

Barcelona, 10 de gener de 2018

Resolució: 186/2017

Vist el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor J.G.A i la senyora M.D.P.G, en nom i representació de l'empresa SARFA, SL, contra l'adjudicació del contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient 07/16 PO), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Mitjançant Resolució núm. 143/2017, aquest Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) va acordar:

“1.- Estimar el recurs presentat per SARFA, SL, contra l'adjudicació del contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient 07/16 PO) en el sentit de retrotraure les actuacions al moment posterior a la notificació de l'adjudicació, per tal que l'òrgan de contractació adopti un pronunciament exprés sobre les parts de l'oferta que estiguin incurses en confidencialitat i, en conseqüència, doni vista de l'expedient a la recurrent en la part de l'oferta que no ho estigui. En aquell moment s'obrirà novament termini per interposar el recurs.

2.- Inadmetre la resta de al·legacions formulades en el recurs d'acord amb els fonaments jurídics.

3.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 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 procedeix la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.”

SEGON. En data 13 de novembre de 2017 el ple de l'Ajuntament de Lloret de Mar va adoptar un acord en el sentit de: 1) declarar confidencial la documentació de l'oferta presentada per BARCELONA BUS expressament indicada en la part dispositiva del referit Acord; 2) donar vista de l'expedient a SARFA per tal que pogués tenir accés a tota la documentació que integra l'oferta presentada per BARCELONA BUS no declarada confidencial mitjançant

compareixença en les dependències de l'Ajuntament de Lloret de Mar dins del termini màxim de cinc dies hàbils següents al de la notificació del referit Acord; 3) informar a SARFA que a partir del moment en què es dugués a terme el referit accés a l'esmentada documentació o, en el seu defecte, a partir del cinquè dia hàbil a comptar des de la notificació del referit Acord, s'obriria un nou termini per interposar recurs especial en matèria de contractació; i, finalment, 4) notificar l'acord a SARFA i a BARCELONA BUS pel seu coneixement i efectes escaients.

En data 17 de novembre de 2017 es va produir la compareixença dels representants de SARFA a les dependències de l'Ajuntament de Lloret de Mar per tal de d'accedir a la documentació.

TERCER. Mitjançant l'escrit presentat per SARFA, SL (en endavant, SARFA) en data 4 de desembre de 2017 s'interposa ara novament recurs especial en matèria de contractació contra l'Acord adoptat pel Ple de l'Ajuntament de Lloret de Mar, en sessió ordinària celebrada en data 27 de febrer de 2017, en virtut del qual s'adjudicà el contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient núm. 07/16 PO) a l'empresa BARCELONA BUS, SL (en endavant, BARCELONA BUS). En concret, la recurrent sol·licita l'admissió del recurs i que, prèvia la suspensió de dit acord d'adjudicació, es declari la nul·litat de l'acord d'adjudicació del contracte per no haver exclòs l'oferta de BARCELONA BUS, malgrat que aquesta incorria en incompliment del plec de clàusules econòmic administratives i jurídiques (en endavant, PCA) i del plec de clàusules tècniques i econòmiques (en endavant, PCT), de la legalitat vigent i del principi d'igualtat entre licitadors.

Així mateix, s'indica que es considera que l'acord d'adjudicació del contracte no s'ajusta a dret tant pels motius que es van argumentar en el recurs especial en matèria de contractació de data 12 d'abril de 2017 -i que s'han vist reforçats amb ocasió de l'accés a l'oferta presentada per BARCELONA BUS no declarada confidencial-, com per nous motius que s'ha posat de manifest fruit de dit accés.

QUART. El Tribunal va comunicar a l'òrgan de contractació la presentació del recurs i el va requerir perquè li trametés l'expedient de contractació, la llista de persones interessades i l'informe corresponent, als efectes previstos en els articles 46 del TRLCSP i 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, així com els 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 (RD 814/2015).

Tot l'expedient i la resta d'informació constava en el Tribunal amb motiu de la interposició del primer recurs especial en matèria de contractació, que va ser objecte de la Resolució 143/2017, tal i com s'ha exposat anteriorment.

CINQUÈ. En data 11 de desembre de 2017, el Tribunal va obrir el període d'al·legacions al recurs a les parts interessades, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació.

Transcorregut el termini previst a aquest efectes, no s'han rebut al·legacions per part de cap de les parts. No obstant això, també en aquest aspecte, es compta amb les al·legacions efectuades per BARCELONA BUS amb motiu de la interposició del primer recurs especial.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) resulta competent per resoldre el recurs especial en material de contractació de conformitat amb l'article 41.3 del TRLCSP, 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 és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha presentat contra l'adjudicació del contracte, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.2 c) del TRLCSP.

QUART. El Tribunal aprecia que l'empresa SARFA té drets i interessos afectats per la resolució impugnada i la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 44.2 del TRLCSP, computat des de l'accés a l'expedient, tal i com assenyalava la Resolució núm.143/2017. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP

SISÈ. Entrant a examinar les al·legacions, la recurrent efectua, en primer terme, una referència als *"antecedents de necessari coneixement als efectes del present recurs especial"* amb caràcter prèvia a l'exposició del fonament jurídics.

La recurrent exposa, de forma descriptiva, determinats antecedents de l'expedient 07/16 PO, amb relació, en síntesi, a diversos actes del procediment, a les empreses presentades a licitació, a la classificació de les empreses amb la puntuació obtinguda que va donar lloc a la proposta d'adjudicació a favor de BARCELONA BUS, a les sol·licituds d'accés a la documentació de l'expedient que va presentar SARFA i el desenvolupament d'aquestes fins a la compareixença del 17 de novembre de 2017 dels representants de SARFA, a l'acord d'adjudicació del contracte, i al contingut dels fonaments del primer recurs especial interposat, tot indicant que es va veure en la necessitat d'interposar el referit recurs en la mesura en què havia vist limitada la possibilitat d'accedir a la major part de l'oferta de l'adjudicatària.

Així mateix, posa de manifest que, de les al·legacions del seu primer recurs, queda pendent de pronunciament la relativa als motius d'exclusió de l'empresa adjudicatària i a les eventuals que, de forma complementària, pogués deduir la recurrent, un cop efectuat degudament l'accés a l'expedient. Així, s'exposa que reiteren les al·legacions efectuades en el primer recurs presentat, reforçades i complementades amb ocasió de l'anàlisi d'aquella part de l'oferta de BARCELONA BUS.

En segon terme, un cop detallats els antecedents, la recurrent entra en l'argumentació relativa a l'al·legació de la disconformitat a dret de l'acord d'adjudicació del contracte.

SETÈ. Com a fonament jurídic primer, s'al·lega que l'adjudicatària hauria d'haver estat exclosa de la licitació en la mesura que es van incloure en el sobre 2 de la proposició dades corresponents al sobre 3, influenciant la valoració de les ofertes i incomplint la clàusula 9.II del PCA i la legalitat vigent.

En síntesi, s'al·lega l'exigència de possibilitar la valoració separada i anterior de la documentació relativa als criteris dependents d'un judici de valor d'aquells avaluable amb criteris de caràcter automàtic d'acord amb els articles 150.2 del TRLCSP i 26 del Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, RD 817/2009), així com per aplicació del deure de secret de les ofertes d'acord amb els articles 145 i 160.1 del mateix TRLCSP. També s'al·lega la necessitat d'excloure les proposicions que incorporin informació referida als criteris de valoració automàtica en el sobre corresponent a la documentació referida als criteris de valoració subjectiva.

En concret, s'exposa que en l'apartat 7.2.16 –*Infomobilitat (info per Web)*– de la memòria tècnica continguda al sobre 2 de l'oferta de BARCELONA BUS es conté una indicació en relació a què els usuaris podrien utilitzar el codi QR/BiDi per accedir ràpidament a la informació en temps real del pas dels autobusos, la qual, a parer de la recurrent, posava de manifest de forma clara i patent que estava oferint la implementació d'un sistema d'informació del servei a les parades per capturar amb *smartphones* mitjançant adhesius amb codis BiDi i/o QR. En aquest sentit, s'al·lega el que disposa la clàusula 11.A.2 del PCA respecte dels criteris d'adjudicació avaluable de forma automàtica.

La recurrent continua la seva al·legació afirmant que aquesta inclusió en el sobre 2 no es tracta d'una simple irregularitat sinó d'un fet que condiona la valoració de les ofertes. En aquest sentit, s'afirma que es tracta d'una vulneració que ha tingut rellevància en la valoració en la mesura que estava prevista la seva valoració en la clàusula 11.A.2 del PCA, rellevància que no ha de quedar desvirtuada pel pes de la puntuació atribuïda. Així, s'afirma que l'adjudicatària va rebre la màxima puntuació prevista per aquest criteri de valoració subjectiu i que no pot descartar-se que la menció no hagi influenciat positivament la valoració dels altres elements de la memòria tècnica subjectes a criteris de valoració subjectius. En tot cas, entén que s'ha produït una anticipació d'informació sobre aspectes de l'oferta subjectes a avaluació automàtica.

Després de fer esment a l'informe de valoració en relació amb l'aplicació d'aquest criteri a l'adjudicatària també en relació amb l'apartat de les millores, SARFA acaba l'al·legació afirmant la vulneració dels principis d'igualtat de tracte i de no discriminació i del principi de secret de les proposicions ja que la persona que ha valorat ha disposat d'una informació respecte de BARCELONA BUS que no era coneguda respecte de tots els licitadors, si més no dels que van complir el mandat de la clàusula 9.II *in fine* del PCA.

Es conclou sol·licitant la nul·litat del ple dret de l'acord d'adjudicació d'acord amb l'article 32.a) del TRLCSP i l'exclusió de l'oferta de BARCELONA BUS i l'adjudicació del contracte a favor de la següent oferta econòmicament més avantatjosa.

Cal tenir en compte que ni l'Ajuntament de Lloret de Mar ni tampoc BARCELONA BUS es varen pronunciar en el seu dia sobre aquesta qüestió, atès que ha estat una al·legació efectuada totalment *ex novo* per la recurrent com a conseqüència del nou tràmit d'accés a la l'oferta de l'adjudicatària en la part no confidencial. Com a conseqüència de la tramesa del nou recurs i de l'obertura del tràmit d'al·legacions, tampoc no s'ha rebut cap altre informe ni escrit d'al·legacions, respectivament.

Així les coses, procedeix, en primer terme, acotar l'objecte de la qüestió. En aquest sentit, recordar que el PCA va establir, en relació amb la documentació i presentació de propostes (clàusula 9), a més del contingut de cadascun dels sobres 1, 2 i 3, la següent indicació destacada:

“ADVERTIMENT: La documentació que contenen els sobres precedents (1 i 2) no pot incloure cap informació que permeti conèixer el contingut del sobre 3 relatiu a la proposició econòmica i documentació tècnica dels criteris avaluable de forma automàtica. L'incompliment d'aquesta obligació implica l'exclusió de la licitació.” (el subratllat és nostre)

Així mateix, la clàusula 10 del PCA –mesa de contractació i obertura de pliques- va indicar en l'apartat 4 que:

“5. Una vegada valorades i puntuades les pliques per part de la Mesa de Contractació, el /la Secretari/ària de la Mesa informará als licitadors, a través de correu electrònic, de la data i hora d'obertura del sobre 3. En l'acte d'obertura del sobre núm. 3 es procedirà, prèviament a l'obertura de l'esmentat sobre i lectura de les ofertes relatives al preu i a la resta de criteris

quantificables de forma automàtica, a informar sobre les puntuacions atorgades per la Mesa de Contractació en la valoració de la documentació integrant dels sobres núm. 2.” (el subratllat és nostre)

Per acabar, el mateix PCA va preveure, com a criteri d'adjudicació subjecte a judici de valor, la memòria tècnica i, als efectes que ara interessin, en va establir que “...serà entregada en sobre i inclourà tota la documentació tecnològica, tant física com lògica i funcional, així com (...)” i també indica que “La memòria es presentarà en el format i amb el contingut que s'especifica al plec de prescripcions tècniques.” (el subratllat és nostre), així com que “L'esmentada memòria serà valorada segons judici de valor pels tècnics avaluadors, descomposta en els següents apartats (...)” (clàusula 11.B).

D'altra banda, del contingut del PPT, cal destacar, als efectes de la remissió assenyalada, que l'apartat 1.4.2 –Aplicació d'informació del servei- preveu que:

“L'adjudicatari desenvoluparà una aplicació del servei en temps real per tal d'informar de l'hora de pas de l'autobús per cada parada, consultable mitjançant:

- *Dispositius mòbils.*
- *Pàgina web.*

En la plica els licitadors hauran d'especificar les característiques de l'aplicació a dur a terme, les garanties de bon funcionament i que sigui un sistema obert i integrable a la futura App de que disposarà l'ajuntament de Lloret de Mar.”

La clàusula 11.B *in fine* del mateix PCA, sota el títol d’*“Altres informacions”*, va incloure quatre ítems de valoració, el segon dels quals és el Pla d'informació i atenció al client, al que s'hi refereix de la manera següent:

“- Pla d'informació i atenció al client. El document a valorar haurà d'especificar, entre d'altres , els canals d'atenció als usuaris, una proposta d'informació en temps real als vehicles i a les parades, els serveis complementaris que s'oferiran als usuaris i els terminis de resposta de queixes i reclamacions. Caldrà explicar un Pla de Proximitat i Atenció a l'usuari. (3p)”
(el subratllat és nostre)

Addicionalment, l'esmentada clàusula 11 del PCA, en el seu apartat A), estableix, com a possible millora tècnica, dintre dels criteris d'adjudicació valorables de forma automàtica mitjançant l'aplicació de fórmules, la següent:

“2.- Millores tècniques. (10p). Referent a les millores tècniques (fins a 10p), seran referents a aspectes complementaris a la definició del present contracte, i sempre **sense cap cost** afegit per a l'ajuntament de Lloret de Mar.

(...)

- *Sistemes d'informació del servei a les parades per capturar amb smartphones mitjançant enganxines amb codis BiDi. (1p).”*

La recurrent aporta, com a annex al seu recurs, la proposició tècnica de BARCELONA BUS en la part que entén que inclou aquesta informació de forma anòmla –i no consta en la primera tramesa de l'expedient a aquest Tribunal-. En concret, l'apartat 7.2.16 de dita proposició (pàgina 274) va incloure, entre d'altres informacions, la relativa a l'APP, indicant que mitjançant la geolocalització o el codi QR/Bidi es podrà accedir ràpidament a la informació del pas del següent bus. Aquesta informació es reitera en el resum executiu de la mateixa proposició tècnica (pàgina 26).

Pel que fa a la valoració efectuada, s'observa que la millora proposada per l'adjudicatària en relació amb l'APP va ser efectivament valorada com a millora ja que l'informe tècnic de valoració del sobre 3 inclou la valoració del màxim previst per a les millores tècniques -10 punts- per a les dues empreses licitadores.

La recurrent al·lega que també va ser objecte de valoració puntual –i, eventualment, en altres aspectes de la memòria tècnica- en els criteris de valoració subjectiva i, a aquests efectes, al·lega l'informe tècnic de valoració del sobre 2, emès en data 18 de gener de 2017. Aquest informe de valoració, en l'apartat relatiu al Pla d'informació i atenció al client, efectua una afirmació segons la qual ambdós licitadors incorporen un important desplegament de solucions al respecte: telèfons d'atenció al públic, *calls centers* d'atenció telefònica continuada i personal d'aquest amb coneixements d'idiomes i, tot seguit, llista aspectes que, se suposa, han estat oferts, entre els quals consta, en darrer terme, el relatiu a l'APP. L'informe de valoració conclou amb una comparació sobre alguns aspectes diferencials entre ambdues proposicions i, sense fer cap altra referència específica a l'esmentada prestació – l'APP-, acaba atorgant la puntuació màxima per aquest sub-criteri, 3 punts, a BARCELONA BUS i 1,5 punts a SARFA.

VUITÈ. Una vegada més, per tal de donar resposta a la qüestió plantejada, cal tenir en compte, en primer terme, quin és l'actual tractament a nivell doctrinal i jurisprudencial de les possibles vulneracions del secret de les proposicions.

Com ja ha anat tractant aquest Tribunal en diferents resolucions (entre d'altres, les resolucions núm. 161/2017, 76/2016, 239/2015, 195/2015 i 66/2015), la doctrina que inicialment entenia que la simple equivocació en la documentació inclosa en els sobres A, B i C comportava l'exclusió directa, ha estat modulada i matisada pels diferents tribunals i òrgans resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació, en el sentit que no tota equivocació en els sobres pressuposa l'exclusió de l'empresa licitadora afectada, ja que s'haurà de provar quina contaminació ha provocat en la valoració i la seva afectació quant al manteniment del secret de les ofertes i a l'objectivitat de la valoració i el tractament igualitari de les empreses licitadores.

En aquests casos, aquest Tribunal -en la mateixa línia de la resta de tribunals i òrgans administratius resolutoris dels recursos especial en matèria de contractació- està mantenint la

manca d'automatisme de l'efecte exclouent com a conseqüència del compliment defectuós dels requisits formals de presentació de les ofertes, ja que és necessari que la informació sigui rellevant en el sentit de poder tenir un efecte en el resultat final de la valoració.

En aquest sentit, cal destacar l'informe 8/2014, d'11 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que va afirmar:

“Certament, si bé es podria presumir que la inclusió errònia de documentació d'un sobre en concret en determinats sobres té en ocasions la conseqüència de comportar l'exclusió de l'empresa que ha incorregut en l'error, no es pot establir aquesta conseqüència, amb caràcter general i previ, atès que depèn, com s'ha vist, de les circumstàncies concurrents en cada cas.”

Aquest també va ser el criteri seguit en la Sentència de l'Audiència Nacional de 6 de novembre de 2012, on s'afirmà que:

“Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”.

Igualment el propi Consell d'Estat manté aquest posicionament, tal i com queda palès en el Dictamen 670/2013, de 11 de juliol de 2013, amb aquestes paraules:

"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato" (el subratllat és nostre).

Per tant, per excloure una empresa licitadora que hagi incorporat determinada documentació en sobres diferents cal, en tot cas, que la vulneració del secret sigui efectiva, real (en aquest sentit les resolucions del TACRC núm. 1108/2015 i 233/2011) i clara (com s'insisteix en la recent Resolució del TACRC núm. 851/2017) i no una simple irregularitat formal, sinó que ha de produir una desigualtat de manera que quedi acreditat que es tenia coneixement previ de determinades dades a l'hora de la valoració dels judicis de valor que precisament han condicionat l'emissió d'aquests (Resolució núm. 126/2014 del TACRC).

Així, el propi TACRC en la Resolució núm. 111/2015 va afirmar que:

“De esta manera, este Tribunal ha venido avalando la procedencia de la exclusión de la licitación de empresas en distintos supuestos en que estas habrían incluido información correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmulas en el sobre correspondiente a los criterios de valoración dependientes de juicio de valor, en la medida en que, ponderadas las circunstancias concurrentes en cada caso, se constata que la información indebidamente incluida en el sobre correspondiente a los criterios dependientes de juicio de valor no eran “datos ya conocidos o cuyo conocimiento a destiempo fuera irrelevante, sino elementos esenciales de la proposición del licitador”, de manera que con la infracción del secreto de las proposiciones se menoscabaría la “objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se preservan mediante dicho secreto” y, por ende, los principios de igualdad de trato y no discriminación” (el subratllat és nostre).

Efectivament, d'acord amb el diagrama legal de presentació, l'obertura i valoració de les proposicions respon a la necessitat garantir el secret d'aquestes que exigeix els articles 145.2 i 150.2 del TRLCSP i els articles 26, 27 i 30 del Reial decret 817/2009, de 8 de maig, de desplegament parcial de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (RLCSP), la imparcialitat en les valoracions tècniques i vetllar perquè els judicis de valor que s'emetin no es vegin influenciats pel coneixement previ o simultani de l'oferta econòmica i la resta dels aspectes de valoració automàtica (resolucions núm. 177/2017, 76/2016, 47/2015 i 26/2014, resolucions del TACRC núm. 596/2014, 628/2013, 600/2013 i 300/2012 i informe de la JCCA de l'Estat 38/07, de 29 d'octubre de 2007).

Així mateix, la poca puntuació que comportava aquest criteri com a millora de valoració objectiva no pot ser un aspecte que, per sí mateix, desvirtuï l'aplicació de la doctrina relativa a la necessitat de preservar i vetllar pel secret de les proposicions, sinó que el que s'ha d'observar no és tant el major o menor pes que té el criteri que ha estat objecte de la confusió, sinó si realment s'ha vulnerat aquest deure de separació en dues fases de la documentació a aportar per part de les empreses licitadores, a més del deure inexcusable de compliment amb allò establert en els plecs que, en aquest cas, presentava una previsió específica al respecte. Al respecte, cal recordar, una vegada més, que, d'acord amb la jurisprudència, els plecs constitueixen la llei del contracte i vinculen tant a les empreses que concorren a la licitació i accepten el seu contingut d'acord amb l'article 145.1 del TRLCSP, com als òrgans de contractació, els quals no poden alterar unilateralment les clàusules en perjudici dels licitadors.

Dit això, en el cas objecte del present recurs, davant la manca de pronunciament de l'òrgan de contractació sobre aquesta qüestió, aquest Tribunal ha de resoldre, exclusivament, tenint en compte les al·legacions de la recurrent i el contingut de les diferents clàusules dels plecs que regeixen la licitació i dels informes de valoració tècnica en els que han aflorat els criteris de valoració enunciats.

Així, de la consideració global de les previsions dels plecs que regeixen la contractació i, en particular, de la previsió de la clàusula 1.4.2 del PCT, es pot afirmar que es va establir com a requisit tècnic el desenvolupament d'una aplicació en el sentit de la que s'indica en la proposició de BARCELONA BUS i que és objecte de la controvèrsia pel moment en què s'indica, el sobre 2, arran del recurs presentat per SARFA. De fet, sembla que, ho indiquin o no explícitament els licitadors en les seves proposicions, aquesta és una condició contractual a la que caldrà donar compliment en execució del contracte. És més, la indicació que, com s'ha vist, fa aquesta mateixa clàusula 1.4.2 del PCT, que en la plica s'hauran d'especificar les característiques de dita aplicació, quan s'estan establint i regulant els aspectes a què haurà de respondre la memòria tècnica, duen a apreciar que, efectivament, la recurrent va incloure un aspecte en la seva proposició adient amb aquesta indicació.

Adicionalment, cal posar en relleu que, com s'ha vist, l'informe tècnic de valoració del sobre 2 basa la comparació tècnica entre les dues proposicions i, per tant, la diferència de puntuació en el criteri relatiu al pla d'informació i atenció al client, en aspectes aliens a l'APP.

En aquesta línia, aquest Tribunal no arriba a apreciar que el coneixement previ per part de l'òrgan de contractació d'aquest aspecte –la proposta d'una APP per a l'accés a la informació del pas del següent autobús- ha pogut determinar, com al·lega la recurrent, una millor valoració d'altres aspectes de la memòria tècnica. Per aquestes raons, tot i que s'al·ludeix a l'element de l'APP en el procés d'aplicació de dos criteris de valoració diferents -un referit als criteris subjectes a un judici de valor i un altre referit als criteris de valoració mitjançant una fórmula- més enllà del pes percentual dels criteris a què es refereix sobre les puntuacions, que no és substancial, el que resulta realment important és que aquest Tribunal no aprecia l'essencialitat d'aquest element sobre les proposicions dels licitadors ni la seva rellevància en l'atribució de les puntuacions. Tampoc s'aprecia que s'hagi produït una alteració de l'objectivitat dels òrgans tècnics de valoració de l'òrgan de contractació ni cap desigualtat de tracte o efecte discriminatori, d'acord amb la doctrina i la jurisprudència anteriorment referida (en particular, la Resolució del TACRC núm. 535/2017).

Ultra això, tampoc es pot desconèixer que, com ja ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 106/2017, 89/2017, 77/2016, 39/2016, 36/2016 i 23/2016), els actes dels òrgans de contractació gaudeixen de la presumpció de validesa, tret de prova en contrari.

En conclusió, procedeix la desestimació en tots els seus extrems de la primera al·legació del recurs.

NOVÈ. La segona al·legació basa la nul·litat de l'adjudicació en el fet que la proposició de l'oferta de BARCELONA BUS hagués hagut de ser exclosa per no complir els requisits establerts en relació amb el termini de posada en funcionament del servei previst a la clàusula 4 del PCA i 1.4.1 del PCT.

La clàusula 4 del PCA, relativa a la durada del contracte, preveu, entre d'altres extrems:

“Per tal de que el contractista pugui executar les inversions a les que ve obligat, la prestació del servei i el còmput del termini contractual s'iniciaran a partir de que s'hagin complert 4 mesos des de la signatura del contracte. L'incompliment de l'obligació d'iniciar la prestació del servei en aquest termini podrà donar lloc a la imposició de les penalitats previstes a la clàusula 18 d'aquest plec, sens perjudici de poder acordar la resolució del contracte, d'acord amb allò previst a l'article 212.7 del RD 3/2011 (TRLCSP).”

I la clàusula 1.4.1 de PCT, també entre d'altres previsions, disposa:

“Per a la prestació del servei l'adjudicatari haurà de disposar d'un Sistema d'Ajuda a l'Explotació i la Informació (SAEI) que ofereixi un seguit de prestacions, tant de cara a l'operació del servei com d'informació en temps real de l'usuari. L'ajuntament de Lloret de Mar haurà de disposar d'un lloc d'operació remot amb capacitat de consulta al nivell de l'adjudicatari.”

SARFA reitera i amplia l'argumentació per la qual es considera que la proposició de l'adjudicatària va contravenir els plecs i, en conseqüència, per aplicació dels articles 145.1 del TRLCSP i 84 del RGLCAP i sense possibilitat de discrecionalitat tècnica, hauria d'haver estat exclosa. En aquest sentit, s'al·lega el que l'apartat 4.1.5 de la proposició de BARCELONA BUS indicava respecte dels terminis d'implantació del SAEI.

En resum, en la proposició de l'adjudicatària s'indica que el SAEI estarà totalment operatiu al sisè mes després de la seva posada en marxa, tot i que des dels primers moments, a mesura que s'instal·li a cada vehicle, podrà fer el seu seguiment des dels llocs de control. Tot seguit s'inclou una taula amb el cronograma que comprèn dels mesos 0 a 6 i que comença amb la comanda SAEI i acaba amb el SAEI 100% operatiu.

Continua exposant la recurrent l'al·legada contravenció de l'oferta de l'adjudicatària en relació amb els plecs, en concret, pel que fa al termini de posada en funcionament del sistema SAEI, per acabar sol·licitant novament la nul·litat de ple dret de l'adjudicació en virtut de l'article 32.a) del TRLCSP o, subsidiàriament, la seva anul·lació d'acord amb l'article 33 del mateix TRLCSP, amb exclusió de l'oferta de BARCELONA BUS i l'adjudicació del contracte a la següent oferta econòmicament més avantatjosa.

D'acord amb l'informe de l'Ajuntament de Lloret de Mar emès en el seu dia, el consistori considera que la recurrent no fa una lectura correcta del que indiquen els plecs, ja que els vehicles de nova adquisició que formaran part de la flota hauran de disposar dels sistemes de posicionament global en el termini establert, així com hauran d'estar operatives les pantalles d'informació a l'usuari en els quatre mesos previstos. En aquest sentit, puntualitza que la

proposició de BARCELONA BUS no inclou els autobusos que facilitarà l'Ajuntament perquè amb el seu plantejament no resulten necessaris per al servei i perquè són vehicles de cessió en un termini a determinar i respecte dels quals caldrà estudiar en quina mesura es poden implementar els requeriments del plec, atesa l'antiguitat i la utilitat. Afegeix que en la implantació dels sistemes SAEI hi ha un termini d'ajustatge i acceptació del seu funcionament.

Respecte d'aquesta qüestió, BARCELONA BUS efectuà al·legacions en el sentit de negar rotundament que la seva proposta suposés l'incompliment del termini de posada en funcionament del servei. Exposa, en síntesi, que la flota dels cinc vehicles per a la prestació del servei n'inclou dos que seran posats a disposició per par de l'Ajuntament i els altres seran aportats pel nou contractista. Els primers, que encara estan en ús, no disposen del sistema SAEI i requeriran, per tant, un temps per realitzar la seva posta a punt que, en tot cas, finalitzarà en sis mesos, sense que això suposi cap incompliment del plec. En definitiva, s'afirma que respecte dels tres vehicles aportats per BARCELONA BUS el sistema SAEI estarà degudament instal·lat des del mateix dia en el que s'iniciï la prestació del servei.

Adicionalment, l'empresa adjudicatària mostra la seva sorpresa per l'al·legació de SARFA en la mesura que entén que aquesta circumstància hagués estat la mateixa per a qualsevol adjudicatària del contracte.

En primer terme, cal tenir en compte, una vegada més, que la funció d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats i no 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 simplement 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, Resolucions núm. 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016, 82/2016, 201/2015, 123/2015, 36/2015, 33/2015, 53/2014, 39/2014, 7/2014, 24/2013, 1/2013 i 35/2012; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérim/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal de Primera Instància 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).

Així, d'existir els esmentats vicis o incompliments en els actes impugnats, d'acord amb l'article 47.2 del TRLCSP aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú

de les administracions públiques.

Així mateix, cal partir de la base que els plecs que regeixen la licitació van ser acceptats per totes les parts, tant empreses licitadores com òrgan de contractació, i les vinculen consegüentment, perquè van esdevenir *lex inter partes*. En efecte, per a les empreses licitadores, aquest postulat els deriva de l'article 145.1 del TRLCSP quan disposa que "*Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva*" (entre d'altres, Resolucions núm. 76/2015, 39/2015 i 36/2015, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem, per totes, sentències de 26 de desembre de 2007 i 27 de maig de 2009). Aquesta vinculació també es predica respecte dels plecs de prescripcions tècniques (també entre d'altres, Resolucions núm. 24/2017, 14/2017, 110/2015, 62/2015, 26/2015, 20/2015, 203/2014, 39/2014).

Per a l'òrgan de contractació, aquell postulat l'obliga a desenvolupar els tràmits del procediment de contractació d'admissió de les empreses licitadores, valoració de les ofertes i adjudicació del contracte amb total subjecció als plecs tècnics i administratius per ell elaborats i aprovats, sense poder tenir en compte ni aplicar criteris, subcriteris, paràmetres o aspectes no previstos en els documents que regeixen la licitació ja que altrament la seva actuació atemptaria de ple contra els principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència consagrats en els articles 1 i 139 del TRLCSP (entre d'altres, Resolucions núm. 24/2017, 14/2017, 101/2015, 202/2014 i 35/2014).

Ultra això, en l'anàlisi dels aspectes tècnics aquest Tribunal ha d'estar-se a allò constatat per l'òrgan de contractació atès que els actes dels òrgans de contractació disposen de la presumpció de validesa (entre d'altres, resolucions núm. 24/2017, 137/2016, 39/2016 23/2016 i 239/2015, entre d'altres) sempre i quan no hagi estat contradit per l'empresa recurrent.

Dintre dels plecs de prescripcions tècniques s'hi poden incorporar previsions d'obligat compliment –això vol dir que són condició indispensable per a l'execució del contracte de forma correcta- i d'altres que, segons prevegin el plecs, tinguin la consideració de susceptibles de variació o variants que hagin estat admeses en la licitació. Totes, com a normes del contracte, requeriran interpretació en la seva aplicació i les primeres, les d'obligat compliment, són les que, en cas de provada contravenció per les proposicions, han de suposar l'exclusió d'aquestes darreres.

Nogensmenys, per poder procedir a l'exclusió d'una proposició per aquests motius, és necessari que s'aprecii una clara i expressa contravenció d'un requisit essencial definit objectivament per a la prestació del servei, i així ha de figurar en els plecs. Addicionalment, l'eventual exclusió no es pot fonamentar en raonaments tècnics més o menys complexos referits a valoracions subjectives. En definitiva, només quan l'incompliment és exprés i no existeix cap dubte sobre la incongruència de l'oferta o sobre el fet que s'oposi obertament a les prescripcions tècniques del plec procedeix l'exclusió (Resolució d'aquest TCCSP 43/2017, Resolució 1/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

–en endavant, TARCCyL-, Resolució del TACRC 985/2015, Acord 56/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón -en endavant, TACPA- i Resolució 96/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid –en endavant, TACPM-).

Arribats a aquest punt, cal recordar que, a la vista d'allò exposat per l'òrgan de contractació i arran la doctrina imperant, la interpretació dels plecs correspon a l'òrgan de contractació (article 210 del TRLCSP), una prerrogativa, però, que sempre s'ha d'exercir dins dels límits i amb subjecció als principis, requisits i efectes assenyalats en el TRLCSP i en atenció a la prestació que pretén satisfer l'objecte del contracte i als seus resultats (entre d'altres, resolucions núm. 24/2017, 197/2017, 9/2016 i 124/2014 i Resolució del TACRC núm. 132/2012).

En aquest supòsit, el Tribunal entén que la presumpció de certesa, legalitat i validesa de l'explicació de l'òrgan de contractació (resolucions núm. 165/2017, 161/2017, 153/2017, 106/2017, 89/2017, 77/2016, 39/2016, 36/2016 i 23/2016, per totes) no queda refutada pels arguments de l'empresa recurrent, sinó que tant l'òrgan de contractació com l'empresa adjudicatària esgrimeixen una interpretació compatible amb el plantejament de la prestació del servei que fa el propi plec i, per tant, no es pot considerar discriminatòria.

En conclusió, procedeix la desestimació en tots els seus extrems de la segona al·legació del recurs.

DESÈ. En tercer lloc, la recurrent planteja la nul·litat de ple dret de l'adjudicació en base a què l'oferta de BARCELONA BUS és contrària al PCT, a la legalitat vigent i al principi d'igualtat entre licitadors, i això per entendre que contravé allò previst en la clàusula 1.2.2 del PCT i el seu annex 1.

En aquest sentit, exposa que els licitadors havien d'incloure en les seves proposicions la solució per a la prestació dels serveis a demanda –serveis de la línia L02 que els residents a Lloret poden reservar amb una hora d'anticipació-, que podia estar basada en convenis amb altres mitjans de transport o en altres alternatives, amb els condicionants que només es pot cobrir el desplaçament entre dues parades de la línia L02, mai des de o cap a parades d'altres línies ni des de fora d'alguna de les parades de la línia.

Així, la clàusula 1.2.2 del PCT, en relació amb la L02, estableix que:

“- L02: Expedicions puntuals en dies lectius (de dilluns a divendres) per cobrir la demanda relacionada sobretot amb escolars de les urbanitzacions del nord utilitzant les actuals parades existents a Mas Romeu, Los Pinares, Lloret Blau, La Creu de Lloret i Lloret Residencial, cobertes per la fins ara L01:

- 2 expedicions pel matí per arribar a l'horari d'entrada escolar, entre les 8h i les 9h.
- 2 expedicions tarda a partir de les 16h30'.

S'hauran d'establir serveis a la demanda per a la línia L02 fora dels horaris de circulació de les expedicions del punt anterior. Es resoldrà a partir de solucions proposades per l'operador i/o convenis amb altres mitjans de transport.

En l'oferta els licitadors hauran d'especificar el model de prestació d'aquests serveis:

- *Amplitud horària i de temporada de funcionament*
- *Sistema de reserva i antel·lació necessària*
- *Tecnologia associada*
- *Metodologia seguiment del seu bon funcionament*
- *Difusió del servei"*
(el subratllat és nostre)

S'explica també que la solució proposada per l'adjudicatària incloïa la prestació dels serveis a demanda mitjançant la línia interurbana Lloret-Vidreres-Girona i mitjançant un conveni amb una empresa de taxis de Lloret (apartats 2.4.2.3 i 4 de la memòria tècnica) i que, atès el contingut de l'informe de valoració dels criteris subjectius, no es va tenir en compte que la proposta és contrària al PCT i vulnera la legalitat vigent i el principi d'igualtat entre licitadors.

En particular s'al·lega que es contravé l'annex 1 del PCT en la mesura que aquest prohibeix la prestació dels serveis a demanda des de o cap a parades d'altres línies i des de fora d'algunes parades de la línia i, per tant, no resulta viable mitjançant la línia interurbana de Girona.

Al respecte, l'annex 1 del PCT disposa:

"Les especificacions d'aquest servei de demanda són:

1. *Només es podrà cobrir el desplaçament entre dues parades d'aquesta línia, mai des de o cap a parades d'altres línies (excepte en cas justificat de desviament del trànsit, ets) ni des de fora d'alguna de les parades de la línia.*
2. *(...)*
3. *(...)*
4. *(...)*
5. *(...)*

En la seva plica els licitadors hauran d'exposar:

- *Els principis de com faran la gestió del servei (recursos que hi destinaran, comunicació amb el ciutadà, garanties de poder prestar el servei, gestió de la informació i les reserves, etc).*
- *Pla d'explotació del servei (assignació de torns i de vehicles, horaris en funció del tipus de dia). Exposició de la solució que planteja per dur-lo a terme, mitjançant recursos propis i/o convenis amb altres mitjans de transport i tenint en compte les subvencions que atorgui la Generalitat de Catalunya o altres Ens supramunicipals.*

En l'oferta els licitadors hauran d'especificar el model d'explotació d'aquests serveis:

- (...)
- (...)
- *Tecnologia per fer el seguiment dels usuaris i la recaptació, en funció del mode(s) de transport seleccionat(s).*
- *Tecnologia associada*
- (...)
- (...)"

En segon lloc, s'al·lega que es contravé la legalitat pel fet que es realitzi mitjançant vehicles i mitjans assignats a una línia que és objecte d'un contracte diferent i diferenciat de transport interurbà adjudicat per la Generalitat de Catalunya i que, per tant, la seva modificació no pot ser objecte d'aprovació per l'Ajuntament de Lloret. En tot cas, en no demostrar la modificació d'aquesta línia, entén la recurrent que no queda acreditat que l'adjudicatària disposi dels mitjans per prestar el servei a demanda mitjançant la línia interurbana, la qual cosa fa d'impossible compliment el contracte.

En tercer lloc, es considera que contravé el principi d'igualtat entre els licitadors ja que només BARCELONA BUS té la concessió de transport interurbà de Lloret-Vidreres-Girona i, per tant, l'acceptació de la seva proposta suposa que la resta de licitadors queden en situació de desigualtat ja que no poden oferir una solució similar.

En un altre ordre de consideracions, també s'al·lega que la celebració d'un conveni amb una empresa de taxis de Lloret de Mar és contrària a dret i això perquè: 1) suposaria una subcontractació subjecta a les condicions de l'article 227 del TRLCSP i no s'han complert les condicions allà establertes sense que l'informe de valoració reflecteixi haver efectuat les comprovacions adients; 2) la prestació dels serveis a demanda amb l'empresa de taxi suposa un incompliment del PCT ja que aquesta no compleix els requisits tècnics establerts pel PCT per a tota la flota de vehicles adscrits al servei (clàusula 1.4.1 i 1.4.5), tenint particularment en compte el que s'indica en la memòria tècnica de l'adjudicatària (apartats 4.1.1 i 4.5.5).

Finalment, s'indica que, si els vehicles adscrits al servei de demanda no havien de complir amb els requisits tècnics definits inicialment en el PCT, això hauria d'haver-se indicat, i s'afegeix que, de resultes de l'accés a l'oferta en la nova compareixença efectuada, han arribat al convenciment de què la proposta de BARCELONA BUS el que fa és introduir un tipus de servei que no es preveu en l'objecte contractual de la línia L02 (en resum, converteix part del servei a la demanda de la línia L02 en un servei fix dins de la línia interurbana de Lloret-Vidreres-Girona), alterant així les previsions dels plecs.

Una vegada més, es demana la nul·litat de ple dret de l'adjudicació en virtut de l'article 32.a) del TRLCSP, amb exclusió de l'oferta de BARCELONA BUS i l'adjudicació del contracte a la següent oferta econòmicament més avantatjosa.

L'informe de l'Ajuntament de Lloret de Mar refuta aquesta al·legació de la recurrent començant per afirmar que la línia interurbana Lloret-Vidreres-Girona de la que és titular Barcelona Bus

no prestarà els serveis a demanda, si no la part fixa del servei que estableix el propi plec. Es valora positivament aquesta solució perquè elimina haver de fer servir un vehicle per un recorregut que ja es fa amb un altre i només caldrà garantir els horaris indicats al plec tècnic per als usuaris i el preu com a recorregut urbà. Així mateix, es fa un repàs dels aspectes requerits als plecs i als que dóna compliment la solució proposada per BARCELONA BUS – garantir els serveis a demanda en funció del nombre d'usuaris amb acreditació de la residència i antelació d'una hora i, fins a 4 persones, possibilitat d'ús del servei de taxi-.

Es conclou valorant el caràcter raonable de la solució proposada des d'un punt de vista econòmic i ambiental, posant en relleu que també s'hagués admès aquesta solució a SARFA si l'hagués proposat i, a aquests efectes, es recorda que el plec preveu la possibilitat d'establir convenis per oferir solucions com la plantejada, sempre que es respectin els requeriments del PCT. I afegeix, explícitament, que també SARFA va demanar l'autorització a l'Ajuntament de Lloret de Mar –i la va obtenir pels mateixos motius abans exposats- per a què la seva línia interurbana Lloret-aeroport de Barcelona, pogués fer aturades en dos barris de Lloret de Mar, que són competència de les línies urbanes i no formen part del plantejament inicial de la línia interurbana.

En fase d'al·legacions, BARCELONA BUS va afirmar que la seva proposta preveu la prestació de serveis de la L02 en combinació amb el transport de viatgers interurbà per carretera entre Lloret de Mar, Vidreres i Girona per aprofitar, mentre sigui operador dels dos serveis, les sinèrgies d'aquest servei amb el servei urbà objecte del contracte. Aquest servei comprèn un servei sota petició i un servei amb expedicions fixes que compleixen els requeriments dels plecs.

En particular, refuta les afirmacions de SARFA sobre el pretès incompliment de la proposta en la mesura que de les previsions de l'annex 1 del PCT no es pot deduir que no es pugui utilitzar un autobús adscrit a un servei aliè al que és objecte d'aquest contracte, abans al contrari ja que es podria interpretar que no es poden aprofitar altres parades i serveis de línies d'aquest mateix servei urbà per cobrir la línia L02. És a dir, el que no es podria fer és donar cobertura aprofitant els serveis oferts o parades previstes per a les línies L01 o L03 del mateix servei urbà de Lloret de Mar. I es conclou en el sentit que aquestes limitacions en cap cas serien extrapolable als serveis de transport interurbà.

Pel que fa a la modificació de la concessió del servei interurbà com a conseqüència de la seva proposta, s'especifica que, lògicament, en el seu cas, aquesta haurà de dur-se a terme un cop formalitzat el contracte de serveis objecte del recurs per l'òrgan competent titular del servei – la Generalitat de Catalunya-. Nogensmenys, es puntualitza que això no contradiu el plantejament de la seva proposta i que l'acreditació d'aquesta modificació, arribat el cas, es produirà oportunament. Per acabar, es posa en relleu que en cap moment els plecs de la contractació es limita la possibilitat que els licitadors puguin oferir l'aprofitament d'altres mitjans dels que es pugui disposar per la prestació del servei urbà de Lloret de Mar.

En relació amb la possibilitat d'oferir els serveis a demanda per a un màxim de 5 usuaris, o entre 5 i 8 en funció de les necessitats operatives, mitjançant l'empresa de taxis, s'afirma la seva coherència amb les previsions explícites del punt 1.2.2 del PCT. Addicionalment, es fa palès que, atès el seu ús puntual, en cap cas es superaria el percentatge establert a l'apartat e) de l'article 227 del TRLCSP i que, tal i com queda acreditat en l'escrit de l'empresa de Taxi que s'acompanya la seva flota compleix amb els requeriments relatius al SAEI, tot i que en cap cas els plecs van establir-ho com a requeriment.

Per tot això, es demana la desestimació de la petició de SARFA respecte de l'exclusió de l'oferta de BARCELONA BUS.

Arribats a aquest punt, la controvèrsia se situa, doncs, entorn dues qüestions. D'una banda, la possibilitat d'utilitzar un línia de servei aliena a la L02 i, d'altra banda, la viabilitat de prestar els serveis a demanda per mitjans externs consistents, en aquest cas, en l'ús d'una companyia de taxis.

Pel que fa la primera de les qüestions, certament d'interpretació més oberta per la seva redacció genèrica, queda palès que l'òrgan de contractació ha considerat i interpretat que no contravé la limitació establerta en l'annex 1 del PCT el fet d'integrar l'ús parcial del servei d'una línia interurbana operada pel propi licitador. Es defensa, també, la seva millor eficiència econòmica i mediambiental, així com la possibilitat de qualsevol altre licitador d'oferir una proposta similar dintre de les seves possibilitats. Per tant, respecte d'aquests aspectes, el Tribunal no pot apreciar cap contravençió de les previsions dels plecs ni tampoc de cap altre principi aplicable als procediments de contractació pública. Addicionalment, tampoc es pot assumir l'al·legació d'un possible futur incompliment per no haver-se acreditat en fase de licitació l'autorització de la modificació de la línia interurbana que es pretén integrar parcialment en el servei objecte de licitació.

En relació amb la segona qüestió, això és la viabilitat de prestar serveis a demanda per mitjans externs consistents, en aquest cas, en l'ús d'una companyia de taxis, cal tenir en compte que, a la vista del contingut del PCT sobre aquest aspecte, abans reproduït, no només no s'observa cap impediment, sinó que hi ha una previsió expressa que ho permet i, a més, n'estableix les condicions o característiques particulars que, sobre la solució proposada, el licitador, en el seu cas, ha d'indicar en la seva oferta. Efectivament, en l'apartat corresponent de l'annex 1 del PCT es preveuen les especificacions a indicar en l'oferta sobre el model d'explotació d'aquest servei, entre els que cal assenyalar, es demana la indicació de la tecnologia per fer el seguiment dels usuaris i la recaptació i la tecnologia associada. En definitiva, tampoc en aquest cas el Tribunal pot assumir l'al·legació de la recurrent sobre la pretesa vulneració de les prescripcions tècniques establertes amb caràcter general per als vehicles que han de prestar el servei –autobusos-.

En tot cas, una vegada més, aquest Tribunal es troba davant de la potestat d'interpretació dels plecs que ostenten els òrgans de contractació amb els límits i les consideracions que s'han indicat en el fonament jurídic anterior, així com de les condicions d'exercici de les seves funcions revisores. Ultra això, cal efectuar també una remissió a les reflexions allà contingudes

en relació amb els paràmetres que han d'operar per procedir a l'exclusió d'una empresa en un procediment de licitació en el cas que s'aprecii l'incompliment d'alguna o algunes de les clàusules imperatives establertes en els plecs.

Per tot això, procedeix la desestimació en tots els seus extrems de la tercera al·legació del recurs.

ONZÈ. En darrer terme, en síntesi, es demana la suspensió del procediment de licitació fins la resolució del present recurs, i, en virtut de les previsions dels articles 43, 44 i 45 del TRLCSP, sol·licita que si no es considerés que opera la suspensió automàtica prevista per als actes d'adjudicació, s'adoptessin les mesures provisionals escaients en aquest sentit.

A aquests efectes, s'al·leguen, entre d'altres, diferents considerants de la Directiva 89/665/CE i diversos articles de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Addicionalment, s'al·lega que la continuació del procediment de licitació del contracte pot fer perdre la seva finalitat al recurs interposat, que cal concloure la prevalença dels interessos defensats per la recurrent en la ponderació entre interessos públics i privats, i l'aparença de bon dret de la mesura provisional sol·licitada.

Al respecte, aquest Tribunal ha considerat suspesa automàticament la resolució amb ocasió dels dos recursos presentats i, per tant, no procedeix l'adopció de cap decisió al respecte, més enllà de l'oportú aixecament de dita suspensió amb motiu de la resolució d'aquest segon recurs especial en matèria de contractació.

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

ACORDA

1.- Desestimar el recurs presentat pel senyor J.G.A i la senyora M.D.P.G en nom i representació de SARFA, SL (en endavant, SARFA) en data 4 de desembre de 2017 contra l'adjudicació del contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient 07/16 PO).

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 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 procedeix la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

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 que disposen els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 10 de gener de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta