Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 046, RE 049 y RE 050

Acuerdo 59/2022, de 15 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos por la "ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS EN AUTOBUSES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN", el "COMITÉ DE EMPRESA DE AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L., "JAVIER CANTORAL GARCIA y otros" y "AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L." frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de abril de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo. Según figura en el citado anuncio, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 23 de mayo de 2022.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, código CPV 60100000-Servicios de transporte por carretera, tramitado por procedimiento abierto, con

varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 285 068 631,40 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 12 de mayo de 2022, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por parte de la "ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS EN AUTOBUSES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN" frente al anuncio y los pliegos referidos en el antecedente anterior, al que, atendiendo a su orden de llegada se le asignó el número 46/2022. En su escrito, la recurrente solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación.

Tercero.- El día 13 de mayo de 2022, este Tribunal, dio traslado del recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo la remisión del expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Los días 18 y 20 de mayo siguientes se recibieron, respectivamente el expediente completo y el informe, en el que el órgano de contratación, manifiesta su oposición a la suspensión del procedimiento y a la estimación del recurso.

Cuarto.- El mismo día 13 de mayo de 2022, se recibió en este Tribunal –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón- un nuevo escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. M.H.G., en nombre y representación del COMITÉ DE EMPRESA DE AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L. y "JAVIER CANTORAL GARCIA y OTROS", en su propio nombre, frente a los pliegos que rigen la licitación.

Al igual que en el caso anterior, se solicita de este Tribunal la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación en tanto se produzca la resolución del recurso interpuesto.

Al recurso recibido, atendiendo a su orden de llegada, se le asignó el número 49/2022.

Quinto.- El mismo día 13 de mayo, tuvo entrada en este Tribunal, un tercer escrito de recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos del mismo procedimiento. En este caso, ha sido interpuesto por don J.L.R.S.R., en nombre y representación de la mercantil "AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.". Al igual que en los casos anteriores, la recurrente solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación. A dicho recurso, se le asignó el número 50/2022.

Sexto.- El día 16 de mayo de 2022, este Tribunal, dio traslado de los recursos 49 y 50/2022 al órgano de contratación, requiriendo la remisión del informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. Los días 18 y 20 de mayo siguientes se recibieron, respectivamente el expediente completo y el informe, en el que, de nuevo, el órgano de contratación, manifiesta su oposición a la suspensión del procedimiento y pide la desestimación del recurso.

Séptimo.- Mediante Acuerdo 51/2022, de 2 de junio de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, fue acordada la medida provisional interesada por las actoras, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación objeto de las presentes actuaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LCSP.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, en ellos se aprecia identidad en el objeto de los mismos, por lo que cabe abordar su resolución de manera conjunta, pues entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por lo que procede, en aras del principio de economía procedimental, acumular los tres recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 46/2022, 49/2022 y 50/2022, para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita la legitimación de “ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS EN AUTOBUSES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN” y “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP y con la doctrina establecida por este Tribunal, en defensa de sus intereses, en cuanto potenciales licitadores, tanto por parte de los miembros de la asociación como de la citada mercantil, conforme al ámbito de su objeto social definido en los estatutos de ambas; así como de M. H. G, en representación del “COMITÉ DE EMPRESA DE AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” y “JAVIER CANTORAL GARCIA y otros”, trabajadores de dicha empresa, cuya condición ha sido acreditada en el seno de este recurso.

Este Tribunal administrativo, se ha pronunciado sobre la legitimación de los representantes autorizados de los comités de empresa de los adjudicatarios del servicio cuya licitación se convoca, para interponer el recurso especial, en sus Acuerdos 65/2014, de 4 de noviembre, 88/2015, de 1 de septiembre y 83/2017, de 21 de julio, para impugnar únicamente aquellas cuestiones propias al ámbito de sus competencias, por tanto, a la vigilancia en el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de empleo. Es allí donde existe interés legítimo, y la actuación impugnada puede repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. En el presente caso, a la vista de las pretensiones ejercitadas en el recurso presentado, cabe concluir que concurre interés legítimo en todas ellas.

Y respecto a la legitimación de los trabajadores recurrentes, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) 134/2012 de 20 de junio, se pronuncia sobre ello señalando que «(p)*royectando la doctrina expuesta sobre el interés legítimo al caso que nos ocupa, y examinados los fundamentos de los recursos interpuestos, ha de concluirse que ambas recurrentes poseen la legitimación activa exigida para poder interponer los recursos especiales en materia de contratación contra los Pliegos que son objeto de los mismos, ya que las dos han acreditado el efecto cierto que les ocasionaría la redacción inicial de los pliegos, así como el que la anulación, en su caso, del acto impugnado, tendría para las mismas, por lo que este Tribunal entiende que poseen un interés legítimo que debe ser protegido.»*

Pues bien, los recurrentes actuantes en su propio nombre, han acreditado en el presente procedimiento su condición de trabajadores de las concesionarias actuales y a la vista de las pretensiones del recurso, cabe considerar que concurre interés legítimo en sus pretensiones frente a los pliegos impugnados.

También queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es 285 068 631,40 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP, y se dirige contra el anuncio de licitación y el acto de aprobación de los pliegos, actuaciones específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO. – Antes de cualquier consideración acerca del fondo del asunto, es preciso detenerse a estudiar si cabe apreciar la existencia de una situación de litispendencia sobre los recursos aquí acumulados, tal y como alega el órgano de contratación, ante la existencia de un procedimiento judicial iniciado por la entidad recurrente del recurso 46/2022 y que podría afectar a estos tres recursos especiales, lo que determinaría su inadmisión.

El órgano de contratación señala que gran parte de las alegaciones que expone la recurrente del recurso 46/2022, han sido planteadas por ella misma, en el recurso contencioso administrativo seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con el número de Procedimiento Ordinario 782/2021, frente los actos administrativos siguientes:

- Acuerdo del Gobierno de Aragón en su reunión celebrada el día 14 de julio de 2021 y notificado a esta parte en fecha 30 de julio de 2021, por la que se desestima el recurso de reposición formulado por AETIVA, en fecha 21 de junio de 2021, contra el Acuerdo del Gobierno de Aragón de 19 de abril de 2021, por el que se aprueban los 19 proyectos de establecimiento de servicios de transporte público permanente regular de

viajeros de uso general por carretera.

- Acuerdo del Gobierno de Aragón de corrección de errores materiales advertidos en los proyectos de establecimiento de servicio de transporte público permanente regular de viajeros de uso general por carretera de Aragón, aprobados por Acuerdo de Gobierno de Aragón de 19 de abril de 2021 publicado en el Boletín Oficial de Aragón nº 212, de 14 de octubre de 2021.

El órgano de contratación defiende que existe una total identidad de partes o subjetiva, ya que la actora en el procedimiento de referencia es la misma asociación que presenta este recurso especial y en cuanto a la identidad objetiva, se remite a los propios argumentos de la recurrente cuando explica el objeto del recurso especial y su motivación.

Pues bien, procede analizar la concurrencia de los requisitos de identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. Respecto al requisito de la identidad subjetiva, efectivamente concurre la identidad de partes en el caso del recurso 46/2022, pero no en los otros recursos aquí acumulados.

En cuanto a la identidad objetiva, tanto el recurso 46/2022, como el 49/2022 y el 50/2022, tienen por objeto el PCAP que ha de regir la presente licitación y cuyo contenido, como se verá a continuación, excede del de los proyectos de explotación impugnados en el recurso contencioso-administrativo. Este último se fundamenta en casi su mayor parte en infracciones de las normas que rigen la Ordenación de los Transportes Terrestres, mientras que los recursos especiales, se fundamentan exclusivamente en la infracción de la normativa contractual.

El artículo 70 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres prevé que «(l)*a prestación de los servicios regulares permanentes de transporte de viajeros de uso general, deberá ser precedida de la*

correspondiente y fundada resolución administrativa sobre el establecimiento o creación de dichos servicios, la cual deber ser acompañada de la aprobación del correspondiente proyecto de prestación de los mismos.»

Y el artículo 73.2 de dicha ley señala que:

El pliego de condiciones que haya de regir el contrato, que tomará como base el proyecto aprobado por la Administración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70, fijará las condiciones de prestación del servicio.»

Por su parte, el Artículo 284 de la LCSP establece que:

«1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.»

Y el artículo 285 de la LCSP dispone lo siguiente:

«1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3, con la finalidad de promover la libre concurrencia.

b) Fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.

c) Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

d) Definirán los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3, a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c).

e) Preverán también la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato. Asimismo, establecerán criterios para la determinación de cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control y, en el caso de que estuviera justificado por las características del contrato, se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del

contrato. En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.»

Por ello, desde un punto objetivo o material, salvo lo que se dirá después en algún concreto motivo de recurso, de los preceptos reproducidos resulta que no existe identidad, dado que no se trata del mismo acto impugnado, pues el que es objeto de estos recursos especiales excede el contenido de los que están pendientes de la jurisdicción contenciosa, si bien sirven de base de aquél; los actos que están *sub iudice* forman parte del procedimiento para la gestión indirecta del servicio de transporte público regular permanente de viajeros, pero son anteriores a la iniciación del procedimiento de adjudicación de los correspondientes contratos de concesión de servicios.

En cuanto a la existencia de identidad en la causa de pedir, de la documentación remitida por el órgano de contratación resulta que efectivamente el recurso contencioso administrativo está interpuesto frente a los acuerdos del Gobierno de Aragón de aprobación de los proyectos de explotación, que como la propia recurrente explica, contienen los datos que son la base de los cálculos y las magnitudes económicas del contrato. Además, se ha podido constatar que se emplean los mismos argumentos frente a tales cuestiones tanto en el escrito de recurso especial, cuando se combate lo relativo al régimen económico financiero de la concesión, como en el del recurso contencioso-administrativo citado. Y este último se fundamenta, en su mayor parte, en infracciones de las normas que rigen la Ordenación de los Transportes Terrestres, mientras que los recursos especiales, se fundamentan exclusivamente, en la infracción de la normativa contractual.

Ahora bien, en el primer motivo del recurso 46/2022, la Asociación empresarial recurrente impugna el presupuesto base de licitación -cláusula 18 de PCAP- y señala que el precio del contrato contraviene lo exigido en los artículos 100 y 102

de la LCSP. En el escrito de recurso se viene a explicar que la insuficiencia del presupuesto de licitación viene derivada de los Proyectos de explotación que adolecen de diversos errores, lo cuales desarrollan en el escrito con detalle, al cual acompañan de diversos informes técnicos sobre los mismos.

Concretamente, la recurrente manifiesta en su escrito lo siguiente:

«*Los Proyectos de Explotación son documentos esenciales, porque en los mismos se lleva a cabo la estimación de los ingresos, costes y aportaciones extraordinarias que conforman, posteriormente, el presupuesto básico de licitación, siendo que los mismos son el fundamento del precio del Contrato. Todo ello, sin perjuicio de las posteriores concreciones que se determinen en los Pliegos. Y claro, si estas estimaciones de demandada y de costes no están debidamente calculadas, como sucede en este caso, la consecuencia es que el precio del contrato no es real, incumpliéndose una de las máximas de la contratación administrativa como es la equivalencia en las prestaciones contractuales. O dicho en otros términos, los errores contenidos en los Proyectos de Explotación implican que los Pliegos y resto de documentación contractual prevean una prestación que adolece de una viabilidad técnica y económica de acuerdo con las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico.*

Esto nos lleva a que, a los efectos de este Recurso especial, es necesario también analizar los Proyectos de Explotación y ponerlos en relación con lo que aquí es objeto de impugnación, esto es, el Anuncio y los Pliegos aprobados.»

Así, a pesar de la falta de previsión legal en la normativa de contratación pública y, particularmente, de la que regula el presente recurso especial, del escenario concurrente en el presente caso, cabe aquí apreciar, en este motivo sí, la existencia de la situación denominada litispendencia, puesto que cabe entender que ha sido recurrido, por las dos vías –recuso especial y recurso contencioso-administrativo, dado el carácter potestativo del primero – el mismo acto, aunque

sea indirectamente –por reproducción o confirmación y sólo en parte-, con las mismas partes y los mismos argumentos.

Así, tal y como ha señalado la sentencia de 12 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, «(e)*s evidente que la jurisdicción contenciosa-administrativa es prevalente sobre cualquier decisión de un tribunal administrativo, de forma y manera que una vez iniciado un proceso judicial, el tribunal administrativo pierde todo tipo de competencia sobre la conformidad o no a derecho del acto sometido al control judicial*», por lo que, una vez sustanciada la impugnación de un acto ante el órgano jurisdiccional correspondiente, del que en esta materia referida es ejecución o reproducción aun en parte, el que es objeto de este recurso especial ante este Tribunal administrativo, éste carece de competencia para conocer al menos del presente motivo del recurso 46/2022.

Y a este mismo resultado se ha de llegar respecto del motivo primero del recurso 50/2022, pues tiene por objeto igualmente, la impugnación de las magnitudes económicas, por vulneración de los artículos 100 y 102 de la LCSP, basada en argumentos muy similares a los planteados por el recurso 46/2022 y por tanto, a los planteados en el recurso contencioso-administrativo antes citado.

Cabe invocar lo argumentado en la Resolución del TACRC 536/2013, de 22 de noviembre, en la que se afirma lo siguiente:

«*En consecuencia este Tribunal no puede pronunciarse, ante la existencia de un procedimiento judicial abierto con las mismas pretensiones que se hacen valer en este recurso, dada la preferencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la actuación de los órganos administrativos. De lo contrario se asumiría el riesgo de dictar una resolución incoherente con la que, en su momento, dicte el órgano jurisdiccional, apreciándose en consecuencia, litispendencia. Estando, por tanto, pendiente de resolución en vía jurisdiccional*

contenciosa la misma reclamación que la planteada en este expediente, este Tribunal debe aplicar el principio de litispendencia que le impide entrar en el fondo del asunto y por tanto pronunciarse sobre dicha reclamación. Como dice el Consejo de Estado en su dictamen 51.914/1989, de 22 de noviembre: "Existe un principio general, consagrado por las leyes procesales y aceptado sin discusión alguna por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual cuando un asunto se encuentra "sub judice", ningún otro Juez o Tribunal puede entrar a conocer del mismo". El Consejo de Estado, en el dictamen antes citado, concluye que la misma regla de "cierre procesal" y absorción plena de toda la competencia para conocer del asunto por parte del juzgador llamado a decidir sobre un pleito, debe también aplicarse a los procedimientos administrativos, y concluye que el principio de litispendencia también debe ser observado en los procedimientos administrativos para ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios. En consecuencia, procede la inadmisión del recurso, sin que quepa entrar sobre las pretensiones formuladas por la empresa recurrente».

Por tanto, procede la inadmisión del primer motivo del recurso 46/2022 y del primer motivo del recurso 50/2022, por cuanto en este ultimo caso, pese a no haber identidad subjetiva si que, como se ha apuntado ya, tiene por objeto asimismo el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio del contrato, que traen causa de los actos que se encuentran *sub iudice*, y que se fundan en base a los mismos argumentos que el recurso 46/2022.

Ahora bien, en el resto de motivos de estos dos recursos, así como en el recurso 49/2022 en su totalidad, procede no estimar la causa de inadmisión relativa a litispendencia por no concurrir la triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir.

En defensa de este parecer podemos traer aquí lo que señalamos en nuestro Acuerdo 64/2019, de 20 de mayo:

«A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en Resoluciones como la 536/2013, de 22 de noviembre, la 797/2016, de 7 de octubre, o la más reciente 723/2018, de 27 de julio, con cita más o menos explícita del instituto procesal de la litispendencia, ha venido a fijar regla contraria a admitir la simultaneidad del recurso especial en materia de contratación con la sustanciación de un recurso contencioso-administrativo frente a idéntico procedimiento de contratación; así en la última de dichas Resoluciones el TACRC afirma lo siguiente:

«(…) En efecto, el recurrente tras interponer el recurso contra la adjudicación, por ser nulos los pliegos manifiesta que él mismo impugnó los Pliegos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que debe suspenderse la tramitación de este proceso hasta que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo se pronuncie y dicte sentencia firme. Lo cierto es que una vez dicte sentencia pronunciándose sobre la causa de nulidad que se vuelve a invocar ahora, tampoco procedería por este Tribunal tramitar el recurso pues: o bien se habrían anulado los pliegos y quedaría sin objeto el presente recurso o bien se habría confirmado su legalidad, por lo que se produciría el efecto de cosa juzgada y por tanto no podría este Tribunal revisar pretensiones y cuestiones jurídicas resueltas ya por un órgano judicial.

(…)

Con independencia de la finalidad con la que se ha interpuesto este recurso, la solución que merece es su inadmisión sin poder entrar en el fondo del asunto ni en los motivos de nulidad invocados, debido a que no cabe admitir la simultaneidad del recurso especial en materia de contratación con la tramitación de un recurso contencioso-administrativo en el que se diluciden idénticas causas de nulidad respecto de un mismo procedimiento de licitación y entre las mismas partes.

Los interesados pueden optar entre interponer el recurso especial regulado por la normativa de contratos del Sector Público en los casos para los que está previsto o bien interponer directamente el recurso contencioso administrativo contra los actos que agoten la vía administrativa (como son todos los dictados por el órgano de contratación), pero en caso de optar por el recurso contencioso administrativo no es posible posteriormente someter la misma impugnación por medio de un recurso especial, pues el recurso especial es previo al contencioso administrativo, no pudiendo este Tribunal entrar a conocer de la misma cuestión que está simultáneamente sometida al conocimiento del órgano jurisdiccional competente.

No constituye ninguna excepción a la improcedencia de simultanear ambos recursos, el administrativo especial y el judicial, el hecho de recurrirse formalmente actos administrativos distintos, dictados en el ámbito del mismo procedimiento administrativo, como ocurre en el presente caso: en el proceso judicial se impugnan los pliegos y en el recurso administrativo especial se impugna la adjudicación, si bien el fundamento del recurso se refiere al contenido de los Pliegos simultáneamente recurridos en vía jurisdiccional, por lo que la causa de nulidad o infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia en ambos casos es coincidente y ello por las siguientes razones lógicas: porque de lo contrario se incurriría en el peligro de obtener resoluciones contradictorias, y en segundo lugar, porque el resultado que podría producirse es el de invertir la regla elemental de que son los órganos jurisdiccionales quienes revisan las resoluciones de este Tribunal, lo que conduce a la conclusión de que no cabe tramitar el recurso especial sobre pretensiones y cuestiones controvertidas que han sido sometidas ya a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ha de añadirse que la conclusión sobre la inadmisión a la que se ha llegado por este Tribunal no puede variar por el hecho de que el recurrente haya añadido en el recurso especial una segunda causa de nulidad, posterior a la aprobación de

los Pliegos y ajena a su contenido y por tanto no contenida inicialmente en el recurso contencioso-administrativo.

En efecto, según el recurrente los Pliegos incurren en vicios de nulidad por razones vinculadas con el plazo máximo de duración y su prórroga obligatoria para el concesionario y las inversiones a realizar por el concesionario. La nulidad de los pliegos conllevaría lógicamente la de todas las actuaciones posteriores del procedimiento de licitación. Esta impugnación es común vía contenciosa y en el presente recurso especial. Pero, en segundo lugar, también invoca una causa que califica de nulidad de pleno derecho afirmando que la clasificación de las ofertas y el requerimiento de documentación previo a la adjudicación, al haber sido realizada por la mesa de contratación en lugar de por el órgano de contratación conlleva que la adjudicación ulterior se haya dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido con vulneración del artículo 151.1 del TRLCSP aplicable a la licitación. Sin entrar a valorar el significado de que la Ley 9/2017 en su artículo 150.1 atribuya dichas actuaciones procedimentales, en la actualidad, de forma indiferente tanto a la mesa de contratación como al órgano de contratación, y sin ponderar la gravedad y tipo de la incompetencia de un órgano administrativo para que su intervención equivalga o conlleve la grave consecuencia de la inexistencia de un procedimiento administrativo, lo cierto es que tampoco corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo de esta causa de nulidad, pues la elección inicial de la vía contencioso-administrativa (en lugar de la vía del recurso especial en materia de contratación) por el recurrente al impugnar la nulidad de los pliegos determina que proceda seguir impugnando en dicha vía contencioso-administrativa las actuaciones posteriores o los actos administrativos que se dicten posteriormente si concurren causas nuevas de infracción del ordenamiento jurídico mediante la correspondiente ampliación del recurso contencioso-administrativo, pues en otro caso se dividiría la continencia de la

causa que necesariamente implica la necesidad de guardar una unidad jurídica, en todos los procesos judiciales en los que media un mismo juez una acción principal y unas mismas partes procesales.

En este sentido, la seguridad jurídica requiere que en cualquier proceso declarativo deba concluir necesariamente con una sola resolución en la que se comprendan todas las cuestiones controvertidas actuales entre las partes respecto de una misma relación jurídica o un mismo objeto del proceso».

Y concluye dicho Tribunal su razonamiento con la invocación de los artículos 34 y 36 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJ), que regulan acumulación y la ampliación del recurso contencioso-administrativo, respectivamente, como opciones legales que puede ejercer el recurrente –dentro del procedimiento judicial por él instado– en garantía de su derecho a la defensa en el supuesto allí analizado.

Pues bien, este Tribunal considera que tal doctrina –asumida, por cierto, por otros órganos de resolución de recursos contractuales (v.gr. el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 282/2018, de 16 de octubre)–, llevada hasta ese extremo, no se compadece bien con el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido configurado –en su vertiente de acceso a la justicia– por la jurisprudencia constitucional en desarrollo del artículo 24 de nuestra Carta Magna. Cabe así citar –entre otras– la Sentencia 106/2013, de 6 de mayo, del Tribunal Constitucional (rec. amparo nº 8996/2010), en la que éste otorgó el amparo a la recurrente: «Del examen de las resoluciones impugnadas se desprende que los órganos judiciales han realizado una interpretación de la ley procesal, principalmente de los artículos mencionados, que, superando su tenor literal, han impedido a la parte recurrente obtener una resolución de fondo sobre determinadas pretensiones. El art. 400 LEC se refiere nítidamente a la carga que

pesa sobre el demandante de alegar todos los "hechos, fundamentos y títulos jurídicos" en los que pueda basar "lo que se pida" en la demanda, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Esta carga que el legislador ha impuesto al demandante, es aplicable, en virtud del art. 406.4 LEC, también al demandado que ejercita una reconvención. En este mismo sentido, el art. 222.2 LEC, en cuyo tenor también basan los órganos judiciales su decisión de sobreseimiento, dispone que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones ejercitadas en la demanda y en la reconvención.

En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales, han aplicado ambos preceptos al demandado que, allanándose a la demanda, no optó por reconvenir. Como antes se adelantó, no corresponde a este Tribunal determinar cuál debe ser la interpretación de los artículos mencionados, sino, en su caso, censurar la efectuada por los Tribunales de justicia si lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Y como contraria a tal derecho debemos de calificar la interpretación llevada a cabo en las resoluciones impugnadas, puesto que, realizando una lectura más allá del tenor literal de los artículos antes citados, han impedido al demandante de amparo la obtención de una resolución de fondo sobre sus pretensiones, al considerar que en el primer pleito no debió allanarse sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, debería haber ejercitado la reconvención y en ella, en aplicación de lo establecido en el art. 400 LEC, haber planteado todas acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante.

Tal interpretación –además de perjudicar notablemente al demandado que tendría la obligación legal, bajo la amenaza de la preclusión de sus acciones, de reconvenir en el plazo de contestación de la demanda, viendo así reducido el plazo de prescripción o caducidad de sus acciones– contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvención. No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvención en el art. 406

LEC, dispone que el demandado "podrá" por medio de reconvención formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvención es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica».

Extrapolando esta doctrina a la jurisdicción contencioso-administrativa, los artículos 35 y 36 de la LJ inciden –en el sentido recién apuntado que remarca el Tribunal Constitucional– en el carácter potestativo para el recurrente, aun por mucho que se trate de la parte actora, tanto de la acumulación como de la ampliación en vía judicial. Así las cosas, en el caso aquí analizado, de estarse a la solución dada por el TACRC se estaría imponiendo a aquella el deber de instar la acumulación o la ampliación del contencioso-administrativo cuando su ejercicio –ex lege– se configura como un derecho procesal, vulnerándose de esta manera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el sentido vedado por la Sentencia recién citada.

Ahora bien, ello no obsta la apreciación de litispendencia para los motivos 3º y 5º de los enumerados en el Antecedente noveno, en cuya virtud la recurrente cuestiona –directa y abiertamente– el tenor del pliego que ella misma ha impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa; de ahí que este Tribunal no pueda pronunciarse sobre los mismos, al pender resolución judicial al respecto, pero sí acerca de los restantes. Y en función del sentido de ésta, el resultado final será la anulación de los pliegos (en cuyo caso quedarían viciados

igualmente todos los actos posteriores del procedimiento que se rigen por ellos, incluida la adjudicación, privando de objeto al presente recurso) o bien la adveración de su legalidad, por lo que –aun surtiendo efecto de cosa juzgada cuanto se haya razonado por el órgano jurisdiccional a propósito del tenor de los pliegos– ello no impediría a este Tribunal, por mor además del efecto útil del recurso especial en materia de contratación, revisar la actuación del órgano de contratación en la aplicación de dichos pliegos, aspecto –asimismo– principal del presente recurso especial.

Y esta solución ha sido admitida y avalada en la reciente Sentencia de 12 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Procedimiento Ordinario 26/2017, Sección 1ª), órgano jurisdiccional ante el que, precisamente, se ha sustanciado el recurso a que se alude en el Antecedente noveno y del que pende dicho procedimiento. Pues bien, aquélla se dicta a consecuencia de la interposición de recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo 120/2016, de 7 de diciembre, de este Tribunal administrativo, por el que se resolvía –en sentido estimatorio– el recurso especial interpuesto por "CENTRO DE DIAGNÓSTICO GRANADA, S.A." contra la adjudicación de un contrato derivado del «Acuerdo marco de homologación de servicios para la prestación sanitaria concertada de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud y que tenía por objeto la realización de resonancias magnéticas en instalaciones móviles (Lote 15 del Acuerdo); frente a la Resolución de la Dirección de dicha Gerencia dictada en ejecución del anterior; y frente al Acuerdo 16/2017, de 20 de febrero, de este Tribunal administrativo, por el que se inadmitía el recurso especial interpuesto por "ALLIANCE DIAGNÓSTICOS, S.L." contra la nueva adjudicación del meritado contrato, dictada a resultas de aquél.

Así las cosas, la estimación –en parte– del recurso contencioso-administrativo

por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón radica, justamente, en que el referido Acuerdo 16/2017 inadmitió el recurso especial, sin llegar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, y por ello lo anula, con el alcance a que se hace mérito en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia. En dicho Fundamento –textualmente– se razona lo siguiente: «El TACPA considera que una vez que el recurrente interpuso este recurso contencioso administrativo contra la inicial anulación, el Tribunal especial por su carácter de prejudicial y preferente a las actuaciones de carácter jurisdiccional ha perdido competencia para enjuiciar el acuerdo por el que se ejecuta la inicial decisión anulatoria.

Es evidente que la jurisdicción contenciosa administrativa es prevalente sobre cualquier decisión de un tribunal administrativo, de forma y manera que una vez iniciado un proceso judicial, el tribunal administrativo pierde todo tipo de competencia sobre la conformidad o no a derecho del acto sometido al control judicial. Pero no parece ser éste el caso, pues el acuerdo sometido a su control, no es el acto inicialmente recurrido en vía judicial, sino la ejecución de éste y por tanto perfectamente pudo el TACPA, resolver la conformidad a derecho del acuerdo de ejecución, sin inmiscuirse en las labores de este Tribunal, pues lo que se solicita es determinar si la Administración ha ejecutado correctamente la anterior anulación y en cualquier caso contra la decisión del TACPA, cualquiera que fuera, a su vez, podía el recurrente, recurrir nuevamente a este Tribunal judicial, ampliando el recurso inicial. Por todo lo razonado no aprecia la Sala la interferencia a la que se hace indicación en la Resolución del TACPA, para no entrar a conocer de la reclamación que se instaba.

Esta decisión de este se acuerda, en el claro entendimiento de que en ese momento no se había recurrido en vía judicial, el acuerdo del Hospital de Alcañiz que ejecutaba la decisión del TACPA, y se anula –es evidente– sin que deba ahora el TACPA, resolver el recurso especial, pues este ha quedado sin contenido, dado que en esta Sentencia este Tribunal ya ha declarado que el

acuerdo es conforme a derecho».

En consecuencia, cabe inadmitir todas aquellas cuestiones que –estrictamente– versen acerca de la conformidad a Derecho de los pliegos, al concurrir para ellas la situación de litispendencia, habiendo de pronunciarse este Tribunal sobre las demás.».

CUARTO.- Resuelta la admisión de los tres recursos, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamentan -que no han sido inadmitidos-, que son en parte coincidentes. En el segundo motivo del recurso 46/2022 y en el séptimo motivo del recurso 50/2022, se impugnan determinados criterios de adjudicación de los establecidos en la clausula 6.3. del PCAP; la recurrente del primero de ellos argumenta que el PCAP prevé unos criterios de adjudicación cuya evaluación depende de un juicio de valor y otros criterios cuya evaluación es automática con arreglo a fórmulas, que consisten en mejoras y que al amparo de la doctrina contractual en esta materia, son disconformes a Derecho, debido a que son desproporcionadas, vulneran el carácter complementario y accesorio que debe ostentar toda mejora, distorsionan el valor estimado del contrato y, por último, vulneran el principio de igualdad que ha de regir en materia de contratación.

En el recurso 50/2022, se denuncia que los criterios impugnados consisten en mejoras adolecen de imprecisión, son abstractas, genéricas y que, además, superan los límites de puntuación establecidos en el artículo 145.7 de la LCSP, lo que debe dar lugar a su anulación.

Para defender la desproporcionalidad de los criterios impugnados la asociación recurrente (del recurso 46/2022) manifiesta lo siguiente en su escrito:

«*En el supuesto que nos ocupa, la cláusula 6.3.1 y 6.3.2 del PCAP configura unas mejoras de carácter desproporcionado. Así, el conjunto de todas estas*

mejoras suma 44 de los 100 puntos máximos.

Consecuentemente, para que un licitador pueda obtener la máxima puntuación en este criterio de adjudicación deberá ofertar un porcentaje de mejoras que alcance el 44% de la puntuación total (44 puntos de 100).

En definitiva, aunque se trate de mejoras optativas para el licitador, a la vista del porcentaje total que representan dichas mejoras, el licitador se verá prácticamente obligado a incluirlas en su propuesta.

En este sentido, interesa a esta parte traer a colación la Resolución de 14 de noviembre JUR\2019\336799 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la que se reconoce el impacto que tienen las mejoras en una licitación cuando éstas puedan alcanzar hasta 20 puntos.

"Por otro lado, se debe tener en cuenta el impacto de la ponderación del criterio de adjudicación en el procedimiento de licitación. Así, aunque el órgano de contratación defienda en su informe que el incluir estas horas adicionales en la oferta es algo optativo por parte de los licitadores, hay que llamar la atención sobre el peso que le atribuye el PCAP a la mejora de hasta 20 puntos. A juicio de este Tribunal, se concluye que la configuración de esta mejora tiene tal relevancia en la distribución de puntos que de facto hace que cualquier licitador que quiera optar a la adjudicación deba incluirla en su propuesta, teniendo que ofertar - como hemos argumentado-, potencialmente, un número de horas que puede llegar a incrementar notablemente las tenidas en cuenta en el PCAP a la hora de determinar el precio del contrato de forma que se llegue a alterar el objeto del mismo y su valor estimado por la vía de las mejoras".

Por tanto, viendo el porcentaje que representan las mejoras previstas como criterios de adjudicación en el PCAP que se recurre (44% del total), tienen tal

relevancia en la distribución de puntos que todo licitador estará forzado a incluirlas en su oferta. Esta configuración supone que el órgano de contratación haya introducido en sede de mejoras parte del objeto del contrato cuestión que queda proscrita por la LCSP.

En conclusión y por los motivos anteriormente argumentados, esta parte considera que las mejoras previstas en la cláusula 6.3 del PCAP como criterios de adjudicación son desproporcionadas, motivo por el que procede la estimación de esta alegación del recurso.»

Frente a ello en el informe del órgano de contratación se afirma lo siguiente:

«*Pues bien, no podemos compartir la anterior conclusión puesto que, tal y como se ha acreditado previamente, ninguno de los criterios identificados por el recurrente en el pliego de licitación constituye una valoración de 'mejoras' en los términos del artículo 145.7 puesto que no son prestaciones adicionales al objeto del contrato y, por tanto, la desproporcionalidad que se sugiere respecto de la puntuación otorgada a los mismos carece de fundamentación alguna.*

La puntuación asignada a cada uno de los criterios analizados resulta razonable siendo todos ellos criterios que permitirán evaluar la mejor relación calidad-precio, siguiendo lo establecido en la normativa contractual, así como también seleccionar aquella oferta que, respondiendo adecuadamente a las necesidades que se pretenden cubrir con esta licitación, permitan obtener servicios de gran calidad.»

Expuestos los términos del debate procede analizar una por una las diferentes cuestiones suscitadas, debiendo dejar dicho ya, sin perjuicio de analizarlo con detalle más tarde, que no cabe admitir con carácter general, la alegación del órgano de contratación en la que se niega la naturaleza de mejoras a los criterios impugnados.

En primer lugar, respecto al argumento de la desproporcionalidad de las mejoras, la recurrente lo basa en que la puntuación total del conjunto de las mejoras supone un 44% del total de la puntuación a obtener por todos los criterios de adjudicación. En apoyo del mismo cita una resolución del Tribunal de Contratos Públicos de la Junta de Andalucía en la que, además de que se tienen en cuenta otras circunstancias de la mejora impugnada que no concurren en el presente caso, resulta que la misma tenía un peso específico por sí sola, de 20 puntos, lo que le hacía tener un peso importante en la distribución de puntos. Sin embargo en el caso que nos ocupa no concurre tal circunstancia, puesto que ninguno de los criterios de adjudicación impugnados individidualmente tiene un peso específico superior a 8 puntos, sobre los 100 totales a obtener, por lo que no se considera un argumento válido partir de la suma de la valoración del conjunto de los criterios consistentes en mejoras, para sostener la desproporcionalidad de cada uno individualmente. Máxime, cuando el escaso peso de la valoración individualizada no "*fuerza*" a los licitadores a incluirlos en su oferta, como se defiende en el recurso analizado.

Respecto a la denuncia sobre la vulneración del carácter accesorio y complementario de las mejoras como criterio de adjudicación, en que incurriría la cláusula 6.3 del PCAP, se señala en el escrito del recurso 46/2022 lo siguiente:

«*Las mejoras tienen un carácter accesorio, complementario y residual respecto del objeto principal del contrato.*

A este respecto, podemos traer a colación la reciente Sentencia núm. 995/2021 de 22 diciembre Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección5ª), JUR 2022\68207, en la que se reconoce estos límites de las mejoras.

"Cierto es que corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que

se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar, pero no lo es menos que el órgano de contratación debe configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Y en la presente valoración resulta cuestionable que ,en relación con el objeto principal del contrato, proyecto de gestión y mantenimiento, que al fin y al cabo comprende las prestaciones esenciales del objeto principal del contrato (cuales son la cartera servicios, el programa protocolo y registro, actividades de convivencia, dietas y flexibilidad de menú, programación trabajos, servicios calendarización, y programa limpieza), la adjudicataria haya obtenido una puntuación insuficiente, 3 puntos ,frente a los 15 posibles, a diferencia del resto de licitadoras que han obtenido puntuaciones entre 10 y 15, siendo el elemento determinante para la adjudicación del contrato, no la valoración de lo que constituye el objeto principal de la prestación sino las mejoras. No olvidemos que las mejoras son prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato licitado, resultando esencial efectuar una valoración comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato".

En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe núm. 1/2021 de 1 enero, según el cual:

"En definitiva, la admisibilidad de estas prestaciones adicionales idénticas está condicionada a su carácter accesorio o complementario que impide que se pueda alterar o variar el objeto principal del contrato".

Concluyendo dicho Informe que:

"Sólo en los casos en los que el objeto del contrato permita establecer unas

unidades de prestaciones a ejecutar para satisfacer las necesidades planteadas pero que puedan verse incrementadas al objeto de mejorar la calidad de la prestación, pero sin variar ni ampliar su objeto cabría, en los términos previstos en el pliego, la posibilidad de admitir como criterio de adjudicación la mejora consistente en incrementar la ejecución de prestaciones análogas a la principal, pero únicamente como criterio residual en la adjudicación del contrato y para aquellos objetos contractuales que así lo permitan".

Aplicando el criterio doctrinal adoptado por la Jurisprudencia y por los distintos órganos contractuales, resulta claro que unas mejoras que implican el 44% de la puntuación total que puede obtener un licitador que se presente al concurso revisten un carácter notorio y no un carácter residual o accesorio, incumpliéndose así la máxima que ha venido a establecer la doctrina contractual en relación con dicho carácter residual que deben revestir las mejoras que se introduzcan como criterios de adjudicación.»

Frente a este denuncia el órgano de contratación en su informe sobre el recurso se limita a reiterar que los criterios de impugnación han sido incorrectamente calificados como mejoras por la recurrente. Ya nos hemos pronunciado sobre ello, si bien las razones se analizarán más adelante.

Pues bien, este Tribunal administrativo no aprecia que la doctrina citada para fundar la denuncia, sea trasladable al presente supuesto por no existir coincidencia entre los supuestos de hecho, entre otras cosas porque la recurrente no logra explicar su afirmación de que la puntuación en conjunto de todos los criterios impugnados, al respecto de lo cual ya nos hemos pronunciado, da lugar a la existencia de «*una variación o alteración del objeto principal del contrato*», cuando basta una lectura de las mismas para observar que tienen el «*objeto de mejorar la calidad de la prestación, pero sin variar ni ampliar su objeto*», de tal *m*anera que no puede estimarse la existencia de tal vicio de legalidad.

Por último, en el recurso 46/2022 se sostiene la ilegalidad de los criterios impugnados debido a la distorsión que su gratuidad produce en el valor estimado del contrato.En el escrito de recurso se argumenta lo siguiente:

«*Sobre esta situación también se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2015 de 17 de marzo, en el que se indica que:*

"En todo caso, la posibilidad de mejoras, además de no distorsionar el objeto del contrato, debe preservar que se cumplan las exigencias de correcta determinación de su valor estimado. Es doctrina consolidada del TACPA (entre otros, Acuerdos 45/2014, 51/2014 y 6/2015), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106). Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas.

Por ello, una mejora que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato, sería, por este motivo, ilegal en si misma. Y es que, como ha recordado el TACPA, "aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada» (Acuerdo 12/2015, de 20 de enero)".

También el TACRC lo ha venido a establecer de forma clara en su Resolución nº 1144/2018, de 17 diciembre de 2018, en la que se afirma que una mejora consistente en la entrega de un vehículo de forma gratuita o de un equipo determinado, distorsiona el cálculo del valor estimado del contrato, siendo por tanto dicha mejora ilegal:

"(…) Sobre la relación de la mejora con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, también ha considerado relevante (Acuerdos 12/2015 y 84/2015), la alteración del valor estimado del contrato como consecuencia inmediata de la aplicación de mejoras que alteren el objeto, afectando al principio de igualdad, y a la necesidad legal de que el precio del contrato atienda al precio de mercado; en el acuerdo citado 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, analizó precisamente unas mejoras entre las que se encontraban la cesión de determinados bienes como criterio de adjudicación en un contrato de servicios de mantenimiento de las instalaciones y equipos de electromedicina y las instalaciones de baja tensión en centros sanitarios del Sector de Huesca: "..en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP . Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora de importante impacto económico — como sucede con la entrega de un vehículo de forma gratuita, o la entrega de equipos SAI– que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato es, por este motivo, ilegal".(…)

La obtención de los equipos cuya cesión permanente durante el plazo del contrato se pretende obtener no cabe duda de que supondrá la satisfacción de una necesidad de los centros sanitarios del Ayuntamiento de Talavera de la Reina y que disponer de su uso constituye un beneficio para el servicio sanitario que dispensan, pero debería obtenerse por otro cauce diferente ya que no guarda relación directa para el buen fin o consecución idónea del servicio de mantenimiento de todos los equipos de electromedicina de dichos Centros".

Pues bien, el hecho de que las cláusulas 6.3.2.2 y la 6.3.4.2 exijan que el licitador que quiera obtener la máxima puntuación deba ofertar una flota de vehículos con una edad inferior a la edad máxima de 5 años prevista en el PCAP, así como unos vehículos con unas determinadas características medioambientales (vehículos eléctricos de células de combustible, vehículos eléctricos híbridos, vehículos eléctricos puros, vehículos eléctricos de autonomía extendida, propulsados por motores de combustión interna que puedan utilizar combustibles fósiles alternativos, etc), si bien es cierto que supondrán una mayor satisfacción en la prestación del servicio, distorsionan el cálculo del valor estimado del contrato a la vista del importante impacto económico que dichas mejoras revisten, no guardan una relación directa para el buen fin o consecución idónea del servicio a prestar.

El hecho de que el licitador que resulte adjudicatario disponga de una flota de vehículos de menor antigüedad y con unas concretas particularidades ambientales constituirá un beneficio para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera pero debería haberse obtenido mediante por otro cauce diferente ya que no guarda relación directa con el buen fin o consecución idónea del servicio.

Decimos que, en puridad, no guarda relación directa con el buen fin o consecución idónea del servicio por cuanto que dicha prestación del servicio público de transporte podrá realizarse en exactas condiciones con independencia de que el vehículo tenga una antigüedad de 1 año o de 4 años y con independencia de que el vehículo sea eléctrico o no.

Por ello, este recurrente entiende que este tipo de mejoras debería haberse previsto en el PCAP como un compromiso de adscripción de medios materiales en los términos del artículo 76.2 de la LCSP, consistente en la puesta a disposición durante la vigencia el contrato de vehículos de menor antigüedad y con determinadas características medioambientales, pero nunca como una

entrega gratuita.»

Sobre este motivo de denuncia, el órgano de contratación en su informe sobre el recurso manifiesta lo siguiente:

«*Respecto de la distorsión del cálculo del valor estimado del contrato en base al impacto económico que los referidos criterios revisten, es preciso señalar que, los requisitos mínimos respecto de los vehículos se recogen en el Anexo A del PPTP en dónde se indica que los vehículos serán de Categoría M3 y estarán homologados como Clase III o B según se definen estas clases en el Reglamento CEPE/ONU nº107, y cumplirán toda la normativa vigente aplicable en el momento de su matriculación, así como que teniendo en cuenta los límites de emisión que prevé la legislación, el motor deberá cumplir como mínimo los límites de emisiones previstos para nuevos tipos, según normativas EURO vigentes en el momento de cada una de las entregas de los vehículos (en la actualidad EURO VI), es decir, se prevé que la forma de propulsión de los vehículos adscritos sea mediante motores de combustión diésel.*

El criterio de valoración previsto en el apartado 6.3.2.4. del PCAP relativo al compromiso medioambiental referido a la flota de vehículos ofertada que operará el servicio, realiza la valoración de dicho criterio en función de los porcentajes de vehículos de las distintas categorías (CERO o ECO) que se oferten durante los 10 años de explotación de la concesión. Adicionalmente, el criterio otorga la máxima puntuación al oferente que obtenga el mayor índice calculado en función de los porcentajes medios ponderados por las puntuaciones de cada categoría establecida para las distintas tipologías de vehículos a lo largo de la vida de la concesión, y de forma proporcional al resto de ofertas con respecto al mismo índice, por lo que se trata de una valoración de este compromiso en términos relativos a lo que ofrezca el mercado (los licitadores) y no en términos absolutos.

El criterio se ha formulado de esta forma puesto que no tendría ningún sentido que el pliego hubiera obligado a adscribir vehículos con cualquiera de las

categorías anteriormente mencionadas. De hecho, en el preámbulo de la Directiva UE 2019/1161, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios, se justifica la exclusión de los autocares, los vehículos clasificados como vehículos M3 de Clase II y Clase III, al considerar que el mercado de vehículos limpios no está suficientemente maduro para garantizar el suministro:

"(16) Los vehículos ligeros y pesados se utilizan para fines diferentes y tienen diferentes niveles de madurez de mercado, y sería beneficioso que las disposiciones sobre contratación pública tuvieran en cuenta tales diferencias. En la evaluación de impacto se reconoce que los mercados de los autobuses urbanos de bajas emisiones y de emisión cero se caracterizan por una mayor madurez, mientras que los mercados de los camiones de bajas emisiones y de emisión cero se encuentran en una fase anterior de desarrollo del mercado. Debido al limitado grado de madurez del mercado de los autocares de bajas emisiones y de emisión cero, al papel relativamente limitado de la contratación pública en este segmento del mercado y a sus requisitos operativos específicos, no deben incluirse los autocares en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. En consonancia con el enfoque seguido en el Reglamento (CE) nº 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (11) y en el Reglamento nº 107 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), se consideran autobuses los vehículos de la categoría M3 provistos de zonas destinadas a pasajeros de pie para permitir el desplazamiento frecuente de estos, mientras que los vehículos de la categoría M3 en los que la zona destinada a pasajeros de pie sea muy reducida o inexistente se consideran autocares".

Continuando con el argumento proporcionado por el operador del importante impacto económico que el cumplimiento de dicho criterio reviste, cabe destacar adicionalmente, que las tipologías de vehículos que son objeto de valoración por parte del referido criterio de compromiso medioambiental del PCAP son idénticas

a las categorías que son objeto de financiación dentro de las ayudas que en la actualidad están concediendo las diferentes comunidades autónomas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Así, el Real Decreto 983/2021, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la transformación de flotas de transporte de viajeros y mercancías de empresas privadas prestadoras de servicios de transporte por carretera, así como de empresas que realicen transporte privado complementario, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia recoge dichas tipologías de vehículos como susceptibles de financiación en el Anexo I de las bases reguladoras de la concesión. Por tanto, los licitadores pueden obtener en estos momentos ayudas para la adquisición de estos vehículos, en función del tamaño de la empresa y las distintas tecnologías más bajas en carbono, oscilando dichas ayudas entre los 20.000 y los 180.000 euros.

Siendo la recurrente conocedora de la existencia de estas ayudas, resulta sorprendente que indique que el cumplimiento de dicho criterio implica un importante impacto económico para las empresas que presenten sus ofertas en esta licitación.»

Pues bien, la asociación recurrente en el recurso 46/2022, no justifica lo alegado más alla de su mera enunciación, la manera en que las mejoras que cita (una menor antigüedad de la exigida para los vehículos o que éstos tengan características medioambientales adicionales a lo exigido) pueda distorsionar el cálculo del valor estimado del contrato a la vista del importante impacto económico que dichas mejoras revisten y desde luego, tampoco lleva al convencimiento de este Tribunal de que tales mejoras no guarden una relación directa con el objeto del contrato de manera que no sirvan «*para el buen fin o consecución idónea del servicio a prestar.*» Por ello, ante la falta de acreditación, teniendo la recurrente la carga de la prueba, de una cuestión eminentemente

técnica, y ante la falta de juicio técnico de este Tribunal, ha de prevalecer la presunción de acierto del órgano de contratación, por mor de la doctrina de la discrecionalidad técnica.

Para finalizar las cuestiones planteadas por la actora en el recurso 46/2022, se sostiene que las mejoras de la cláusula 6.3. del PCAP vulneran el principio de igualdad y el de concurrencia, debido a que no cumplen los requisitos exigidos legalmente.

A este respecto el órgano de contratación manifiesta que:

«*El último apartado de este argumento lo emplea la recurrente para, a modo de conclusión, insistir en que los criterios apuntados y objeto de controversia incumplen los requisitos legales y doctrinales y que, por tanto, en su opinión deben ser anulados.*

En respuesta a esta pretensión simplemente indicar que, en relación a los criterios objeto de análisis, ha quedado totalmente acreditado que, en ningún supuesto, constituyen 'mejoras' en términos de la legislación contractual aplicable, que son criterios conforme a lo establecido en la legislación sectorial de aplicación y que, en contra de lo indicado por el recurrente, su cumplimiento no reviste el pretendido importante impacto económico alegado en el recurso siendo incluso posible para los licitadores beneficiarse de ayudas vigentes que facilitarían su cumplimiento con un mínimo coste.»

Pues bien esta última denuncia tampoco puede prosperar, debido a que su único sustento –que los criterios impugnados no cumplen los requisitos legales establecidos- ha decaído en el análisis de las objeciones denunciadas antes analizadas.

Por último, entrando en el recurso 50/2022 que también impugna estos mismos criterios de adjudicación, sustenta su ilegalidad en lo siguiente:

«*Unido a todo lo expuesto hasta ahora, los Pliegos impugnados vulneran, además, el artículo 145.7 de la LCSP, que prevé la posibilidad de que se establezcan mejoras como criterios de adjudicación.*

Sin embargo, como es sabido, el órgano de contratación no goza en este punto de una absoluta discreción, sino que, al contrario, debe sujetarse a los requisitos y condiciones que ese mismo precepto establece.

Entre tales requisitos y condiciones destacan, a los efectos que aquí interesan, los siguientes:

- *Que las mejoras se encuentren "suficientemente especificadas" o, lo que es lo mismo, que no sean descritas en los Pliegos de manera genérica o inconcreta, utilizando términos amplios que impiden conocer cómo van realmente a valorarse.*
- *Que se le asigne una valoración concreta que, cuando deba evaluarse mediante juicios de valor, no podrá superar el "2,5%" de la puntuación total. (..)*
- *La mayoría de ellas se encuentran, sin embargo, definidas en términos poco concretos y abstractos, que impiden conocer cuáles van a ser los criterios que van a tenerse en cuenta para su valoración.*

Es el caso, por ejemplo, de la "mejora del servicio ofertado", para cuya valoración, según el PCAP, se tendrá en cuenta la "propuesta coherente de modificación del servicio que redunde en un beneficio para el usuario".

Pues bien, nada se especifica en el PCAP sobre qué parámetros van a ser tomados en consideración por el órgano de contratación para concluir que una propuesta es "coherente" ni, tampoco, en qué tiene que consistir el "beneficio para el usuario" que da lugar a la puntuación de esta mejora como criterio de adjudicación. Todo ello contraviene la exigencia de que las mejoras se encuentren "suficientemente especificadas" en los términos exigidos por el

artículo 145.7 de la LCSP o, lo que es lo mismo, que tengan "una adecuada motivación" y se haya procedido a "su previa delimitación en los pliegos", como declara el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 390/2014.

No se trata ésta de una mera afirmación de parte, sino que, al contrario, son numerosos los pronunciamientos de los Tribunales en materia de contratación pública en los que se han anulado Pliegos por establecer mejoras como criterios de adjudicación redactados de forma prácticamente idéntica al ejemplo que acabamos de ofrecer.

Es el caso, por ejemplo, de la Resolución 111/2016, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que consideró como excesivamente genérica e imprecisa (y, por tanto, contraria a Derecho), la cláusula de un Pliego que habilitaba para puntuar aquellas ofertas que presentaran "mejoras que sin comportar un aumento del precio del contrato, contribuyan a incrementar la calidad y eficiencia del servicio".

Nótese la similitud entre el supuesto allí resuelto y el que aquí nos ocupa: en el recurso analizado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se anulaba una mejora consistente en "incrementar la calidad y eficiencia" y, en el presente, una "mejora del servicio", lo que, si bien no es muy diferente, es todavía más abstracto y genérico.

Y lo mismo cabe decir de la utilización del criterio del "beneficio para el usuario" que también se recoge en el PCAP impugnado, que resulta muy similar a la mejora consistente en "incrementar el grado de satisfacción de los usuarios" que, precisamente por su indefinición, fue anulada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1075/2015, de 20 de noviembre.

- *En todo caso, la puntuación total correspondiente a estas ofertas supera*

el límite del 2,5 por ciento establecido en el artículo 145.7 de la LCSP, puesto que las mismas, en conjunto, suponen 20 puntos sobre el 100 de los totales (esto es, un 20%) y, en cuanto a los criterios de adjudicación mediante juicio de valor, resulta que las citadas mejoras representan el 47,61% de los tales criterios (20 puntos sobre un total de 42). Pocas explicaciones adicionales son necesarias para evidenciar que se ha vulnerado de manera manifiesta el artículo 145.7 del LCSP en este punto.

En conclusión, el establecimiento en el PCAP de mejoras imprecisas, abstractas, genéricas y que, además, superan los límites de puntuación establecidos en la LCSP deben determinar la anulación de dicho Pliego.

Frente a ello en el informe del órgano de contratación se opone lo siguiente:

«*Con carácter previo procede resaltar la falta de rigor jurídico en que incurre el recurrente puesto que el segundo de los requisitos indicados no resultaría aplicable al presente caso ya que, tal y como la LCSP señala en su artículo 145.7, dicho límite de puntuación asignable se aplica al procedimiento consignado en el artículo 146.2 a):*

"a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos."

Es decir, esa limitación sólo opera en aquellos procedimientos en los que los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor tengan atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, circunstancia que, como ya hemos indicado, no sucede en el procedimiento que nos ocupa.

En todo caso, con carácter previo al análisis de los diferentes argumentos que se desarrollan en el escrito de recurso es preciso aclarar la confusión de la que adolece el recurrente o que pretende ocasionar respecto del concepto de 'mejoras' en los términos de la contratación pública.

Así, es preciso remitirnos a lo que establece la LCSP para obtener la definición para dicho concepto, en concreto, al artículo 145.7 de la LCSP que determina lo siguiente:

"7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato

y no podrán ser objeto de modificación."

En base a lo establecido en dicho artículo, resulta claro qué es lo que se entiende por mejoras: las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.

Por tanto, antes de entrar a analizar ningún otro elemento ni requisito de los que se indican en el referido artículo regulatorio de las mejoras, es preciso determinar si todo aquello que ha sido identificado por el recurrente como una mejora entra dentro de la definición proporcionada por la legislación contractual.

Ello es así porque la base argumental que sustenta todo lo alegado por el recurrente se encuentra precisamente fundamentado en este juego semántico: equiparar lo que en contratación pública se entiende por 'mejora' (prestación adicional al objeto principal del contrato) con el hecho de que los criterios de valoración, como es lógico, puntúen la oferta que 'mejora' la prestación del servicio, es decir, puntúen la oferta con la mejor calidad-precio.

Con el objetivo de analizar los argumentos recogidos en el escrito de recurso en este apartado, a continuación, realizaremos un análisis de las 'supuestas mejoras' que, en palabras del recurrente, se encuentran entre los criterios de valoración incluidos en el PCAP.

Así, el recurrente identifica las siguientes:

- *"Mejoras del servicio ofertado", valorada con 5 puntos.*
- *"Compromiso de mejora del sistema del transporte a la demanda", valorada con 5 puntos.*
- *"Mejoras en seguridad", valorada en 2 puntos.*
- *"Mejoras en accesibilidad", valorada en 3 puntos.*

- *"Mejoras en confort", valorada en 3 puntos.*
- *"Propuesta de mejoras sobre mínimos exigidos y plazo de incorporación", valorada en 2 puntos.*

Respecto de las mismas, el recurrente indica que son claramente prestaciones adicionales, conclusión que no podemos compartir por las razones que a continuación se exponen.

En la cláusula 6.3.1 del PCAP, se recogen dichos criterios de valoración con la desagregación que realiza el pliego de los elementos que son objeto de puntuación en un cuadro explicativo:

SUBAPARTADO	***PUNTUACIÓN MÁXIMA SUBAPARTADO***	***CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LOS SUBAPARTADOS***	***PUNTUACIÓN MÁXIMA CRITERIOS DE VALORACIÓN***
Mejoras del servicio ofertado.	***5,0***	*Propuesta coherente de modificación de servicio, que redunde en un beneficio para el usuario. Se valorará positivamente la demostración del conocimiento del área y de las necesidades del servicio*	***4,0***
		Propuesta coherente de expediciones a reforzar.	***1,0***

Como se desprende de la lectura del cuadro resumen, respecto del criterio

Mejoras del servicio ofertado los elementos objeto de valoración son los siguientes:

a) *Se valora, en primer lugar, que se realice una propuesta coherente de modificación de servicio, que redunde en un beneficio para el usuario. Se valorará positivamente la demostración del conocimiento del área y de las necesidades del servicio. Estos elementos contarán con una puntuación máxima de 4 puntos.*

b) *Adicionalmente se valora con 1 punto la realización de una propuesta coherente de expediciones a reforzar.*

Respecto de la "propuesta coherente de modificación del servicio que redunde en un beneficio para el usuario", el recurrente indica que, en su opinión, este criterio no especifica qué parámetros van a ser tomados en consideración por el órgano de contratación para concluir que una propuesta es "coherente" ni, tampoco, en qué tiene que consistir el "beneficio para el usuario" que da lugar a la puntuación.

Tal y como se indica en el cuadro explicativo, este criterio de valoración deberá ser desarrollado, en el apartado de la memoria referido al plan de explotación. Por tanto, resulta evidente que la propuesta de modificación del servicio deberá versar sobre una propuesta de cambios en la explotación del servicio que pueda proporcionar mayores beneficios para el usuario en términos de horarios, calendario o incluso intermodalidad….Es más, el recurrente intencionadamente omite la parte de la redacción de este criterio en dónde se señala que se valorará positivamente que, en dicha propuesta de servicio, la oferta muestre un conocimiento del área y de las propias necesidades del servicio.

Por tanto, en primer lugar, desconocemos dónde se encuentra la prestación adicional identificada por el recurrente en la redacción de una propuesta de

modificación del servicio para poder calificar este criterio de valoración como mejora e, igualmente, no podemos compartir su argumento respecto de la falta de concreción que señala respecto del mismo.

En base al anterior análisis, las resoluciones aportadas como fundamentación de su pretensión en relación a esta cuestión también carecen de aplicación al presente supuesto al estar referidas a criterios de valoración que no cuentan ni con la redacción ni con el contexto que tienen la aquí analizada.

Siguiendo con el análisis de los criterios identificados como 'supuestas mejoras', el siguiente de los criterios apuntados es el del compromiso de mejora del sistema del transporte a la demanda. Nuevamente, el PCAP viene a aclarar, qué será objeto de valoración bajo este criterio conteniendo el cuadro explicativo al que ya nos hemos referido anteriormente la siguiente información:

Compromiso de mejora del sistema del transporte a la demanda.	***5,0***	*Prropuesta de gestión de transporte a la demanda con itinerarios flexibles.*	***1,0***
		Coherencia y fiabilidad del sistema planteado.	***2,0***
		Propuesta de nuevas plataformas adicionales que faciliten al usuario la reserva.	***1,0***
		Reducción de plazos de implementación.	***1,0***

Por tanto, resulta objeto de valoración en este apartado los siguientes elementos:

- *Propuesta de gestión de transporte a la demanda con itinerarios flexibles. 1 punto*

- *Coherencia y fiabilidad del sistema planteado. 2 puntos*
- *Propuesta de nuevas plataformas adicionales que faciliten al usuario la reserva. 1 punto*
- *Reducción de plazos de implementación. 1 punto*

Es decir, lo que se está valorando es que el licitador realice una propuesta de gestión del transporte a la demanda de manera coherente y en la que se vean reducidos los plazos de implementación. No es posible identificar de modo alguno la existencia de una prestación adicional al objeto del contrato en este criterio.

Siguiendo con el análisis, el siguiente que ha sido cuestionado por el recurrente es el relativo al Plan de Vehículos:

PLAN DE VEHÍCULOS	*Mejoras en seguridad.*	***2,0***	*Compromiso de inclusión de sistemas de seguridad de mayor calidad: sistema de frenado, sistemas de ayuda a la conducción, etc.*	***2,0***
	Mejoras en accesibilidad.	***3,0***	*Compromiso de inclusión de mejoras en accesibilidad: aumentar PMR, validadoras en puerta trasera, etc.*	***3,0***
	Mejoras en confort.	***3,0***	*Compromiso de mejoras en confort: más plazas sentadas, amplitud y calidad de asiento, conectividad, capacidad de bodega, etc.*	***3,0***

Según el extracto del PCAP anterior, los subcriterios objeto de valoración son los siguientes:

- *Compromiso de inclusión de sistemas de seguridad de mayor calidad: sistema de frenado, sistemas de ayuda a la conducción, etc.*
- *Compromiso de inclusión de mejoras en accesibilidad: aumentar PMR,*

validadoras en puerta trasera, etc.

- *Compromiso de mejoras en confort: más plazas sentadas, amplitud y calidad de asiento, conectividad, capacidad de bodega, etc.*

Por tanto, respecto del Plan de Vehículos, se recogen en el PCAP aquellos elementos relacionados con determinadas prestaciones con las que cuenten los vehículos ofertados por los licitadores que serán objeto de valoración. Dentro de toda lógica, el PCAP recoge aquellos elementos relacionados con la seguridad, la accesibilidad o el confort de los vehículos que se pongan a disposición del servicio, puesto que dichos elementos mejoran sin duda la calidad de la prestación del servicio que está siendo objeto de licitación. Así, los referidos elementos vienen a cumplir lo establecido legalmente como la finalidad que deben perseguir los criterios de valoración: valorar la relación calidad-precio de las diferentes ofertas que realicen los diferentes operadores para seleccionar aquella que redunde en una 'mejor calidad-precio'. En este sentido, siempre y cuando los elementos objeto de valoración se encuentren vinculados al objeto del contrato, es perfectamente admisible la inclusión en la valoración de la introducción de elementos que mejoren la calidad, las características funcionales del material móvil o la accesibilidad ya que así lo determina el artículo 145 de la LCSP.

En definitiva, en contra de lo manifestado por el recurrente en su escrito, la puntuación incluida en este criterio no está valorando ninguna 'mejora' sino simplemente 'el mejor' plan de vehículos de entre los ofertados por los licitadores en términos de seguridad, accesibilidad y confort.

Idéntica argumentación a la referida a los criterios anteriormente analizados puede proporcionarse para el criterio de valoración relativo a los sistemas inteligentes de transporte. Así, el PCAP desagrega este criterio en los siguientes subcriterios:

Propuesta de mejoras sobre mínimos exigidos y plazo de incorporación	***2,0***	*Propuesta de mejoras en los equipos ITS.*	***1,0***
		Reducción de plazos de incorporación de las mejoras ITS.	***1,0***

Por un lado, se valora una mejor relación calidad-precio para los equipos ITS ofertados y, por el otro, una reducción en los plazos de incorporación de las utilidades ofertadas para dichos equipos.

En definitiva, no se puede apreciar en ninguno de los criterios identificados por el recurrente las 'supuestas mejoras' o 'prestaciones adicionales al objeto del contrato' que estarían siendo objeto de valoración en su opinión.»

Una vez expuestos los concretos términos del debate, hay que advertir que la resolución de la cuestión planteada en el motivo de impugnación requiere partir de cómo debe interpretarse y aplicarse –en el presente supuesto– el requisito exigido a las mejoras de estar «*suficientemente especificadas*» en el artículo 145 apartado 7º de la LCSP, en cuyo incumplimiento se fundamenta principalmente el vicio de legalidad ahora analizado; si bien la defensa principal del órgano de contratación se basa en negar la condición de mejoras al criterio impugnado, por lo que no le resultaría de aplicación tal precepto.

Pues bien, tal afirmación del órgano de contratación obliga a determinar si las prestaciones a ofertar y valorar a través de los criterios impugnados forman parte o no de las concretas prestaciones que resultan obligatorias con arreglo a los pliegos. Pues bien, del propio tenor literal de los criterios impugnados se deriva que se trata de ofrecer servicios o prestaciones adicionales a las exigidas como mínimas, tal y como ofrecer vehículos de una menor antigüedad o mejores prestaciones, o mejora de los horarios fijados en los pliegos o una mayor flexibilidad en los itinerarios establecidos como mínimos en los citados pliegos.

De tal manera que no puede, en modo alguno, aceptarse que las prestaciones objeto de valoración a través de los criterios impugnados, no constituyan prestaciones adicionales a las obligadas en el PPT ni que, por tanto, alberguen unas mejoras en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP.

Mas dudas genera el criterio relativo a las mejoras en el servicio ofertado, dentro del plan de explotación del servicio, que basicamente consiste en la redacción de una memoria, y en las que el PCAP ordena valorar, con hasta 4 puntos, una «*propuesta coherente de modificación de servicio, que redunde en un beneficio para el usuario*», donde se valorará positivamente la demostración del conocimiento del área y de las necesidades del servicio y, con hasta 1 punto, una «*propuesta coherente de expediciones a reforzar*». Ante la falta de conocimientos técnicos suficientes de este Tribunal para emitir un juicio sobre ello y dada la falta de suficiente justificación y acreditación por parte de la actora, que es quien tiene la carga de probar lo que alega, en aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica, respecto a este criterio debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.

Por lo demás, en el resto de los criterios impugnados por la recurrente consistentes en mejoras, a juicio de este Tribunal están adecuadamente definidos en cuanto a su contenido, así como está debidamente precisada la puntuación máxima a otorgar, definiendo subcriterios con su debida puntuación y en definitiva, se entiende que se cumple con la exigencia de estar suficientemente especificadas, o al menos no se ha logrado el convencimiento de este Tribunal sobre lo contrario, teniendo en cuenta que el artículo 145.7 de la LCSP tantas veces citada, entiende por tal cuando cuando las mejoras fijen, de manera ponderada y con concreción, los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Debe tenerse en cuenta que estamos ante unos criterios de valoración dependientes de un juicio de valor, por lo que hay que partir del carácter de los mismos, definido en las Resoluciones 385/2017, 208/2017 y 203/2016 del TACRC, en las que se afirma que:

«*a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (Resoluciones nos 102/2013, 263/2011).*

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (Resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (...)" La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que

no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica».

Finalmente, en cuanto a la invocación relativa al límite de asignación a las mejoras de una valoración superior al 2,5 por ciento del total, tal y como ha señalado el órgano de contratación en su informe antes reproducido, no resulta de aplicación al presente supuesto puesto que no debe realizarse la valoración de los criterios de adjudicación de conformidad con lo establecido lo dispuesto en el artículo 146.2.a), requisito para que resulte de aplicación el límite legal invocado.

Por ello, el recurso 50/2022 debe ser desestimado en cuanto a este motivo.

CUARTO.- En el siguiente motivo del recurso 46/2022, se impugnan las cláusulas 6.2.4.3.5 y 6.3.2.5 del PCAP, referidas al criterio de adjudicación que tiene por objeto la valoración del compromiso de obtención de un certificado de calidad, por entender que infringe la doctrina reiterada del TACRC, sobre esta

cuestión y por ello resulta disconforme a Derecho.

En concreto, la cláusula 6.2.4.3.5 dispone lo siguiente:

«*COMPROMISO DE PRESENTACIÓN DE CERTIFICADO DE CALIDAD*

Los licitadores podrán aportar una declaración responsable de que durante los dos primeros años del contrato adquirirá el certificado de calidad ISO-13816 o equivalente conforme al Anexo III»

Y la cláusula 6.3.2.5 del PCAP, prevé el concreto criterio de adjudicación aquí impugnado, que señala lo siguiente:

«*6.3.2.5. VALORACIÓN DEL COMPROMISO DE OBTENCIÓN DE CERTIFICADO DE CALIDAD*

Se valorará con 2 puntos la aportación de una declaración responsable de que durante los dos primeros años del contrato adquirirá el certificado de calidad ISO-13816 o equivalente. En caso de no aportar la declaración responsable de compromiso, la valoración de este apartado será de 0 puntos»

Pues bien, a juicio de la recurrente «*el órgano de contratación está fijando como criterio de adjudicación la obtención de un certificado de calidad ISO-13816 o equivalente que se refiere genéricamente a una cualidad de la propia empresa y no a una característica de la prestación objeto en sí misma que permita llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca.*»

Y continúa señalando que:

«*Pues bien, si bien es cierto que el actual artículo 145.2 de la LCSP permite que la mejor relación calidad-precio sea evaluada con arreglo a criterios económicos y cualitativos, pudiendo incluir estos segundos aspectos medioambientales o sociales, hay que tener en consideración que tal y como ha venido a establecer reiterada doctrina contractual, para que pueda admitirse la exigencia de estos*

compromisos y certificados como criterios de adjudicación, es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, es decir, cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. De lo contrario, estos criterios de adjudicación no podrán admitirse como válidos.

El TACRC y los distintos tribunales contractuales han tenido ocasión de examinar la cuestión que aquí se plantea en cuanto a la necesidad de reexaminar la doctrina a la luz de la nueva regulación de los criterios de valoración medioambientales y sociales se establece en la LCSP. Así, en la Resolución nº 456/2019, de 30 de abril del TACRC, se plantea la cuestión referida en los siguientes términos:

"Quinto. La recurrente centra su recurso en la impugnación de los criterios de adjudicación contenidos en la cláusula 13ª del pliego de cláusulas administrativas particulares que, en sus apartados c) y d), establece como criterios para la adjudicación la posesión en vigor del Distintivo Igualdad en la Empresa (RED DIE) y del certificado de calidad ISO 9001, siendo valorados ambos con 13 y 10 puntos respectivamente (…).

En materia de contratación pública, las directivas de la Unión Europea, han incluido la integración en los procedimientos de licitación pública de los requisitos medioambientales, sociales y laborales. Dichos principios se han incorporado netamente a nuestro ordenamiento.(…)

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y

socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material". No obstante, tales criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato; entendiendo que esta vinculación existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas. En el caso presente, tanto el distintivo igualdad en la Empresa (RED DIE) como el certificado de calidad ISO 9001, se refieren a la empresa en su conjunto, pero carecen de directa relación con la prestación objeto del contrato. En efecto, la apreciación como criterio de adjudicación ha de hacer directa referencia a la prestación contratada y, por lo tanto, manifestarse ya en el proceso de prestación del servicio de limpieza que se pretende contratar, ya en otra etapa de su ciclo de vida. (…)".

En el mismo sentido, la Resolución nº 786/2019, de 11 de julio, reitera la posición actual del Tribunal sobre los supuestos en los que cabe configurar los certificados de calidad como criterios de adjudicación, en los siguientes términos:

"(…) Así las cosas, es cierto que la evolución del ordenamiento de la Unión Europea y, en especial, la de la nueva Ley 9/2017 en materia de contratación pública, ha determinado la necesidad de matizar la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión controvertida, en concreto sobre la posibilidad de configurar la disponibilidad de un certificado ISO no solamente como criterio de solvencia empresarial sino también como criterio de adjudicación. Ahora bien, para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que claramente vinculados con el objeto del contrato, en el sentido en que la resolución citada –y otras muchas– interpretan la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Y sobre este

particular el órgano de contratación no expone en su informe una justificación de la vinculación que cada uno de los certificados exigidos tiene con el objeto del contrato sino que considera que, al tratarse de un suministro y no de un servicio, esta vinculación se da de forma necesaria en la medida en que los certificados exigidos evalúan la buena praxis medioambiental en el proceso de fabricación, producción y transporte del producto que se va a adquirir, lo que está inscrito en el ciclo de la vida del mismo.

Ciertamente este Tribunal no dispone de los conocimientos técnicos para valorar, en el caso concreto, si cada uno de los certificados exigidos está o no relacionado con el objeto del contrato. Sobre la existencia de esta vinculación la mercantil recurrente no se pronuncia y el órgano de contratación la justifica de forma general, alegando como se ha dicho que en los contratos de suministro los certificados acreditan la buena praxis social y medioambiental de la empresa en sus procesos productivos, que por definición están vinculados con el objeto del contrato en la medida en que lo suministrado es el resultado de estos procesos que son objeto de la acreditación medioambiental o social. Sin embargo, este Tribunal considera que los certificados requeridos hacen referencia genéricamente a todos los procesos productivos de la empresa, es decir a una característica de la propia empresa pero no a una característica de la prestación en sí misma que permita, como exige la Directiva 24/2014 en su Considerando 92 para los criterios de adjudicación, "efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato", lo que significa que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca, lo que no ocurre cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental , social o corporativa de la empresa proscritas como criterios de

adjudicación (Directiva 24/2017 Fund.97) y no las características intrínsecas de la concreta prestación, todo lo cual debe conllevar la estimación del recurso respecto de esta alegación, de acuerdo con la doctrina tradicional de este Tribunal."

Por último, también cabe destacar, por la similitud que reviste con el caso que nos concierne, la Resolución nº 1102/2019 de 30 de septiembre de 2019 del TACRC en la que se concluye respecto de la disconformidad a derecho del certificado de calidad UNE EN ISO 13816 relativa al contrato de concesión de servicio público de transporte que se licita, objeto también de la presente impugnación. Así, el TARC, con cita de la Resolución nº 456/2019, de 30 de abril, de la Resolución nº 786/2019, de 11 de julio y de la Resolución nº 389/2019, de 17 de abril, concluye que:

"El PCAP establece los siguientes criterios de adjudicación:

"c) Calidad en el servicio: máximo 4 puntos.

Compromiso de obtención de certificación de cumplimiento de la Norma UNE EN ISO 13816 relativa al contrato de concesión de servicio público de transporte que se licita. La certificación deberá obtenerse en el plazo máximo de catorce meses desde la fecha de formalización del contrato. La certificación deberá mantener su vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato. (…)

Por tanto, de acuerdo con las citadas Sentencias del TJCE de 18 de octubre de 2001 - asunto C-19/00-, y de 27 de octubre de 2005 - asunto C-234/03, dictadas en interpretación de las Directivas comunitarias, ante las que debe ceder el artículo 79.3 del ROTT que cita el órgano de contratación como justificativo del establecimiento de dichos criterios de adjudicación, procede estimar este motivo de recurso, porque en la segunda fase del procedimiento, de valoración de las ofertas, lo único relevante es la oferta que los licitadores presentan, y no las condiciones subjetivas de los licitadores".

Teniendo todo lo anterior en consideración, en el supuesto que nos ocupa, resulta innegable que el criterio de adjudicación previsto en el apartado 6.3.2.5 sobre la valoración del compromiso de obtención de certificado de calidad ISO-13816 o equivalente se refiere a la empresa en su conjunto, a la buena praxis de la empresa, careciendo de directa relación con la prestación objeto del contrato.

Es por ello que venimos a impugnar este criterio de adjudicación, por no ser acorde a la doctrina contractual actual que rige a este respecto sin que pueda invocarse de contrario para justificar tales criterios lo establecido en los artículos 74.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante "LOTT") y el 79.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en lo sucesivo "ROTT") puesto que dichos preceptos deben ceder en favor de la doctrina contractual dictada a este respecto.

En definitiva, entiende este recurrente que procede estimar este motivo de recurso, porque en la segunda fase del procedimiento, de valoración de las ofertas, lo único relevante es la oferta que los licitadores presentan, y no las condiciones subjetivas de los licitadores, debiendo anularse las cláusulas 6.2.4.3.5 y 6.3.2.5 del PCAP.»

Así, de lo transcrito resulta que la argumentación de la recurrente en este punto se funda en la afirmación siguiente: que el certificado de calidad ISO-13816 -o equivalente-, se refiere genéricamente a una cualidad de la propia empresa y no a una característica de la prestación en sí misma, que permita llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas por su calidad, por lo que el criterio sería contrario a la normativa contractual. Ahora bien, dicha afirmación no va acompañada de la mínima y exigible argumentación, justificación y acreditación.

Por el contrario, el órgano de contratación en su informe señala que:

«*Al respecto conviene indicar que la norma UNE EN 13816, es una norma que*

está dirigida al transporte público de pasajeros, sea cual sea su modalidad, y que permite determinar las condiciones en las que se presta un determinado servicio desde la óptica del viajero. Esta norma europea especifica los requisitos necesarios para definir, establecer objetivos y realizar mediciones de la calidad del servicio proporcionando las directrices para la selección de los métodos de medición más adecuados.

Por tanto, es preciso señalar que es el servicio, y no la empresa prestadora del mismo, quien debe cumplir la norma.

Por tanto, en contra de lo alegado por la recurrente, el compromiso de obtención del certificado de calidad ISO-13816 o equivalente, no se refiere genéricamente a una cualidad de la propia empresa, sino que se trata de una certificación que alude a los parámetros de calidad en la prestación de un determinado servicio de transporte, y como tal, no cabe su exigencia como criterio de solvencia técnica, puesto que únicamente los actuales prestadores de los servicios objeto de licitación podrían obtener la citada certificación, lo cual vulneraría gravemente el principio de igualdad de trato entre licitadores.

De ahí que se haya considerado conveniente introducir como criterio de adjudicación el valorar con 2 puntos la aportación de una declaración responsable de que durante los dos primeros años del contrato adquirirá el certificado de calidad ISO-13816 o equivalente.»

Pues bien, este Tribunal carece del juicio tecnico necesario para valorar la realidad de la afirmación de la recurrente, que constituye la premisa básica del presente motivo de recurso –que el certificado cuyo compromiso de obtención se valora es relativo a una cualidad de la empresa, no a la forma de prestación del servicio-. Por ello y ante la falta de acreditación de la misma por la recurrente y por el contrario, ante la justificación dada por el órgano de contratación en su informe, de que se trata de una certificación que alude a los parámetros de

calidad en la prestación de un determinado servicio, necesariamente ha de conducir a que prevalezca la presunción de acierto de este último, al amparo de la doctrina de la discrecionalidad técnica, de manera que procede desestimar el presente motivo.

En similar sentido y con la misma endeblez discursiva a la hora de argumentar y justificar que el certificado exigido es relativo a la capacidad técnica de la empresa y no relativa a su oferta de prestación del servicio, que acabamos de referir del recurso 46/2022, se fundamenta el segundo motivo del recurso 50/2022, de manera que ha de correr la misma suerte que aquél.

QUINTO.- En el siguiente motivo del recurso 46/2022, la asociación actora plantea la disconformidad a Derecho de la claúsula 7.4.1 del PCAP relativa a las "modificaciones previstas", por entender que no se detalla «*de forma precisa, clara e inequívoca las condiciones de la modificación (como, por ejemplo, el precio de la Modificación) e incluso, por haber utilizado por parte del órgano de contratación de forma desorbitada la potestad de incluir modificaciones en el PCAP.*»

En el escrito de recurso se argumenta tal afirmación de la siguiente manera:

«*Por su parte, la cláusula 7.4.1.4 del PCAP prevé las condiciones que permiten hacer uso de las modificaciones previstas estableciéndose también aquellas causas que podrían dar lugar por parte de la Administración contratante al incremento de los servicios, a la supresión de los mismos e incluso al establecimiento de nuevos servicios derivados de la firma de los correspondientes instrumentos de colaboración entre Administraciones que se celebren.*

Particularmente, el apartado 1) de la cláusula 7.4.1.4 prevé un listado de supuestos que podrían dar lugar al incremento de servicios por iniciativa de la

Administración por razones de interés público cuando exceda el volumen de servicios previsto en el Contrato.

El apartado 2) prevé la posibilidad de establecer nuevos servicios derivados de la firma de los correspondientes instrumentos de colaboración entre Administraciones que se celebren, sin ofrecer mayor concreción al respecto de que tipo de instrumentos ni el alcance de los mismos.

Y, el apartado 3) contempla la potestad del órgano de contratación de suprimir los servicios por iniciativa de la Administración debido a una serie de causas allí determinadas.

Pues bien, entiende esta parte que las causas plasmadas tanto en el apartado 1) como 3) de la cláusula 7.4.1.4 que permitirían a la Administración contratante incrementar o suprimir los servicios son tan amplias y abstractas que ocasionan que cualquier circunstancia que tenga lugar pueda ocasionar la modificación del contrato hasta un 20% conforme lo previsto en el PCAP, siendo por ende dicha Modificado siempre obligatoria para el contratista.

Parece como si el órgano de contratación estuviese tratando de incardinar cualquier supuesto y circunstancia que tenga lugar y que afecte al alea normal del contrato en la cláusula de Modificaciones previstas para asegurar con ello la obligatoriedad de la adopción y cumplimiento de dicha modificación por parte del órgano de contratación al no superar el límite máximo del 20%.

A este respecto, resulta interesante traer a colación la Resolución núm. 101/2016 de 20 septiembre del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la que se reconoce la disconformidad a derecho de la cláusula de modificación contenida en el pliego a causa de su amplitud, de su imprecisión y de su carácter genérico, debiendo estimarse la impugnación realizada por el recurrente de la misma.

"La cláusula 26 del PCEA enumera como supuestos que autorizan la modificación la ejecución de la obra, la necesidad de modificar la documentación elaborada o elaborar nueva documentación o, en general, incrementar sustancialmente los servicios a prestar. La enumeración de estos supuestos resulta de lo más genérica y redundante y no aporta precisión alguna y, aunque estuvieran más concretados, el supuesto de cierre final (la necesidad de incrementar sustancialmente los servicios a prestar) es tan amplia que hace que cualquier circunstancia pueda ocasionar la modificación del precio del contrato hasta un 20 por ciento. Nos hallamos ante un contrato de asistencia a la dirección de una obra cuyas características hacen suponer que pueden surgir incidencias durante su ejecución, pero ello no significa que no se puedan concretar con más detalle los supuestos que habilitan a la modificación (ver, por ejemplo, los apartados 35 y siguientes de la sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634). En consecuencia, este motivo impugnatorio ha de ser estimado, y la cláusula reproducida en este epígrafe, anulada".

(..)

Así en el presente caso las modificaciones previstas en el PCAP conllevan ampliar o suprimir en buena medida -tanto cualitativa como cuantitativamente- el contrato, incluyendo en él servicios (no definidos) no previstos inicialmente, de forma tal que de incluirse en la documentación que rige el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien podría seleccionarse otra oferta, o bien podrían participar otros licitadores, siendo que además no existe ningún inconveniente para prever desde el inicio, tales prestaciones como parte del objeto del contrato, pues parece fácil conjeturar que las contingencias que con la modificación se pretende cubrir, podrían llegar a producirse.

De esta manera los licitadores podrían ofrecer un precio por ellas ajustado a sus

costes. De no hacerse así, los principios que rigen en la contratación pública exigen para obtener la prestación de tales servicios se convoque una nueva licitación.

A mayor abundamiento, en el Acuerdo 44/2012 de 9 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se señalaba lo siguiente:

"A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el PCAP no sólo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores".

Resulta importante hacer hincapié en el hecho señalado por este Tribunal al que nos dirigimos en cuanto a que el PCAP "debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación".

Si bien es cierto que en el apartado 7.4.1.2 se establece que las modificaciones no podrán suponer aislada o conjuntamente con el resto de las modificaciones previstas ya realizadas una variación superior al 20% del precio del contrato, ni en dicho apartado ni en cualquier otro se regula el precio de la Modificación a acometer.

Si el órgano de contratación ha sido capaz de prever una serie de supuestos en los que en caso de concurrir el contrato deberá modificarse de forma obligatoria

para el contratista, entiende esta parte que también debería haber sido capaz de definir el precio o la compensación económica a recibir el contratista por cada uno de los supuestos planteados; máxime si tenemos en consideración que el sistema de determinación del precio que prevé el PCAP en el de precios unitarios.

Concretamente, la cláusula 5.3 del PCAP así lo dispone: "Así, tal y como se determina en el apartado 5 del Cuadro de Características el sistema de determinación del precio es en base a precios unitarios".

No puede entenderse cumplida dicha obligación por el hecho de que en el apartado 7.4.1.5 se hayan previsto los criterios para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato puesto que el precio por llevar a cabo una modificación del contrato es un concepto jurídico totalmente distinto al reequilibrio económico del contrato; debiendo haber diferenciado el PCAP ambos conceptos y su regulación.

En conclusión, todo ello determina que en la cláusula 7.4.1 del PCAP concurra un vicio determinante de anulabilidad, por lo que debe estimarse el motivo de recurso analizado.»

Frente a ello, el órgano de contratación en su informe defiende lo siguiente:

«*La recurrente considera que la cláusula 7.4.1 de PCAP que regula las modificaciones previstas incurre en vicio de anulabilidad puesto que, en su opinión, la citada cláusula no detalla de forma precisa, clara e inequívoca las condiciones de la modificación y por considerar que el órgano de contratación ha utilizado de forma desorbitada la potestad de incluir modificaciones en el PCAP.*

Con carácter previo al análisis de las alegaciones vertidas en este motivo de impugnación, resulta preciso transcribir el contenido de la cláusula, toda vez que la recurrente se ha limitado a realizar una lectura sesgada e interesada de la

misma para apoyar su argumentación.

"7.4.1. MODIFICACIONES PREVISTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la LCSP, los Contratos que se rigen por este Pliego podrán modificarse durante su vigencia, en la forma y con el contenido que se indica a continuación:

7.4.1.1. ALCANCE

Las modificaciones previstas podrán implicar la modificación, creación o supresión de las líneas, paradas, calendarios u horarios que se prevean en los correspondientes Proyectos de Explotación.

Como consecuencia de las modificaciones indicadas en el párrafo anterior, también podrán modificarse las exigencias en cuanto a vehículos y recursos humanos necesarios para la prestación del servicio.

7.4.1.2. LÍMITES

Las modificaciones previstas que se realicen del correspondiente Contrato no podrán suponer, aislada o conjuntamente con el resto de las modificaciones previstas ya realizadas, una variación superior al 20 por ciento (20%) de su precio inicial.

De acuerdo con el artículo 290.1 de la LCSP, en el supuesto de modificaciones previstas, el órgano de contratación podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios o por la propia Administración.

La modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el Contrato.

7.4.1.3. NATURALEZA

Ninguna de las condiciones que permiten hacer uso de las modificaciones previstas, en este punto altera la naturaleza global del contrato inicial.

Las modificaciones previstas acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el contratista.

7.4.1.4. CONDICIONES

Se consideran condiciones que permiten hacer uso de las modificaciones previstas, y cuya concurrencia puede verificarse de forma objetiva, las siguientes:

1) *El incremento de servicios por iniciativa de la Administración por razones de interés público cuando exceda el volumen de servicios previsto en el Contrato. El incremento de servicios podrá ser debido a:*

   a) *La integración de nuevos servicios, en sustitución de otros para los cuales se extinguió el contrato según el cual se estaban prestando previamente.*

   b) *La adaptación de los servicios que cuenten con personas usuarias con derecho reserva de plaza.*

   c) *La apertura, cambio de horarios, de centros de atracción y/o generación de viajes, tales como centros de trabajo, administrativos, educativos o comerciales.*

   d) *La celebración de eventos u otros acontecimientos de carácter temporal que impliquen la atracción y/o generación de viajes.*

   e) *La incidencia en el contrato de determinadas modificaciones originadas en otro contrato.*

   f) *Otras razones de interés público que la Administración pueda apreciar, en cualquier momento como, puede ser, la mejora de las condiciones de movilidad o accesibilidad funcional o territorial del propio sistema de transporte, la mejora de la coordinación con otros servicios de transporte o cualquier otra análoga.*

2) *El establecimiento de nuevos servicios derivados de la firma de los correspondientes instrumentos de colaboración entre Administraciones que se celebren.*

3) *La supresión de servicios por iniciativa de la Administración por razones de interés público, que podrá ser debido a:*

   a) *La segregación de determinados servicios, para ser prestados a través de otros contratos de la misma o de otra Administración.*

   b) *La adaptación de los servicios que cuenten con personas usuarias con derecho reserva de plaza.*

   c) *El cierre, cambio de horarios, de centros de atracción y/o generación de viajes, tales como centros de trabajo, administrativos, educativos o comerciales.*

   d) *La finalización de la celebración de eventos u otros acontecimientos de carácter temporal que impliquen atracción y/o generación de viajes.*

   e) *Otras razones de interés público que la Administración pueda apreciar, en cualquier momento como puede ser la mejora de las condiciones de movilidad o accesibilidad funcional o territorial del propio sistema de transporte, la mejora de la coordinación con otros servicios de transporte, o bien que se trate de servicios que no sean necesarios y existan circunstancias que aconsejen su supresión o cualquier otra análoga.*

7.4.1.5. *MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO*

Cuando la modificación carezca de trascendencia económica, es decir, cuando no exija cambios en el material móvil ni del personal mínimo necesario, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de la misma, a excepción de las variaciones de coste asociadas a las modificaciones que se produzcan en las unidades de producción multiplicadas por los precios ofertados

por el contratista.

En cambio, cuando la modificación del contrato afecte a su régimen financiero, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del Contrato.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios o por la Administración, las compensaciones a percibir por parte del Contratista, la reducción del plazo del Contrato o, en general cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Para restablecer el equilibrio económico del Contrato, se partirá del estudio económico financiero que forma parte del Proyecto de Explotación, cuyos componentes se adaptarán para incorporar las modificaciones derivadas de la modificación a realizar.

Así, para los casos de incremento o supresión de servicios se aplicarán las siguientes reglas para reequilibrar económicamente el Contrato:

- *Los gastos de explotación se calcularán en base a las mismas hipótesis que se emplearon para la redacción del estudio económico financiero que sirvió de base para la licitación del correspondiente Contrato.*
- *Para la elaboración del nuevo estudio económico financiero se deberá tener en cuenta las mejoras que ofertase el adjudicatario como parte de su proposición durante el procedimiento de licitación del Contrato no pudiendo ser esgrimidas, en ningún caso, como causas susceptibles de reequilibrio total o parcial. En cambio, no se computarán en ningún caso como gastos de explotación los asociados a la oferta del Adjudicatario en el que se refiere a su memoria descriptiva de la calidad de prestación de los servicios, ni los*

asociados a su oferta incluidos en el sobre C en relación a la calidad del servicio (volumen adicional de incremento de servicios que ofertase el Adjudicatario), calidad y antigüedad de la flota, calidad social del servicio o calidad ambiental. De forma análoga, el contenido de la proposición económica del Adjudicatario será aplicado, al resultado del nuevo estudio económico financiero, a los efectos de calcular los precios unitarios sobre los que se aplicará la baja ofertada por el Contratista.

- *En el caso de modificaciones derivadas de instrumentos de colaboración entre Administraciones que hubieran dado lugar al establecimiento de nuevos servicios, se tendrán en cuenta las condiciones económicas de los citados acuerdos a los efectos de analizar el equilibrio económico del Contrato.*
- *En el caso de incorporación o supresión de líneas con reserva de plaza, el compromiso de viajeros-km ofertado por el operador adjudicatario se verá incrementado o disminuido en la misma cantidad que las reservas que motivan la creación o supresión del servicio.*
- *Las estimaciones de demanda y, en consecuencia, de ingresos se realizarán en base a los datos disponibles en el momento de realizar la adaptación del estudio económico financiero.*
- *En el supuesto de que las variaciones de gastos e ingresos no se compensen adecuadamente, de acuerdo con lo indicado en el punto anterior, procederá aplicar mecanismos de reequilibrio del régimen financiero del Contrato que serán, en orden decreciente de preferencia, los siguientes:*
    - *Variación del importe anual de la compensación por obligaciones de servicio público a percibir por el Contratista.*
    - *Variación de los niveles de compensación aplicables al Contrato.*
    - *Variaciones en el régimen de bonificaciones u otras tarifas especiales aplicable al Contrato.*

- *Variación de la tarifa de equilibrio contractual a percibir por el Contratista en el caso de personas usuarias con derecho a reserva de plaza.*
- *Variación de la tarifa de equilibrio contractual a percibir por el Contratista en el caso de personas usuarias sin derecho a reserva de plaza.*

- *Todas las variaciones en los mecanismos de reequilibrio del régimen financiero del Contrato que se adopten según lo indicado en el punto anterior se aplicarán desde la aprobación de la modificación prevista hasta la finalización del contrato.*

El resultado de la adaptación del estudio económico-financiero del Contrato y, particularmente, de la necesidad o no de proceder a su equilibrio financiero, y, en su caso, de los mecanismos de reequilibrio que se propongan, se incorporarán al Proyecto de Explotación modificado, como parte de la tramitación de la modificación prevista y se hará referencia a esto en la resolución del Órgano de Contratación sobre la modificación del Contrato.

(..).”

Pues bien, de una simple lectura de la regulación de la cláusula se desprende, sin género de duda, que cumple con todas las exigencias requeridas por el artículo 204 de la LCSP.

Al respecto alega la recurrente que la cláusula 7.4.1.1, es abstracta y genérica, afirmación totalmente gratuita, puesto que en la misma se indica de forma clara, precisa e inequívoca el alcance de las modificaciones previstas, del mismo modo, la cláusula 7.4.1.4. establece de forma clara y detallada todas y cada una de las condiciones que permiten hacer uso de las modificaciones previstas y cuya concurrencia puede verificarse de forma objetiva.

Aporta en su escrito doctrina y jurisprudencia en apoyo de su tesis,

concretamente Acuerdo del Tribunal a que tengo el honor de dirigirme de fecha 9 de octubre de 2012, Resolución del TACRC 101/2016 y St del TSJUE asunto C-549/14.

No consideramos correcta su alegación.

En primer lugar, es de destacar que se basa en doctrina y jurisprudencia anterior a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Es importante este dato puesto que, precisamente, el régimen de las modificaciones contractuales es uno de los aspectos que se vio profundamente reformulado para acoger, precisamente, jurisprudencia y doctrina como la que aporta.

Por tanto, las cláusulas recogidas en el PCAP dan suficiente información y limitación al ius variandi de la administración, configurándolo no sólo como una prerrogativa factum principis sino también como una limitación.

Así, en el clausulado cuya anulación pretende se recoge perfectamente no sólo las características básicas de las posibles modificaciones, sino también los límites a las misma. Y así lo reconoce el propio escrito ya que nos dice que "si bien es cierto que en el apartado 7.4.1.2 se establece que las modificaciones no podrán suponer aislada o conjuntamente con el resto de las modificaciones previstas ya realizadas una variación superior al 20% del precio del contrato…"

Su discrepancia, por tanto, se ciñe a la indeterminación del precio de la modificación, cuestión a nuestro juicio incorrecta puesto que el PCAP establece los parámetros del precio hasta el máximo de su determinabilidad, quedando meramente la ejecución material de los cálculos y ello porque, obviamente, no se podrá llevar a cabo dicha fijación de precio hasta tanto no se establezca la materia sobre la que calcular. Es decir, queda perfectamente determinable, aunque no determinado hasta la entrada en vigor de la cláusula.

Así se establece en los Pliegos:

7.4.1.5. (…) Estas medidas consistirán en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios o por la administración las compensaciones a percibir por el contratista, la reducción del plazo del contrato o, en general cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Para restablecer el reequilibrio económico del contrato se partirá del estudio económico financiero que forma parte del proyecto de explotación, cuyos componentes se adaptarán para incorporar las modificaciones derivadas de la modificación a realizar.

Estableciendo la citada cláusula de forma detallada y pormenorizada las reglas que se aplicarán en cada caso para reequilibrar económicamente el Contrato, esto es, para definir el precio de la modificación.

Por lo que, concluimos, no es posible acoger su pretensión al estar el punto referente a las modificaciones previstas acorde plenamente a la ley.»

Expuestas las posiciones de las partes y a la vista del tenor de la cláusula impugnada, que ha sido transcrita al reproducir el informe del órgano de contratación, este Tribunal no puede estar de acuerdo con la actora. En la citada cláusula se detalla, como defiende el órgano de contratación, de forma suficiente los supuestos, la forma y los límites, en los que se podrá llevar a cabo una modificación contractual, sin que con ellas se produzca una desnaturalización del objeto y prestaciones del contrato. En cuanto a la doctrina invocada para defender su argumento, se refiere a supuestos en los que las modificaciones si eran definidas de forma genérica y abstracta, lo que no sucede en este caso, por lo que no resultan trasladables sin más.

Y en cuanto a la denuncia sobre la falta de cuantificación económica en el PCAP, de las modificaciones que puedan producirse, hay que tener en cuenta en primer lugar, que la modificación de un contrato como el que nos ocupa, tiene su regulación específica contenida en el artículo 290 de la LCSP, que dispone lo

siguiente:

« *1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.*

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el

estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que

reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.»

Pues bien, el PCAP impugnado prevé que si la modicación no implica alteración en el equilibrio no habra indemnización, salvo las variaciones de coste asociadas a las modificaciones que se produzcan en las unidades de producción, que se abonarán conforme a los precios ofertados por el contratista, por tanto este aspecto si está definido y en relación a los precios unitarios, tal y como reclama la actora; y para el caso de que sí quede alterado el equilibrio económico, el PCAP acude a los sistemas de reestrablecimiento del equilibrio previstos en el precepto recién transcrito de la propia LCSP, por lo que ninguna tacha de legalidad puede tener, que obviamente deberán materializarse a la vista de las concretas necesidades a atender con las modificaciones, y señalando que en todo caso, se partirá del estudio económico financiero que forma parte del Proyecto de Explotación así como de una serie de reglas que en la propia clausula impugnada se establecen. De esta manera, no cabe estimar que haya una falta de previsión en el PCAP sobre la cuantificación económica de las modificaciones que puedan producirse.

Por todo ello, este motivo del recurso 46/2022 ha de ser desestimado también.

SEXTO.- El siguiente motivo del recurso 46/2022 es planteado de similar forma en los otros dos recursos especiales que se acumulan y resuelven con el presente acuerdo. Los tres recursos plantean que existen trabajadores que tienen derecho a la subrogación en el nuevo contrato, que no han sido asignados

a ningún lote objeto de licitación y por tanto no es correcta la información relativa a la subrogación del personal que el órgano de contratación ha reflejado en el PCAP.

También se sostiene en los tres recursos, que no toda la información facilitada por los concesionarios actuales sobre las condiciones laborales de los trabajadores se ha reflejado en dicho pliego, debido a que los salarios únicamente tienen en cuenta el convenio de aplicación, pero en la información que las empresas transmitieron a las Administración, éstas recogían las mejoras salariales y otras condiciones laborales de los trabajadores, que la Administración no ha transmitido a los efectos de que los licitadores puedan conocer verdaderamente el coste laboral que tienen que soportar.

Frente a ello el órgano de contratación opone lo siguiente: «*Respecto de la exposición que se realiza por parte de la recurrente en este punto, la misma es pacífica puesto que, en relación a la obligación de subrogación, se concluye: "Por tanto, y en atención a los expuesto, es evidente que la subrogación del personal en esta materia resulta obligatoria, y lo que hace los Pliegos es recoger dicha obligación. "*

Su discrepancia respecto de los pliegos que nos ocupan es, según nos indica a renglón seguido la siguiente: " … lo que esta parte discrepa, según acreditaremos a continuación, es la forma en la que la Administración lo hace. Porque si bien esta es una obligación legal que como marca la jurisprudencia excede del ámbito subjetivo de contratación administrativa, el órgano de contratación tiene cierto grado de responsabilidad en la información que se suministra, sobre todo cuando esta es esencial y excede del ámbito de la obligación de suministro por parte de las empresas salientes. En particular nos referimos a aquella que se facilita (aunque en este caso de manera incompleta) y que forma parte de su facultad de planificación y diseño del servicio. O, dicho

en otras palabras, no puede ser que existan más de 300 trabajadores que no hayan sido asignados a cada uno de los lotes que constituyen la prestación del servicio.

La pretensión que especifica es: " *..queremos insistir en una consideración esencial, esta ausencia de información efectiva, de asignación, no puede ser atribuible a los prestadores actuales. Al cambiar el mapa concesional y ante la falta de criterios previos para su determinación de correspondencia entre las anteriores y nuevas concesiones, es la Administración la que debe llevar a cabo tal labor*."

La fundamentación para esta pretensión y los argumentos proporcionados por este informe que desvirtúan la misma se recogen en el apartado siguiente.

5.1 Del Anexo VI del PCAP: listado del personal a subrogar

El hilo argumental de este apartado se desarrolla por parte del recurrente en torno a tres cuestiones que pasamos a exponer a continuación:

1º. La falta de asignación de lote a determinados trabajadores objeto de subrogación

Tal y como se avanzaba en el apartado anterior, el recurrente plantea en su escrito que 300 trabajadores del listado de personal a subrogar carecen de asignación a cada uno de los lotes que constituyen la prestación del servicio. Desde la perspectiva del recurrente, esta ausencia de información efectiva de asignación no puede ser atribuible a los prestadores actuales y señala que, en su opinión, corresponde a la Administración Pública en su capacidad de autoorganización, de planificación y diseño del nuevo mapa concesional realizar esta tarea. Adicionalmente concluye que esta falta de asignación de cada trabajador a un lote deriva en la imposibilidad de que los costes de la prestación

hayan sido calculados correctamente.

Con el objetivo de analizar adecuadamente los argumentos consignados por el recurrente es preciso situar esta cuestión en el marco jurídico adecuado de las obligaciones con que cuenta la administración contratante en materia de subrogación laboral.

El pliego que rige la licitación, para una mayor transparencia e información, se remite en este extremo al artículo 130 de la LCSP (pese a la ausencia de laguna en este punto de la Ley de transportes). Este artículo de manera más extensa establece que los pliegos tienen el deber de contener la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Así, dicho artículo 130 de la LCSP, indica lo siguiente en su apartado primero (los subrayados son propios):

Artículo 130. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

1.Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de

contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

Tal y como se comprueba de su lectura, este artículo impone la carga de la información a la empresa saliente en los términos siguientes: "la empresa que viniera efectuando la prestación objeto del contrato para adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este".

En los pliegos objeto de recurso, como se ha señalado por el propio recurrente, los Pliegos recogen la obligación de los nuevos contratistas de subrogar al personal y, a tal efecto, se incluye un Anexo VI en donde se recoge la información suministrada por los actuales prestatarios del servicio.

De tal modo y manera que el órgano de contratación ha dado cumplimiento a la obligación formal contenida en el artículo 130.1 LCSP, con los requerimientos practicados a los contratistas salientes efectuados y que han sido aportados a este Tribunal por parte del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda, junto con la información aportada por parte de dichas empresas.

Así, desde la Dirección General de Transporte del Gobierno de Aragón se notificaron inicialmente 118 requerimientos (uno por contrato) a 41 empresas distintas que operaban los actuales servicios (entre los que está ALOSA, ahora

sucedida por Avanza Movilidad Integral SLU que forma parte de la Asociación recurrente).

Posteriormente se realizaron nuevamente otros 118 requerimientos (uno por contrato) relativos a ampliación de los datos solicitados anteriormente para que se incorporaran datos de 2019.

Una vez recibida y analizada toda la información, se requirió a tres empresas, entre las que se encontraba ALOSA, ahora sucedida por Avanza Movilidad Integral SLU, para que subsanaran la información remitida con respecto a la no adscripción de determinado personal a ninguno de los 19 nuevos proyectos. A pesar de ello, dos de estas empresas no atendieron el referido requerimiento de subsanación, entre ellas, ALOSA, a pesar de habérsele concedido una ampliación del plazo otorgado inicialmente en dicho requerimiento de subsanación a petición de la misma.

Por tanto, en base a lo anterior, carece de toda lógica cualquier reproche a la administración en cuanto a las obligaciones establecidas en relación al requerimiento de información de subrogación. También carece de toda lógica el planteamiento realizado por la recurrente exigiendo, ante la falta de asignación de los diferentes trabajadores a un lote, que sea la Administración la que actúe como un órgano que decida el concreto personal a subrogar en un contrato determinado puesto que, ese deber de subrogación no viene impuesto por la Administración, sino por los propios convenios colectivos y/o acuerdos marcos, correspondiéndole la tutela de su cumplimiento a la jurisdicción social, y no a la Administración contratante.

Tanto es así que la propia LCSP, no deja lugar a dudas de que, en lo tocante a este punto, la responsabilidad acerca de una información deficiente recae sobre el actual prestatario del servicio recogiéndose en el apartado 130.5 la posibilidad de acción directa del nuevo adjudicatario contra el empresario saliente en caso

de que los costes laborales fueran superiores a los derivados de la información facilitada en pliegos.

Confirmando el criterio aquí expuesto, la problemática planteada también ha sido ampliamente resuelta por la doctrina determinando los límites del referido artículo en cuanto a la información que la Administración está obligada a suministrar y su responsabilidad respecto de la misma; así la Resolución 45/2020 del TACRC es bastante esclarecedora (los subrayados son propios):

***Sexto.** En cuanto a la relación entre esta estimación del precio y los costes salariales, es cierto que la LCSP impone al órgano de contratación en el art. 130 LCSP facilitar información sobre la subrogación "cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales", lo que implica que "la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.…" (…)*

Ahora bien, una cosa es que el órgano de contratación haya de colaborar, como dijimos en la anterior resolución, en proporcionar los datos más precisos posibles sobre el deber de subrogación, y otra cosa es (i) que la norma le imponga constatar si tal subrogación procede con efectos laborales, y que (ii) el órgano

de contratación deba asumir la realidad de tal subrogación y trasladar todos los costes derivados de la misma al concreto contrato que se licita.

Respecto del (i), es constante nuestra doctrina según la cual la procedencia de la subrogación constituye una cuestión laboral, sobre la que no puede hacer declaraciones la Administración contratante. A este respecto, en nuestra Resolución 779/2019 hemos recordado que "Quinto. En relación con el segundo motivo de impugnación consistente en la obligación de subrogación del personal afecto a la ejecución el contrato, que la recurrente denuncia que el Órgano de Contratación ha impuesto ex novo en el pliego, lo cual resultaría improcedente por tratarse de una cuestión ajena a la Administración de acuerdo con una inveterada doctrina, procede comenzar por recordar la doctrina existente, en efecto, sobre esta cuestión.

El artículo 130.1 LCSP dispone que: "Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador de determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo".

De modo que, consciente de que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares el legislador ha querido llevar esta precisión a la regulación del artículo 130, de cuyo inciso primero resulta que la obligación de información existirá cuando una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como

empleador en determinadas relaciones laborales. De esta forma desaparece de la actual regulación la expresión contenida en el anterior artículo 120 TRLCSP: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales", viniendo a confirmar la nueva redacción la negativa mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa de conceder a los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de imponer la subrogación cuando no concurren los requisitos (objetivos y subjetivos) descritos en el artículo 44 ET, o bien no lo imponga un convenio colectivo.

(…)

A tenor de lo expuesto, la interpretación jurisprudencial mayoritaria hasta la fecha seguiría siendo aplicable a la luz de la nueva redacción dada a este precepto, dado que el legislador ha reforzado la idea de no poder ser impuesta vía pliegos la obligación de subrogación. A pesar de ello, algunos autores han considerado que, en todo caso, habría que esperar a la interpretación que se realice por Juzgados y Tribunales en relación con el alcance y significado de este precepto tras las nuevas referencias a la subrogación impuestas por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Sin embargo, lo cierto es que es posible atisbar que el criterio jurisprudencial va a continuar siendo el hasta ahora conocido a juzgar por pronunciamientos tales como los expresados por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en su Sentencia 983/2017, de 12 de diciembre, recurso 668/2016: "d).- A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 , en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones

de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...». Redacción que pone de manifiesto que la constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer-de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influenciar» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 –rco 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcud 530/14 -; y 29/03/17 -rco 133/16".

Por lo tanto, la nueva normativa ha venido a confirmar el criterio ya pacífico en cuya virtud los pliegos tienen una función informativa u orientadora, sin imponer en ningún caso a la nueva adjudicataria la obligación de subrogación en los contratos del personal de la empresa saliente, sin perjuicio de cumplir con dicha función informadora para el caso de que la obligación de subrogación venga impuesta legal o convencionalmente."

2º) La no inclusión en el presupuesto base de licitación de la partida correspondiente al personal a subrogar

En línea con la anterior argumentación, el recurrente llega a la conclusión de que, como consecuencia de la falta de asignación de trabajadores a lotes específicos, se ha producido una determinación incorrecta de los costes

laborales para el cálculo del presupuesto base de licitación.

En relación a estos argumentos es preciso puntualizar en primer lugar que, en contra de lo indicado por el recurrente, los costes de personal de los contratos deben calcularse con base en las necesidades del servicio.

El artículo 73.2 de la LOTT establece lo siguiente:

"El pliego de condiciones que haya de regir el contrato, que tomará como base el proyecto aprobado por la Administración de conformidad con el dispuesto en el artículo 70, fijará las condiciones de prestación del servicio.

En todo caso, se incluirán en el dicho pliego los siguientes extremos: (…)

g) La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio."

Con base en este precepto, el pliego de condiciones, tomando como base el proyecto de explotación aprobado, debe contemplar el mínimo de personal que sea el preciso para prestar el dicho servicio y este personal mínimo debe limitarse a los conductores.

Así, esta es la interpretación que se vino realizando por parte de la jurisprudencia en relación a la dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio: la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo contencioso-administrativo de 4 de noviembre de 2016, Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2016 y de 23 de marzo de 2016 y las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de 2014, entre otras.

Por tanto, la legislación y la jurisprudencia contencioso- administrativa vinieron a acotar el concepto de "dotación mínima" para que incluya únicamente al personal de conducción.

En segundo lugar, los costes de personal de los contratos deben calcularse con

base en las necesidades de servicio.

Siguiendo con este hilo argumental también podemos mencionar la Resolución 866/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. (..)

En esta misma línea jurisprudencial, la resolución 156/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desestima el recurso en cuanto al fondo sobre la base de que el núcleo de la argumentación es que "el presupuesto en materia de costes de personal es insuficiente porque el adjudicatario tendrá que hacerse cargo, debido al derecho de subrogación establecido en el convenio aplicable, de más personal de cierta categoría que lo que requiere el pliego". Así, se indica en la resolución que es doctrina del Tribunal que "la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite". Siguiendo con este hilo argumental, el Tribunal añade que "entender lo contrario abocaría al resultado convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadora de medios que no precisa para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público."

Por último, en este apartado, el recurrente plantea una tercera cuestión relativa a la supuesta inclusión en el anexo de subrogación de datos incorrectos. Según indica en su escrito, los salarios de estos trabajadores únicamente tienen en cuenta el convenio de aplicación, pero en la información que las empresas transmitieron a la Administración, éstas recogían las mejoras salariales y otras condiciones laborales de los trabajadores. Así, concluye que supuestamente la Administración no ha transmitido adecuadamente los datos que las empresas les han trasladado a los efectos de que los licitadores puedan conocer verdaderamente el coste laboral que tienen que soportar.

En respuesta a este argumento cabe reiterar aquí lo ya expuesto anteriormente en este mismo apartado en relación a los requerimientos de información

realizados por esta administración. De la lectura que se extrae de los requerimientos se puede comprobar que, además de indicarse en el cuerpo del escrito la solicitud y finalidad de la información, se añadían las correspondientes indicaciones de cumplimentación del requerimiento.

Pues bien, con respecto a la supuesta ausencia de determinada información de carácter individual referida a determinados trabajadores, dicha información debía ser objeto de inclusión en la celda (14) del Anexo a cumplimentar por los actuales prestatarios de los servicios. Así, en las instrucciones de cumplimentación del mismo se dice muy claramente que en dicha celda (14) deberían ser objeto de especificación los siguientes datos:

(14) En su caso, se especificarán todas aquellas otras observaciones que puedan tener trascendencia de cara a la asunción de costes laborales por parte de los licitadores, cuando su importe no fuera ya indicado en las columnas de "salario bruto anual" o de "otras retribuciones de carácter no salarial": retribuciones en especie, retribuciones variables, dietas, otros conceptos retributivos, ... indicando en esos casos su tipo, su importe anual (cuando proceda) y su periodo de devengo (en su caso). También se incluirá en este campo si el trabajador se encuentra en situación de incapacidad, suspensión temporal del contrato de trabajo o si el trabajador ha ejercitado algún tipo de acción legal de contenido laboral contra la empresa.

En consecuencia, no cabe acusar a la Administración de la transmisión de información errónea o incompleta sino reprochar a los titulares actuales de los servicios en cuestión de cumplir defectuosamente el requerimiento llevado a cabo por dicha Administración.

Por tanto, como conclusión a todo lo analizado, los pliegos, en cumplimiento de los deberes de transparencia e información, recogen la información facilitada por las empresas en los nuevos proyectos. La determinación última de los trabajadores que procede subrogar debe decidirse por los procedimientos

convencionales o legales aplicables, que se escapan al control de esta administración.

La Administración ha cumplido escrupulosamente con el deber que le impone la legislación vigente al incorporar a la documentación que rige la licitación a información proporcionada por el operador saliente, que será quien deberá responder legalmente de una información deficiente o incompleta. La administración carece de competencia legal para decidir, si procede o no la subrogación o a que trabajadores debe afectar. Las eventuales discrepancias en la información proporcionada por el operador saliente, ya sea con los trabajadores afectados o con el operador entrante, deben dirimirse entre ellos, y en caso de desacuerdo, deberán acudir a los mecanismos establecidos en el Acuerdo Marco y, en último término, a la jurisdicción social para hacer valer sus derechos.»

Expuestos los términos del debate, ya podemos adelantar que de nuevo ha de prevalecer lo argumentado por el órgano de contratación, en orden al cumplimiento de la obligación de información que la LCSP atribuye al órgano de contratación, con arreglo a la doctrina que en su informe al recurso cita y reproduce y como también este Tribunal administrativo ha señalado en diversos Acuerdos (por todos, el 16/2020, de 13 de febrero) y sin que pueda considerarse que dicho órgano tenga competencia alguna para determinar como ha de producirse la subrogación de los trabajadores, que es una cuestión perteneciente al ámbito laboral y es totalmente ajena a la administración contratante, pues es relativa a la relación entre la empresa saliente, la empresa adjudicataria y los trabajadores, en la que aquélla carece de poder decisorio alguno y cuya tutela, en última instancia, corresponde a la jurisdicción social. Precisamente por ello, la ley prevé una acción de repetición de esta última empresa frente a la primera, para el caso de que la falta de información o deficiencias de la misma, sobre la subrogación le haya provocado daños por una deficiente estimación de los

costes salariales. Por tanto, la determinación de si existen trabajadores que han de ser subrogados y su identificación, no corresponde en modo alguno al órgano de contratación.

Por otro lado, en cuanto a la alegada insuficiencia en el traslado de la información entregada por las actuales concesionarias, el órgano de contratación niega que haya omitido tal información sino que lo que sucede es que no le ha sido remitida por el concesionario, tras varios requerimientos por su parte por lo que, ante la falta de acreditación por las recurrentes de tal afirmación, teniendo ellas la carga de la prueba, no puede sino decaer tal argumento al no tenerse por acreditada la premisa básica. Y no ha sido acreditado tal extremo pese a la aportación, como documento numero cuatro junto con el escrito del recurso 49/2022, de un documento que no logra el objetivo de prueba pretendido, pues de ninguna manera puede deducirse de su contenido, que le haya sido trasladado al órgano de contratación.

Así pues, el presente motivo común a los tres recursos, debe ser desestimado.

SEPTIMO.- El siguiente motivo del recurso 46/2022 tiene por objeto la impugnación del apartado 9 del cuadro de características y la cláusula 6.1.3. del PCAP, dado que el periodo de acreditación de la solvencia técnica y profesional se establece en cinco años, lo que a su juicio contradice el artículo 90.1.a) de la LCSP, que dispone que dicho período debe ser un máximo de tres años, por lo que debería anularse.

En el informe del organo de contratación tras exponer sus argumentos concluye lo siguiente:

«*En definitiva, la infracción de la letra a) del artículo 90.1 de la LCSP respecto a los criterios de solvencia técnica fijados en el apartado 9 del Cuadro de Características y en la cláusula 6.1.3. del PCAP pretendida por la recurrente*

carece de fundamento, pues, del examen de la normativa y del propio pliego, se constata que corresponde al órgano de contratación determinar la concreción de los requisitos de solvencia técnica o profesional, así como de los medios admitimos para su acreditación, requisitos que figuran detallados en el pliego en concordancia con lo establecido en el artículo 69 del ROTT, norma especial y sectorial que, como argumentamos en el punto segundo del presente informe, resulta de aplicación preferente a los contratos de concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general, razones por la que este alegato debe ser desestimado.»

Pues bien, cierto es que el artículo 90 de la LCSP invocado por la recurrente como infringido por el PCAP, establece que la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse por, entre otros medios y a elección del órgano de contratación, una relación de los principales servicios o trabajos realizados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en el curso de, como máximo, los tres últimos años. Pero la recurrente no tiene en cuenta que este precepto está previsto para los contratos de servicios y como quiera que el artículo 91 de la LCSP dispone que «*la acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro podrá realizarse por los documentos y medios que se indican en el artículo anterior*», su tenor no deja dudas acerca de que acudir a lo dispuesto en dicho artículo 90 de la LCSP en un contrato como el que nos ocupa es facultativo, de manera que el órgano de contratación podrá recurrir a otros medios o documentos para acreditar la solvencia, o configurarlos de otra forma, por lo que no se estima que las cláusulas impugnadas contravengan norma imperativa alguna y por ello el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- El recurso 46/2022 impugna también la cláusula 7.1.2.2 del PCAP, relativa a otros ingresos comerciales, que dispone lo siguiente:

«No se han considerado ingresos complementarios que pudieran generarse a partir del servicio, tales como publicidad u otros similares. Su generación por parte de la empresa adjudicataria exigirá de autorización y regulación por parte del Responsable del Contrato, que será el que determine su encaje en cuanto a contenidos y no afección a la imagen corporativa del servicio, determinada en el ANEXO B del PPTP, Manual de Identidad Corporativa».

La recurrente argumenta su impugnación de la siguiente forma:

«Al amparo de lo anterior, esta parte considera que en el asunto que nos ocupa la limitación impuesta por la cláusula 7.1.2.2 del PCAP no resulta idónea, ni proporcionada y, además, en la misma no se justifica la necesidad y conveniencia de obtener la referida autorización previa cuando se vayan a generar otros ingresos comerciales a partir del servicio. Por tanto, no existiendo razones que justifiquen la limitación del derecho a la libertad de empresa, o al menos, no habiendo sido éstas justificadas en el PCAP, este derecho no puede quedar relegado en favor de cualquier otro del órgano de contratación. Consecuentemente, la cláusula 7.1.2.2 debería anularse por el Tribunal al que nos dirigimos.»

El órgano de contratación frente a ello, formula las siguientes alegaciones:

«*La parte recurrente, de manera clamorosa, obvia cualquier referencia a lo fijado en el artículo 3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas y pretende inducir a error a este Tribunal haciendo solamente mención a una de las partes de los pliegos donde se regulan estos particulares.*

Así es, la citada cláusula del pliego de técnicas reza, cito textual (los subrayados son propios)

3.2. PUBLICIDAD

Se permitirá la inserción de publicidad exterior en los vehículos, previa autorización del responsable del Contrato, siempre y cuando dicha publicidad no

sea inadecuada y respete el manual de identidad corporativa del servicio previsto en este Pliego a criterio del Responsable del contrato.

El contratista reservará al menos un 10% del espacio dedicado a publicidad exterior para información institucional del …/…, cuyos contenidos deberán ser suministrados por el responsable del contrato con la antelación necesaria.

En cuanto a la restante publicidad en el servicio (publicidad interior, en otros soportes como tiques, etc.), deberá ser expresamente autorizada por el responsable del contrato.

De tal modo y manera que, como dispone el Artículo 1285 del CC Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Hecho este que ha sido eliminado unilateralmente por la recurrente, puesto que, las conclusiones a las que llega no son acordes al corrector tenor interpretativo de los pliegos que rigen la licitación, ya que como ella reconoce (y se contradice) cito textual (los subrayados son propios)

"…/… En base a esta Sentencia enunciada se desprende que las limitaciones de la libertad de publicidad deben de ser idóneas, en el sentido de adecuadas para contribuir a la obtención del fin que las legitima, y proporcionadas desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido. Además, nuestra Jurisprudencia ha venido admitiendo que en determinadas circunstancias el derecho a la libertad de empresa podría quedar relegado en favor de otro derecho o interés a proteger si existen razones que lo justifiquen. De hecho, el Tribunal Constitucional ha resaltado en distintas ocasiones que "la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado" [SSTC 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 127), F. 6 b); y 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006, 112), F. 8]…/…"

Y en efecto, existen razones de interés público que lo justifican, puesto que admitir la tesis de absoluta libertad que se esgrime de contrario, sin la previa consideración por parte de la administración, conllevaría un total vaciado del manual de identidad corporativa y por ende, dejaría en manos de los operadores, el establecimiento de aquellos criterios, absolutamente dispares si atendemos a que pueden existir tantos adjudicatarios como lotes contractuales, que se han fijar para la identificación por los usuarios de una imagen coherente.

Así y entrando en mayores planos que los superficiales y sesgadas consideradores por la recurrente, la Administración ha de atender a coherencia en la identidad global, no sólo desde un punto de vista formal, es decir, como transversal para todas y cada una de las líneas que son licitadas y explotadas por una pluralidad de operadores y bajo los mismo parámetros físicos, sino también en un sentido material, esto es, del propio contenido de la publicidad que es percibida por una la ciudadanía y el traslado, desde los espacios públicos conformados en los distintos vehículos, de mensajes que sigan y se adecuen, por ejemplo, a medidas favorecedoras de la movilidad sostenible, la reducción de emisiones contaminantes, concienciación sobre medidas de reciclaje, el uso común de los transportes públicos, etc.

De tal modo que sería de todo punto de vista contraproducente e incoherente, con consiguiente perjuicio y trastorno causado a la ciudadanía, que por parte de la Administraciones se hicieran diversas campañas a favor, entre otras, de las actuaciones mencionadas, para que, acto seguido y sin solución de continuidad, al finalizar las meritadas campañas "institucionales" y en virtud de los diferentes contratos publicitarios privados rubricados por los operadores, fueran colocados en los mismos vehículos mensajes publicitarios diametralmente opuestos y fomentados por sectores del mercado contrarios a políticas de interés común. Todo ello sin mencionar, el consiguiente malgasto de recursos públicos que se hubiera ya causado, cuando aquellas campañas publicitarias impulsadas por las

Administraciones Públicas fueran posteriormente bloqueadas por otras de signo contrario.

Por otro lado, se trata de una cláusula que en absoluto afecta al equilibrio del contrato, ni incide en otros supuestos desfavorecedoras para los eventuales adjudicatarios, al contrario, se trata de una cláusula que coadyuva a los operadores a la obtención de ingresos adicionales que de otro modo no dispondrían, y a su riesgo y ventura, y a su habilidad en la negociación de dichos emplazamientos asiste esta cláusula sobre la que se duda acerca de su legalidad por la recurrente.»

Expuestas las posiciones de las partes, este Tribunal comprueba que la cláusula impugnada se inserta dentro de la regulación que el PCAP establece en relación al regimen económico de la concesion y concretamente, en relación a las tarifas de aplicación que ha de percibir el concesionario. Y es en este ámbito en el que debe entenderse tal regla, esto es, el pliego señala que los ingresos por publicidad no se considerarán como ingresos a los efectos del régimen económico y por tanto, quedan fuera de los cálculos y estudios de viabilidad en los que se fundamenta y en la distribución de riesgo operacional. Por tanto, no se dice que no se puedan percibir.

Es más, el órgano de contratación cita una cláusula del PPT en la que expresamente se admite tal publicidad y se establece cómo debe realizarse. Obviamente, dicha publicidad ha de estar sujeta a unas normas, en coherencia con el hecho de que se está ante un contrato de concesión de un servicio público, con su régimen jurídico preestablecido, en el que se regulan los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (artículo 284 de la LCSP). En todo caso, no se aprecia la existencia del vicio de anulabilidad denunciado por la recurrente, máxime cuando la recurrente no invoca norma contractual, ni de otro ámbito, vulnerada, más allá de una genérica invocación del principio de libertad de empresa.

NOVENO.- El siguiente motivo de impugnación es denunciado tanto en el recurso 46/2022 como en el recurso 50/2022. En ambos recursos se argumenta que la configuración de los criterios de adjudicación permite conocer en la fase valoración del Sobre "B", -a través de la memoria técnica que hay presentar- información que es valorada en el Sobre "C". Concretamente, en el recurso 46/2022 se argumenta lo siguiente:

« *6.2.4.2. SOBRE B. TÍTULO: "OFERTA TÉCNICA O EVALUABLE MEDIANTE JUICIO DE VALOR"*

"El licitador indicará el(los) modelo(s) de vehículos que serán empleados en la prestación del servicio".

Pero, por otra parte, en los criterios objetivos y en concreto en su Cláusula 6.2.4.3.5. se valora el "compromiso medioambiental de la flota ofertada", según las etiquetas de la DGT de la flota ofertada.

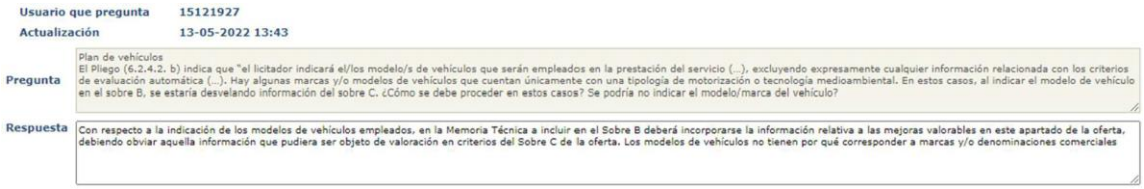
Pues bien, es evidente que el hecho de indicar el modelo de los vehículos ofertados permite conocer de forma unívoca la puntuación de los licitadores en el criterio objetivo de "compromiso medioambiental de la flota ofertada", por lo que es imposible cumplir con los requisitos del Pliego o en su caso se adelanta información lo que es contrario a la propia normativa y doctrina de los tribunales administrativas. Además, puede darse el caso de que una marca de autobuses solo comercialice vehículos de una tipología de propulsión concreta, por lo que se estaría desvelando parte de la puntuación objetiva tan solo indicando la marca.

En definitiva, los Pliegos deben ser anulados dado que incurren en este fragrante error que impide un procedimiento de valoración de las ofertas igualitario y objetivo.»

En similar sentido se expresa el otro recurso respecto a esta cuestión.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe opone lo siguiente:

«*Con respecto a esta alegación realizada de contrario no es baladí atender que la misma consideración fue objeto de información adicional a los pliegos y contestada por el órgano de contratación en 13 de mayo de 2022 a las 13:43h, tal y como acreditamos en la captura adjunta y que obra de manera pública para su consulta y cotejo en la Plataforma de Contratación del Estado*



Usuario que pregunta	**15121927**
Actualización	**13-05-2022 13:43**
Pregunta	Plan de vehículos El Pliego (6.2.4.2. b) indica que "el licitador indicará el/los modelo/s de vehículos que serán empleados en la prestación del servicio (…), excluyendo expresamente cualquier información relacionada con los criterios de evaluación automática (…). Hay algunas marcas y/o modelos de vehículos que cuentan únicamente con una tipología de motorización o tecnología medioambiental. En estos casos, al indicar el modelo de vehículo en el sobre B, se estaría desvelando información del sobre C. ¿Cómo se debe proceder en estos casos? Se podría no indicar el modelo/marca del vehículo?
Respuesta	Con respecto a la indicación de los modelos de vehículos empleados, en la Memoria Técnica a incluir en el Sobre B deberá incorporarse la información relativa a las mejoras valorables en este apartado de la oferta, debiendo obviar aquella información que pudiera ser objeto de valoración en criterios del Sobre C de la oferta. Los modelos de vehículos no tienen por qué corresponder a marcas y/o denominaciones comerciales

Salvo error u omisión se transcribe literal:

PREGUNTA:

Plan de vehículos

El Pliego (6.2.4.2. b) indica que "el licitador indicará el/los modelo/s de vehículos que serán empleados en la prestación del servicio (…), excluyendo expresamente cualquier información relacionada con los criterios de evaluación automática (…). Hay algunas marcas y/o modelos de vehículos que cuentan únicamente con una tipología de motorización o tecnología medioambiental. En estos casos, al indicar el modelo de vehículo en el sobre B, se estaría desvelando información del sobre C. ¿Cómo se debe proceder en estos casos? Se podría no indicar el modelo/marca del vehículo?

RESPUESTA:

Con respecto a la indicación de los modelos de vehículos empleados, en la Memoria Técnica a incluir en el Sobre B deberá incorporarse la información relativa a las mejoras valorables en este apartado de la oferta, debiendo obviar aquella información que pudiera ser objeto de valoración en criterios del Sobre C de la oferta. Los modelos de vehículos no tienen por qué corresponder a

marcas y/o denominaciones comerciales

De tal modo y manera que a esa contestación nos remitimos en aras a justificar la inadecua interpretación que se hace de contrario, ya que la pregunta fue debida razonada y contestada y si la recurrente hubiera dado una simple lectura a la de la misma, entendemos, que hubiera abortado cualquier tipo de actividad impugnatoria en base a estas premisas que, a nuestro modo de ver se revelan como improcedentes.

Y decimos lo anterior ya no sólo por lo dispuesto en la propia aclaración, con la que, prima facie quedaría zanjado el asunto, sino que la consideración realizada de contrario y por la que, con la mera indicación del modelo de vehículo ya se estaría incurriendo una vulneración de la normativa de contratación, en lo que respecta a la documentación que ha de constar en cada uno de los sobres que conforman las ofertas de los licitadores y por ende, viciando de nulidad/anulabilidad la actuaciones del procedimiento, no se correcta, cuando la evaluación de los criterios se establece en virtud de un porcentaje y no en atención a cada uno de los vehículos que conforman la oferta.

Así consta expresamente en el Pliego de Condiciones Administrativas en su cláusula 6.3.2.4. VALORACIÓN DEL COMPROMISO MEDIOAMBIENTAL donde se dice, cito textual (los subrayados son propios):

"…/… Porcentaje de vehículos de la flota que, mejorando la tecnología mínima propuesta en el Anexo A del PPTP, se propone será de la categoría i en el año j de explotación del servicio. El porcentaje se calculará sobre el número total de vehículos mínimo a adscribir al contrato, incluidos tanto los vehículos titulares como de reserva…/…"

Como al ANEXO III del del Pliego de Condiciones Administrativas cuando expresamente se recoge al tratar el COMPROMISO MEDIOAMBIENTAL que cito textual (los subrayados son propios):

"…/… El licitador deberá indicar el porcentaje de flota de cada categoría ambiental con el que prestará el servicio para cada año de la concesión, siempre sobre vehículos mínimos necesarios.

Se incluyen vehículos de reserva. Los valores ofertados se indicarán con aproximación al segundo decima…/…"

Por lo que aún en el hipotético e improbable caso, pues ya ha sido debidamente aclarado, de que alguno de los licitadores incluyera en la memoria técnica del Sobre B en relación a las mejoras del Plan de Vehículos datos particulares de un vehículo ello no conllevaría de manera automática, como pretende hacer pasar el recurrente, (sic) "… conocer de forma unívoca la puntuación de los licitadores en el criterio objetivo de "compromiso medioambiental de la flota ofertada …/…" sino que sería necesario conocer la totalidad de su oferta, y no sólo un dato particular, para conocer la valoración del criterio de compromiso medioambiental previsto en el Sobre C de la oferta.»

La cuestión planteada aquí se centra en determinar si tal y como sostiene la recurrente, la exigencia en el PCAP de indicar los modelos de vehiculos a utilizar para la prestación del servicio, en el el Sobre "B" así como determinadas características a valorar en esa fase, permiten conocer la oferta del Sobre "C", lo que determinaría, como con acierto razona la recurrente, la existencia un vicio de ilegalidad en el citado pliego.

Pues bien, frente a la afirmación en este sentido de la recurrente, está la contraria del órgano de contratación, que argumenta en su informe que, -como ya señaló al evacuar una consulta a este respecto- la indicación del modelo del vehículo no supone necesariamente la identificación plena del vehículo –marca y modelo- y por tanto, puede realizarse la oferta en esta parte sin desvelar la información de la siguiente fase. Ante tal dilema, este Tribunal carece del juicio tecnico necesario para resolverlo, por lo que ante la falta de la necesaria justificación de

la realidad de lo alegado por la recurrente y lo argumentado por el órgano de contratación en su informe, la presunción de acierto que conlleva la doctrina de la discrecionalidad técnica, no ha sido desvirtuada y por tanto, se ha desestimar el presente motivo.

DÉCIMO.- En el ultimo motivo del recurso 46/2022 se denuncia que existe en los pliegos impugnados unas obligaciones y «*otras determinaciones*», que suponen una vulneración en materia de defensa de la competencia por cuanto que la actuación del órgano de contratación se realiza desde el abuso de la posición de dominio que ostenta. Tal denuncia se argumenta, en el escrito de recurso, en lo fundamental, en aras de la brevedad, de la siguiente forma:

«*En efecto, según hemos expuesto:*

- *Se trasladada todo el riesgo de demanda a los licitadores cuando la configuración de las líneas, de los trayectos, ha sido configurada por la propia Administración;*
- *son éstos lo que deben validar las incorrectas estimaciones de demanda de la Administración hasta el punto de comprometerse a un número mínimo de viajeros que nunca podrá ser menor al estimado por la Administración;*
- *para remediar los continuos incumplimientos en la definición del servicio y la estimación de costes e ingresos, se impone a los licitadores asumir los proyectos, presentar sus propios Planes de Explotación e impone, por ser criterios de adjudicación, constantes mejoras que ni estaban previstas inicialmente, ni van a ser retribuidas;*
- *los criterios de adjudicación previstos están basados fundamentalmente, en la oferta de mejoras que permitan remedir los defectos en la prestación del servicio inicialmente estimada por la Administración,*

siendo que, además, está recepcionará un mejor servicio sin coste alguno.

- *se impone que los licitadores tengan que aceptar modificaciones en la prestación del servicio hasta el punto de que la supresión de cualquier línea no será compensada sino a merced y criterio de la Administración según hemos visto.*

Esta situación no lleva a considerar que la Administración está incurriendo comportamiento claramente inserto en la definición que se contiene en el artículo 2 de la LGDC (2007) cuando señala que:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. (…)

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (…)"

En definitiva, estamos ante obligaciones inasumibles para los concesionarios, sin riesgo ninguno para la Administración. El desequilibrio es absoluto y ello, por la posición de dominio que tiene ésta frente a un sector reducido, subsumido en una grave crisis (acentuada por el COVID-19) y que por subsistencia tendrá que asumir a duras penas estas obligaciones de no ser anuladas por este Tribunal.»

Frente a ello el órgano de contratación en su informe, señala lo siguiente:

«*Es así, la recurrente no hace ni siquiera el esfuerzo de subsumir o concretar el contenido de sus vagas e imprecisas argumentaciones y establecer de qué modo o manera esa pretendida actuación obstruccionista o anticompetitiva es llevada*

a cabo por esta Administración, o dicho en otros términos no centra el objeto de sus reproches fácticos o jurídicos contra una cláusula o conjunto de cláusulas administrativas de los pliegos de los que emanan esos citados efectos nocivos para ella.

Tal es el nivel de vaguedad y falta de concreción del que adolece el escrito de contrario en este punto o de ceñimiento a un objeto concreto de debate jurídico sobre algún particular concreto de los pliegos y sobre el que pueda pronunciarse este Tribunal (en un sentido u en otro) que llega a traer como sostén de su raquítica fundamentación una sentencia sobre las emisiones de partidos de bolos. (sic) "…/…

Con los debidos respectos a la parte recurrente, escasa o nula analogía se puede encontrar, tanto material como jurídica entre un asunto que versa sobre la suscripción de contratos de cesión de derecho audiovisuales y televisivos de partidos de bolos con la licitación de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte regular permanente de viajeros, de uso general, por carretera, por muy amplio que quiera hacerse uso del concepto de analogía jurídica.»

Este Tribunal adminstrativo coincide de nuevo con el criterio del órgano de contratación y considera que este motivo del recurso no puede ser objeto de consideración, al no estar correctamente formulado conforme a la doctrina que este Tribunal administrativo (por todos, el Acuerdo 99/2021, de 22 de octubre) – y el resto de órganos de resolución de recursos contractuales- aplica a esta cuestión. No se identifican las cláusulas impugnadas ni se razona adecuadamente de forma individualizada en que consiste la infracción normativa de cada una de ellas sino de una manera vaga, imprecisa y genérica, lo que hace innecesario cualquier otro pronunciamiento.

UNDÉCIMO.- Tanto en el recurso 49/2022 como en el 50/2022 se impugna que

el PCAP incumple con lo establecido en el artículo 130.6 de la LCSP, según el cual:

«*El pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos*»

A juicio de los actores de ambos recursos, la omisión de esta información en el PCAP debe motivar su anulación, lo que fundamentan en el Informe 126/18, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se pronuncia en los siguientes términos:

"*La omisión de esta cláusula en los pliegos representa el incumplimiento de la regla contenida en el artículo 130.6 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y habrá de ser corregida, bien por el órgano de contratación, bien mediante su impugnación en tiempo y forma*".

Frente a ello, el órgano de contratación en sus informes sobre ambos recursos opone lo siguiente:

«*Respecto de la fundamentación proporcionada por los recurrentes y, al objeto de clarificar la interpretación adecuada que debe darse a la redacción establecida en este apartado, es preciso referirse al informe que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitió con posterioridad al referenciado en el escrito de los recurrentes con ocasión de su pronunciamiento*

en el Expediente 35/19 relativo a Materia: Diversas cuestiones relacionadas con la subrogación de los trabajadores de contratos públicos anteriores.

En dicho informe la Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia dirigía una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en relación a la Recomendación de la JCCA del Estado de 10 de diciembre de 2018 (Informe 126/18 aportado por los recurrentes), en la que planteaba diversas cuestiones relacionadas con la subrogación de los trabajadores de contratos públicos anteriores.

De la lectura del referido informe 35/2019, puede comprobarse como, de entre dichas cuestiones, una de ellas contiene el siguiente literal:

"Las medidas que pueden y/o deben aplicar los poderes adjudicadores para garantizar de manera efectiva la previsión del artículo 130.6 de la LCSP acerca de la indemnidad del adjudicatario por deudas salariales y/o con la seguridad social de anteriores contratistas ("sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último")"

La respuesta del órgano consultivo a dicha consulta viene a matizar lo expuesto en su anterior informe con la siguiente argumentación:

"Del tenor literal del citado inciso cabe extraer las siguientes conclusiones que delimitan el alcance de las medidas a aplicar por los poderes adjudicadores, respondiendo así a la pregunta formulada:

- *La premisa es que quede acreditado el impago de los salarios. Esta circunstancia bien puede provenir de la denuncia de los trabajadores o de los agentes sociales o resultar de la documentación que, conforme al pliego del contrato, el contratista estuviera obligado a suministrar.*

- *Son dos las medidas previstas en el precepto: la retención de las cantidades*

debidas al contratista por virtud del contrato que le ha ligado con la entidad contratante y la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de los salarios.

- *Ambas medidas se alzarán cuando se acredite el pago de los salarios adeudados.*
- *No es necesario prever dichas medidas en los pliegos, aunque pueda resultar conveniente, pues resultan de la aplicación directa de la LCSP.*
- *Se trata de medidas de aplicación obligatoria por parte de los órganos de contratación.*
- *Su ámbito objetivo se restringe al impago de los salarios, no resultando cubiertas por la mismas otro tipo de deudas sociales como las cuotas de Seguridad Social.*
- *Estas medidas son independientes y compatibles con otras que pudiera prever el pliego, como el establecimiento de penalidades al amparo de lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, que pudieran afectar no sólo a los salarios, sino también a las cuotas de la Seguridad Social."*

Por tanto, en base a esta rectificación realizada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, resulta claro que el criterio interpretativo del órgano consultivo respecto de esta cuestión no es el constatado por los recurrentes en su escrito sino el recogido en este informe de fecha posterior. Dicho lo anterior, es preciso señalar que en ningún supuesto es posible anular unos pliegos de licitación en base a que los mismos no recojan lo contenido en las normas puesto que, como tal, las normas son de obligado cumplimiento digan lo que digan los pliegos de licitación.»

Expuesta la cuestión debatida, la clausula 7.2.3 del PCAP es la que establece el

régimen de subrogación en contratos de trabajo y efectivamente, no contempla lo exigido por el párrafo 6 del artículo 130, como viene a reconocer indirectamente el órgano de contratación, cuando lo que viene es a defender que las consecuencias de ello no sean las que pretenden los recurrentes, esto es, las anulatorias.

Y efectivamente, el precepto impugnado indudablemente establece la necesidad de prever en el PCAP, la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas. Por tanto, el PCAP contiene una omisión, si bien, tal y como apunta el órgano de contratación, tal defecto solo puede ser considerado como una irregularidad no invalidante, sin ninguna repercusión. Y ello por cuanto es claro que la obligación del contratista -así como las medidas en garantía de los salarios que tiene que ejecutar el órgano de contratación- nacen de la propia ley y existen, con independencia de que se señale o no, su existencia en el PCAP; por ello, la ausencia de tal mención resulta superflua y ante las nulas consecuencias en la esfera jurídica de los recurrentes, este Tribunal administrativo considera que el principio de economía procedimental desaconseja anular la licitación por este motivo y ordenar la retroacción de las actuaciones y en consecuencia, pese a la realidad del defecto denunciado, no es determinante de la anulabilidad del PCAP procediendo, por tanto, rechazar este motivo invocado por las recurrentes.

DUODÉCIMO.- Finalmente, en el recurso 50/2022 también se denuncia que el PCAP impugnado vulnera el artículo 202 de la LCSP, por establecer en la clausula 7.2., la condición especial de ejecución siguiente:

«*La empresa contratista estará obligada a elaborar, negociar y aplicar en el plazo máximo de un año desde la firma del contrato un plan de igualdad, en su caso, conforme a lo establecido en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de*

medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Este plan de igualdad deberá ser renovado todos los años de vigencia del contrato».

Para defender su denuncia argumenta lo siguiente:

«*Prueba adicional de las deficiencias e irregularidades en las que incurren los Pliegos impugnados, es que, en contra del criterio reiterado de los Tribunales especializados en materia de contratación pública, la Cláusula 7.2 del PCAP prevé como condición especial de ejecución del Contrato la siguiente: (..)*

Sin embargo, como se ha apuntado, son numerosos los pronunciamientos en los que los Tribunales de contratos públicos han declarado contrarios a Derecho los Pliegos de rectores de una licitación por contener cláusulas idénticas a la que acaba de transcribirse.

Así, por ejemplo, cabe citar la Resolución 427/2021, de 16 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, según la cual:

"No puede configurarse como condición especial de ejecución disponer un Plan de Igualdad, en tanto sería obligatorio para algunos licitadores y voluntario para otros. Por ello, resulta indiferente la corrección efectuada por el órgano de contratación, pues no se trata de que se exija dicho Plan como condición especial de ejecución a empresas con más o menos trabajadores, ***siendo lo esencial*** *que no puede articularse como condición especial de ejecución aquello que para unos licitadores no supondría un plus o valor añadido respecto de la legalidad vigente (pues ya dispondrían del Plan por estar obligados legalmente a ello), y para otros no (los no obligados a ello). De hecho, para estos últimos, empresas de menores dimensiones, sería discriminatorio, y tendría por efecto restringir la concurrencia, al exigirles un Plan que la normativa no contempla como obligatorio para ellas, y haciéndolas de peor condición que aquellas empresas de mayores dimensiones, que cuentan ya con el Plan, insistimos, por estar*

obligadas a ello por la LO 3/2007 [para despejar cualquier posible duda, nótese que el Real Decreto-Ley 6/2019 que se cita en los Pliegos es sólo una norma que modifica a la LO 3/2007 y que la Resolución citada es posterior a dicha modificación]".

En consecuencia, también por este motivo deben ser anulados los Pliegos impugnados. Y ello en la medida en la que, en contra del criterio de nuestros Tribunales, ha configurado "como condición especial de ejecución disponer un Plan de Igualdad".

El órgano de contratación manifiesta su oposición a la denuncia efectuada de la siguiente forma:

«*Sin embargo, la resolución aportada por la recurrente no resulta de aplicación al caso que nos ocupa puesto que tanto el contenido como redacción de la cláusula impugnada difiere significativamente de la que era objeto de anulación por parte del TACRC en dicha resolución.*

Así, basta con leer la transcripción realizada anteriormente del PCAP objeto de recurso para identificar la diferencia. La cláusula 7.2.8 c) señala que la empresa estará obligada a elaborar, negociar y aplicar en el plazo de un año desde la firma del contrato un plan de igualdad, en su caso, conforme a lo que establezca el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Es decir, no todas las empresas estarán obligadas a contar con el plan de igualdad sino solamente aquellas que determine el Real Decreto. La obligatoriedad de contar con dicho Plan de Igualdad viene determinada legislativamente por el mencionado Decreto y el órgano de contratación no exige que todos los contratistas cuenten con el plan a través de dicha cláusula, sino que, simplemente, ha empleado la condición especial de ejecución para garantizar que los adjudicatarios obligados legalmente cumplen con ello.»

Pues bien, una lectura de la cláusula impugnada y una interpretación literal de la misma, lleva a la conclusión de que el plan de igualdad deberá realizarlo la contratista, «*en su caso*», conforme a lo establecido en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, esto es, cuando, como señala el órgano de contratación, tenga obligación legal de confeccionarlo, por lo que a la cláusula impugnada no cabe efectuarle el reproche de discriminación y el efecto de perjudicar a la concurrencia, que en la doctrina invocada por la recurrente -y en la que funda su denuncia- se aprecia, dado que únicamente resultará de aplicación a aquellas empresas que tengan obligacion legal de tenerlo. Por ello, procede la desestimación también del presente motivo del recurso, y con ella, la del recurso 50/2022, en su integridad.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en los artículo 46 y 49.2 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por la “ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS EN AUTOBUSES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN”, el “COMITÉ DE EMPRESA DE AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L. y “JAVIER CANTORAL GARCIA y OTROS” y “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del

servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos especiales interpuestos por la "ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS EN AUTOBUSES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN", el "COMITÉ DE EMPRESA DE AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L. y "JAVIER CANTORAL GARCIA y OTROS" y "AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.", frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón.

TERCERO.- Levantar la suspensión acordada mediante el Acuerdo 51/2022, de 2 de junio, de este Tribunal administrativo.

CUARTO.- Notificar el presente acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el

plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.