Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

Carrer del Foc, 57
08038 Barcelona
Tel. 938 842 038

Barcelona, 23 de febrer de 2022

Resolució: 42/2022 (recurs N-2021-0223)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.P.L.Z. en nom i representació de l'empresa VIGUESA DE TRANSPORTES, SL, contra la resolució de l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA per la qual s'adjudica el contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre Sant Boi de Llobregat, Barcelona i altres municipis (expedient núm. 901648/2017), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 27 d'abril de 2021 l'òrgan de contractació va resoldre l'adjudicació del contracte referenciat a favor de la UNIÓ TEMPORAL D'EMPRESES formada per l'EMPRESA MONFORTE, SAU; CASTROMIL, SAU; LA HISPANO IGUALADINA, SL; ALCALABUS, SL; AUTOCARES JULIÀ, SLU; JULIÀ TRAVEL, SLU; MONBUS URBANOS, SA i AUTOBUSES URBANOS DE LUGO; SA, (en endavant, l'UTE).

Aquest acte va ser objecte de publicació al perfil de contractant de l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA (AMB o òrgan de contractació) el 29 d'abril de 2021, data en què també va accedir a la notificació de l'adjudicació la segona empresa classificada, empresa VIGUESA DE TRANSPORTES, SL (en endavant, VITRASA).

SEGON. En data 20 de maig de 2021, l'empresa VITRASA va interposar el recurs especial davant el registre electrònic del Departament d'Economia i Hisenda, que va ser derivat el 21 de maig de 2021 al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), contra l'adjudicació del contracte. En síntesi, aquesta empresa pretén l'exclusió de l'UTE adjudicatària sobre la base de: (i) l'incompliment de la normativa laboral per part de l'UTE per no contemplar determinats costos, (ii) que les estimacions econòmiques i tècniques són errònies i de contingut impossible, qualificant la justificació d'aquestes empreses com

insuficient i insatisfactòria, i (iii) que l'oferta de l'adjudicatària és il·lusòria per contenir estimacions "a pèrdues" i deficiències en el seu el dimensionament.

I sol·licita l'anul·lació de la resolució, la retroacció d'actuacions al moment immediatament anterior a l'adjudicació i que s'ordeni adjudicar el contracte a l'oferta de VITRASA. Mitjançant altressís demana la proposta de mitjans de prova, entre les quals destaca l'aportació d'un informe pericial i la suspensió de la licitació.

TERCER. En data 21 de maig de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'AMB 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 8 de juny de 2021, es va completar la tramesa per part d'AMB de la documentació requerida. L'AMB corrobora la viabilitat de l'oferta de l'UTE adjudicatària i retreu que el recurs es fonamenti en hipòtesi i que, en tot cas, serà en l'execució del contracte quan es verificarà el compliment de la normativa laboral, rebutjant els càlculs efectuats per VITRASA i defensant que els costos de l'oferta de l'UTE són estimatius i que els plecs ja preveuen mecanismes en cas d'incompliment.

QUART. 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, l'UTE adjudicatària va presentar escrit d'al·legacions mitjançant el qual s'oposa als diferents extrems del recurs i retreu el fet que la recurrent no determini exactament quin és l'incompliment sobre el qual pretén la seva exclusió. I adjunta també un informe pericial.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 46 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, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat (el valor estimat del contracte és de 362.621,949 euros), 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 l'adjudicació del contracte que és un acte expressament previstos per l'article 44.2 c) de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació. Atès això, d'acord amb l'article 53 de la LCSP, l'efecte suspensiu del procediment es produeix *ope legis* quan el recurs es presenta contra l'acte d'adjudicació del contracte.

El recurs també ha estat interposat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent –segona classificada en la licitació- drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. Des del punt de vista temporal el recurs s'ha presentat dins de termini d'acord amb l'article 50.1 c) de la LCSP.

SISÈ. Entrant en el fons de l'assumpte, **VITRASA** retreu que l'AMB ha adjudicat el contracte a una oferta amb incompliments i errors que hauria d'estar exclosa perquè:

- incompleix de forma flagrant la normativa laboral aplicable, la qual cosa, afirma, també comporta l'incompliment d'una previsió bàsica dels plecs, doncs l'UTE no ha aplicat correctament els trams d'antiguitat previstos al conveni laboral aplicable en utilitzar uns trams diferents –exigeix un any més d'antiguitat que el conveni per a meritar el dret al cobrament del complement per part del treballador (535.998 euros)-; no ha calculat correctament el cost de part del personal subrogat; ni ha calculat correctament el cost de part del personal subrogat vulnerant la clàusula 9.2 del PPT; ni ha calculat correctament el cost mitjà dels conductors, no incloent partides a les que aquests treballadors tenen dret com el plus de trasllat, el descans distribuït, el plus de nocturnitat segons conveni i les dietes segons conveni.

Per això, sosté que l'UTE en incomplir la normativa laboral i els plecs, havia d'haver estat exclosa *ex* article 149.4 de la LCSP.

-l'oferta de l'UTE té un contingut materialment impossible i s'ha realitzat a pèrdues, fet que també, per aquest motiu, hauria d'haver estat exclosa: conté estimacions econòmiques i tècniques manifestament errònies que fan que tingui un contingut impossible i que es posin en perill l'execució del contracte i la viabilitat del servei, perquè els costos d'operació si es calculen correctament resulten molt superiors als resultants al preu ofert tal i com conclou l'informe pericial que aporta, comportant importants pèrdues econòmiques.
Insisteix que l'oferta de l'UTE es basa en premisses, càlculs i estimacions manifestament erronis: percentatge considerat per l'absentisme, formació i càlcul de les hores mortes, dimensionament erroni del personal (organigrama, dedicació del gerent, dedicació del cap del servei, cap del taller) i sense fonament. Quant als càlculs del sobre B –criteris d'adjudicació avaluables en funció d'un judici de valor- al·lega que l'UTE adjudicatària no va a poder a complir amb cap indicadors.

Sosté que pel fet que amb l'augment de la demanda que estima l'UTE durant la "concessió" -110%- en contrast amb el augment contingut de l'oferta, de la demanda –menys del 50%- podria provocar el progressiu deteriorament de la qualitat del servei i que podria: "*podria llevar a la obtención de valores anormalmente bajos del ISC, materializándose en incumplimientos graves por reiteración y penalizaciones económicas estipuladas en el pliego*".

Retreu també que no inclou personal responsable de qualitat, i que l'UTE s'hagi compromès a obtenir de manera immediata determinades certificacions, requerint algunes d'elles un període d'anàlisi de 3 anys, no s'ha repercutit el cost dels 9 vehicles provisionals addicionals oferts pe l'UTE adjudicatària en el sobre C; el mètode utilitzat per l'UTE adjudicatària pel càlcul del consum mig de combustible i energia dels vehicles no és vàlid ja que no ha tingut en compte la quantitat de quilòmetres realitzats per cada tipus de vehicles; el cost de manteniment de la flota també ha estat incorrectament calculat, les quantitats destinades a l'operació i manteniment de vehicles i altres elements només arriben a cobrir el lloguer dels vehicles auxiliars, no s'han computat 5 patinets, els costos de les instal·lacions han estat indegudament calculats, no s'ha repercutit en l'estudi econòmic financer els costos derivats de l'adequació de les parades i recorreguts que es proposen en el sobre B, no s'inclou en la partida de neteja de la flota els plans de xoc anti-COVID 19, no inclou en la partida de costos els derivats d'ADBLUE –sistema de depuració de gasos imprescindibles en els actuals motors dièsel per a protegir el medi ambient, errada en el càlcul de vehicles en desús a gestionar, ni el cost dels uniformes per al personal auxiliar i d'atenció al client.

Atès això, planteja en el recurs determinats problemes que poden existir a tomb de les circumstàncies descrites, i conclou la impossibilitat de compliment de l'oferta de l'UTE ha de determinar l'anul·lació de l'adjudicació.

Retreu que la justificació feta per l'UTE es fa a través de simples explicacions genèriques i no específiques com es materialitzen en el contracte en contra de la doctrina i jurisprudència, fent esment només a les sinergies que té en la gestió i administració –aspecte que afirma és predicable a qualsevol empresa-, i, per l'altra, que l'admissió de l'oferta de l'UTE per no conté majors explicacions, ni explica en quina mesura el número d'unitats proposades és o no suficient o permet justificar el cost assignat a cada partida, sense cap contrast i van ser admeses per l'òrgan de contractació. I fa esment a "determinada doctrina i jurisprudència" relativa que les sinergies han de justificar-se amb una base tècnica suficient i pormenoritzada, que s'ha d'acreditar tècnica i econòmicament, sent més qualificada quan s'està davant d'una infraestructura considerable i volum de serveis i negocis.

Al seu torn, l'**AMB** defensa que no es pot inferir que l'adjudicatària incompleixi la normativa laboral d'aplicació; extrem que en tot cas, afirma, es verificarà durant l'execució de la prestació del servei, a més que els plecs de la licitació estableixen diferents mecanismes de control i

seguiment del servei per tal de garantir el compliment dels requeriments definits als propis plecs. D'aquesta manera, afegeix, en el cas que mitjançant els diferents mecanismes de control l'AMB detectés algun incompliment, l'UTE seria objecte de penalització econòmica segons l'establert a la clàusula 28 del PCAP, podent arribar a la resolució del contracte en els casos previstos a la clàusula 40 del PCAP. Dit això assenyala que:

- El cost de personal presentat per l'adjudicatària, són estimacions, que es concretaran en tot cas en funció de les condicions reals d'execució del contracte, i que sempre hauran de complir les obligacions en matèria laboral recollides als plecs. Respecte de l'estimació del dèficit resultat de la metodologia emprada per l'adjudicatària en l'estimació del cost d'antiguitat del personal, oposa el fet que l'informe pericial s'ha calculat amb la hipòtesi que tots els treballadors s'han incorporat l'1 de gener de l'any d'ingrés, hipòtesi que no té en consideració la data real d'antiguitat del personal, que lògicament no sempre es correspon a l'1 de gener i, a més, està calculada per a 8 anys, i no pels 7 anys de contracte. Retreu que la recurrent també omet el fet que la metodologia proposada per l'empresa adjudicatària treballa amb una hipòtesi a l'alça que incrementa l'estimació del cost d'antiguitat, que és considerar que la totalitat dels treballadors exerciran el seu dret a ser subrogats en el contracte i que no hi ha més rotació de personal que la jubilació. Respecte al cost mitjà del personal de conducció "*teniendo en cuenta un escenario realista*" que segons indica incrementa en més de 5.000 euros anuals l'estimació presentada per l'empresa adjudicatària, sosté que és una hipòtesi del valor mitjà, però sense incloure el detall de la justificació d'aquest diferencial considerat i que, en tot cas, el cost del personal de conducció dependrà de la meritació d'una sèrie de conceptes salarials en funció de les condicions efectives en les quals es produeixi la prestació laboral de cada treballador o treballadora.

- Pel que fa al dimensionament proposat per la recurrent, sosté que es basa en les estimacions, càlculs i hipòtesis recollides a l'informe pericial i que aquests no són unívocs, doncs indica que no hi ha una operativa única per satisfer les necessitats del servei, ni per donar resposta als compromisos de l'oferta de l'empresa adjudicatària. En aquest sentit, explica que els plecs de la licitació donen llibertat respecte dels recursos (propis o aliens), mitjans i funcionalitats a oferir per part dels licitadors, sempre i quan es garanteixi el compliment de les obligacions derivades dels requeriments establerts als plecs i dels compromisos de la seva oferta. I detalla que aquest fet ve motivat per la necessitat de preservar la llibertat dels licitadors per definir la seva operativa de servei, per definir quins

recursos posen a disposició del servei i com els volen organitzar per satisfer les necessitats del servei i per la necessitat de preservar la llibertat dels licitadors per formular la seva oferta en funció de l'estratègia empresarial que considerin més adient, sempre i quan garanteixin el compliment dels requeriments establerts als plecs. Per tant, apunta que serà en el moment de l'execució del contracte quan l'adjudicatària haurà de complir amb els requeriments establerts als plecs de la licitació i a la seva oferta.

A tals efectes, fa esment que els plecs de la licitació estableixen diferents mecanismes de control i de seguiment del servei (indicadors de qualitat, informes de seguiment, inspeccions del servei, etc.) per tal de garantir el compliment dels requeriments i dels estàndards de qualitat definits als propis plecs, així com el compliment dels compromisos oferts per l'empresa adjudicatària. I que en el cas que mitjançant els diferents mecanismes de control l'AMB detectés algun incompliment, l'empresa adjudicatària seria objecte de penalització econòmica segons l'establert a les clàusules 28 i 40 del PCAP. Ultra això, explica que en haver estat l'empresa adjudicatària incursa en presumpció d'ofertes amb valors anormals, d'acord amb l'article 149.7 de la LCSP, l'AMB establirà mecanismes adequats per realitzar un seguiment detallat de l'execució del contracte, amb l'objectiu de garantir la correcta execució del mateix.

- quant als resultats dels indicadors, informa que no es poden establir en aquest moment de manera unívoca i, per tant, qualsevol previsió serà fruit d'una sèrie d'hipòtesis. I fa remissió a la clàusula 20 del plec de prescripcions tècniques (PPT) que estableix un sistema d'incentius i de penalitzacions econòmiques en funció dels valors obtinguts dels indicadors de qualitat per l'empresa adjudicatària, podent rebre aquesta una penalització econòmica, però també un incentiu de fins al 5% del cost d'operació per exercici.

- en relació amb les deficiències que la recurrent apunta respecte de l'anàlisi de l'objectiu de viatgers i de la documentació addicional de la demanda, defensa que l'oferta de l'empresa adjudicatària referent al criteri de valoració *"2.1. Objectiu de viatgers de pagament 2021-2028"* i la documentació addicional a aportar respecte aquest criteri compleix amb els requeriments recollits als plecs de la licitació. I afegeix que, en tot cas, el no compliment de les previsions de demanda no representa la inviabilitat econòmica del contracte sinó l'aplicació d'una penalització mitjançant el mecanisme contractual establert a la clàusula 18 del PPT, que pren com a paràmetre principal el propi compromís ofert per l'empresa adjudicatària. Aquest mecanisme, detallat al PPT i, per tant defensa que conegut per tots els licitadors en el moment

de fer les seves ofertes, és d'aplicació homogènia per a tots els licitadors i, per tant, garanteix la no discriminació i igualtat de tracte. I qualifica que la recurrent es basa en hipòtesis considerades a l'informe pericial sobre la distribució de la demanda a futur i que no es poden verificar, i que per això, no es pot concloure la inviabilitat del servei en base a aquest argument.

- respecte de l'estudi econòmic justificatiu, retreu el fet que la recurrent planteja una correcció de la documentació presentada per l'empresa adjudicatària en base a una sèrie d'hipòtesis i càlculs, recollits a l'informe pericial que, en tot cas, no deixen de ser unes estimacions del cost -com ho són les de l'empresa adjudicatària- i que no es pot saber amb certesa que es correspondran amb el cost real de l'execució del servei. Per aquest motiu, defensa que no es pot establir unívocament l'estimació del cost de la prestació del servei i, per tant, no es pot concloure sobre la impossibilitat de compliment de l'oferta presentada per l'empresa adjudicatària.

- Quant al valor anormal o desproporcionat de la variable del cost unitari Cu_iCu_i exposa que l'UTE va presentar un valor -10,79% inferior a la mitjana del conjunt de les ofertes presentades, que comporta que l'oferta presentada per l'UTE excedeix per 0,0359 euros/quilòmetre, que comporta el 0,84% del cost unitari de referència $CurefCuref$ establert en 4,2804 euros/quilòmetre. I sosté que l'UTE aporta informació i elements documentals justificatius addicionals respecte de l'estudi econòmic justificatiu presentat al sobre C, justificació dels imports de les partides recollides a la seva oferta del sobre C –d'acord amb els elements demanats a l'apartat 12.2.6.2 del PCAP-, aporta detall addicional respecte de la identificació dels compromisos que emanen de la seva oferta, presenta informació acreditativa addicional respecte de la proposta d'inversions en equipaments inicials, manifesta que els costos de personal (directe, indirecte i antiguitat) s'han obtingut aplicant els treballadors de la seva oferta (sobre B), on expressen el seu compromís de subrogació de personal; i respecte als elements més important de l'estructura de costos, es constata que tant el combustible i energia (14,22% Co) com el personal de conducció (51,32% Co) no presenten un valor inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica del valor d'aquestes partides per al conjunt de les ofertes presentades, en el cas del combustible i energia l'oferta de l'empresa adjudicatària és superior a l'esmentada mitjana aritmètica en més d'un 10%; la proposició econòmica de l'empresa adjudicatària inclou un 10 % de benefici industrial, valor per sobre de la resta d'empreses licitadores. Per tot això, conclou que no es pot inferir que l'oferta de l'UTE no resulti viable, i per tant, que es trobi en situació d'oferta anormalment baixa.

I en el tràmit d'al·legacions l'**UTE** s'oposa al recurs mitjançant un extens escrit d'al·legacions que, en síntesi, manifesta que el recurs no té cap fonament, està basat en un sèrie d'hipòtesi, sense que al·legui cap motiu, ni cap incompliment, ni aporta cap prova que permeti desvirtuar la decisió de l'AMB. L'adjudicatària en l'escrit tracta les qüestions plantejades per la recurrent, en concret, afirma que:

- El plantejament de la recurrent és incorrecte, doncs no s'ha acreditat la inviabilitat de l'oferta per l'incompliment de la normativa laboral, perquè no qualsevol irregularitat o suposat incompliment de l'oferta en qüestions laborals comporta necessàriament la seva exclusió atès que no demostra l'incompliment de la normativa laboral. Retreu que la recurrent utilitza cites esbiaixades de la normativa aplicable per sol·licitar l'exclusió. I emfatitza que l'UTE va justificar la viabilitat de l'oferta, va ser acceptada per l'òrgan de contractació sense que la recurrent plantegi cap motiu vàlid per a qüestionar-la.

  Dit això defensa que han calculat correctament l'antiguitat de personal tenint en compte la data d'alta de l'empresa segons el llistat del personal a subrogar i prenent com a referència el darrer dia de l'any corresponent, assumint que cada treballador continuaria en l'empresa durant tota la vida del contracte –o fins que complís 65 anys-, per tant, explica que va prendre una situació molt conservadora; mentre que el l'informe emprat per la recurrent es fonamenta en hipòtesi més restrictives per a incrementar els costos del servei. Ultra això, retreu que la recurrent per al càlcul del cost laboral pren 8 anys complets, quan la duració del contracte és de 7 anys i, a tals efectes, aporta un altre informe pericial, les afirmacions i les conclusions del qual es reprodueixen en l'escrit.

  També defensa que l'oferta de l'empresa de l'UTE ha respectat els salaris del personal subrogat, esposa la quantia dels euros per treballador i any com a cost dels acords d'empreses incloses en el plec, càlcul que va ser valorat i validat per l'òrgan de contractació. Respecte a les xifres que apuntades per la recurrent, retreu que no consta cap càlcul ni queden fonamentades.
- En relació a les preteses previsions econòmiques i tècniques incorrectes, reitera que es basen en conjectures, valoracions subjectives que no poden portar a la seva exclusió doncs d'acord amb la jurisprudència que invoca, no qualsevol incompliment ha de suposar automàticament l'exclusió. Dit això, defensa que la seva oferta no conté les errades en el sobre B a les que fa esment el recurs, tot reiterant que ja ha estat valorada i va obtenir la millor puntuació. En concret, defensa que el càlcul de les hores

de formació és correcta atenent les necessitats particulars de la formació dels conductors i a tals fins adjunta diferents quadres de càlculs. I sosté que el pla de formació té en compte les necessitats específiques de formació de cada categoria professional, atorgant especial atenció als conductors.

- Defensa que no hi ha errades en el dimensionament del personal d'inspecció, transcriu part de l'acta 2 tot incidint que en l'oferta s'indica que l'objectiu de les inspeccions s'analitzarà en funció del número d'expedicions anuals, i afirma que:

  - En primer lugar, que el objetivo de inspección del 0,5% de los viajeros previsto en la oferta de las Empresas es únicamente un objetivo (y no así un compromiso). Y es que, en efecto, es posible observar que se prevé que se trata de un mero objetivo de inspección en condiciones normales.
  - En segundo lugar, que en la oferta de la UTE Adjudicataria no se establece que el dimensionamiento de las inspecciones se haya basado en el objetivo de viajeros de pago incluido en el Sobre C (es más, se advierte en la oferta que la demanda futura puede fluctuar).

  I explica el càlcul del número d'inspeccions, tenint en compte les hipòtesi d'ocupació (viatgers/expedició) i a la resta de personal i conclou que a més del personal suficient, disposa de sinèrgies en l'àmbit geogràfic d'actuació que permeten dotar de cobertura les tasques d'inspecció.
- Afirma que ha dimensionat correctament el personal d'atenció al client, i va ser valorat per l'AMB, per això, tenint en compte la jornada anual i el número de membre de personal auxiliar, conclou que resulta suficient per complir amb l'establert a la memòria.
- L'organigrama proposat per l'UTE és suficient i reprodueix el quadre de l'estructura, defensa la seva oferta i retreu l'existència d'errades en l'informe de part de la recurrent (defensa que té en compte la dedicació i que la correspondència entre l'organigrama i el llistat del personal és perfectament coherent).
- Els indicadors de qualitat presentats en l'oferta són correctes i l'UTE complirà perquè els indicadors de qualitat són obligatoris. Ultra això, explica que el procediment per a l'obtenció de determinats indicadors a vegades s'accelera i manté que disposa d'un departament de qualitat i medi ambient.
- L'UTE ha tingut en compte correctament l'absentisme laboral.

- La recurrent tracta indegudament de qüestionar la valoració dels aspectes avaluables automàticament mitjançant l'aplicació de fórmules, però no hi ha errades en el sobre C: l'anàlisi de viatgers i la demanda és correcta i conforme als plecs, i no aporta cap incompliment de l'oferta, tot distingint que una cosa són els viatgers de pagament i altre, els viatgers totals. Defensa que la seva oferta comprèn no només l'escenari optimista, sinó també el pessimista i el realista i desenvolupa l'actual escenari post-COVID i el del transport públic. I destaca que el plec no preveu respecte al sobre C que s'hagi de vincular el càlcul amb el valor objectiu de viatgers de pagament comportés en el sobre C. Per tot això, conclou que el càlcul és correcte i no comporta cap incompliment.
- L'estudi econòmic presentat és correcte i conforme amb el plecs, mentre que el recurs no té cap fonament i la metodologia emprada planteja un estalvi irreal de costos. Atès això, defensa la suficiència de l'import estimat doncs conté tots els elements relatius al personal i qüestiona el cost de manteniment de la flota utilitzat per les empreses. I a tals efectes, es remet a l'informe pericial de part que aporta per defensar la metodologia emprada. I rebutja el dimensionament que planteja la recurrent, que el titlla d'equivocat.

Exposat tot això, conclou que el plantejament del recurs és incorrecte perquè pretén que el Tribunal revisi la discrecionalitat tècnica de l'AMB en l'admissió de l'oferta de l'UTE la seva justificació ha estat suficient i ha estat admesa per la mesa de contractació i per l'òrgan de contractació. pel que no pot quedar desacreditada per l'informe pericial aportat per la recurrent i, en conseqüència, i vist que no en cap cas l'actuació de l'òrgan de contractació ha estat arbitrària; sol·licita la desestimació del recurs i la imposició de costes.

SETÈ. Per a l'anàlisi del recurs, cal partir del punt que la funció d'aquest Tribunal no és fiscalitzadora de l'expedient de contractació, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen, segons el tipus d'actuació, a l'òrgan de contractació i els seus òrgans auxiliars.

La funció d'aquest Tribunal és estrictament **revisora** dels actes impugnats i impedeix que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i dels òrgans d'assessorament que intervenen en el procediment de contractació, que són els competents per apreciar les característiques de les ofertes licitadores, valorar-les 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.

Per aquest motiu, la funció d'aquest Tribunal únicament es pot circumscriure a determinar si amb l'acte impugnat 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 altres, resolucions 163/2021, 99/2021, 404/2020, 383/2020, 355/2020, 91/2019, 241/2018, 233/2018, 183/2018, 128/2018, 102/2018, 82/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018, 170/2017, 147/2017, 54/0217, 14/2017, 6/2017; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió 11 Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea 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).

En segon lloc, en aquest moment procedimental, no es pot desconèixer que els plecs que regeixen la licitació no consten que haguessin impugnats en temps i forma i declarats nuls, de manera que les previsions, d'acord amb una inveterada jurisprudència que aquest Tribunal ha anat recollint en la seva doctrina, van esdevenir *lex inter* partes i vinculants per a totes les parts (entre moltes altres, les resolucions 228/2019, 201/2018, 32/2018, 148/2017, 102/2017, 91/2017 i 54/2017, en consonància amb la jurisprudència -per totes, sentències 12 del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals -per totes, resolucions 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-).

Addicionalment, en l'exercici de dita funció revisora, el Tribunal ha d'estar a allò constatat per l'òrgan de contractació atès que els actes dels poders adjudicadors disposen de la presumpció de validesa, certesa, encert i legalitat, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (per totes, les resolucions 59/2021, 50/2021, 21/2021, 406/2020, 135/2020, 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017 del Tribunal). En aquesta mateixa línia, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013 (Roj. SAN 2420/2013) va afirmar que:

"(...) a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento "ad hoc" del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente del perito de parte."

En aquest sentit, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori (per totes, resolucions 520/2017, 448/2016 i 456/2015 del TACRC). En concret, la darrera d'aquestes resolucions afirma el següent:

"Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. (…/…) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie adicionalmente error material, ni arbitrariedad o discriminación."

D'igual manera s'ha pronunciat reiteradament el Tribunal, establint, entre moltes altres, en la Resolució 170/2017, que:

"En efecte, seguint la doctrina imperant i, tal com aquest Tribunal ha assentat en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 133/2013, 141/2013, 78/2014 i 125/2014, que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que, en els assumptes de caràcter tècnic, aquest Tribunal no pugui comprovar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre el licitadors, s'ha incorregut en un error patent o que s'hagi pogut produir cap infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes i concloure la inviabilitat de l'oferta analitzada. Si no hi ha cap indici d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, l'anàlisi tècnica s'emmarca dins de la discrecionalitat de l'administració i aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable. Aquesta és la voluntat del legislador per confrontar les opinions de les parts i evitar una possible arbitrarietat en l'actuació de l'administració mitjançant el seu control jurisdiccional."

Per tant, atès que els informes tècnics estan dotats d'una presumpció de certesa i legalitat, en contra d'aquests només hi cap una prova suficient que demostri que són manifestament erronis o que s'hagin dictat en clara discriminació dels licitadors. Per tant, aquest Tribunal ha de limitar-se a comprovar si s'ha seguit els tràmits procedimentals i de competència, si s'ha incorregut en error material i si s'han aplicat formulacions arbitràries o discriminatòries.

Davant això cal dir, que en la interpretació dels plecs és possible l'aplicació supletòria de les normes del Codi civil, l'article 1.281 del qual estableix que si el termes del contracte són clars i no deixen lloc a dubtes sobre la intenció dels contractants, caldrà estar al sentit literal de les seves clàusules, recollint així el principi *in claris non fit interpretatio* (a més de les ja citades, resolucions 382/2021, 78/2016, 29/2016, 1/2016, 78/2015, 53/2015, 179/2014 i 1/2013, entre d'altres, i sentències del Tribunal Suprem de 13 de maig de 1982, de 8 de juny de 1984 i de 19 març de 2001).

VUITÈ. Exposades les posicions de les parts, pertoca analitzar si realment cal rebutjar l'oferta de l'UTE (i) per no haver justificat la seva oferta econòmica en el tràmit contradictori *ex* article 149 de la LCSP com pretén la recurrent i (ii) per la concurrència de determinats incompliments com sosté la recurrent.

Quant a la pretesa manca de justificació de l'oferta de l'UTE, és important incidir que la figura de l'oferta presumptament anormal o desproporcionada és una excepció al principi d'adjudicació del contracte a l'oferta econòmicament més avantatjosa, de manera que el legislador europeu de manera restrictiva assenyala que <u>només es podrà rebutjar</u> l'oferta en el supòsit que els documents aportats no expliquin satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos proposats (article 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament europeu i del Consell de 16 de febrer de 2014 sobre contractació públic i per la que es deroga la Directiva 2004/18/CE).

En aquest sentit, i als efectes de l'enjudiciament resulta cabdal la doctrina que s'ha pronunciat al respecte, en especial, cal portar a col·lació per la seva contundència la Resolució núm. 825/2019 del TACRC en afirmar que el procediment de justificació:

> "*<u>debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas que pudiera haber al respecto, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino</u>*

> *que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta*". (el subratllat és nostre).

per tant una vegada dissipats els possibles dubtes que pogués generar a l'òrgan de contractació i admesa la viabilitat de l'oferta per part d'aquest, només es podrà desvirtuar la decisió de l'òrgan de contractació per l'existència d'incompliment clar i evident de l'article 149.4 de la LCSP o per l'existència d'una inconsistència palesa en la justificació tal que evidenciés que la seva acceptació per part de l'òrgan de contractació ha sigut arbitrària.

Per tal d'efectuar l'enjudiciament del tema, bàsicament: incompliment de la normativa laboral, justificació insuficient i insatisfactòria per part de l'UTE existència d'ofertes il·lusòries, cal partir d'allò establert en els plecs.

La clàusula 11 del PCAP indica:

2.4. Cost unitari (fins a 35 punts)

La puntuació de la proposició j en aquest criteri s'obtindrà per aplicació de les fórmules següents.

Per a cada proposició j, es calcularà el seu cost unitari $\boldsymbol{Cu_j}$ d'acord amb la fórmula següent:

$$Cu_j = Cuom_j + \frac{Cm_{\,EQUIPINI\ j}}{\sum_i Km_i^T}$$

On:

$Cuom_j$ representa el valor del cost unitari d'operació mitjà, calculat segons s'especifica a l'apartat 12.2.4 del present Plec.

$Cm_{EQUIPINI\,j}$ representa el valor del cost d'inversió inicial en equipaments, calculat segons s'especifica a l'apartat 12.2.5 del present Plec.

$\sum_i Km_i^T$ és la magnitud total estimada per al servei, igual a **49.440.422** km útils.

El valor del cost unitari Cu_j s'expressarà amb quatre decimals.

Es consideraran anormals o desproporcionades en relació als valors de la variable cost unitari Cu_j les proposicions que es trobin en els següents supòsits:

- Quan concorri un únic licitador, si l'oferta ofereix un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 25 unitats percentuals al valor del cost unitari de referència $Curef$.

- Quan concorrin dos licitadors, l'oferta que ofereixi un valor de la variable econòmica considerada inferior a l'altra en més de 20 unitats percentuals.

- Quan concorrin tres licitadors, les que ofereixin un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades. No obstant això, s'exclourà per al còmput de l'esmentada mitjana l'oferta de quantia més elevada quan sigui superior en més de 15 unitats percentuals a aquesta mitjana. En qualsevol cas, es considerarà desproporcionada la baixa superior a 20 unitats percentuals respecte la mitjana aritmètica de la variable econòmica considerada de les tres ofertes presentades.

- Quan concorrin quatre o més licitadors, les que ofereixin un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades. No obstant això, si entre elles existeixen ofertes que siguin superiors a l'esmentada mitjana en més de 15 unitats percentuals, es procedirà al càlcul d'una nova mitjana només amb les ofertes que

> no es trobin en el cas indicat. En qualsevol cas, si el nombre de les restants ofertes és inferior a tres, la nova mitjana es calcularà sobre les tres ofertes de menor quantia.
>
> Si alguna/es proposta/es té/tenen aquesta consideració, tal i com preveu l'art. 149 de la Llei de Contractes del Sector Públic de 9 de novembre (LCSP), l'òrgan de contractació demanarà una justificació detallada.
>
> Si fos aquest el cas, un cop rebuda la documentació requerida, la Mesa de Contractació l'analitzarà i, amb el suport del Servei Tècnic de l'AMB responsable de l'expedient, determinarà quines justificacions es consideren suficients i quines no, quedant aquestes darreres excloses del procediment.
>
> Un cop determinat el conjunt de proposicions admeses per aquest criteri i que continuen a la licitació, la puntuació de la proposició j en aquest criteri s'obtindrà per aplicació de la fórmula següent:

(.../...)

L'òrgan de contractació va calcular la mitjana aritmètica de les quatre empreses licitadores que es van presentar a la licitació, resultant la quantitat 3,5287 i, aplicant el diferencial del 10% per sobre de la mitjana, va quedar situada en el 10,79% (document núm. 39):

> **1.1. Valor anormal o desproporcionat en relació a la variable cost unitari Cu_j**
>
> Atès que s'han presentat i admès 4 ofertes, els valors anormals o desproporcionats en relació a la variable cost unitari Cu_j s'estableixen, d'acord amb la clàusula 11.2.4 del PCAP com:
>
> > *"Quan concorrin quatre o més licitadors, les que ofereixin un valor de la variable econòmica considerada inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades. No obstant això, si entre elles existeixen ofertes que siguin superiors a l'esmentada mitjana en més de 15 unitats percentuals, es procedirà al càlcul d'una nova mitjana només amb les ofertes que no es trobin en el cas indicat. En qualsevol cas, si el nombre de les restants ofertes és inferior a tres, la nova mitjana es calcularà sobre les tres ofertes de menor quantia."*

Així, la mitjana aritmètica i les desviacions respecte la mitjana necessàries per analitzar el supòsit de valor anormal o desproporcionat, es poden resumir en:

Licitadora	Oliveras	Viguesa	UTE 1	UTE 2
Cu_j	3,8226	3,4232	3,7211	3,1480
Mitjana aritmètica	3,5287			
Desviació respecte la mitjana (%)*	8,33%	2,99%	5,45%	10,79% VALOR ANORMAL

**Donat que no hi ha cap oferta que sigui superior a l'esmentada mitjana en més de 15 unitats percentuals, no cal procedir a calcular una nova mitjana.*

Per tant, es constata que l'oferta presentada per la licitadora UTE 2 [UTE EMPRESA MONFORTE, SAU (20 per cent de participació); CASTROMIL, SAU (20 per cent de participació); LA HISPANO IGUALADINA, SL (1 per cent de participació); ALCALABUS, SL (19 per cent de participació); AUTOCARES JULIÀ, SLU (15 per cent de participació); JULIÀ TRAVEL, SLU (15 per cent de participació); MONBUS URBANOS, SA (5 per cent de participació); AUTOBUSES URBANOS DE LUGO, SA (5 per cent de participació)] es troba en el supòsit de valor anormal o desproporcionat en relació a la variable cost unitari Cu_i.

Doncs bé, partint que la desviació és del 0,79% respecte a la mitjana de les ofertes –extrem que no resulta gens fútil- el fons de l'assumpte pivota al voltant de l'enjudiciament de la pretesa existència d'incompliment de la normativa laboral, errors en les ofertes tècniques i econòmiques i si es tracta d'una oferta il·lusòria, amb dèficits de dimensionament; qüestionant així l'informe de l'AMB que va analitzar les justificacions de viabilitat de les ofertes identificades amb valors anormals.

Al respecte, val recordar que l'article 1 de la LCSP obliga en els procediments de contractació, certament, a assegurar la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa i una utilització eficient dels fons públics, salvant el cas que, d'acord amb l'article 149 de la mateixa LCSP, es pugui estimar que l'oferta no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats (per totes, les resolucions 55/2020, 396/2019, 20/2018, 180/2017).

Ara bé, al seu torn, en aquest àmbit cal defugir de qualsevol automatisme d'exclusió. La presumpció d'anormalitat o desproporció d'una oferta econòmica té per finalitat evitar que les

ofertes es puguin rebutjar sense la comprovació prèvia de la possibilitat del seu compliment, mitjançant la instrucció d'un expedient contradictori formal dins del procediment de contractació que satisfaci, no només aquest principi de contradicció escoltant la part afectada, sinó també els principis de lliure concurrència, no discriminació i transparència que han de regir la seva tramitació (per totes, les resolucions 25/2019, 292/2018 i 218/2018, amb cita de doctrina anterior i de les sentències del TS de 15 de maig de 2008, 27 de novembre de 2001, 18 de juny de 1991, 22 de juny de 1989 i 10 de febrer de 1982).

Així, l'apreciació de si és possible o no el compliment de la proposició ha de ser conseqüència d'una valoració dels diferents elements que concorren en l'oferta, les concretes circumstàncies de l'empresa licitadora, la justificació aportada i l'assessorament tècnic rebut, cap dels quals té caràcter vinculant per a l'òrgan de contractació (entre d'altres, les resolucions 30/2022, 299/2018, 114/2018, 68/2017 i 213/2015, la Resolució 862/2015 del TACRC i la Resolució 58/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid -TACPCM-).

Ultra això, la doctrina i la jurisprudència són constants a l'hora de considerar que, en els supòsits d'admissió o conformitat amb l'oferta i la seva justificació, no es requereix especialment que s'explicitin de manera exhaustiva els motius de l'acceptació, sinó de proveir l'òrgan de contractació d'arguments que el permetin arribar a la convicció que es pot dur a terme (entre moltes altres, les resolucions 345/2021, 247/2020, 31/2020, 69/2019, 292/2018, 93/2017 i 174/2016 d'aquest Tribunal i 112/2017, 1013/2015, 513/2015, 60/2015 i 826/2014 del TACRC), tenint l'obligació de motivació en aquests casos un abast limitat (Sentència del TJUE de 4 de juliol de 2017, T-392/15, apartats 93 i 94). Per contra, és en els supòsits d'exclusió d'ofertes presumptament anormals quan la motivació ha de ser "reforçada", és a dir, per a desvirtuar les justificacions presentades per l'empresa afectada, poder afirmar que no han trencat la presumpció de "temeritat" en què s'havia inclòs inicialment i concloure que, per tant, aquelles justificacions no demostren que l'oferta pugui ser complerta correctament amb els preus oferts (entre moltes altres, resolucions 213/2015, 119/2015, 62/2015, 55/2015, 33/2015, 53/2014 i 132/2013, i resolucions del TACRC 1.013/2015, 513/2015, 60/2015, 826/2014 i 174/2013).

Al seu torn, l'assessorament tècnic que l'òrgan de contractació ha de procurar-se segons l'article 149. 4 de la LCSP no és tampoc un simple formalisme legal sinó que serveix com a base per garantir els drets dels licitadors, doncs ningú millor que els serveis tècnics saben com és l'oferta i les necessitats de la contractació i, donada la seva experiència, poden saber si una oferta es pot arribar a complir tècnicament (entre altres, les resolucions 14/2019, 89/2017, 68/2017, 169/2016 i 160/2016).

Dit tot això, en supòsits com el present, la funció d'aquest Tribunal, una vegada comprovat que s'ha seguit el tràmit contradictori exigit en l'article 149 de la LCSP, queda circumscrita a revisar el compliment de les formalitats legals i comprovar que la decisió de l'òrgan de contractació està motivada de forma racional i raonable, excloent així qualsevol possibilitat d'arbitrarietat, sense que això impliqui substituir el judici tècnic de l'informe, ni la decisió sobre el possible compliment o no de les ofertes (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 367/2020, 35/2020, 316/2019 i la Resolució 156/2013 del TACPCM).

Aquest informe ha d'estar motivat i raonat, i aquesta motivació pot ser succinta, per tal que pugui ser confrontat per l'òrgan de contractació a l'hora de prendre la decisió (Sentència del TJUE de 21 de maig de 2008, assumpte T-495/2004). Amb paraules del TACRC en la Resolució núm. 416/2013 portant a col·lació d'anteriors:

> "*... no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como así lo declara tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000)*".

Ultra això, en l'anàlisi dels aspectes tècnics aquest Tribunal ha d'estar a allò constatat per l'òrgan de contractació atès que els actes dels òrgans de contractació disposen de la presumpció de validesa, certesa, legalitat i encert, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses ocasions (per totes, les resolucions 70/2020, 65/2020, 48/2020). També la doctrina és constant a l'hora d'assenyalar el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base i motivació a l'òrgan resolutori. Així, per totes, les resolucions del TACRC 520/2017, 448/2016 i 456/2015, afirmant aquesta darrera, en particular, que:

> *"Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. (…/…) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie adicionalmente error material, ni arbitrariedad o discriminación."*

En el mateix sentit s'ha pronunciat també aquest Tribunal en les seves resolucions 170/2017, 51/2017, 96/2016 i 80/2016.

Així, si no hi ha cap indici d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable (per totes, les resolucions 14/2019, 299/2018, 114/2018, 20/2018 i 62/2015 d'aquest Tribunal).

D'acord amb l'anterior, cal recordar també que el grau de desviació de l'oferta respecte del llindar de temeritat, tot i no ser determinant per si mateix, sí és un element indiciari (resolucions 299/2018, 20/2018 i 68/2017 del Tribunal, per totes) que obliga a què l'exhaustivitat de la justificació aportada de l'oferta en presumpció de temeritat ha de ser major com més rellevant és la baixa detectada (també per totes, les resolucions 822/2017, 328/2017, 1061/2015 i 414/2014 del TACRC), per tant, de ser petita aquesta desviació –com la de l'UTE adjudicatària-, la justificació a efectuar tampoc ha de ser extensa sinó el suficient per a poder a convèncer a l'òrgan de contractació de la viabilitat del contracte.

Doncs bé, traslladada tota aquesta doctrina i jurisprudència al cas examinat, no resulta controvertit que l'oferta de l'UTE adjudicatària va incórrer en el paràmetre d'oferta anormal establert en aquesta licitació per una desviació del 0,79%.

En l'expedient tramès consta que, una vegada detectades aquestes presumpcions, la mesa de contractació va endegar el tràmit contradictori de justificació i anàlisi tècnica de la viabilitat de les ofertes que preceptua l'article 149.4 de la LCSP, adreçant requeriments de justificació a l'UTE afectada sobre aquelles condicions de les ofertes susceptibles de determinar el baix

nivell del preu i, en particular, sobre els mateixos extrems que assenyala el precepte esmentat (document 41).

Consta així mateix la documentació justificativa aportada per l'UTE en resposta al requeriment (documents 45, 46 i 47), en la qual consta el desglossament dels diferents costos de les partides que es compon (estructura de costos del servei, costos d'operació: directes, combustible i energia; lubricant i greixos, neumàtics i reparacions, manteniment i reparacions, personal de conducció sense antiguitat, costos d'operació indirectes, personal no directe sense antiguitat, antiguitat del personal de conducció i del no directe, lloguer vehicle temporal, lloguer equips i sistemes provisionals, adequació integral del material mòbil, gestió de vehicles en desús, manteniment i operació sistema SAE, manteniment i operació sistema informació, manteniment sistema SVV, manteniment i operació sistema vídeo vigilància, manteniment i operació sistema de còmput de viatgers, manteniment i operació sistema de còmput de viatger, manteniment i operació sistema de seguretat avançat, neteja, pupil·latge, subministrament de la potència requerida per a la gestió de vehicles elèctrics, manteniment i operació de les connexions de recàrrega de bateries dels vehicles elèctrics, manteniment i operació de les connexions de recàrrega de bateries dels vehicles híbrids dièsel-elèctric endollable, manteniment i operació de sanitaris, manteniment, gestió i operació dels pantògraf per la recàrrega de vehicles elèctrics i híbrids dièsel-elèctric endollable, manteniment i operació de vehicles i altres elements, senyalització i informació en parades, manteniment i renovació de parades, operació i manteniment de PIUS, assegurances, impostos i taxes per vehicles, comercialització de títols de transport, serveis professionals externs, promoció del servei, altres despeses fixes i despeses generals, periodificació *Cuo*, cost d'inversió inicial (CmEQUIPINI). I explica que l'estructura de costos que compon el *Cu* inclou un benefici industrial elevat del 10%, que s'ha treballat amb un marge de seguretat en nombroses partides amb l'import que comporta, i que s'ha contemplat en l'estructura totes les millores incloses en l'oferta.

Aquesta documentació justificativa de part consta analitzada mitjançant informe tècnic de febrer de 2021 (document 50), concloent que:

- El supòsit de valor anormal o desproporcionat es produeix quan una oferta ofereix un valor de la variable econòmica Cu_j, inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica. El valor Cu_j corresponent a la UTE 2 és un -10,79% inferior a la mitjana del conjunt de les ofertes presentades. Així, donades les ofertes presentades per les altres empreses licitadores, el valor límit de Cu_j que hauria d'haver presentat la UTE 2 per no ser considerada oferta anormal o desproporcionada seria 3,1839 €/km. L'oferta presentada per la UTE 2 excedeix aquest límit per 0,0359 €/km, o el que és el mateix, el 0,84% del cost unitari de referència $Curef$ (establert en 4,2804 €/km).
- La licitadora aporta informació i elements documentals justificatius addicionals respecte de *l'Estudi econòmic justificatiu* presentat al sobre C,.
- La informació aportada justifica el nombre d'unitats, els valors unitaris i els imports de les partides recollides a la seva oferta del sobre C (d'acord amb els elements demanats a l'apartat 12.2.6.2 del PCAP); així com les condicions de la seva oferta susceptibles de determinar el baix nivell de preu o costos de la mateixa.
- S'aporta detall addicional respecte a la identificació dels compromisos que emanen de la seva oferta.
- La licitadora presenta informació acreditativa addicional respecte de la seva proposta d'inversions en equipaments inicials.

    - La licitadora ha manifestat que els seus costos de personal (directe, indirecte i antiguitat) s'han obtingut aplicant els treballadors obtinguts de la seva oferta (sobre B), on expressen el seu compromís de subrogació del personal.
    - En relació als elements més importats de l'estructura de costos, es constata que tant *Combustible i energia (14,22% Co) com Personal de conducció (51,32% Co)* no presenten un valor inferior en més de 10 unitats percentuals a la mitjana aritmètica del valor d'aquestes partides per al conjunt de les ofertes presentades (el criteri emprat per determinar valor anormal en aquesta licitació, en el cas disposar de quatre ofertes). En el cas del *Combustible i energia* l'oferta de la UTE 2 és superior a dita mitjana aritmètica en més d'un 10%.
    - La proposició econòmica de la UTE 2 inclou un 10% de benefici industrial, un valor per sobre de la resta de licitadores.

En base a tot l'exposat, no es pot inferir que l'oferta presentada per UTE 2 no resulti viable i, per tant, es trobi en situació d'oferta anormalment baixa, per la qual cosa es proposa l'acceptació de la justificació de l'oferta econòmica presentada per la licitadora.

De la lectura de l'informe, mostra la justificació aportada dels extrems de l'article 149.4 de la LCSP indicats en el requeriment de justificació, que, la mesa i l'òrgan de contractació van arribar a la convicció que el contracte podrà ser executat amb el preu ofert.

Certament l'informe que accepta la justificació de l'UTE és breu, però és suficient atesa la poca desviació de l'anormalitat i es pronuncia que l'oferta presentada per l'UTE es considera viable per poder atendre les necessitats del contracte, i així ho corrobora l'AMB *ex* article 56 de la LCSP ja en seu de recurs.

Davant d'això, del conjunt de retrets del recurs que pròpiament es fonamenten en aspectes, hipòtesi i plantejaments de part que queden contraposats per l'AMB com s'ha exposat. I per tant, aquest Tribunal ha d'estar a allò informat per l'òrgan de contractació en el sentit que, tal com va indicar en la Resolució núm. 292/1018, aquest és l'informe que recull l'"*assessorament tècnic del servei corresponent*", que és el que exigeix l'article esmentat. Tots aquests retrets del recurs, a criteri d'aquest Tribunal, decauen davant la subjecció del tràmit a les previsions de l'article 149.4 de la LCSP i la presumpció de legalitat, imparcialitat i encert que es predica de l'informe tècnic i el recurs no refuta.

De l'exposició de les parts, val a dir que les al·legacions de la part actora pretenen pròpiament substituir la funció i parer de l'òrgan de contractació en la funció d'examinar l'oferta i valorar amb els seus coneixements si realment l'empresa incursa en anormalitat podrà realitzar la prestació. I a tals efectes, l'AMB tant en seu de valoració de les ofertes, com en via del recurs, defensa la viabilitat de l'oferta de la recurrent, i estima que disposa d'elements suficients per arribar a la convicció que el contracte resultat podrà ser executat amb el preu ofert, sense que quedi acreditat que concorri el supòsit de l'article 149.4 de la LCSP.

En efecte, i dels arguments contraposats de les parts no queda provat l'incompliment de la normativa laboral invocat per la recurrent per part de l'UTE en el càlcul de la seva oferta, i no s'aprecia error ni arbitrarietat en l'anàlisi de la justificació de l'oferta de l'adjudicatària realitzada per l'òrgan de contractació, havent-lo proveït aquesta empresa d'arguments que va considerar raonables i suficients per justificar l'ofert i arribar a la convicció que el contracte pot ser executat correctament amb el peu ofert (per totes, resolucions 345/2021, 334/2021). En tot cas, cal tenir en compte que l'UTE haurà de complir amb aquesta normativa doncs correspondrà a l'UTE fer front a les despeses que resultin i, en cas d'incompliment, els plecs preveuen conseqüències i penalitats i AMB ja informa que si resulta necessari establirà els mecanismes per realitzar un seguiment detallat de l'execució ex article 149.7 de la LCSP. Per tant, no pot prosperar l'incompliment ex article 149.4 de la LCSP.

En darrer terme, quant als possibles incompliments que també es retreuen en el recurs, cal recordar la doctrina reiterada segons la qual resulta procedent l'exclusió d'una oferta quan

presenti un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (per totes, les resolucions 34/2022, 167/2021, 54/2017, 32/2016, 185/2015 i 20/2014 d'aquest Tribunal, i 480/2018 del TACRC).

Així, les exigències dels plecs han de ser interpretades de manera que no suposin obstacles injustificats als principis generals que guien la contractació pública recollits a l'article 1 de la LCSP. En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 132 de la LCSP quan exigeix que els òrgans de contractació han de donar als candidats i licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació al principi de transparència. Per tant, no qualsevol incompliment ha de suposar automàticament l'exclusió, sinó que ha d'encabir-se en alguna de les causes recollides en la normativa, han d'interpretar-se d'acord amb els principis d'igualtat i concurrència, i sempre ha de suposar la impossibilitat de l'adequada execució de l'objecte del contracte (a més de les ja citades, resolucions 107/2018 i 51/2018 del Tribunal i 898/2016, 815/2014 i 613/2014 del TACRC).

També, cal recordar que, amb caràcter general, l'exclusió de les proposicions de la licitació, que és la pretensió principal del litigi, s'han d'aplicar amb absolut respecte als principis de proporcionalitat i de concurrència (en aquest sentit, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 160/2018), d'acord amb el dret comunitari de contractes, tal i com indica el tercer paràgraf del considerant 101 de la Directiva 2014/24/UE:

> *"Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión."*

En definitiva, de l'avaluació de totes les circumstàncies que concorren en aquesta licitació, no s'aprecien incorreccions o desviacions en l'actuació de l'òrgan de contractació i, per tant, no poden prosperar les pretensions de la recurrent. D'acord amb això, de la bateria de retrets tampoc no s'aprecia cap amb una entitat tal, com per desvirtuar el judici de l'òrgan de contractació i que pugui fonamentar l'exclusió de l'UTE adjudicatària.

En darrer terme, respecte a la sol·licitud per part de l'UTE adjudicatària de "imposició de costes a la recurrent", s'entén, la imposició de multa *ex* article 58.2 de la LCSP, cal tenir en compte que la simple debilitat dels arguments de la recurrent i la desestimació del recurs no pot dur

automàticament a concloure que la part actora ha actuat amb temeritat o mala fe (en aquest sentit, per totes, les resolucions 242/2021, 386/2019, 85/2019, 52/2019, 90/2018 i 160/2017 d'aquest Tribunal, 574/2016 del TACRC i 222/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

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

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.P.L.Z. en nom i representació de l'empresa VIGUESA DE TRANSPORTES, SL, contra la resolució de l'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA per la qual s'adjudica el contracte del servei públic de transport col·lectiu de viatgers entre Sant Boi de Llobregat, Barcelona i altres municipis (expedient núm. 901648/2017).

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 del mateix cos legal.

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.

Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 23 de febrer de 2022.

Vist i plau,
per vacant de la Presidència

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Mª Eugenia López Mora
Vocal