria recomanable que en la documentació prèvia dels plecs constessin els estudis de mercat que evidencien l'existència del producte demanat per la seva idoneïtat, cal recordar que no procedeix apreciar que es limita la concurrència quan, havent determinat justificadament la necessitat d'un determinat producte o requeriment tècnic, aquest es troba disponible al mercat i obert, a més, a altres que vulguin produir-lo. En efecte, l'administració no té l'obligació d'adoptar en la configuració de les prescripcions tècniques la forma de producció que cada licitador hagi escollit, sinó que són aquests els que, si volen participar en la licitació, s'han d'ajustar als requeriments establerts justificadament als plecs (en aquest sentit, entre d'altres, la Sentència dictada pel TJUE de 17 de setembre de 2002 en l'assumpte C-513/99, *Concordial Bus Finland Oy Ab y Heisningsin Kaupunki*). Fins i tot en l'hipotètic cas que el mercat estigués reduït a un únic fabricant; extrem aquest que, d'altra banda, tampoc implicaria necessàriament la conculcació dels principis informadors de la contractació pública, ja que requeriria apreciar la voluntat de l'administració d'afavorir a un determinat licitador, fent impossible la presentació d'ofertes per altres (en aquest sentit, les resolucions 34/2020, 127/2018 del Tribunal i 1231/2019 i 143/2018 del TACRC), no resultant

contrari a la lliure concurrència l'establiment de prescripcions tècniques que s'ajustin a les necessitats justificades de l'entitat contractant (Resolució 240/2018 del Tribunal i la doctrina allà citada).

Atès tot l'exposat, cal desestimar aquesta al·legació.

ONZÈ. Continua **TUSGSAL** al·legant la invalidesa del PCAP per incórrer en infracció dels articles 1, 116, 131, 132 i 145 de la LCSP pel que fa a la ponderació desproporcionada i injustificada del cost unitari com a criteri d'adjudicació (*Cu*) atès que en aquesta nova versió els plecs atribueixen 77 punts al *Cu*, mentre que la resta de criteris d'adjudicació queden limitats a 23 punts, per tant, converteix la licitació en una simple subhasta. Retreu que el *Cu* esdevé el criteri rellevant en la licitació i que aquest plantejament vulnera els articles 131 i 145 de la LCSP, pel que els plecs han d'anul·lar.

En concret, al·lega la manca de justificació dels criteris d'adjudicació i la seva ponderació, i el fet que per a la prestació del servei públic de transport de viatgers, la seva operativa i qualitat resulten indispensables:

78. Al margen de beneficiar a las empresas de mayor tamaño frente a las restantes que, por razón de sus inversiones y activos disponibles, se encuentren en condiciones de reducir costes y así ofrecer mejor precio, tal reparto desproporcionado de puntuación entre los distintos criterios de valoración contemplados por los Pliegos no garantiza, en absoluto, la selección de la mejor oferta desde la perspectiva de la satisfacción de las necesidades de la Administración contratante. Y ello, precisamente, por la propia naturaleza del servicio objeto del Contrato, como ya apuntamos.

Ultra això, retreu la fórmula de puntuació d'aquest criteri, doncs si bé els plecs anteriors "desincentivaven" les baixes excessives, la fórmula lineal afavoreix les baixes elevades, i la resta de criteris passen a ser intrascendents, mentre que la memòria tècnica passa a ser irrellevant, i la qualitat i la coherència de l'oferta tècnica no es tenen en consideració.

Sobre aquesta al·legació, l'**AMB** parteix de nou de la discrecionalitat tècnica que té atribuïda per la configuració dels plecs i es remet a les possibilitats que permet l'article 145.3 g) de la

LCSP per recórrer únicament al preu com a criteri d'adjudicació, que afirma és precisament la justificació que consta en l'informe justificatiu.

Defensa que tant la memòria econòmica, com el PCAP recullen els costos que integren els diferents conceptes que formen el cost unitari (criteri 11.2.4 del PCAP), retreu que l'empresa recurrent obvia que el cost unitari ve integrat per diferents conceptes tal com s'explica en l'informe: cost d'operació, cost d'inversió, cost de disponibilitat i cost de promoció i publicitat del servei, defensant que està correctament quantificat i explicat. Dit això, explica que la LCSP regula el tractament de les ofertes anormalment baixes en el tràmit de l'article 149 de la LCSP, i defensa la fórmula econòmica compleix amb els criteris establerts pel Tribunal.

Atès això, oposa que l'empresa recurrent no concreta per què no és correcte aquest criteri, limitant-se a utilitzar manifestacions genèriques i buides de contingut.

Per tal d'enjudiciar aquesta al·legació, cal partir del plantejament dels criteris d'adjudicació:

Criteri	Puntuació màxima
11.1. Criteris dependents d'un judici de valor	
1.1. Gestió de les alteracions sobre la programació del servei	3
1.2. Gestió de les parades terminals del servei	2
Subtotal criteris dependents d'un judici de valor	5
11.2. Criteris quantificables de forma automàtica	
2.1. Antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei (ANT)	4
2.2. Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (NVPA)	6
2.3. Producció anual de quilòmetres útils elèctrics ($K_{U_{ELEC}}_{Any i}$)	8
2.4. Cost unitari (Cu)	77
Subtotal criteris quantificables de forma automàtica	95
Total	100

L'informe justificatiu justifica el criteri controvertit sobre la base que:

Cost unitari (Cu)

L'article 145 de la LCSP determina que l'adjudicació dels contractes s'ha de realitzar utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació en base a la millor relació qualitat-preu. Per tant, és necessari incorporar criteris econòmics entre els criteris d'adjudicació de la licitació.

Tal i com s'estableix a la clàusula 32.2.1 del PCAP, el cost del servei és la suma de quatre factors: el cost d'operació, el cost d'inversió per part de l'empresa adjudicatària, el cost de disponibilitat de la flota base de vehicles provisionals i el cost de promoció i publicitat del servei.

D'aquests quatre factors, depenen dels valors compromesos per les empreses licitadores en les seves ofertes el cost d'operació (tant convencional com elèctric, segons s'estableix a l'apartat 32.2.2 del PCAP), el cost d'inversió per part de l'empresa adjudicatària (en concret, el cost d'inversió inicial en equipaments, segons s'estableix a l'apartat 32.2.3 del PCAP) i el cost de disponibilitat de la flota base de vehicles provisionals (segons s'estableix a l'apartat 32.2.4 del PCAP).

Per aquest motiu, a l'hora de dissenyar un criteri de valoració que reflecteixi l'impacte econòmic de l'oferta de les empreses licitadores, es defineix el criteri *Cost unitari (Cu)* que, segons la formulació recollida a l'apartat 11.1 del PCAP, recull l'impacte econòmic dels factors que determinen el cost del servei que depenen de les variables d'oferta de les empreses licitadores (cost d'operació convencional i elèctric, cost d'inversió inicial en equipaments i cost de disponibilitat de vehicles

provisionals) al llarg de tota la durada del Contracte (ja que el pes amb què s'incorporen a la formulació depèn de la quantificació de les magnituds previstes al llarg del Contracte al PPT per a cada tipus de cost considerat).

La gestió diferencial del servei per part de l'empresa adjudicatària implicarà un impacte econòmic diferent sobre l'òrgan de contractació. Si l'empresa optimitza l'operativa, redueix el cost d'inversió dels sistemes embarcats inicials i el cost de disponibilitat dels vehicles provisionals, es minimitza l'aportació econòmica necessària per part de l'AMB.

Pels motius expressats la configuració d'un criteri d'adjudicació que valori l'impacte econòmic de la gestió de les empreses licitadores al llarg de la durada del Contracte resulta vinculada a l'objecte del Contracte i rellevant per avaluar el preu del servei ofert pels licitadors.

(.../...)

Per altra banda, en el cas dels criteris *Antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei (ANT)*, *Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (NVPA)* i *Cost unitari (Cu)*, la seva valoració es desprèn directament de l'aplicació de les fórmules matemàtiques recollides a l'apartat 11.1 del PCAP.

La formulació emprada es correspon amb una recta amb les següents característiques:

- Obtenen puntuació zero les ofertes que igualen els requeriments mínims establerts a la licitació. En el cas del criteri *Antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei (ANT)* tots els vehicles provisionals que ofereixen tenen l'antiguitat màxima establerta a l'apartat 6.6 del PPT, en

el cas del criteri *Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (NVPA)* no ofereixen cap vehicle provisional addicional, i en el cas del criteri *Cost unitari (Cu)* no presenten cap baixa respecte del preu de licitació.

- Obtenen la puntuació màxima les ofertes que ofereixen el major grau possible de compromís (en el cas del criteri *Antiguitat de la flota base de vehicles provisionals a incorporar a l'inici del servei (ANT)* tots els vehicles provisionals que ofereixen són nous, i en el cas del criteri *Nombre de vehicles provisionals addicionals a incorporar a l'inici del servei (NVPA)* ofereixen 13 vehicles provisionals addicionals) o obtenen la puntuació màxima les ofertes que ofereixen la major baixa econòmica (en el cas del criteri *Cost unitari (Cu)*).
- La resta de les ofertes obtenen una puntuació estrictament proporcional situada entre les dos extrems anteriors. De manera que entre dues ofertes qualsevol, la millor o més econòmica sempre tingui més punts.

De l'exposat, val a dir, per una banda, que correspon a l'AMB la configuració dels criteris d'adjudicació i, al respecte, ha considerat per les raons exposades que la millor valoració és la prevista en els plecs, atribuint certament un pes determinant el *Cost unitari* envers a la resta, i perquè afirma les prestacions tècniques estan perfectament regulades al PPT –extrem no controvertit per TUSGSAL–.

Al respecte, i si bé la LCSP aposta pel concepte millor qualitat-preu de l'oferta, i tot i tenint en compte que els criteris d'adjudicació d'aquesta licitació com els vehicles i l'antiguitat, la gestió de les alteracions sobre la programació del servei, la gestió de les parades terminals del servei... també es valora qualitat, el cert és que l'article 145.3 g) de la LCSP dona la possibilitat en casos de prescripcions tècniques quedin molt determinades, el preu pugui ser el criteri

determinant (en aquest sentit, sobre aquesta qüestió, ja es va pronunciar el Tribunal en la Resolució núm. 125/2020).

D'una altra banda, l'exposat juntament amb la regulació del cost unitari, i la forma de valoració del Cost unitari prevista a la clàusula 12.2.4 consistent en l'atribució de la màxima puntuació a l'oferta més econòmica, atribuint a la resta la puntuació d'acord amb la fórmula prevista, i sense altres retrets que desvirtuïn la configuració donada per l'AMB, cal estar a la regulació prevista al PCAP, i desestimar aquesta al·legació.

DOTZÈ. En darrer terme, **TUSGSAL** al·lega la manca de concreció dels judicis de valor que representen 5 punts, dividits en tres subapartats, sense que consti cap descomposició -sinó només als criteris automàtics-, ni el que serà objecte en la valoració en cadascun dels criteris ni el que prevaldrà en la valoració de cada criteri. Per això, sosté que s'ha d'anul·lar la clàusula controvertida perquè vulnera l'article 145.5 c) de la LCSP, i per la manca de motivació en la pàgina 10 de l'informe de necessitats.

L'**AMB** informa que tant els criteris subjectius com els objectius de la licitació de serveis es troben clarament definits i adequats al seu objecte en la clàusula 11 del PCAP (criteris d'adjudicació) com a la clàusula 12 del PCAP, on s'enumera detalladament què cal aportar respecte cada criteri que es valora en la clàusula 11 del PCAP, tant respecte dels subjectius com dels automàtics.

Explica que els criteris de la licitació no estan regulats a l'annex III del PCAP com afirma erròniament TUSGSAL, i destaca que la recurrent també confon el supòsit previst en la clàusula 6.5 del PCAP amb els criteris subjectius recollits en la clàusula 11.1.1; i barreja de forma intencionada els conceptes de variacions de servei base de la clàusula 6.5 del PCAP amb les situacions que generen alteracions de la programació del servei a les que fa referència el criteri 11.1.1 del PCAP.

D'una banda, la clàusula 6.5 del PCAP està en consonància amb allò previst a l'article 309 de la LCSP que permet en els contractes com aquest -quan el preu del contracte vingui determinat per unitats d'execució (quilòmetres útils, nombre total de vehicles de la flota base de vehicles provisionals) -les variacions que durant la correcta execució del contracte es produeixin exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes, aquestes no tindran la consideració de modificació-, possibilitat està prevista en la clàusula

6.5 del PCAP i, serà possible sempre i quan, no suposi un increment de la despesa superior al 5% del preu del contracte d'acord amb l'esmentat article 309 de la LCSP.

Exposa que el que valora el criteri 11.1.1 tal com es recull a la clàusula 7 de l'informe de necessitat i a l'apartat 11.1 del PCAP, és la gestió de les alteracions sobre la programació del servei derivades de tres situacions concretes, no cap proposta d'oferta de servei o km útils. El què valora són els procediments de gestió de les alteracions proposats, i en concret sobre les següents característiques d'aquests procediments es valora i obté la màxima puntuació, tal com s'explica en el PCAP, les ofertes: *“que redueixen o eliminen l'impacte negatiu associat a cadascuna de les tres situacions analitzades pel que fa a l'impacte sobre els horaris i els recorreguts programats, així com sobre el confort i la seguretat del trajecte. (que) Aquests procediments són viables en la seva aplicació. (i que) Els procediments de gestió de les alteracions presentats analitzen de manera exhaustiva i detallada les tres situacions, així com les alteracions sobre la programació del servei associades a les mateixes”*.

l porta a col·lació, una vegada més, la discrecionalitat tècnica de l'òrgan de contractació, retreu a TUSGSAL l'abús del dret per recórrer per segona vegada la licitació fins que s'ajusti a la seva voluntat i defensa l'estudi acurat i que en l'informe de necessitats consta la justificació: el que serà mereixedor de la màxima puntuació, l'objecte de valoració, i el que prevaldrà de cada criteri, per tal de donar compliment a la Sentència del Tribunal.

Per a la resolució d'aquesta al·legació, cal estar a la redacció controvertida dels criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor.

La clàusula 11 del PCAP estableix:

11.1. Criteris dependents d'un judici de valor

La valoració dependent de judicis de valor estarà relacionada amb el valor tècnic de la proposició i la qualitat de servei que ofereixi, i es farà d'acord amb els criteris que s'expressen a continuació.

L'estructura de les proposicions presentades s'haurà d'ajustar a aquests criteris, de manera que les proposicions incloguin un apartat per a cadascun d'aquests criteris.

La puntuació màxima de cada proposició pel que fa al conjunt d'aquests criteris serà de **cinc (5) punts**.

Per valorar els criteris dependents d'un judici de valor s'estableix una sistemàtica en funció de la qualitat de la proposta.

1.1. Gestió de les alteracions sobre la programació del servei (fins a 3 punts)

Les empreses licitadores han de presentar una proposta de gestió de les alteracions sobre la programació del servei on:

- S'identifiquin les possibles alteracions sobre la programació del servei degudes a les situacions següents: interrupcions dels itineraris habituals de les línies del servei; esdeveniments excepcionals o afectacions al sistema de transport que impliquin puntualment una elevada demanda del servei; i incidències del servei que obliguin a immobilitzar temporalment el vehicle.
- Per a cadascuna de les situacions enumerades al punt anterior, es descriguin els procediments proposats per tal de minimitzar o eliminar l'impacte negatiu en la qualitat del viatge de les persones usuàries (impacte sobre els horaris, els recorreguts, el confort o la seguretat del trajecte).

S'atorgarà la màxima puntuació a les ofertes que reuneixin les condicions següents:

- Presenten procediments de gestió de les alteracions sobre la programació del servei que redueixen o eliminen l'impacte negatiu associat a cadascuna de les tres situacions analitzades pel que fa a l'impacte sobre els horaris i els recorreguts programats, així com sobre el confort i la seguretat del trajecte. Aquests procediments són viables en la seva aplicació.
- Els procediments de gestió de les alteracions presentats analitzen de manera exhaustiva i detallada les tres situacions, així com les alteracions sobre la programació del servei associades a les mateixes.

Obtindran una puntuació de **zero (0)** punts aquelles ofertes que no presenten l'apartat o té mancances molt significatives que fan que no sigui adequat pel servei.

Les altres ofertes seran puntuades entre ambdues magnituds precedents, amb rigorós respecte del principi de proporcionalitat, prèvia motivació suficient.

1.2. Gestió de les parades terminals del servei (fins a 2 punts)

Les empreses licitadores han de presentar una proposta de gestió de les parades terminals del servei on:

- S'identifiquin les possibles afectacions sobre l'entorn de totes les parades terminals del servei base, tenint en compte els diferents períodes del servei.
- Es descriguin els procediments proposats, en cada cas, per tal de minimitzar o eliminar l'impacte negatiu sobre l'entorn de les parades terminals derivat de la gestió dels vehicles i de la gestió dels equipaments de les terminals.

S'atorgarà la màxima puntuació a les ofertes que reuneixin les condicions següents:

- Presenten procediments de gestió de les parades terminals del servei base que redueixen o eliminen l'impacte negatiu associat als vehicles (ocupació de l'espai – evitar l'acumulació de vehicles en espais no habilitats- i soroll i contaminació ambiental –aturar el motor per a parades de més de 2 minuts-) i als equipaments (ocupació de l'espai, ús de les instal·lacions per part del personal de conducció, olors i soroll). Aquests procediments són viables en la seva aplicació.
- Els procediments de gestió de les parades terminals presentats analitzen de manera exhaustiva i detallada les diferents tipologies de possibles afectacions.

Obtindran una puntuació de **zero (0)** punts aquelles ofertes que no presenten l'apartat o té mancances molt significatives que fan que no sigui adequat pel servei.

Les altres ofertes seran puntuades entre ambdues magnituds precedents, amb rigorós respecte del principi de proporcionalitat, prèvia motivació suficient.

Mentre que la justificació que consta a l'informe justificatiu sobre aquests criteris és la següent:

Justificació de l'elecció dels criteris d'adjudicació proposats

La licitació plantejada preveu criteris d'adjudicació que es refereixen a aspectes lligats al procediment de prestació del servei, a l'antiguitat dels vehicles provisionals aportats,

al nombre de vehicles provisionals aportats en excés respecte del mínim exigít, a l'optimització de l'ambientalització de la flota del servei i al cost del servei.

En particular, la justificació de cadascun dels criteris d'adjudicació proposats és la següent:

Gestió de les alteracions sobre la programació del servei

L'objecte del Contracte comprèn la programació i prestació de serveis de transport urbà regular i permanent d'ús general de viatgers en autobús d'acord amb els itineraris, calendaris i horaris especificats al PPT.

Aquesta programació del servei es pot veure alterada per situacions extraordinàries com ara les interrupcions dels itineraris habituals de les línies del servei, esdeveniments excepcionals o afectacions al sistema de transport que impliquin puntualment una elevada demanda del servei, o incidències del servei que obliguin a immobilitzar temporalment els vehicles. Aquestes afectacions del servei poden suposar alteracions en els horaris, els recorreguts, el confort o la seguretat del trajecte, impactant negativament en la qualitat del viatge de les persones usuàries.

La gestió diferencial per part de l'empresa adjudicatària de les alteracions sobre la programació del servei comportarà un impacte diferent en les persones usuàries i en la qualitat del servei.

Pels motius expressats la configuració d'un criteri d'adjudicació que valori la gestió de les alteracions sobre la programació del servei resulta vinculada a l'objecte del Contracte i rellevant per avaluar la qualitat del servei ofert pels licitadors.

Gestió de les parades terminals del servei

L'objecte del Contracte comprèn la programació i prestació de serveis de transport urbà regular i permanent d'ús general de viatgers en autobús d'acord amb les línies de transport urbà en autobús que es descriuen en el PPT.

Un aspecte crític de la prestació del servei és l'afectació a l'entorn de les parades terminals del servei, les parades en què els vehicles regulen entre expedicions. En aquestes parades, situades també en entorns urbans, els vehicles fan estàncies més llargues que a les parades de pas, de manera que l'afectació sobre l'entorn de les parades terminals és major. Aquesta afectació es concreta en l'impacte derivat de la gestió dels vehicles (ocupació de l'espai, el soroll i la contaminació ambiental) i de la gestió dels equipaments de les terminals (sanitaris i mobiliari de parada).

La gestió diferencial de les parades terminals del servei per part de l'empresa adjudicatària comportarà un impacte diferent en l'entorn de les terminals i en les persones que hi conviuen.

Pels motius expressats la configuració d'un criteri d'adjudicació que valori la gestió de les parades terminals del servei resulta vinculada a l'objecte del Contracte i rellevant per avaluar la qualitat del servei ofert pels licitadors.

(.../...)

A la vista de l'exposat, val a dir que queden explicats i motivats en l'informe justificatiu els dos criteris controvertits, així com la seva vinculació a l'objecte del contracte ex article 145 de la LCSP i pel que fa a l'operativa dels criteris, en el PCAP s'explica el que cal presentar, el que es valorarà, com es valorarà i com s'atribuirà la puntuació: la màxima puntuació a l'oferta que reunixin totes les condicions especificades; no es valorarà si són ofertes amb mancances significatives o si no s'ofereixen, i la resta d'ofertes es puntuaran de manera proporcional, d'acord amb els punts indicats per la doctrina (Resolució núm. 91/2021, per totes).

La part actora reclama una major concreció d'aquests criteris, fins i tot afirma que es tracta d'unes millores, sobre aquest punt, aquest Tribunal considera correcta la configuració feta per AMB i tret prova en contrari, conté la informació suficient per tal que pugui ser objecte de valoració sempre que la motivació de la valoració que s'efectuï el seu dia, s'ajusti a aquests extrems, la puntuació que s'atribueixi sigui proporcional, s'exterioritzi i expliqui la valoració efectuada i compari de manera ajustada les puntuacions previstes. En tot cas, l'anterior sense perjudici que d'existir algun dubte puntuals, les potencials empreses licitadores puguin plantejar-les per tal de proporcionar tota la informació i seguretat jurídica desitjable, restant el nucli a valorar expressat a la clàusula 11 del PCAP.

Per tot això, cal estar a la configuració donada per l'AMB i desestimar aquesta al·legació i amb això tot el recurs.

TRETZÈ. En darrer terme, la **FECAP** també al·lega que la fórmula emprada per part de l'òrgan de contractació per tal d'apreciar valors anormals o desproporcionats prevists a l'apartat 2.4 de la clàusula 11.2 del PCAP és contrària a les exigències de la nova redacció de l'article 149 de la LCSP, el qual estableix la necessitat d'apreciar aquesta anormalitat amb paràmetres objectius referits a l'oferta considerada en el seu conjunt, mentre que la prevista al PCAP, només té en compte l'oferta econòmica de les empreses (cost unitari, cost d'operació convencional, i cost d'operació elèctrica) deixant de considerar els criteris d'adjudicació

subjectes a judici de valor, ni els criteris quantificables de manera automàtica. A tals efectes, reproduceix l'article 149.2 de la LCSP i doctrina d'aquest Tribunal.

En idèntica línia d'argumentació, efectuen llurs al·legacions UGT i FSC-CCOO, respectivament, amb més o menys justificació respecte al seu títol legitimador.

No consta en l'informe ex article 56 de la LCSP una defensa específica d'aquesta al·legació, sense perjudici de l'explicació extensa al llarg de l'informe de l'abast del Cost unitari.

Vista aquesta al·legació, l'enjudiciament passa per analitzar la regulació del càlcul de l'oferta anormal, una vegada exposada la configuració dels criteris d'adjudicació al fonament jurídic 11è –això és, criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor i automàtics- dirigits, segons la pròpia AMB a aconseguir qualitat en la prestació del servei pel seu impacte positiu (punt 2.3 de l'informe de l'AMB).

El paràgraf 2.4 de la clàusula 11.2 del PCAP estableix:

Es consideraran anormals o desproporcionades en relació amb els valors de la variable cost unitari Cu_j , cost d'operació convencional Co_{CONVj} i cost d'operació elèctrica Co_{ELECj} les proposicions que es trobin en els següents supòsits:

- Quan concorri un únic licitador, si l'oferta ofereix un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 25 unitats percentuals respecte del valor de referència corresponent. En el cas del Cu_j , és d'aplicació el valor de referència del cost unitari $Coref$, per a Co_{CONVj} aplica el valor de referència del cost d'operació convencional $Coref_{CONV}$ i per a Co_{ELECj} aplica el valor de referència del cost d'operació elèctrica $Coref_{ELEC}$.

- Quan concorrin dos licitadors, l'oferta que ofereixi un valor de la variable econòmica considerada inferior a l'altra en més de 20 unitats percentuals.
- Quan concorrin tres licitadors, les que ofereixin un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades. No obstant això, s'exclourà per al càlcul de l'esmentada mitjana l'oferta de quantia més elevada quan sigui superior en més de 15 unitats percentuals a aquesta mitjana. En qualsevol cas, es considerarà desproporcionada la baixa superior a 20 unitats percentuals respecte de la mitjana aritmètica de la variable econòmica considerada de les tres ofertes presentades.
- Quan concorrin quatre o més licitadors, les que ofereixin un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades. No obstant això, si entre elles existeixen ofertes que siguin superiors a l'esmentada mitjana en més de 15 unitats percentuals, es procedirà al càlcul d'una nova mitjana només amb les ofertes que no es trobin en el cas indicat. En qualsevol cas, si el nombre de les restants ofertes és inferior a tres, la nova mitjana es calcularà sobre les tres ofertes de menor quantia.

El valor de referència de cost d'operació unitari **Coref** és igual a **4,9179 €/km útil**, el valor de referència de cost d'operació convencional **Coref_{CONV}** és igual a **142.203.315,08 €** i el valor de referència de cost d'operació elèctrica **Coref_{ELEC}** és igual a **26.735.132,57 €**.

Les recurrents vindiquen la vulneració de l'article 149.3 de la LCSP que preveu:

“Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por

referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.” (el subratllat és nostre).

Al respecte, cal destacar el canvi de paradigma que va comportar les directives de quarta generació pel que fa a la determinació de l'oferta presumptament anormal. En concret, l'article 67 de la Directiva 2014/2004/UE i els considerants 89 a 92 i la LCSP es decanten pel criteri de la millor qualitat-preu com a element que determina quina és l'oferta econòmica més avantatjosa amb una clara aposta per la qualitat en la contractació pública –en el mateix sentit l'article 145 de la LCSP-.

Dit això, i a l'hora de la configuració dels plecs i d'acord amb la discrecionalitat tècnica de què disposen els òrgans de contractació per definir i fixar els paràmetres objectius útils per a determinar la situació d'anormalitat d'una empresa, aquests han de fer referència a un o més criteris econòmics i qualitatius que s'utilitzin com a criteris d'adjudicació, tot seleccionant els que siguin més apropiats a aquests efectes.

Així es va pronunciar la Junta Consultiva de Contratación Pública de l'Administració de l'Estat en l'informe 119/2018, en afirmar que:

“(...) el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos.” (el subratlla és nostre).

D'acord amb això, es deixa a la discrecionalitat dels òrgans de contractació la decisió de la fixació de l'anormalitat respecte als criteris que considerin prioritaris (en aquest sentit, resulta il·lustrativa la Resolució núm. 97/221 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía), i per tot el que s'infereix de la configuració dels plecs i de l'informe de l'AMB, resulta palesa la importància que té el criteri relatiu al *Cost unitari* que engloba el cost d'operació, el cost d'inversió per part de l'empresa adjudicatària, el cost de disponibilitat de la flota base de vehicles provisionals i el cost de promoció i publicitat del servei.

Aquesta és la interpretació que s'ha de donar a l'article 149.3 b) de la LCSP, sense que la Resolució núm. 55/2019 al·legada per les recurrents, relativa a un supòsit diferent, es pronunciés en el sentit pretès en els recursos.

Així les coses, atès l'anterior, aquest Tribunal no aprecia que la fórmula emprada sigui contrària a l'article 149 de la LCSP en el sentit al·legat per les recurrents. Per tant, cal desestimar també aquesta al·legació.

CATORZÈ. Com a darrer extrem a tractar, és la imposició de multa a TUSGSAL per concurrència, segons l'AMB de temeritat i mala fe, sobre la base que:

- 1- Respecte al cost de les cotxeres i la seva configuració. El cost de les cotxeres està degudament pressupostat en la memòria econòmica, TUSGSAL es limita a dir que no és correcte, però sense indicar el perquè.

La configuració de les cotxeres com a compromís d'adscripció de mitjans és una decisió que correspon a aquesta Administració i que està degudament justificada en l'expedient de la licitació. Decisió i configuració que ja ha estat validada per aquest Tribunal en la resolució 185/2021 de data 16 de juny, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), que contra aquesta mateixa licitació (exp.901618/20), l'ara recurrent va impugnar en el seu dia.

- 2- Falta de determinació i valoració del cost de personal en les ofertes dels licitadors. Succeeix el mateix, simplement la recurrent es limita a dir que el pressupost no és correcte, però no concreta perquè aquest no és. La determinació del pressupost és ajustada a l'article 100 de la LCSP i recull cadascun dels conceptes que aquest determina. A més a més, pretén desvirtuar el procediment establert per la LCSP i el qual s'hi ajusta el PCAP impugnat, avançant en un moment que no pertoca la valoració del cost de personal.

La LCSP com la doctrina contractual exposada, sense cap mena de dubte, estableixen que el cost del personal únicament pot ser comprovat en el tràmit previst en l'article 149 de la LCSP i no abans. O bé, un cop adjudicat, en fase d'execució de conformitat amb els mecanismes que també recull el PCAP. La recurrent pretén que aquest cost de personal sigui valorat en el moment de la valoració tècnica dels criteris subjectius (sobre B), quan això no és conforme a la LCSP.

- 3- Els criteris d'adjudicació, tant subjectius com automàtics, d'aquesta licitació són ajustats a la LCSP, a la doctrina que emana d'aquest Tribunal i estan degudament justificats a l'informe de necessitats. En concret, s'ajusten a la resolució 185/2021 de data 16 de juny, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), que contra aquesta mateixa licitació (exp.901618/20), l'ara recurrent va impugnar en el seu dia.

A diferència del què erròniament defensa TUSGSAL, tots ells contenen els elements essencials i queda clarament definit i amb paraules d'aquest Tribunal *““què” és el que es valorarà, d'entre les diverses possibilitats que a títol indicatiu preveu l'article 145 de la LCSP; “què” és el que primarà en la valoració de les propostes i “en quant” les farà mereixedores d'una puntuació fins a la màxima indicada en el plec, i “com” es ponderaran i s'assignarà aquesta puntuació de forma individualitzada a cada oferta”*

- 4- Impugnació del pressupost al qüestionar els 75 punts relatius al cost unitari. El fet de qüestionar el pes que té el cost unitari en l'adjudicació del contracte, està qüestionant indirectament el pressupost configurat per aquesta Administració. En l'escrit simplement es limita a dir que aquesta configuració no li sembla correcta, però no argumenta jurídicament ni amb fets perquè no és ajustada a la LCSP. Qüestionar el pes atribuït al cost unitari en els criteris d'adjudicació, és equivalent a dir que el pressupost no està ben determinat, però sense explicar perquè aquest no s'ajusta a la LCSP. En qualsevol cas, el pressupost ha estat elaborat de conformitat amb l'article 100 de la LCSP i, es justifica en l'informe de necessitats de la contractació perquè ha de representar 75 de punts el cost unitari.

Mentre que la mala fe, la vehicula pel fet que es tracti del segon recurs especial en matèria de contractació interposat per aquesta empresa, qüestionant aspectes ja resolts i que per tant,

aquest Tribunal no pot tornar a entrar, perillant l'ús abusiu del dret; la dilació que implica la interposició de recurs; els greus perjudicis que ocasiona i complicacions pressupostàries.

Per tal d'examinar la petició de l'AMB de multa per temeritat i mala fe formulada ex article 58.2 de la LCSP, fonamentada, bàsicament, en la inconsistència i manca de validesa de la fonamentació jurídica de la recurrent, val indicar que la concurrència de temeritat o mala fe requereix una anàlisi de les circumstàncies concretes de cada cas.

Així, sobre la temeritat, la Sentència del Tribunal Suprem d'11 de maig de 2004 va declarar que pot estimar-se l'existència de temeritat processal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o quan de manera reiterada es donen pronunciaments sobre la mateixa qüestió, tal com l'Alt Tribunal va assenyalar en la Sentència de 10 d'abril de 1990.

També, la Sentència de l'Audiència Nacional de 23 abril de 2007 va indicar que la manca de precisió del concepte de temeritat processal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

Ara bé, a diferència de la temeritat, que equival a una determinada conducta processal objectiva que no té fonament defensable en dret, la mala fe té una projecció eminentment subjectiva i, en conseqüència, és aplicable a aquell que és conscient de la seva manca de raó processal (Sentència de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de juny de 2013, Roj. SAP TF 1408/2013). De la mateixa manera, s'han considerat contràries a la bona fe conductes com la de fer afirmacions contràries a la veritat (Sentència del Tribunal Suprem de 21 de febrer de 2000, Roj. STS 1254/2000).

Així, la mala fe s'entén com un concepte referit a les relacions substantives que donen lloc a la causa del litigi i s'aprecia quan el demandat eludeix de manera, clara, mantinguda i conscient el compliment de les obligacions o quan el demandant ha buscat materialment sense cap raó el compliment d'un deïbit del contrari, posicions aquestes que usualment duen a l'inici d'un plet, amb les conseqüències d'aquest (molèsties, despeses i costes...). La mala fe de l'obligat acostuma a quedar patent per requeriments previs infructuosos o per altres dades que evidenciïn la seva posició remisa o que obstaculitza el normal compliment (Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria, de 22 de juliol de 2014, Roj. SAP AL 954/2014).

També, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha distingit entre ambdues figures assenyalant, entre d'altres, en els seus acords 89/2015, 45/2014 i 27/2013, que *“actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso”*.

Dit això, de l'anàlisi de tots els motius del recurs i la conclusió a què s'ha arribat, el Tribunal percep que si bé l'al·legació relativa a la solvència ex article 76 de la LCSP és reiterativa, doncs el Tribunal ja es exposar un pronunciament al respecte, el fet que ara TUSGSAL es dirigeixi contra uns plecs nous, en els quals s'han efectuat importants canvis com la configuració dels criteris, ha de permetre que aquesta empresa pugui accionar, de nou si així ho considera necessari per a la defensa dels seus interessos, tot tenint en compte que el recurs N-2021-0019 va ser estimat. Pel que fa a les al·legacions relatives al càlcul del PBL, si bé aquest Tribunal recorda que molt sovint es presenten recursos sobre qüestions que podrien ser ventilades fàcilment i ràpidament via aclariments. Així les coses, la feblesa en la fonamentació jurídica de la recurrent que llinda la temeritat, no ha de comportar necessàriament la imposició de multa.

Sobre la necessitat que els recursos estiguin suficientment fonamentats i pivotin al voltant de causes de nul·litat i/o anul·labilitat en l'àmbit de la contractació pública, cal dir que la protecció constitucional del dret a la defensa aixopluga, certament, el dret al recurs, però aquesta protecció només ve referida a aquells casos en els quals sigui legalment procedent i no en altres on s'accioni, com s'aprecia en aquest cas, amb un ús abusiu del recurs especial. Tal com resulta del preàmbul de la LCSP i la Directiva 89/665/CEE, modificada per la Directiva 2007/66/UE, d'11 de febrer, i la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, juntament amb la Directiva 92/13/CEE, pel que fa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics, el recurs especial en matèria de contractació és concebut com un recurs que ha de permetre una resolució ràpida i eficaç, i recursos com el present impedeixen de pla la necessària agilitat en el sistema de resolució del recurs, contribuint a la seva saturació, i amb el clar efecte reflex d'afectar el normal funcionament dels serveis públics implicats.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentats per C.F.A., en nom i representació de l'empresa TRANSPORTES URBANOS Y SERVICIOS GENERALES, SAL (N-2022-0013), contra els plecs reguladors de la licitació del contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre L'Hospitalet de Llobregat, el Prat de Llobregat i altres municipis (expedient 905542-2021), licitat per l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA.

2.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per M.J.R.D, en nom i representació de la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS (N-2022-0016), contra la memòria econòmica i els plecs reguladors de la licitació del contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre L'Hospitalet de Llobregat, el Prat de Llobregat i altres municipis (expedient 905542-2021), licitat per l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA.

3.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per A.d. LI. S., en nom i representació d'UGT de CATALUNYA (N-2022-0017), contra la memòria econòmica i els plecs reguladors de la licitació del contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre L'Hospitalet de Llobregat, el Prat de Llobregat i altres municipis (expedient 905542-2021), licitat per l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA.

4.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per C.P.G., en nom i representació de la FEDERACIÓ DE SERVEIS A LA CIUTADANIA DE COMISSIONS OBRERES DE CATALUNYA (N-2022-0018), contra la memòria econòmica i els plecs reguladors de la licitació del contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre L'Hospitalet de Llobregat, el Prat de Llobregat i altres municipis (expedient 905542-2021), licitat per l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA.

5.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal n data 2 de febrer de 2022, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.

6.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

7.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 25 d'octubre de 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta