

Barcelona, 2 de desembre de 2020

Resolució núm.: 388/2020 (recurs N-2020-208)

Vist el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor A.S.T., en nom i representació de l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA contra els plecs que regeixen el contracte del servei discrecional de transport per carretera amb reiteració d'itinerari per a l'estació d'esquí i de muntanya de La Molina, licitat per FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, (expedient CONTR/2020/272), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 13 de juliol de 2020, es va publicar l'anunci de licitació en el perfil de contractant de FERROCARRILS DE CATALUNYA (en endavant, FGC), inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals.

En data 14 de juliol de 2020 es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE S-134)

Es va fixar el valor estimat del contracte en 549.446,00 euros.

SEGON. En data 3 d'agost de 2020, l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA (en endavant, AUDICA) va presentar electrònicament, recurs especial en matèria de contractació davant el Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda de la Generalitat de Catalunya (VEH) amb destí per al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), contra el PCAP i el PPT, fonamentat, en síntesi, en la nul·litat dels plecs que regeixen el contracte de referència per vulnerar la normativa vigent i aplicable.

Concretament, fonamenta el seu recurs sobre la base que:

- 1) El pressupost base de licitació (PBL) no està desglossat i vulnera l'article 100.2 de la LCSP.
- 2) Manca de motivació i desproporció en els criteris de solvència econòmica, confusió en els criteris de solvència tècnica amb l'adscripció de mitjans, arbitrarietat en la seva forma d'acreditació.
- 3) Nul·litat dels criteris d'adjudicació.
- 4) Vulneració del règim legal de la subcontractació.
- 5) Qüestions susceptibles de nul·litat del PPT.

Per tot això, sol·licita que s'estimi el recurs declarant nuls els plecs, per tal que es convoqui una nova licitació amb uns nous plecs conformes amb la legislació vigent i aplicable.

Així mateix, mitjançant altressí, sol·licita la suspensió de la tramitació de la licitació fins a la resolució del recurs de referència.

TERCER. En data 5 d'agost de 2020, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a FGC i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb l'article 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la 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), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 7 d'agost de 2020, va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació així com l'informe de l'òrgan de contractació, pel qual informa desestimar el recurs.

CINQUÈ. En data 19 d'agost de 2020 la part actora va sol·licitar l'adopció de mesures cautelars consistents en la suspensió de la licitació. En data 3 de setembre de 2020, el Tribunal va suspendre la licitació mitjançant la Resolució S-67/2020.

SISÈ. Obert el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, no consta que s'hagi presentat cap escrit al respecte.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, 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.

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

TERCER. El recurs es dirigeix contra els plecs de la licitació, que són un acte expressament previst per l'article 44.2 a) de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. Atenent el caràcter associatiu de l'entitat recurrent, AUDICA ha aportat juntament amb els seus estatuts reguladors, certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la seva legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (entre moltes d'altres, les resolucions 262/2020, 100/2020, 244/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017, 142/2017, 124/2017 i 194/2016 d'aquest Tribunal, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008). És per això que el Tribunal aprecia que, en principi, l'associació pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix

en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

També queda acreditada la representació del recurs.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini legal de quinze dies hàbils establert a l'article 50.1 b) de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, ateses les pretensions formulades, 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'intérim/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, el valor estimat del contracte amb una indicació de tots els conceptes que l'integren, incloent costos laborals si existeixen, 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. Entrant en el fons de l'assumpte, AUDICA retreu, en primer lloc, que el PBL no està desglossat i vulnera l'article 100.2 de la LCSP, no està definit ni motivat, i que manca fer esment:

- al cost dels salaris de manera esglaonada, la desagregació de gènere i categoria professional. Per això, afirma que la manca de determinació de les despeses salarials estimades a partir del conveni laboral, no permet comprovar si és adequat a mercat,
- la quantitat que s'ha pres en consideració en els costos indirectes, el benefici industrial i/o despeses generals d'empresa,
- l'import unitari de la jornada diària que permeti formular l'oferta adequada,
- la bossa econòmica de 50.000 euros, esdevenint indeterminada.

FGC informa que el PBL compleix amb tots els requisits previstos a la LCSP i defensa que el desglossament de pressupost s'ha fet seguint les estipulacions legals. Explica que, tal i com consta tant al PCAP com a l'informe previ justificatiu de la licitació en el seu desglossament s'han fet constar:

- els costos directes,

- els costos indirectes,

- una previsió del benefici global i les despeses generals, fent constar expressament el nombre d'expedicions per jornades i per tipus de servei. Afegeix que al PPT es conté un detall de les característiques del servei, incorporant el calendari, recorregut, parades, interval de pas, vehicles necessaris, etc.

I explica que les unitats previstes a la licitació s'han adoptat seguint el mateix model de l'Observatori de costos del transport discrecional de viatgers a Catalunya (OCTDVC), de la Direcció General de Transports de la Generalitat de Catalunya. Ultra això, exposa que el desglossament per costos de personal, resulta innecessari perquè en aquesta licitació, atenent a l'objecte del contracte i al tipus de servei a contractar, no cal realitzar una concreció detallada i exhaustiva dels costos de personal assignat a l'execució del contracte, -fent esment a una Resolució del Tribunal, la núm. 234/2020-, a més que retreu que la càrrega de la prova correspon a la recurrent. En relació a aquest aspecte, també fe referència a la Resolució núm. 633/2019, de 13 de juny, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – TACRC-, on s'admet un desglossament del pressupost de licitació basat en la divisió entre costos directes i indirectes sense especificar més. I conclou que tenint en compte el desglossament que consta a tota la documentació que integra la licitació (PCAP, PPT, informe de l'article 28 de la LCSP i l'informe tècnic justificatiu emès a l'efecte d'aquest procediment), el desglossament del pressupost de licitació és correcte i aconsegueix amb el que es preveu a la LCSP. Respecte a aquests extrems, retreu que el recurs presentat per AUDICA ha estat presentat de forma genèrica, sense que s'hagi fet una anàlisi concreta i acurada de la licitació concreta.

Quant a la incorporació d'una bossa d'euros prevista per atendre imprevistos que es puguin produir al llarg de l'execució del contracte, sosté que és correcta, tot i que no es poden concretar en el moment d'iniciar la tramitació del procediment de licitació. En tot cas, defensa, és reflex d'una quantificació acurada de l'import dels serveis a contractar i d'un exercici de responsabilitat i de transparència per part d'FGC, per evitar, com fan altres òrgans de contractació, l'ús de la contractació menor o de la modificació del contracte per adjudicar els serveis. Per tot això, considera que aquesta al·legació resulta mancada absolutament de fonament i de base jurídica adequada.

Per tal de dirimir aquesta al·legació, cal tenir en compte que la previsió del PBL que consta al PCAP:

B. Import de licitació

B.1 Valor estimat

L'import global del valor estimat ascendeix a 549.446,00 €, abans d'IVA, d'acord amb el següent desglossament:

- Pressupost de licitació: 235.640,00 €, abans d'IVA
- Import previst per possibles pròrrogues: 278.460,00 €, abans d'IVA
- Import previst per possibles modificacions: 35.346,00 €, abans d'IVA

Es preveu un import per possibles pròrrogues que contempla la part fixa del pressupost de licitació. En el supòsit que un cop finalitzada la vigència del contacte sigui acordada la pròrroga per part d'FGC, es podrà incorporar al pressupost previst per la pròrroga l'import no consumit de la bossa econòmica prevista en la vigència inicial.

Es preveu un import per modificacions per aquells supòsits en els que s'hagin d'atendre necessitats de servei que no estiguin previstes al calendari i que estiguin vinculades a una major afluència de visitants.

B.2 Pressupost de licitació

El pressupost de licitació ascendeix a 235.640,00 € abans d'IVA, amb el desglossament següent:

Pressupost licitació (IVA exclòs)	235.640,00 €
IVA 10%	23.564,00 €
Total (IVA inclòs)	259.204,00 €

Costos directes: 200.294,00 abans d'IVA
Costos indirectes: 35.346,00 abans d'IVA

El pressupost de licitació es desglossa i configura de la forma següent:

Tipus de servei	Jornades previstes	Import unitari per dia (IVA Exclòs)	Import Total
1er Bus	142	420,00 €	59.640,00 €
2on Bus	55	420,00 €	23.100,00 €
2on Bus reforç	28	210,00 €	5.880,00 €
Microbús (complementari)	10	420,00 €	4.200,00 €
Import anual (IVA exclòs)			92.820,00 €
Import 2 anys (IVA exclòs)			185.640,00 €
Bossa per imprevistos			50.000,00 €
Pressupost licitació (IVA exclòs)			235.640,00 €
IVA 10)			23.564,00 €
Import (IVA inclòs)			259.204,00 €

- a) **Pressupost base de 185.640,00 € abans d'IVA** per al Servei discrecional de transport per carretera amb reiteració d'itinerari per a l'estació d'esquí i muntanya de La Molina segons previsió de calendari. Amb els següents preus unitaris per dia:

Tipus de servei	Jornades previstes	Import unitari per dia (IVA Exclòs)	Import Total
1er Bus	142	420,00 €	59.640,00 €
2on Bus	55	420,00 €	23.100,00 €
2on Bus reforç	28	210,00 €	5.880,00 €
Microbús (complementari)	10	420,00 €	4.200,00 €

- b) **Una bossa econòmica de 50.000,00 €**, abans d'IVA, per aquells serveis necessaris que no estan previstos en el calendari i que sorgeixen de forma addicional i s'han de prestar imprescindiblement amb certa celeritat. No es podrà ofertar baixa. En cas d'utilitzar-se la bossa s'aplicaran els preus ofertats per als serveis ordinaris pels serveis efectivament prestats com a extraordinaris.

Aquesta part del pressupost de licitació s'estableix com a una bossa econòmica màxima. Els serveis que han servit de base per al seu càlcul, són considerats estimatius i a títol indicatiu, de tal forma que FGC no estarà obligada a consumir la totalitat de la bossa prevista ni un percentatge determinat, sense que aquest fet doni dret a l'adjudicatari a ser compensat o rescabalat. El preu màxim coincidirà amb l'import previst com a bossa econòmica essent el preu a abonar el que resulti

d'aplicar els preus unitaris ofertats pels serveis ordinaris pels serveis extraordinaris efectivament prestats.

Mentre que en l'informe justificatiu (document núm. 3) consta el mateix contingut que l'inclòs en els plecs.

I, en l'informe tècnic que s'annexa a l'article 56 de la LCSP, una vegada reproduïx també els quadres del PCAP, afegeix que al punt 4 PPT es descriuen les característiques de cada servei, indicant el calendari, recorregut, parades (punt d'inici i final), interval de pas, els vehicles necessaris, entre d'altres, i explica que amb aquestes dades les empreses licitadores poden calcular els quilòmetres o el nombre d'expedicions –que es facilita al pressupost- i dimensionar la seva oferta, i que aquestes unitats són les mateixes que utilitza l'OCTDVC. I informa que el PPT no pot entrar en quina organització del personal necessari per realitzar el servei, per això, s'ha indicat el pressupost en aquestes unitats que permeten a l'empresa licitadora formular la seva pròpia proposta.

Per tal de resoldre aquesta qüestió cal tenir en compte la regulació donada per la LCSP. La regulació i contingut del PBL es troba prevista a l'article 100.2 de la LCSP:

“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

També disposa l'article 101.2 de la LCSP, amb relació al valor estimat del contracte, que:

“2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. (...)”

Aquests preceptes es vinculen a l'objectiu de garantir que el preu del contracte resulti adequat per cobrir els costos necessaris per a l'execució del servei. Per tant, el càlcul del PBL de licitació ha de complir, formalment, amb la indicació en PCAP o equivalent, d'un desglossament de costos directes i indirectes i altres eventuals costos, així com els costos salarials en els contractes en què aquests formin part del preu total del contracte.

A l'hora de valorar la completesa de la informació continguda en els documents reguladors de la licitació i la correcció del càlcul del valor estimat del contracte, cal tenir en compte que, tot i la no coincidència entre ambdós preceptes sobre les partides de despesa a incloure en un i altre concepte econòmic -pressupost base de licitació i valor estimat del contracte-, i la manca de definició de cadascuna d'elles, els conceptes enumerats per l'article 101.2 de la LCSP per al valor estimat del contracte integren també el pressupost base de licitació en la mesura que els costos a què fa referència l'article 100.2 de la LCSP es concreten en els que detalla l'article 101.2 de la LCSP. En general, els costos directes determinen el pressupost de licitació i l'oferta a la baixa que pugui arribar a proposar-se pel licitador afectarà particularment als conceptes de despeses generals d'estructura i de benefici industrial.

També cal tenir en compte que el nivell de detall exigít per l'article 100.2 de la LCSP no és aplicable per igual a qualsevol tipus de contracte, ni fins i tot a una mateixa tipologia de contracte serveis, en funció de les característiques particulars que presentin cadascun d'ells, tal com ha estat dirimida aquesta qüestió de forma casuística en la doctrina, però l'article 100.2 de la LCSP no distingeix en funció del tipus de contracte, sinó que es limita a exigir-lo amb caràcter general i en relació amb els costos directes, indirectes i altres eventuals costos, inclosos els costos salarials en el cas que es tracti de contractes en què el cost dels salaris de les persones destinades a la seva execució formin part del preu total del contracte (en el mateix sentit, Resolució 341/2019 i resolució 1153/2018 del TACRC).

Respecte a la doctrina al·legada per FGC, cal indicar que el supòsit que ara s'enjudicia no es pot equiparar amb l'enjudiciat pel TACRC en la Resolució núm. 633/2019, tal i com aquest Tribunal ja va estudiar en la Resolució núm. 144/2020, en el sentit que en aquell supòsit es tractava d'un cas molt específic i diferent del que és objecte d'aquest recurs. En aquella ocasió el Tribunal central es va focalitzar en l'estudi de la part final de l'article 100.2 de la LCSP en l'enjudiciament d'un contracte de serveis d'organització, gestió i execució del Programa de Turisme Rural Social de l'IMERSO, contracte complex atesos els múltiples serveis que integra i que comporten un nombre indeterminat de convenis col·lectius de diferents àmbits territorials i categories professionals, i en el que sí que consta un desglossament de costos directes i indirectes de cada lot, però no que conté un desglossament dels costos salarials estimats amb desagregació de sexes, ni referència al conveni col·lectiu aplicable. Tampoc la licitació que ara es dirimeix resulta equiparable amb el supòsit analitzat per aquest Tribunal en la Resolució

núm. 234/2020 en la que, partint d'allò al·legat per la part actora –d'acord amb el principi de congruència-, en els plecs sí que constaven els costos laborals per grups, i en la memòria, el benefici industrial i les despeses generals.

Doncs bé, dit això, de l'examen dels plecs de la licitació de FGC, i tenint en compte que en el preu a pagar s'estima en relació a diversos components de la prestació, permet concloure que no es dona compliment a les exigències dels articles 100.2 i 101.2 de la LCSP, ja que ni el PCAP ni l'informe justificatiu no contenen cap indicació en forma suficient detallada dels costos directes i indirectes i altres eventuals despeses calculades per a la determinació del PBL que permeti conèixer quina part o repercussió del pressupost s'atribueix a cada concepte, com ara què és atribuïble als costos de personal (en aquest sentit, la recent Resolució 583/2020 del TACRC), l'execució material, a les despeses d'estructura i al benefici industrial –extrems que no consten en les clàusules transcrites-, conceptes tots aquests que els preceptes indicats exigeixen per a qualsevol tipus de contracte, no només els d'obres (en aquest sentit, també, Resolució núm. 49/2019 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid –TACPM-).

En aquest sentit, el punt K.4 del QC del PCAP indica que el conveni col·lectiu d'aplicació és el 17000465011994 transport de viatgers per carretera, però no s'indiquen ni es desglossen els costos de personal que en aquesta licitació comprèn un mínim de 2 conductors/es.

Quant a la manca de desagregació de gènere al·legada per la part actora, cal indicar a FGC que fins i tot quan no resulti adient fer-ne la distinció perquè no existeix aquesta distinció, ha de ser objecte d'indicació al respecte en els documents contractuals adients, tal i com han advertit els tribunals de recursos (per totes, les resolucions 229/2020, 394/2019 d'aquest Tribunal i 1333/2019 del TACRC), extrem que tampoc consta en aquesta licitació.

L'incompliment de les previsions de la LCSP sobre la configuració dels aspectes econòmics del contracte suposa l'omissió d'unes dades que són cabdals per a l'adjudicació i per a l'execució del contracte, ja que serveixen per justificar un càlcul correcte i, en definitiva, per garantir que la fixació del preu és ajustada a dret (en el mateix sentit, resolucions 883/2018 i 632/2018 del TACRC, Resolució 57/2019 del TACPM i Resolució 271/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía –TARCJA-).

Des d'aquesta perspectiva, els interessats han de poder conèixer, des del primer moment, els paràmetres que ha aplicat l'òrgan de contractació en la determinació dels conceptes o partides

que integren els aspectes econòmics de la contractació en la mesura que constitueixen elements essencials del contracte i, certament, el PCAP i la documentació relativa a la memòria de la contractació són els mecanismes específicament previstos per la legislació vigent a aquests efectes.

La potestat que té l'òrgan de contractació en la configuració dels elements essencials del contracte, i els aspectes econòmics d'aquella ho són per sí mateixos, va unida a l'obligació de justificar i motivar aquests aspectes, motivació que, a més, ha de permetre als tribunals de recursos dur a terme la seva funció revisora en relació amb les previsions dels plecs que han de regir la licitació (resolucions 341/2019, 237/2019, 93/2019, 45/2018, 31/2018 i 18/2018).

I en aquesta licitació, tal i com estan configurats aquests plecs, atès que l'obligació que imposa l'article 100.2 de la LCSP és clara en aquest sentit, no es pot entendre complerta amb la redacció del PBL.

Ultra això, i com ja preveu la normativa estudiada, ha de constar en els plecs el mètode de càlcul aplicat per l'òrgan de contractació ex article 100.5 de la LCSP, tanmateix no consta el càlcul que dona aquests preus, ni tampoc queda justificat en la memòria com s'arriba exactament a aquesta quantitat que permeti comprovar que s'adequa al preu del mercat, més enllà de la referència als estudis realitzats, que si bé expliquen aspectes tinguts en compte, no els quantifiquen exactament (en el mateix sentit, Resolució 1161/2019 del TACRC i Resolució 20/2019 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Galicia –TACPG-).

En aquest mateix sentit, cal recordar a l'òrgan de contractació el deure de complir amb allò estipulat en els articles 100, 101, 102 i 130 de la LCSP, en els seus estrictes termes, per garantir, a més dels principis d'eficiència i d'estabilitat pressupostària, que el preu del contracte sigui l'adequat, entre d'altres raons, per donar compliment escrupolós a les obligacions laborals vinculades.

D'altra banda, en el marc de la LCSP, tant els plecs com les memòries econòmiques i justificatives de les contractacions a què es vinculen constitueixen elements essencials del contracte i la seva correcta elaboració s'erigeix com una garantia de l'eficiència en la gestió dels fons públics i també en una garantia pels licitadors a l'hora de formular les seves proposicions sota els principis d'igualtat, concurrència i seguretat jurídica, així com per a interposar, en el seu cas, els recursos que corresponguin (articles 1, 28, 99, 116 i concordants de la LCSP).

En conseqüència, aquest motiu del recurs ha de ser estimat i anul·lades les clàusules indicades, que s'hauran d'adequar a l'obligació legal exposada.

VUITÈ. En segon lloc, AUDICA al·lega tota una sèrie d'al·legacions fonamentades, bàsicament en la falta de motivació de la configuració donada per FGC i en la nul·litat que al·lega la part actora de la solvència tant econòmica i financera com tècnica o professional.

1. Solvència econòmica o financera:

A. **AUDICA** vindica la manca de motivació i la desproporció dels criteris de solvència econòmica o financera respecte a la quantia del contracte, atès que els plecs exigeixen no “un” o “diversos” criteris als que fa esment l'article 87.1 de la LCSP, sinó “tots” aquests criteris, sense que consti cap justificació, per això sol·licita la seva anul·lació.

B. Per la seva banda, **FGC** defensa que els criteris de solvència econòmica i financera s'ajusten a la LCSP, atès que l'òrgan de contractació pot triar un o varis dels mitjans de l'article 87 de la LCSP. Considera que, d'acord amb l'article 116.4 c) de la LCSP, l'annex 1 B del PCAP estableix que: *“Els licitadors hauran d'acreditar la solvència econòmica i financera per a l'execució del contracte, que s'entendrà com l'adequada situació econòmica i financera de l'empresa amb la finalitat de garantir la correcta execució del contracte”*.

Partint de la finalitat i l'objecte d'aquest contracte, vindica que requereix per part de l'òrgan de contractació, la constatació i l'assegurament que l'empresa licitadora compta amb la solvència suficient per a poder prestar el servei, això és, que té una base suficient per a la correcta execució del contracte. Per això i tenint en compte el VEC, informa que la solvència requerida està plenament relacionada amb l'objecte del contracte i és proporcional al seu valor.

Argumenta que FGC ha optat per la necessitat que l'empresari acrediti només tres criteris que consideren imprescindibles per comprovar la seva *“adequada situació econòmica i financera de l'empresa amb la finalitat de garantir la correcta execució del contracte”*, atès el VEC. I defensa cadascun dels tres criteris que recull el PCAP:

En concret, respecte al criteri relatiu que: *“El patrimoni net que reflexa els comptes anyals ha de ser superior a 2/3 parts del capital social”*, argumenta la metodologia de càlcul és que si el patrimoni net es inferior als 2/3 del capital, l'entitat està en situació de desequilibri que haurà

de corregir, i es remet a l'article 327 del Reial decret legislatiu 1/2020, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital –LSC–, i que fins i tot podria arribar a estar en causa de dissolució (article 363 e) de la LSC).

Quant al criteri *“El volum de facturació anual de l’empresa pel mateix objecte del contracte, no podrà ser inferior en el millor dels tres últims exercicis, a una vegada i mitja el valor anual estimat del present contracte”*, informa que en aquest criteri, FGC reproduïx fidelment allò descrit a l'article 87.1.a) de la LCSP, en el sentit que l'empresa ha de tenir suficient estructura com per a realitzar el servei sol·licitat, i que si el seu volum anual de negoci (en el millor dels casos) està per sota d'1,5 vegades del valor anual estimat al contracte, és que no la té. Tot insistint que FGC, té uns estàndards de qualitat que aplica a la seva activitat diària de transport de viatgers, i vol que les empreses que col·laboren siguin coneixedores del col·lectiu que transporta, atès que la responsabilitat final és d'FGC, no considera desproporcionat aquest criteri.

Respecte al tercer criteri, relatiu als *“Els saldos dels proveïdors han d'acomplir amb allò determinat en la Llei de morositat respecte al període de pagament”*, FGC addueix que està obligada a pagar d'acord amb allò establert a la Llei 15/2010, de 5 de juliol, que modifica la Llei 3/2004 de 29 de desembre en la que s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, i que com a tal, està obligada a que els seus proveïdors també compleixin amb l'esmentada llei, tal i com es diu a la LCSP (articles 198, 216 i 217 de la LCSP) i porta a col·lació el preàmbul de la LCSP i la resolució del 29 de gener del 2016, de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes (ICAC).

C. La redacció donada en el **PCAP** a la solvència econòmica o financera és la següent:

Criteris de solvència econòmica/financera

Els licitadors hauran d'acreditar la solvència econòmica i financera per a l'execució del contracte, que s'entendrà com l'adequada situació econòmica i financera de l'empresa amb la finalitat de garantir la correcta execució del contracte.

La Mesa comprovarà la solvència del licitador en base als següents paràmetres:

- El patrimoni net que reflexa els comptes anuals ha de ser superior a 2/3 parts del capital social.
- El volum de facturació anual de l'empresa pel mateix objecte del contracte, no podrà ser inferior en el millor dels tres últims exercicis, a una vegada i mitja el valor anual estimat del present contracte.
- Els saldos dels proveïdors han d'acomplir amb allò determinat en la Llei de morositat respecte al període de pagament.

La solvència econòmica i financera de l'empresari es podrà acreditar pels mitjans assenyalats següents:

- Declaracions d'entitats financeres o, si s'escau, justificant de l'existència d'una assegurança d'indemnització per riscos professionals.
- Comptes anuals presentats al Registre Mercantil o Registre Oficial que correspongui. Els empresaris no obligats a presentar els comptes en els registres oficials podran aportar, com a mitjà alternatiu d'acreditació, els llibres de comptabilitat degudament legalitzats.
- Declaració sobre el volum global de negoci, en l'àmbit concret del contracte, referit com a màxim als tres darrers exercicis disponibles en funció de la data de creació o d'inici de les activitats de l'empresari, en la mesura en que disposi de les referències de l'esmentat volum de negoci.

A l'**informe justificatiu** es reproduïx exactament el mateix que consta en el PCAP i consta respecte a les solvències exigides que és per tal d'assegurar els nivells de concurrència: "*En el marc del que disposa la LCSP i per tal d'assegurar els nivells de concurrència, els criteris de solvència que seran d'aplicació en aquest procediment són els següents:*".

2. Solvència tècnica o professional:

A. **AUDICA** també al·lega la configuració de la solvència tècnica o professional: *disponibilitat de la flota, adaptació d'un vehicle a PMR* –persones amb mobilitat reduïda- i *experiència del personal de conducció*, perquè considera que no són criteris de solvència en no trobar-se recollits a l'article 90 de la LCSP, sinó, en tot cas, requeriments d'adscripció de mitjans materials i personals.

També vindica que no està justificada l'exigència d'adscriure aquests mitjans, ni la seva necessitat, ni proporcionalitat, perquè comporta un plus de solvència –article 76.2 i 3 de la

LCSP-, l'establiment de la qual ha de superar el judici de raonabilitat, justificació i proporcionalitat, de manera que no suposi una limitació injustificada a la participació dels potencials licitadors.

En aquest sentit, fa esment al fet que l'apartat 4.4.1 del PPT exigeix un mínim de 3 vehicles: un de 50 places adaptat a PMR, un altre de 50 places no necessàriament adaptat a PMR i un de 20 places, mentre que com a requisit de solvència se n'exigeix un mínim de 5: tres de 50 places, dels quals un adaptat a PMR i dos de 20 places, no resulta coherent, perquè no té cap sentit que en fase de licitació s'exigeixin més mitjans que els que seran necessaris en fase d'execució, a més de la restricció de la competència i la participació de PIME. Per això, al·lega la manca de coherència entre les previsions relatives a la solvència que conté el PCAP i la configuració de la prestació del servei del PPT, així com la contravençió a l'article 76.3 de la LCSP perquè no respecta la proporcionalitat, raonabilitat d'adscripció de mitjans amb les característiques del contracte.

Ultra això, retreu també que l'exigència com a solvència per als conductors d'una experiència de 3 serveis recurrents realitzat en els últims 3 anys de conducció en alta muntanya i 3 serveis realitzats en els últims 3 anys de conducció en estacions d'esquí i muntanya d'hivern, resulta injustificada i restrictiva de competència, en el sentit que la capacitació professional l'atorga el permís de conduir. Per això considera la manca de motivació i justificació comporta l'anul·lació del criteri.

Continua la part actora al·legant que la forma d'acreditació dels criteris de solvència –o adscripció de mitjans- no resulta ajustada a dret, per estar mancades de transparència, resultar arbitrària, vulnerar el principi d'igualtat i generar inseguretat jurídica. En concret, considera que les expressions "*aquella documentació que, a criteri d'FGC, acrediti aquest compliment*" i "*aquella documentació que acrediti el compliment, i que sigui admesa per FGC*" atribueixen a FGC la facultat unilateral capritxosa per tal de determinar si la documentació aportada pels licitadors acredita o no el compliment dels criteris de solvència. A més, sosté, que aquesta previsió vulnera l'article 92 de la LCSP en la mesura que no s'indica en el plec els mitjans amb els quals s'ha d'acreditar, deixant la valoració de l'adequació dels mitjans d'acreditació per a un moment posterior, de forma completament subjectiva a càrrec de l'òrgan de contractació.

B. Respecte als criteris de solvència tècnica, **FGC** informa que s'adeqüen exactament al que estableix l'article 90 de la LCSP, que s'ha d'interpretar conjuntament amb el 92 de la LCSP,

de manera que, d'acord amb aquest precepte, és l'òrgan de contractació qui estableix els criteris i, en cas de fixar-los, seran d'aplicació supletòria els previstos a l'article 90 de la LCSP.

Afirma que AUDICA no té en compte la interpretació integral de la llei i que la justificació dels motius que es recullen al recurs són febles i poc ajustats al que estableix la LCSP. Sosté que els criteris de solvència tècnica del PCAP estan previstos a la LCSP, i que no hi ha confusió entre els requisits de solvència i la forma d'acreditar el seu compliment, i defensa que són adequats i proporcionals amb l'objecte del contracte.

FGC sosté que cal refutar els arguments relatius als requisits de solvència basats en la disponibilitat de determinats vehicles, així com l'experiència del personal adscrit a l'execució del contracte. En concret, en el requisit relatiu als vehicles assignats a la prestació del servei, perquè s'adequa a l'article 92 de la LCSP i té especial rellevància i relació directa amb l'objecte del contracte, el qual és el transport de persones a una estació d'esquí.

El segon requisit relatiu a l'exigència que els conductors acreditin experiència en conducció d'alta muntanya i en temporada d'esquí, sosté que és un criteri adequat i necessari per l'execució del servei perquè es prestarà en carreteres de muntanya que no és un transport en condicions habituals perquè requereix d'especial habilitat. Per tot això, vindica que els requisits de solvència indicats, en cap cas, poden qualificar-se com a desproporcionats.

Finalment FGC refusa l'al·legació relativa a l'existència d'arbitrarietat en la forma exigida en el PCAP per justificar el compliment dels criteris de solvència tècnica o professional perquè s'ajusta a la LCSP i contempen un marge ampli a favor de les empreses licitadores: presentació de "certificats" i a manca d'aquests, mitjançant "*documentació que acrediti el compliment i que sigui admesa per FGC*".

C. La redacció donada en el **PCAP** és:

Annex 1B

REQUISITS DE SOLVÈNCIA EMPRESARIAL

En el marc del que disposa la LCSP i per tal d'assegurar els nivells de concurrència els criteris de solvència que seran d'aplicació en aquest procediment són els següents:

Criteris de solvència tècnica/professional

Els licitadors hauran de disposar dels criteris de solvència tècnica o professional per a l'execució del contracte, que s'entendrà com la capacitat per garantir el coneixement tècnic, eficàcia, experiència i fiabilitat de l'empresa i s'acreditarà pels mitjans següents:

- La solvència tècnica serà acreditada a través de la relació de treballs d'igual o similar naturalesa de l'objecte del contracte realitzats en els darrers 3 anys, quin import acumulat l'any de major execució sigui igual o superior al 70% de l'annualitat mitja del contracte

L'acreditació dels treballs es farà amb l'aportació de les certificacions d'execució corresponents. A manca de certificacions, el licitador podrà aportar aquella documentació que acrediti el compliment i que sigui admesa per FGC.

- Els licitadors hauran d'acreditar un equip professional i un parc de vehicles integrats com a mínim per:

- Disposar d'una flota pròpia o subcontractada i operativa d'un mínim de 3 autobusos de 50 places i 2 de 20 places destinats al transport de viatgers.

L'acreditació d'aquest criteri es farà mitjançant l'aportació de la corresponent documentació tècnica del vehicle.

- El vehicle base assignat, de 50 places, ha d'estar adaptat a PMR.

L'acreditació d'aquest criteri es farà mitjançant l'aportació de la corresponent documentació tècnica del vehicle.

- Un equip professional d'un mínim de 2 conductors/es amb carnet de conduir classe D i 3 serveis realitzats en els darrers 3 anys, en serveis recurrents de conducció alta muntanya, així com 3 serveis realitzats en els darrers 3 anys en serveis recurrents en estacions d'esquí i muntanya en temporada d'hivern.

Un mateix conductor pot complir amb els dos requeriments.

L'acreditació d'aquest criteri es farà mitjançant certificat de serveis o, a manca d'aquests, per aquella documentació que, a criteri d'FGC, acrediti aquest compliment (contractes, etc), així com mitjançant la presentació de còpia del carnet de conduir

I en la **memòria** consta, com ja s'ha assenyalat, que és per assegurar els nivells de concurrència, la resta d'explicació es realitza amb ocasió de l'informe al recurs d'AUDICA.

Respecte a la solvència, cal destacar la doctrina del Tribunal sobre l'elecció dels criteris de solvència de les licitadores en els procediments de licitació, que assenyala que la solvència que s'exigeix als licitadors per poder aspirar a fer-se càrrec del servei que es contracta pretén garantir que l'adjudicatari disposi dels mitjans i qualificació adequats per a portar-lo a bon fi, respectant, alhora, el principi de concurrència i no discriminació; motiu pel qual la norma exigeix que els requisits que s'estableixin en cada cas per acreditar aquesta solvència i la documentació requerida per aquesta acreditació hagin d'estar vinculats a l'objecte del contracte i ser proporcionals al mateix (per totes, la Resolució 135/2018 del TACRC).

En seu de l'establiment dels requisits de solvència, cal recordar que els òrgans de contractació són qui coneixen les necessitats de contractació, gaudeixen d'una potestat discrecional per establir els criteris i condicions que consideren més adients per a la satisfacció de les necessitats públiques a cobrir, per tal de garantir, en connexió a l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de les despesa, una eficient utilització dels fons públics (entre moltes altres, les resolucions 354/2020, 317/2020, 263/2020, 161/2020, 142/2020, 60/2020, 323/2019 i 10/2019 d'aquest Tribunal).

En aquest sentit, i d'acord amb la jurisprudència comunitària, s'estableix que aquesta decisió de l'òrgan de contractació no pot ser arbitrària, sinó que està subjecta a requisits de legalitat i proporcionalitat, de forma que han de ser criteris determinats, l'import del contracte, han de configurar-se observant l'interès general, i s'han de conjuminar també amb el respecte i compliment dels principis d'igualtat, lliure concurrència, no discriminació i transparència, sense que puguin tenir per efecte la creació d'obstacles injustificats a l'obertura dels contractes públics a la competència (a més de les ja citades, per totes, les resolucions 146/2019, 184/2016 i 155/2016).

Doncs bé, dit això, cal afegir el següent de cada solvència:

a) Solvència econòmica o financera.

Per una banda, en el present cas, l'exigència en la clàusula controvertida del PCAP de tres dels quatre mitjans previstos en la LCSP, en principi, i en exercici de la discrecionalitat que té FGC per dissenyar el contracte per donar resposta a una necessitat d'interès públic no hauria de comportar *ab initio* cap retret, sempre que els criteris (i) s'ajustin al que preveu la normativa i (ii) es justifiqui la raó de l'exigència dels diferents criteris (en aquest sentit la Resolució núm. 340/2019 del TACPMA). Aquests dos requisits s'observen en la configuració de la solvència.

Respecte a l'ajust i la proporcionalitat dels criteris emprats per FGC respecte a la normativa de contractació pública, cal tenir en compte que la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva 2014/24/UE) estableix en el considerant 83 (el subratllat és nostre):

“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo, por ejemplo, porque constituye un elemento preliminar necesario para la ejecución de otros contratos.”

Així, la Directiva 2014/24/UE permet als poders adjudicadors establir requisits de solvència econòmica i financera que garanteixin que els licitadors tenen la capacitat necessària per executar el contracte; que aquests requisits poden referir-se a un determinat volum de negocis anual mínim; que, amb caràcter general, i conforme a la nova Directiva, aquest volum anual mínim exigit no ha d'excedir del doble del valor estimat del contracte, i que, en casos excepcionals, degudament justificats, aquest límit pot superar-se.

La LCSP assumeix en el seu article 87.1.a) el criteri de la Directiva, encara que de forma menys exigent, establint que el volum de negocis mínim anual exigit no excedeixi d'una vegada i mitja el valor estimat del contracte, excepte en casos degudament justificats, com els relacionats amb els riscos especials vinculats a la naturalesa de les obres, els serveis o els subministrament:

“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.”

L'article 87.1 de la LCSP reconeix un àmbit de discrecionalitat en la decisió de l'òrgan de contractació per fixar els criteris de selecció de les empreses mitjançant l'elecció dels criteris de solvència econòmica i financera que enumera, i quant a l'opció d'acreditar la solvència econòmica per referència al volum de negocis dels licitadors, estableix que aquest volum pugui referir-se a un any i, com a regla general, la quantia no ha de superar una vegada i mitja el valor estimat del contracte.

Doncs bé, dit això, un dels criteris requerits en el PCAP i controvertit per AUDICA és el relatiu al volum de facturació anual de l'empresa pel mateix objecte del contracte no inferior en el millor dels tres últims exercicis a una vegada i mitja el valor anual estimat del contracte. D'acord amb la redacció d'aquest criteri, cal entendre que s'incardina dins del que permet la LCSP i la Directiva com ja s'ha exposat.

Quant al criteri relatiu al *patrimoni net que reflexa els comptes anyals superior a 2/3 parts del capital social*, cal entendre que la solvència prevista en la lletra c) de l'article 87.1 de la LCSP disposa:

“c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. La ratio entre activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.”

queda complementada per la LSC, tal i com permet la LCSP i així ho ha configurat FGC per tal d'evitar situacions de desequilibri en què es puguin trobar les empreses licitadores i assegurar que té una base suficient per a la correcta execució del contracte.

Finalment, pel que fa al tercer dels criteris de solvència econòmica o financera consistent en *els saldos dels proveïdors han d'acomplir amb allò determinats en la Llei de morositat respecte al període de pagament*, en el sentit del supòsit previst a la lletra c) *in fine* de l'article 87.1 de la LCSP:

“Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.”

es tracta també d'un supòsit recollit a l'article 87 de la LCSP.

De l'exposat, queda palès que pròpiament tots els supòsits controvertits, recullen els supòsits previstos a l'article 87.1 de la LCSP. Al respecte, i quant els límits de la discrecionalitat a què s'ha fet referència amb anterioritat, cal apuntar que existeix aquesta discrecionalitat respecte a l'elecció dels criteris recollits en la LCSP, però no a poder establir de diferents. En aquest sentit, cal portar a col·lació la Resolució del Tribunal Administrativo de Contractos Públicos de Canarias (TACPC), en la Resolució núm. 285/2019, en afirmar que:

“Discrecionalidad en la decisión del órgano de contratación para fijar los criterios de selección de las empresas, mediante la elección de los criterios de solvencia económica y financiera enumerados de forma taxativa en la LCSP en la LCSP y desarrollado por el RGLCAP, pero que finaliza en dicha elección, pero no en la forma de determinación y fijación del alcance de las mismas, en tanto no puede acudir a otras figuras que las contempladas en los artículos reseñados y dentro de los parámetros fijados en los mismos. Y tampoco se dispone de discrecionalidad a la hora de dar a conocer dichos requisitos de solvencia, en tanto se requiere que figuren en el PCAP y en el anuncio de licitación.”

i en aquesta licitació, els requisits de solvència econòmica o financera, s'adeqüen a la LCSP, estan justificats, no trobant aquest Tribunal que siguin desproporcionats en relació a l'objecte del contracte.

b) Solvència tècnica o professional

La solvència tècnica establerta en el PCAP s'incardina en als supòsits previstos en les lletres a), g) i h) de l'apartat 1 i 2 de l'article 90 de la LCSP, que són requerits per FGC per tal d'assegurar la qualitat i de la seguretat del transport, motius que, ateses les peculiaritats i l'objecte del contracte, resultarien en principi raonables. Així:

- l'exigència de la relació de treballs en els darrers tres anys en treballs d'igual o similar naturalesa –fins aquí de conformitat amb la lletra a) de l'article 90 de la LCSP i que l'any de major execució sigui igual o superior al 70% de l'anualitat mitja del contracte, s'adequa a l'article 90.1 a) i 90.2 *in fine* de la LCSP.

-l'exigència de l'equip humà que hagi realitzat 3 serveis en els darrers 3 anys en serveis recurrents de conducció alta muntanya i 3 serveis realitzats en els darrers 3 anys en serveis

recurrents en estació d'esquí i muntanya en temporada d'hivern, també té cobertura dins de les possibilitats reconegudes als poders adjudicadors per l'article 90.3 de la LCSP.

Finalment, quant a la redacció i sentit donat respecte a la manera d'acreditar aquests criteris, mitjançant certificat o documentació que "*a criteri d'FGC acreditat aquest compliment*", cal entendre que la decisió d'FGC és la d'acceptar o no qualsevol certificat o documentació ex article 90 de la LCSP que pugui acreditar aquesta solvència, i no com sembla apuntar la recurrent, que FGC en el moment de l'examen de la solvència pugui decidir quins mitjans seran vàlids per a acreditar-la.

En definitiva, aquest Tribunal considera correcta la configuració de la solvència d'aquesta licitació a les finalitats preteses per FGC i d'acord amb la LCSP.

NOVÈ. AUDICA continua al·legant que els criteris d'adjudicació de l'annex 4 del PCAP són nuls de ple dret i vindica que (i) no estan motivats en l'informe de justificació ex article 116.4 de la LCSP, ni el líndar establert per continuar admesa en la licitació, fet que, tal i com està configurada la licitació, vulnera l'article 146.3 de la LCSP, (ii) pròpiament no són criteris automàtics, existint un marge d'apreciació i que, (iii) la seva formulació no és objectiva, amb respecte als principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat ex. 145 de la LCSP. En concret, respecte als criteris:

- 1) *Capacitat i experiència de l'equip* (10 punts): retreu que (i) l'experiència com a criteri d'adjudicació es circumscriu principalment en contractes amb prestacions de caràcter intel·lectual o similars, i (ii) en el cas de contractes amb prestacions no personalíssimes sempre que la qualitat del personal afecti significativament a l'execució del contracte, aspectes que no queden motivats.
- 2) *Millor qualitat preu*: al·lega existència d'indeterminació del subcriteri relatiu als "*sistemes de comunicació*" convertint-lo en un criteri subjectiu, a l'igual que el subcriteri "*antiguitat del vehicle principal*".
- 3) *Mitjans i mesures de seguretat*: també retreu indeterminació del criteri perquè no es defineixen quins requisits o característiques han de tenir els mitjans i mesures de seguretat a aplicar.

- 4) *Hangar o dependències d'emmagatzematge amb equipaments de neteja*: retreu (i) la indeterminació en la forma com s'haurà d'acreditar i el punt com es calcularà el criteri de 30 quilòmetres o 30 minuts, no sent un criteri objectiu (valoració de l'adequació de la neteja...), (ii) incoherència en la capacitat mínima exigida de 4 vehicles –quan el nombre de vehicles exigits és de 3- , (iii) el fet que els vehicles s'hagin de netejar a la mateixa vegada, (iv) el fet que no resulti un element indispensable per a la neteja dels vehicles atès que es pot acudir a tercers i, (v) afavoriment de les empreses implantades en el territori, vulnerant els principis de no discriminació i igualtat.
- 5) *Servei de manteniment bàsic de vehicles*: al·lega que comporta (i) una vulneració del règim legal de subcontractació, i (ii) resulta discriminatori i un tractament desigual perquè encobreix també un criteri d'arrelament territorial.
- 6) *Disposició de vehicles en cas d'incidència*: afirma que atesa la definició del criteri i la seva forma d'acreditació, el que realment s'està puntuant és la proximitat de l'empresa licitadora, resultant un criteri discriminatori i que també encobreix un criteri d'arrelament territorial.
- 7) *Criteri d'igualtat de gènere*: considera que no està justificat el criteri relatiu a tenir un major percentatge de dones adscrites a l'execució del contracte, només s'explicaria si fos l'ús de la mà d'obra intensiu i inexistència de relació entre l'objecte del contracte, ni especifica com s'ha d'acreditar.
- 8) *Condicions de qualitat social*: reclama que no està justificat i que només s'explicaria si fos l'ús de la mà d'obra intensiu i inexistència de relació entre l'objecte del contracte, ni especifica com s'ha d'acreditar.

B. Per la seva banda, **FGC** informa que els criteris controvertits són automàtics, per tal d'afavorir la transparència, són adequats i han estat definits en el marc de la LCSP. Per tot això, exposa que AUDICA fa una utilització indeguda del recurs especial en matèria de contractació.

Respecte als criteris d'adjudicació controvertits, sosté:

- 1) *Capacitat i experiència de l'equip* (10 punts): defensa que el criteri de l'experiència aporta un valor addicional en la qualitat del persona adscrit a l'execució del contracte que incideix en la prestació del servei i seguretat dels ciutadans –conducció en

- carreteres amb neu. Respecte al llindar de puntuació mínima a assolir, a més que la LCSP ho permet, explica que es fixa també per a obtenir un bon nivell de qualitat.
- 2) *Millor qualitat preu*: al·lega que els retrets d'AUDICA no estan justificats i que s'adeqüen a la LCSP, no són criteris subjectius, el fet que en el subcriteri basat en disposar de sistemes de comunicació que permetin una comunicació fluida, permeten la concurrència de licitadors, no limitant a dispositius concrets; respecte a l'antiguitat del vehicle principal, el fet de valorar si té una menor antiguitat, afavoreix la qualitat del contracte, i la valoració es sotmet a una fórmula matemàtica.
 - 3) Respecte a *l'hangar o espai per realitzar la neteja dels vehicles*, informa que és un subcriteri amb molt poc pes (1 punt respecte als 100 punts totals), que en cap cas un criteri basat en la proximitat en un contracte com aquest pot qualificar-se de nul, i que afavoreix que els vehicles estiguin en perfecte estat d'ús en qualsevol moment del servei. Per tot això, conclou que està vinculat amb l'objecte del contracte, són proporcionals, i no vulneren el principi de lliure concurrència ni el de no discriminació.
 - 4) *Servei de manteniment bàsic de vehicles*: respecte al retret relatiu que impedeix la subcontractació, retreu que la part actora no ha llegit bé el criteri, "disposar de servei de manteniment o subcontractar". Quant a la puntuació amb un punt per disposar d'un servei propi, ho justifica en el sentit que el servei propi pot evitar el retard o demora a que un tercer pugui introduir en la realització del servei, defensant que aporta un criteri de qualitat. Respecte a la distància/proximitat del taller a la zona de muntanya en què es realitza el transport, sosté que només suposa 2 punts del total de 100 i que no atempta contra el principi de concurrència i igualtat.
 - 5) *Disposició de vehicles en cas d'incidència*: FGC justifica, per una banda, que aquest criteri està vinculat a l'objecte del contracte i està motivat pel tipus de transport objecte del contracte: transport d'esquiadors que, en la majoria de supòsits, passaran un dia esquiant, amb la qual cosa, la manca de disponibilitat de servei per avaria, comporta que l'esquiador no pugui gaudir de l'estada a l'estació, amb la repercussió econòmica que directament comporta (no utilització de forfet, etc...) i, per l'altra, que pretén la correcta prestació del servei, tot considerant que els 8 punts a atorgar estan configurats de manera favorable a la concurrència, atès que es reparteixen en subcriteris des de 0,40 punts a 1 punt.

- 6) *Criteri d'igualtat de gènere*: defensa el criteri consistent en puntuar el compromís d'adscriure dones, sobre la base que a més d'estar relacionat amb l'objecte del contracte, s'incorpora en un sector amb baixa o escassa presència de dones, on cal impulsar l'afavoriment de la incorporació de dones. Dit això, retreu que els arguments de la part actora estan poc fonamentats i sense base jurídica i per això, han de ser rebutjats.
- 7) *Condicions de qualitat social*: defensa aquest criteri sobre la base de l'article 1.3 de la LCSP i retreu que els arguments de la recurrent no tenen caràcter jurídic i resulten discriminatoris i contraris a llei.

C. La regulació dels criteris es troba en l'annex 4 del PCAP:

b) Criteris objectius tècnics: fins a 50 punts

IMPORTANT: Seran excloses les empreses que obtinguin una puntuació inferior a 30 punts (60 %).

1. Capacitació i experiència del personal: fins a 10 punts

Es valorarà que el licitador porti personal amb més experiència addicional a l'exigida com a solvència tècnica.

- a) Es valoraran els serveis addicionals als sol·licitats com a solvència tècnica (3 serveis en els darrers 3 anys) del personal adscrit a l'execució del contracte en transport reiterat (línia de transport o similar)

que transcorrin per zones d'alta muntanya (a partir de 1.000 metres d'alçada) durant l'hivern: fins a 5 punts

S'atorgarà 1 punt per cada servei acreditat, fins a un màxim de 5 punts.

L'acreditació d'aquest criteri es farà mitjançant certificat d'execució o, a manca d'aquests, per aquella documentació que, a criteri d'FGC, acrediti aquest compliment (contractes, etc.).

- b) Es valoraran els serveis addicionals als sol·licitats com a solvència tècnica (3 serveis en els darrers 3 anys) del personal adscrit a l'execució del contracte en servei de transport reiterat (línia de transport o similar) en estacions d'esquí i muntanya: Fins a 5 punts.

S'atorgarà 1 punt per cada servei acreditat, fins a un màxim de 5 punts.

L'acreditació d'aquest criteri es farà mitjançant certificat d'execució o, a manca d'aquests, per aquella documentació que, a criteri d'FGC, acrediti aquest compliment (contractes, etc).

2. Oferta en concepte de millor qualitat del servei: fins a 9,5 punts

Es valorarà que el licitador ofereixi millors característiques en els vehicles així com també en el servei.

- a) Disposar de Sistemes de comunicació que permetin una fluida comunicació entre els conductors i el centre d'operacions per fer front a incidències i contingències:

Sistemes de comunicació complementaris entre vehicles per

incidències /contingències que puguin afectar al servei = 1 punt.

- b) Antiguitat (mesos) del vehicle principal adscrit al servei i adequació en la descripció dels vehicle dels equipaments complementaris. S'adjuntarà fitxa tècnica. Es valorarà amb la màxima puntuació el més nou que es proposi i proporcionalment la resta (Fins a 3,5 punts):

$$\text{Punts atorgats} = \frac{\text{Menor antiguitat del vehicle principal}}{\text{Antiguitat del vehicle principal que es puntua}} \times 3,50$$

- c) Acreditació dels mitjans i mesures de seguretat a aplicar en l'execució del servei i sistema de formació i informació del Pla de Prevenció de Riscos.

Pla de Prevenció de Riscos = 1 punt

- d) Possibilitat de tenir a disposició un hangar/dependències d'emmagatzematge amb equipaments de neteja interior i exterior de vehicles per a capacitat mínima per a 4 vehicles en un radi no superior a 30 quilòmetres o en un temps de 30 minuts.

La possibilitat de que els vehicles puguin ser netejats durant la jornada contribueix a una millora en el servei, atès que en el període hivernal la neu i el fang fan que els vehicles s'embrutin amb facilitat i si els licitadors ofereixen la possibilitat de netejar-los es millorarà la qualitat del servei oferint als usuaris una major netedat en els vehicles i millor imatge. Si el temps és superior a 30 minuts es considera que no es podrà complir amb el timig del servei.

Hangar per 4 vehicles a menys de 30 km o 30 min = 1 punt

- e) Disposició d'un servei propi, o subcontractat, de manteniment bàsic de vehicles enfront avaries o contingències. S'haurà d'acreditar mitjançant contracte, o compromís del licitador si el servei és propi amb personal acreditat en nòmina i equipaments bàsics adscrits. Fins a 3 punts.

Es valorarà que el servei sigui propi del licitador ja que es redueixen les tasques de gestió per a tenir-lo a disposició del servei en cas d'incidència.

- *Servei de manteniment bàsic en un radi no superior a 30 quilòmetres o 30 minuts = 2 punts + 1 punt addicional si és propi.*
- *Servei de manteniment bàsic en un radi de fins a 60 quilòmetres o 1 hora, independentment de si és propi o subcontractat = 1 punt + 1 punt addicional si és propi.*
- *Servei de manteniment bàsic localitzat en un radi superior a 60 quilòmetres, independentment sigui propi o subcontractat = 0 punts*

3. Disposició de vehicles en cas d'incidència: fins a 8 punts

En el cas d'incidències que afectin els vehicles, si els licitadors disposen de manera ràpida de vehicles de substitució les afectacions que la incidència podrà tenir en el servei serà menor i molt més suportable per als usuaris del transport. S'ha de tenir en compte que un gran nombre d'usuaris només van a l'estació d'esquí per un dia i el fet que hi hagi retards produïts per incidències en els

vehicles els suposa un gran perjudici que amb una resposta ràpida amb la disposició d'un vehicle de substitució es pot solucionar.

Es valorarà que el vehicle sigui de flota pròpia del licitador ja que es redueixen les tasques de gestió per a posar-lo a disposició del servei en cas d'incidència. Així es redueix el temps d'arribada d'aquest vehicle a l'estació que és un element fonamental de la prestació, com ja s'ha fet esment anteriorment.

En aquest apartat es valorarà la disposició de vehicles de substitució, de flota pròpia o subcontractada, per atendre qualsevol incidència que afecti l'operació dels vehicles adscrits **en un temps no superior a 2 hores** de l'estació d'esquí de La Molina.

Es valoraran els vehicles de substitució de la flota base, de flota pròpia o subcontractada.

Dels vehicles indicats s'ha d'identificar quins són de capacitat de transport superior a 50 persones i quins microbús.

La localització dels vehicles diferents al vehicle principal (1), el qual es considerarà a disposició en un temps inferior als 30 minuts, s'acreditarà mitjançant domicili assignat en la liquidació de l'impost de circulació.

S'atorguen les següents puntuacions, fins a un màxim de 8 punts segons els vehicles i el nombre de vehicles aportats:

Vehicle de flota pròpia o subcontractada de 50 places a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi no superior a 30 minuts o 30 quilòmetres. = 1 punt

Vehicle de flota pròpia o subcontractada de 50 places a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi no superior a 2 hores o 120 quilòmetres = 0,50 punts

Vehicle de flota pròpia o subcontractada de 50 places a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi superior a 2 hores de l'estació d'esquí de La Molina = 0,25 punts

Vehicle de flota pròpia o subcontractada de 50 places a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi superior a 3 hores de l'estació d'esquí de La Molina = 0 punts

Microbus de flota pròpia o subcontractada a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi no superior a 30 minuts o 30 quilòmetres. = 0,80 punt

Microbus de flota pròpia o subcontractada a disposició durant l'execució de la prestació

del servei en un radi no superior a 2 hores o 120 quilòmetres = 0,40 punts

Microbus de flota pròpia o subcontractada a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi superior a 2 hores de l'estació d'esquí de La Molina = 0,20 punts

Microbus de flota pròpia o subcontractada a disposició durant l'execució de la prestació del servei en un radi superior a 3 hores de l'estació d'esquí de La Molina = 0 punts

(.../...)

5. Criteri d'igualtat de gènere: fins a 5 punts

Es valorarà el licitador que disposi de major percentatge de dones adscrites a l'execució del contracte. El licitador que presenti la major proporció de nombre de dones adscrites a l'equip de treball, se li assignarà la màxima puntuació. A la resta de licitadors se'ls assignarà la puntuació que resulti de l'aplicació de la següent fórmula:

$$\text{Punts atorgats} = \frac{\% \text{ Proporció de dones en l'equip de l'oferta que es puntua}}{\% \text{ Oferta amb major proporció de dones en l'equip}} \times 5$$

6. Condicions de qualitat social basada en les condicions laborals dels treballadors: fins a 4 punts

El licitador que acrediti el major percentatge (a puntuar a partir del 50%) del personal adscrit a l'execució del contracte amb contracte laboral indefinit, se li assignarà la màxima puntuació. A la resta se'ls assignarà la puntuació que resulti de l'aplicació de la següent fórmula:

$$\text{Punts atorgats} = \frac{\% \text{ amb contracte indefinit a l'equip de l'oferta que es puntua}}{\text{Major } \% \text{ amb contracte indefinit a l'equip ofertat}} \times 4$$

Haurà de mantenir-se el percentatge ofertat durant tot el termini d'execució del servei.

Mentre que en l'informe de necessitat i memòria justificativa reproduïx allò recollit en el PCAP.

DESÈ. Exposades totes les posicions de les parts, correspon efectuar l'enjudiciament de les al·legacions d'AUDICA.

Cal recordar que, d'acord amb l'article 116.4 de la LCSP els criteris d'adjudicació han d'estar motivats en l'expedient i, tal i com exposat l'article 145 de la LCSP, els criteris d'adjudicació han de complir els requisits següents:

- han d'estar vinculats a l'objecte del contracte,
- han d'estar formulats de manera objectiva, i ple dret als principis de no discriminació, transparència i proporcionalitat,
- no atorgar a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.
- han de garantir que les ofertes siguin avaluades en condicions de competència efectiva i aniran acompanyades d'especificacions que permetin la seva comprovació.

Doncs bé, atès l'anterior s'ha d'analitzar si els criteris controvertits compleixen els requeriments de la LCSP:

- 1) *Capacitat i experiència de l'equip* en zones d'altra muntanya. Respecte d'aquest criteri, en els propis plecs s'indica que es valorarà el licitador que aporti personal amb més experiència addicional a l'exigida com a solvència tècnica i, en l'informe de l'article 56 de la LCSP afirma que aquest criteri s'emmarca en una millor qualitat del personal adscrit a l'execució del contracte que incideix en la prestació del servei i seguretat dels ciutadans –conducció en carreteres amb neu. Al respecte, i d'acord amb la discrecionalitat tècnica de què disposen els òrgans de contractació, aquest Tribunal considera que es tracta d'un criteri ajustat a dret i a les finalitats i vinculat a l'objecte del contracte que explica en seu de recurs FGC, si bé seria convenient que els motius que han portat a FGC a incloure aquest plus a la solvència exigida, quedin motivats en l'expedient ex article 116.4 de la LCSP per al seu coneixement per part dels operadors econòmics interessats en la licitació, com s'argumentarà més endavant.
- 2) *Millor qualitat preu* subcriteri relatiu als “*sistemes de comunicació*”, s'especifica en els plecs que aquest criteri pretén la major qualitat del servei: millors característiques en els vehicles i en el servei, si bé, mancava determinar com es valoraran les diferents proposicions, si de manera proporcional o com es procedirà a l'atribució de puntuació.
3. *Antiguitat del vehicle principal i Mitjans i mesures de seguretat*: en principi, el PCAP explica com s'ha d'acreditar (fitxes tècniques i pla de prevenció de riscos,

respectivament), amb la qual cosa no resultaria indeterminat, i tampoc hauria de propiciar, en principi, una valoració subjectiva del criteri com apunta la part actora però no explica ni argumenta les raons concretes, tota vegada que la puntuació haurà de ser automàtica perquè el PCAP conté la fórmula a utilitzar.

4. *Hangar o dependències d'emmagatzematge amb equipaments de neteja, i*
5. *Servei de manteniment bàsic de vehicles enfront avaries o contingències:*

Partint del fet que les clàusules de territorialitat han de ser excepcionals tal i com ha establert la doctrina reiteradament (Resolució núm. 345/2019, per totes), i atès que, per la seva incidència i excepcionalitat, únicament es poden preveure en supòsits molt puntuals, la manera de configurar aquests criteris de manera respectuosa amb els principis rectoris de la contractació pública, seria en termes de necessitats i funcionalitats ex article 145.2 de la LCSP, és ha dir, puntuant les empreses licitadores que ofereixin la millor solució a la neteja dels vehicles (*hangar*) i a les situacions d'avaries o contingències (*manteniment bàsic de vehicles*), sense distingir en aquest darrer criteri, si són pròpies o no.

6. *Disposició de vehicles en cas d'incidència.* Per l'especificitat de la finalitat d'aquest criteri respecte a aquest transport en zona d'alta muntanya, aquest Tribunal considera que es correcte i queda justificat en el propi plec aquest criteri –dualitat de la forma en què poden optar les empreses licitadores per acreditat la disposició de vehicles en temps o distància-, i s'ha d'entendre que el termini de l'operació dels vehicles adscrits no superior a les 2 hores, és el temps que s'ha de considerar “*raonable*”, en la situació que descriu el PCAP, equivalent als 120 quilòmetres- i que, a partir d'aquest paràmetre s'estableix una escala proporcional a valorar.
7. Respecte als criteris de valoració de caràcter social, consistents en puntuar el major percentatge de dones adscrites a l'execució del contracte -igualtat de gènere- i el major percentatge de personal adscrit a l'execució del contracte amb contracte laboral definit –qualitat social-, cal tenir en compte l'actual regulació dels criteris socials com a criteris d'adjudicació.

L'article 1.3 de la LCSP preveu la incorporació de manera transversal i preceptiva dels criteris socials sempre que (i) guardin relació amb l'objecte del contracte en el sentit de dotar d'una millor relació qualitat-preu del contracte i (ii) major eficiència en la utilització dels fons públics.

“3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”

I l'article 145 de la LCSP és el precepte mitjançant el qual el dret espanyol de contractes ha transposat al dret intern els plantejaments i les disposicions de les directives de quarta generació en relació amb l'articulació dels criteris d'adjudicació dels contractes. En la part que ara interessa, aquest article disposa (el subratllat és nostre):

“1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de

exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

(...)

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera

efectiva la informació facilitada per los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. (...)

La interpretació i l'aplicació de l'article 145 de la LCSP ha de ser, en tot cas, conforme amb les directives comunitàries. Efectivament, en virtut del principi de primacia del dret comunitari, els operadors jurídics dels estats membres han d'aplicar les disposicions de dret intern d'acord els objectius fixats per les directives (en aquest sentit, entre d'altres, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea –TJUE- de 5 d'octubre de 2004, C-397/01). En el cas concret dels criteris d'adjudicació, tal i com el TACRC ha declarat en la Resolució 897/2019, amb cita de la Resolució 235/2019, que cal efectuar una interpretació de la LCSP conforme amb el contingut de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva 2014/24/UE), sense que s'apreciï una clara contradicció entre ambdues disposicions que no pugui superar-se amb una interpretació de la LCSP d'acord amb les determinacions del dret comunitari.

Per tant, els considerants i l'articulat corresponent de la Directiva 2014/24/UE constitueixen el marc interpretatiu d'obligada referència a l'hora d'analitzar i determinar la interpretació i abast de l'aplicació adient del dret intern.

Pel que fa a les consideracions socials que centren la controvèrsia, valgui començar amb el considerant 89 de la Directiva 2014/24/UE, en relació amb la noció dels criteris d'adjudicació:

“La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las

Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad- precio». Por consiguiente, se debe interpretar con arreglo a la jurisprudencia relativa a dichas Directivas, salvo cuando exista una solución material y claramente diferente en la presente Directiva.» (el subratllat és nostre)

Complementada aquesta argumentació amb el que refereix el considerant 90 de la Directiva sobre les condicions dels criteris d'adjudicació:

“La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.” (el subratllat és nostre)

El considerant 92 de la Directiva 2014/24/UE determina què és el que han de permetre els criteris d'adjudicació, essent la seva fita l'avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte, tal i com estigui definit en les especificacions tècniques:

*“Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen **aspectos sociales y medioambientales**. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.*

Los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse únicamente en criterios no relacionados con los costes. Por ello, los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. No obstante, los criterios de adjudicación no deben afectar a la aplicación de las disposiciones nacionales que determinan la remuneración de determinados servicios o establecen precios fijos para determinados suministros.” (el subratllat és nostre)

Mentre que el considerant 97 fa esment als aspectes socials del procés de producció i de manera específica, a la major participació de la dona en el mercat laboral com a condició d'execució:

*“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato **relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción** se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva.*

Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.(el subratllat és nostre)

La regulació concreta dels criteris d'adjudicació de les ofertes es conté en l'article 67 de la Directiva 2014/24/UE, segons el qual, preveu que els criteris d'adjudicació podran incloure les “**característiques socials**”:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos

cuantitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

- a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;
- b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o
- c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente.

Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Quando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.” (el subratllat és nostre)

En definitiva, tots els criteris d'adjudicació, d'acord amb la Directiva 2014/24/UE, entre d'altres requeriments, s'han de formular de forma objectiva, és a dir, han d'estar referits o vinculats a l'oferta que es formula per a l'execució de l'objecte del contracte ja sigui de manera directa o indirecta, i de forma respectuosa amb els principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat; han de permetre avaluar el rendiment de cada oferta en relació amb l'objecte del contracte, d'acord amb les prescripcions tècniques establertes, i han de garantir que les ofertes puguin ser avaluades en condicions de competència efectiva (per totes, Resolució núm. 359/2019).

En la present licitació es preveuen dos criteris d'adjudicació de caràcter social relatius al foment de la contractació femenina i l'estabilitat laboral, que es configuren de manera correcta des del punt de vista que es refereixen als treballadors destinats a l'execució del contracte.

Dit això, respecte al criteri relatiu a valorar el major percentatge de dones en l'execució del contracte, val a dir que, l'article 145 de la LCSP preveu, com s'ha exposat, la possibilitat d'incloure, com a criteri d'adjudicació el foment de la contractació femenina, dins d'aquesta visió transversal i estratègica de la LCSP. També s'ha pogut palesar que la llei no especifica, ni aporta més informació o exemples de les manifestacions d'aquesta finalitat que es pretén aconseguir amb la contractació pública. En aquesta licitació, FGC informa que aquesta inclusió s'incardina per tal d'impulsar la incorporació de dones en aquest sector, sense que es faci esment a cap cobertura concreta al respecte. Així les coses, resultaria necessari per admetre l'adequació d'aquest criteri a la configuració de la Directiva, la prèvia justificació de la relació d'aquest criteri amb l'objecte del contracte als efectes d'apreciar la vinculació en els termes de l'article 145.6 de la LCSP (en aquest sentit, Resolució del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León núm. 119/2018).

Respecte al criteri relatiu al major percentatge de personal adscrit a l'execució del contracte amb contracte laboral indefinit –qualitat social–, també manca la corresponent motivació de les raons que justifiquen la vinculació amb el contracte (en aquest sentit, en un supòsit també de previsió com a criteri d'adjudicació, de la major proporció de la contractació indefinida que superi els establerts en el conveni col·lectiu, Resolució 229/2020, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía –TARCJA–). En efecte, si bé en termes

amplis es pot afirmar que un major número de treballadors amb contracte indefinit, en general, comporta una major estabilitat i de retruc una major qualitat del servei, juntament amb el fet que no es tracta d'un criteri excloent, sinó voluntari com a criteri d'adjudicació i la proporcionalitat de la puntuació a atorgar, hauria de poder afirmar que afavoreix la qualitat la prestació del servei. Tanmateix, la manca de determinació en l'expedient d'extrems tals com el pes dels costos salarials respecte de la totalitat del contracte, impedeix a aquest Tribunal comprovar l'efectiva vinculació del criteri amb l'objecte del contracte.

En definitiva, i de tot l'exposat, procedeix l'estimació d'aquestes al·legacions dels criteris en el sentit de retrotraure les actuacions al moment procedimental per tal que FGC adequi a dret els criteris d'adjudicació en el sentit assenyalat per la seva adequació a la normativa analitzada i efectui les motivacions exigides per la legislació de contractació pública, a fi que l'òrgan de contractació justifiqui degudament els motius de la configuració i exigència del PCAP dels criteris d'adjudicació i es procedeixi a la seva publicació en el perfil de contractant.

Les qüestions abans exposades al·legades per la part actora, estan fonamentades, majoritàriament en la manca de motivació d'aquests extrems del PCAP. De l'anàlisi de l'expedient, cal destacar que l'informe de necessitat i memòria justificativa (document núm. 3 de l'expedient) no resulta suficient d'acord amb les exigències normatives, limitant-se a exposar el mateix que es relaciona en el PCAP, sense aportar cap raonament o justificació sobre els aspectes tan específics requerits en els plecs.

Al respecte, cal recordar que l'article 116.4 de la LCSP exigeix, entre d'altres extrems, l'obligació que en l'expedient es justifiquin adequadament:

"c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo". (el subratllat és nostre).

D'acord amb l'article 28 de la LCSP, sobre la necessitat i idoneïtat del contracte, cal partir de la regla que els òrgans de contractació no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per al compliment i la realització dels seus fins i correspon a l'òrgan de contractació definir les necessitats a satisfer i determinar les característiques dels productes a subministrar o dels serveis a prestar o de les obres a realitzar. Tal i com aquest Tribunal té assentat (per totes, les resolucions 200/2020, 372/2019, 320/2019, 298/2019, 91/2019, 45/2018, 18/2018), l'article 28 de la LCSP, que preveu la necessària justificació i motivació dels elements essencials dels contractes, té, sens dubte, una vinculació directa amb

l'assoliment de les finalitats establertes en l'article 1 de la LCSP i, en particular, la garantia dels principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, no discriminació i igualtat de tracte, i garantia -en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa- d'una eficient utilització dels fons públics, 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 (en aquest sentit, per totes, les resolucions 147/2017 i 173/2016 d'aquest Tribunal, i 363/2017, 262/2017 i 530/2016 del TACRC).

Així mateix, cal afirmar que la justificació exigible dels elements essencials de la contractació amb caràcter previ i/o en el propi plec de la licitació no poden ser suplerts per les argumentacions i motivacions que pugui esgrimir l'òrgan de contractació en l'informe emès amb ocasió del recurs interposat ex article 56.2 de la LCSP (en aquest sentit, les resolucions 200/2020, 45/2018, 18/2018, 176/2017, 152/2017, 195/2015, també d'aquest Tribunal, l'Acord 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón i la Resolució 47/2016 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi).

Arribats a aquest punt, procedeix, a més, una reflexió, tal i com va realitzar aquest Tribunal en les resolucions 372/2019, 320/2019, 298/20019, 91/2019, 45/2018 i 31/2018 –sense ànim d'exhaustivitat i referida al tema objecte del recurs-, sobre el paper dels plecs en el procediment de licitació i la necessitat de motivació. Efectivament, els plecs -o el document que en resulti equivalent- constitueixen l'element essencial del procediment de licitació i de la futura contractació, en la mesura que són l'instrument d'establiment i regulació del catàleg d'elements definitoris que l'òrgan de contractació ha adoptat per al disseny de la contractació. Així, s'hi contenen, en general, totes les característiques tècniques, jurídiques i econòmiques de la contractació i, en particular, els aspectes de major impacte en la garantia dels principis rectors de la contractació pública, com ara la pròpia configuració de l'objecte del contracte, els criteris d'adjudicació i les condicions d'execució.

És per tot això que, amb caràcter previ, l'expedient de contractació ha de contenir, necessàriament, l'expressió de les motivacions que, amb la finalitat última d'aconseguir la millor i més eficient solució possible per a la necessitat pública plantejada, justifica la previsió dels criteris d'adjudicació controvertits atès que altrament és una previsió que pot afectar als principis d'igualtat, no discriminació, lliure concurrència, competència i transparència. I, efectivament, aquesta motivació resulta necessària, en primer terme, com ho és per a

qualsevol acte administratiu, per articular amb seguretat jurídica la discrecionalitat tècnica de què poden disposar els òrgans de contractació en els seus àmbits d'actuació i evitar així l'arbitrarietat en les seves decisions, però, a més, en el cas de les decisions expressades en els plecs –que, recordem, són objecte d'aprovació expressa per l'òrgan de contractació en aprovar-se l'expedient ex articles 117, 122.4 de la LCSP- també resulta necessària per a fer possible la tutela judicial efectiva i evitar la indefensió dels interessats a l'hora de poder reaccionar contra aquelles mitjançant el sistema de recursos establert. En altres paraules, la motivació dels elements essencials que configuren les contractacions ha de ser coneguda pels possibles interessats, si més no, a partir del moment en què els plecs de la licitació són objecte de coneixement per aquells com a manifestació del dret a una bona administració, del principi de transparència i del principi d'integritat del dret de defensa (en aquesta línia s'ha situat el TJUE en la Sentència de 16 de gener de 2019, assumpte *United Parcel Service c/Comissió*, C-265/17 P). A tal efecte, la LCSP preveu també, en el seu article 63.3.a), l'obligació de publicació al perfil de contractant de la memòria justificativa del contracte.

Atès que la discrecionalitat tècnica de què gaudeix l'òrgan de contractació redueix les possibilitats de control a l'apreciació d'error manifest o a la inobservança dels elements reglats, i no permet una avaluació alternativa a l'efectuada per l'òrgan qualificador, difícilment es pot considerar que l'informe acreditatiu de la necessitat i idoneïtat del contracte es tracta d'un requeriment merament formal de l'expedient i, pel contrari, se l'ha de considerar un element substantiu necessari per a què es pugui dur a terme la funció revisora d'aquesta discrecionalitat (en aquest sentit, l'Informe 15/2012, de 30 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya).

Ultra això, cal afegir l'especial importància de justificar prèviament la configuració dels criteris d'adjudicació per tal de garantir l'adequació tant de l'objecte del contracte en relació amb la finalitat a satisfer, com del seu disseny respecte dels principis de la contractació pública, en especial, quant a l'afectació d'aquests als principis d'igualtat, no-discriminació, competència i lliure concurrència. Tot això connecta amb el que s'ha indicat en el fonament jurídic sisè, en el sentit que és l'òrgan de contractació qui coneix les seves necessitats de contractació, a qui correspon la determinació dels requisits tècnics i característiques exigibles en la contractació per tal de garantir que la prestació que es vol contractar estigui en connexió amb l'objectiu d'objectivitat pressupostària, control de despesa i eficient utilització dels fons públics (com ja ho va indicar aquest Tribunal en les seves resolucions 372/2019, 298/2019, 91/2019, 10/2019, 288/2018, 212/2018, 127/2018, 88/2018, 158/2017 i 196/2016).

Per tot això, i atès que el disseny dels criteris d'adjudicació, cal concloure que en aquesta licitació l'informe justificatiu no conté una motivació suficient, sense que les argumentacions aportades per la via de l'informe emès amb ocasió del recurs pugui convalidar aquesta mancança (per totes resolucions 320/2019, 91/2019, 335/2016 del TARCJA i 145/2015 del TACPM), i sense que s'haqi donat la possibilitat a la part actora a conèixer-les de manera prèvia a la interposició del recurs, de manera que ha existit una pèrdua apreciable de les possibilitats reals de defensa per part de l'associació recurrent.

Respecte al retret d'AUDICA per la previsió d'un topall a complir per les empreses licitadores en la valoració dels criteris d'adjudicació objectius "tècnics", en principi, val a dir que la previsió relativa a l'exclusió de les empreses licitadores que no assoleixin el 60% de la puntuació d'aquests criteris, és possible d'acord amb l'article 146.3 de la LCSP, tal i com la jurisprudència del TJUE ha admès, en la Sentència de 20 de setembre de 2018, *Montte, S.L., y Musikene*, (C-546/16) en reconèixer que els poders adjudicadors gaudeixen de llibertat per determinar, d'acord amb les seves necessitats, el nivell de qualitat tècnica de les ofertes presentades per tal de garantir, en funció de les característiques i l'objecte del contracte, i establir un límit mínim que aquestes ofertes han de respectar des d'un punt de vista tècnic.

ONZÈ. AUDICA continua al·legant que tant les disposicions generals sobre subcontractació, com el criteri d'adjudicació consistent en "*disposició de servei propi o subcontractat de manteniment bàsic de vehicles enfront avaries o contingències*" –respecte a la puntuació discriminatòria respecte a la puntuació addicional al licitador que disposi d'un servei propi envers al que recorri a un tercer per a realitzar les tasques de manteniment bàsic-, la clàusula 6.3 del PCAP, l'apartat A.2 del QC del PCAP i el 4.4.2 del PPT vulneren les previsions legals sobre la matèria perquè, contràriament al que fixa la LCSP, els plecs preveuen l'única tasca que no es pot subcontractar, vetant sense cap motivació la subcontractació d'altres tasques que conformen la prestació, sense cap motivació al respecte.

Al respecte, FGC informa que segons el que al·lega AUDICA, determina que les condicions incorporades a la licitació s'adeqüen exactament amb el que disposa la LCSP, permetent que part de les prestacions es puguin subcontractar.

Les clàusules invocades per AUDICA estableixen:

6.3 Especificitats en relació a la subcontractació i cessió del contracte

L'adjudicatari podrà subcontractar part de les prestacions previstes en el contracte. En aquest cas, l'adjudicatari haurà d'informar a FGC de les dades del subcontractista, així com acreditar que aquest compleix amb les condicions previstes a la LCSP en relació a la subcontractació.

En el cas de que l'adjudicatari opti per la subcontractació, s'hauran de tenir en compte els següents requisits:

- La notificació per escrit per part de l'adjudicatari a FGC de les condicions i parts del contracte a realitzar pel subcontractista.
- L'adjudicatari s'obliga a abonar als subcontractistes el pagament del preu pactat amb ells en els mateixos termes, terminis i condicions que els establerts amb FGC
- Els subcontractistes s'obligaran només davant de l'adjudicatari que assumirà, per tant, la total responsabilitat de l'execució del contracte davant d'FGC.
- Excepcionalment FGC podrà assumir l'obligació de pagament directament als subcontractistes.


No es permet la cessió del contracte.

A2. Lloc d'execució i règim de subcontractació

Lloc d'execució:

El lloc d'execució serà a l'Estació d'Esquí de La Molina, Edifici Telecabina, s/n, 17537 La Molina (Alp) Girona.

Règim de subcontractació:

 L'adjudicatari podrà subcontractar el manteniment bàsic dels vehicles enfront avaries o contingències i els vehicles de substitució en cas d'incidències en els supòsit que s'ofertin. No obstant, amb caràcter previ, haurà d'informar a FGC la seva voluntat de subcontractar, i

en la seva oferta haurà d'identificar quines parts té la intenció de subcontractar, quin percentatge de l'objecte del contracte comporta i a quina empresa es pretén subcontractar. En la subcontractació, s'hauran de complir totes les prescripcions previstes a la LCSP.

I l'apartat 4.4.2 del PPT:

4.4.2 Personal

El personal contractat per l'adjudicatari per a la prestació del servei objecte d'aquest plec tindrà dependència laboral únicament amb ell, sense que per cap motiu, aquest personal pugui passar a dependre de FGC.

L'adjudicatari s'obliga a donar d'alta a la Seguretat Social a tot el personal depenent del mateix, així com al compliment de la resta de les lleis relatives a seguretat i higiene en el treball.

És responsabilitat única i exclusiva de l'adjudicatari assegurar la capacitació i experiència professional del seu personal en el desenvolupament del servei, així com el coneixement dels riscos inherents a la singularitat del servei (conducció en alta muntanya i amb situacions climatològiques adverses) i accessos pels què transcorre. I en aquest sentit, n'és responsable, l'adjudicatari i el seu personal assignat, de qualsevol dany, material o personal, propi o a tercers, com a conseqüència dels seus actes o omissions en el desenvolupament del servei. FGC es reserva el dret d'indicar a l'adjudicatari la insatisfacció respecte el servei de personal concret demanant-ne la seva substitució sense alterar la qualitat del servei de transport.

En relació a la manca de motivació de la prohibició de subcontractació, l'article 215.2 de la LCSP disposa:

"1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

(.../...)

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación. (el subratllat és nostre)

D'acord amb això, i de la redacció dels plecs, i si bé es pot deduir *ad sensum contrario* quines són les tasques crítiques fixades per FGC dins de la seva discrecionalitat tècnica (per totes la recent Resolució núm.734/2020 del TACRC), atès que s'indiquen les que es poden subcontractar, manca, en tot cas, la justificació de les tasques crítiques, tal i com exigeix la lletra e) de l'article 215.2 de la LCSP. Per tant, cal estimar també aquesta al·legació.

En efecte, com ja va assenyalar aquest Tribunal en la Resolució 200/2020, atès el tenor literal de l'article 215.2 e) de la LCSP, està clar que també s'havia de procedir a motivar la possible limitació de la subcontractació en l'expedient de contractació, per tal de vetllar qualsevol obstacle o limitació que produeixi una restricció efectiva de la competència (en aquest sentit, la Resolució núm. 1053/2018 del TACRC, per totes). Al parer d'aquest Tribunal, els motius argüïts ara, en seu de recurs, no salven la mancança de l'obligació de la motivació que exigeix la LCSP, de manera que, com sigui s'hauran de procedir a la configuració i motivació dels criteris d'adjudicació atesa l'estimació d'aquests extrems, caldrà també procedir a justificar aquesta limitació en l'expedient.

De conformitat amb l'assenyalat, cal estimar també aquesta al·legació, en el sentit de retrotraure les actuacions per tal que es motivi en l'expedient de licitació les raons específiques de la limitació de la subcontractació.

DOTZÈ. Com a darrera qüestió, AUDICA al·lega diverses qüestions susceptibles de nul·litat del PPT, atès que al parer de la part actora no queda clar el número màxim de vehicles que

pot arribar a requerir FGC per la prestació del servei perquè en el PCAP se n'estableixen tres: principal, reforç i microbús, mentre que al PPT estableix que el nombre de vehicles per jornada de servei la definirà FGC en funció d'afluència o altres aspectes de gestió i explotació i que FGC podrà requerir l'increment de servei puntual. Tot això el porta, a afirmar que FGC no es pot arrogar la facultat unilateral de determinar el nombre de vehicles que efectivament han de prestar el servei sense establir-ne un límit adequat al pressupost i a les determinacions pròpies del PCAP i PPT. Ultra això, retreu que en els plecs no queda clar l'antelació amb què FGC pot sol·licitar els reforços de línia -12 hores o 10 hores-, ni el temps de substitució del vehicle principal –al PPT màxim de 45 minuts, en el PCAP, 30 minuts.

D'acord amb l'anterior, sosté que en tractar-se aquestes qüestions elementals per a la prestació del servei i per a la seguretat jurídica dels licitadors en el moment de presentar les seves ofertes, és procedent declarar nuls els plecs i cominar a FGC a la seva formulació ajustada a la legalitat.

En el tràmits d'al·legacions FGC retreu que la part actora no sap entendre les condicions d'una licitació i es remet a l'informe tècnic justificatiu annexat a l'informe de l'article 56 de la LCSP per tal de concloure que no hi cap argument que permeti sustentar la possible nul·litat del PPT.

En l'informe tècnic que s'adjunta amb l'informe de l'article 56 de la LCSP consta:

3- Plec de Prescripcions Tècniques

El plec de prescripcions tècniques descriu àmpliament el servei a realitzar, diferenciant les situacions de funcionament ordinari i també quan ocorregués una possible incidència. Així, el funcionament ordinari estableix 12 hores d'antel·lació per confirmar l'organització i 10 hores en cas de contingència (que es pugui preveure).

En cas d'incidència durant el mateix servei són els 45 min el màxim temps de resposta i els 30 minuts es refereixen a l'establiment del punt base; havent limitat el temps de resposta a 30 minuts sí que es limitaria la concurrència a empreses implantades al territori però la resposta a una incidència pot ser un vehicle que estigui realitzant un servei en una relativa proximitat. Com indiquen entitats del sector del transport, *"l'adequació i l'estricta compliment de les característiques bàsiques són un determinant de la credibilitat, conjuntament amb la informació i la comunicació, la fiabilitat, l'homogeneïtat..."*, per tant, i com s'ha indicat anteriorment, no es vol posar ombra de dubte sobre aquesta fiabilitat i credibilitat.

Al respecte, i com aquest Tribunal ja ha indicat anteriorment, i tota vegada s'haurà de tornar a motivar i adequar els diferents extrems controvertits analitzats en la Resolució, caldrà

concretar i ajustar els termes de la licitació per tal de garantir la seguretat jurídica i el ple i correcte coneixement previ, de l'abast de la licitació als potencials operadors econòmics per tal de poder preparar, o no la seva oferta i, alhora, procurar la màxima concurrència possible.

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

ACORDA

- 1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor A.S.T., en nom i representació de l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA contra els plecs que regeixen el contracte del servei discrecional de transport per carretera amb reiteració d'itinerari per a l'estació d'esquí i de muntanya de La Molina, licitat per FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, (expedient CONTR/2020/272), d'acord amb els fonaments de dret setè, novè, desè, onzè i dotzè.
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 3 de setembre de 2020, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- 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.
- 4.- 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 2 de desembre de 2020.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez

Secretària

Neus Colet i Aream

Presidenta