Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

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

RE 35/2023

Acuerdo 40/2023, de 28 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A." frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular metropolitano permanente de viajeros, de uso general, por carretera del área de Zaragoza, Lote 2», promovido por el Consorcio de Transportes del Área de Zaragoza.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de abril de 2022 fue publicado 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 185 512 924,18 euros, IVA excluido. El contrato se divide en cuatro lotes.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, fueron interpuestos ante este Tribunal cuatro recursos especiales en materia de contratación frente al anuncio y los pliegos referidos en el antecedente anterior, según el siguiente detalle.

Fecha interposición recurso	Recurrente	Nº Recurso
13 de mayo de 2022	Asociación empresarial de transportes interurbanos de viajeros en autobuses de la Comunidad Autónoma de Aragón	47/2022
13 de mayo de 2022	Comité de empresa de Avanza Movilidad Integral, S.L. y otros.	48/2022
13 de mayo de 2022	Avanza Movilidad Integral, S.L.	51/2022
13 de mayo de 2022	Avanza Zaragoza, S.A.	52/2022

Los recursos anteriores fueron resueltos mediante el Acuerdo 62/2022, de 30 de junio en sentido desestimatorio.

Segundo.- Por lo que a este acuerdo interesa, a la licitación del Lote 2 han concurrido las siguientes licitadoras:

LOTE	LICITADOR
Lote 2	AUTOMÓVILES DE ZARAGOZA, S.A. Y ALCALABUS, S.L.
	AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.
	EMPRESA DE BLAS Y CIA, S.A.
	INTERURBANA DE AUTOBUSES, S.A.-AUTOBUSES HERMANOS ARRIAGA, S.A.
	LA HISPANO DE FUENTE EN SEGURES, S.A.
	LA VELOZ, S.A.
	S.A. MASATS TRANSPORTS GENERALS (SOCIEDAD UNIPERSONAL)
	UTE AISA JULIÁN DE CASTRO MURILLO

Tercero.- La Mesa de contratación, en su reunión del día 22 de noviembre de 2022, acordó, a la vista del informe técnico realizado sobre las ofertas económicas presentadas y por lo que a este acuerdo interesa, requerir a la mercantil ahora recurrente, la justificación de su oferta por incurrir en valores anormales o desproporcionados, presentada al Lote 2.

Según figura en el acta levantada al efecto:

«Habiendo concurrido 3 o más licitadores a cada uno de los lotes en los que se divide el contrato, de conformidad con el punto 6.4.2. del PCAP, para cada uno de ellos "se considerará que una oferta presenta valores anormales o desproporcionados en caso de que la cuantía de la compensación por obligación de servicio determinada según la formulación del apartado 6.3.2.1 del presente documento sea inferior en 10 unidades porcentuales a media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de la cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a la media inicial. En cualquier caso, para el cálculo de la media se tomarán, al menos, los valores de las tres ofertas de menor cuantía."

Aplicando el criterio anterior a las ofertas presentadas a cada uno de los lotes, se obtienen los siguientes resultados, según el detalle del cálculo que se adjunta como ANEXO a esta Acta:

(…)

Lote 2.- La oferta presentada por el licitador AUTOMOVILES DE ZARAGOZA, S.A Y ALCALABUS, S.L es considerada desproporcionada o anormal.

(…)

A la vista de lo anterior, la Mesa de Contratación acuerda iniciar el trámite de audiencia previsto en el punto 6.4.2. del PCAP, otorgando a los licitadores indicados un plazo de 5 días hábiles para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, en los términos recogidos en el mencionado punto 6.4.2. del PCAP.»

Cuarto.- La Mesa de contratación reunida el día 8 de marzo de 2023 y tras valorar el informe de 23 de enero de 2023, relativo a la justificación de la oferta presentada por la ahora recurrente, acordó, proponer al órgano de contratación su exclusión del procedimiento de licitación. En el acta de dicha reunión consta lo siguiente:

«En relación a primer punto, el Presidente expone los aspectos principales y las conclusiones recogidas en el informe elaborado por los servicios técnicos del CTAZ en relación a la oferta presuntamente anormal formulada por Automóviles Zaragoza, S.A. y Alcalabus, S.L. al Lote 2, el cual se envió previamente a los asistentes junto con la convocatoria de la sesión.

Los miembros de la Mesa deliberan sobre estos aspectos y una vez evaluada toda la información y documentación proporcionada, en aplicación del artículo 149.6 LCSP aprueban por unanimidad elevar propuesta de rechazo al órgano de contratación de la oferta presentada por las empresas Automóviles Zaragoza, S.A. y Alcalabus, S.L., para el Lote 2, por considerar con base en lo recogido en el informe técnico que resulta claramente temeraria y no es viable ni compatible con una prestación adecuada del servicio.»

El acta fue publicada en la PCSP el día 8 de marzo de 2023.

Quinto.- Mediante Acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Consorcio de Transportes del Área de Zaragoza, de 1 de marzo de 2023, se excluyó la oferta presentada por "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A. y ALCALABÚS, S.L.", que recibieron la notificación de su exclusión el día 8 de marzo de 2023.

Sexto.- El día 29 de marzo de 2023, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por parte de don R.J.L., en nombre y representación de la mercantil "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.", frente a la exclusión del procedimiento –Lote 2- referida en el antecedente anterior. La recurrente impugna el acto de su exclusión por ser contrario a derecho, alegando que se basa en un informe arbitrario y defiende la viabilidad de su oferta. En su escrito, solicita además la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Séptimo.- El día 31 de marzo de 2023, 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). El día 4 de abril de 2023 se recibió el expediente completo y el día 10 de abril siguiente, el informe en el que el órgano de contratación manifiesta su oposición, tanto a la suspensión del procedimiento como a la estimación del recurso.

Octavo.- El día 10 de marzo de 2023 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el plazo otorgado, ha presentado alegaciones la mercantil "S.A. MASATS TRANSPORTS GENERALS", oponiéndose al recurso.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A." para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

En cuanto a la legitimación de la actora, hay que poner de manifiesto que participó en la licitación de forma agrupada con la mercantil "ALCALABUS, S.L.", si bien el recurso únicamente ha sido interpuesto por "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.". Pues bien, en estos supuestos hay que estar a lo dispuesto en el artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que dispone: «*En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato,*

cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes».

Por tanto, en el presente caso y a tenor del citado precepto, se reconoce la legitimación para recurrir a una de las mercantiles en solitario, pues no consta que exista oposición por parte de la otra y así lo viene entendiendo este Tribunal administrativo, por todos, en el Acuerdo 118/2017, de 28 de noviembre.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es 185 512 924,18 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 los actos de exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.b) de la LCSP y los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a analizar el fondo del mismo. Aunque en el escrito de recurso se expone la disconformidad a Derecho del acto impugnado a través de tres motivos, sin embargo debido a la estrecha relación existente entre los mismos, pueden ser examinados y resueltos conjuntamente.

Así, el recurso tiene por objeto la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la exclusión de la recurrente tras haber tramitado el

procedimiento legalmente establecido para el caso de ofertas incursas en valores anormales o desproporcionadas, se concluía que su oferta no podía ser cumplida.

En el escrito de recurso se argumenta lo siguiente:

«En todo caso, conviene empezar por avanzar que en el presente recurso lo que se alega es el error patente y manifiesto y la flagrante arbitrariedad en los que incurre el órgano de contratación al acordar la exclusión de la Agrupación. Esta parte conoce perfectamente la discrecionalidad y las potestades de que disponen las Administraciones Públicas al evaluar las ofertas de los licitadores en el marco de un proceso de licitación. Y, por ello, en ningún caso se pretende que este Tribunal venga a sustituir la discrecionalidad técnica de la Administración.

Lo que se alega en el presente recurso es que la Administración ha actuado de manera absolutamente arbitraria al acordar la exclusión de la oferta de la Agrupación, incurriendo además en varios errores patentes y manifiestos. Para poder cuestionar la justificación de la viabilidad de la oferta de la Agrupación, el órgano de contratación ha considerado de forma sobrevenida e injustificable que Automóviles Zaragoza y Alcalabus deberían haber aportado una información que nunca les fue requerida, desconociendo además que la documentación aportada ya acredita todo cuanto exige el órgano de contratación. Pero es que, además, resulta absolutamente improcedente que se exigiera esa información a la Agrupación en el momento de acreditar la viabilidad de su oferta.

En particular, es de destacar que, tal y como se justificará en el siguiente motivo, el Informe de 23 de enero de 2023 no admite el consumo medio de combustible considerado por la Agrupación en el EEF a pesar de que la Agrupación presentó un certificado de un certificador externo de reconocido prestigio internacional en el que se recogían los resultados de pruebas reales realizadas con el modelo de vehículo ofertado por Automóviles Zaragoza y Alcalabus en condiciones de explotación análogas a las previstas en el Contrato (tráfico urbano denso, tráfico

urbano mixto y tráfico interurbano). El motivo que se utiliza para cuestionar la justificación es que se entiende que la Agrupación debería haber justificado el consumo medio mediante pruebas in situ con el modelo de vehículo ofertado.

¿Por qué no es suficiente el certificado emitido por la empresa independiente de reconocido prestigio internacional aportado por la Agrupación, que se basa en pruebas reales en condiciones de explotación análogas, como de hecho exigía el Informe de 23 de enero de 2023? ¿Es por mero desconocimiento del estándar internacional utilizado por el sector o fruto de una decisión arbitraria y discriminatoria? ¿Por qué se pide ahora aportar una documentación para acreditar el consumo medio que no fue exigida ni en el PCAP ni el requerimiento realizado por la Mesa de Contratación? ¿Cómo podía saber la Agrupación que debía haber hecho unas pruebas in situ con el modelo de vehículo ofertado cuando ni tan siquiera los Pliegos le obligaban a disponer de ese vehículo previamente a la adjudicación del Contrato?

Es evidente que la exigencia sobrevenida de esa documentación por parte del órgano de contratación es del todo inexplicable e improcedente. Y ello es una evidente muestra de la arbitrariedad seguida por el órgano de contratación al acordar la exclusión de la Agrupación.

Por tanto, no estamos en un caso en el que la exclusión de la oferta de la Agrupación venga amparada en criterios de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, sino ante la comisión de una arbitrariedad manifiesta que debe ser corregida por el Tribunal.

A tal efecto, conviene hacer una breve referencia al Acuerdo de este TACPA n.º 20/2023, de 1 de marzo, mediante el que se desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Automóviles Zaragoza frente a su exclusión, por incurrir en una baja temeraria, del Lote 8 de la licitación del contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón (expediente TRI-ARA/2022).

Como es público y notorio, tanto la licitación que nos ocupa como aquella licitación conforman conjuntamente el nuevo mapa concesional de servicios de transporte regular de viajeros por autobús de Aragón, aprobado por el Gobierno de Aragón. Ambas licitaciones están siendo tramitadas en paralelo y, si bien formalmente el órgano de contratación en esta licitación es el CTAZ, en realidad el Gobierno de Aragón es también quien está dirigiendo la licitación. En efecto, el Gobierno de Aragón es con diferencia la Administración Pública con más peso en el CTAZ (47%), como demuestra el hecho de que el presidente del CTAZ y firmante del Acuerdo de exclusión objeto del presente recurso es también el consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón, quien firmó la Orden de Exclusión de Automóviles Zaragoza en el Lote 8 del expediente TRI-ARA/2022, objeto del Acuerdo 20/2023 de este TACPA.

Debido a la circunstancia anterior, los criterios empleados por el CTAZ para evaluar la justificación realizada por Automóviles Zaragoza y Alcalabus de la viabilidad de su oferta son exactamente los mismos que los empleados en la licitación del expediente TRI-ARA/2022. Por tanto, todo cuanto Automóviles Zaragoza alegó en el recurso especial examinado por el Acuerdo 20/2023 se reiterará en el presente recurso, debiéndose adelantar ya que la Agrupación no comparte en absoluto la decisión adoptada por este TACPA en aquel Acuerdo.

Sin embargo, en el presente supuesto, concurren motivos adicionales que hacen que la exclusión de la Agrupación del Lote 2 del presente Contrato sea todavía más contraria a Derecho. Y es que, como ya se ha avanzado, la resolución de exclusión incurre en manifiestas arbitrariedades al exigir de forma sobrevenida e irrazonable una documentación que en modo alguno podría haberse exigido. Se trata de un error patente que fácilmente podrá apreciar este Tribunal.

Por tanto, no estamos en un caso en el que la exclusión de la oferta de la Agrupación venga amparada en criterios de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, sino ante la comisión de un error patente y manifiesto que, según la doctrina de este propio TACPA citada en el Acuerdo 20/2023, debería

ser enmendado por este Tribunal, conduciendo a la estimación del recurso. Como se verá, si el órgano de contratación no hubiese cometido aquel error patente, según sus propios criterios habría concluido que la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus era viable, por lo que procederá anular la Resolución impugnada y admitir la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus.

PRIMERO.- ERROR PATENTE Y MANIFIESTO DEL ACUERDO DE EXCLUSIÓN EN RELACIÓN CON LA JUSTIFICACIÓN DEL CONSUMO MEDIO DE COMBUSTIBLE DE LOS VEHÍCULOS. LA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA DE AUTOMÓVILES ZARAGOZA Y ALCALABUS ES FLAGRANTEMENTE ILEGAL, ARBITRARIA, DISCRIMINATORIA Y DESPROPORCIONADA.

1. Planteamiento.

Según expone el Informe de 23 de enero de 2023 (apartado 2), la metodología seguida para valorar la justificación de la oferta presentada por Automóviles Zaragoza y Alcalabus es la siguiente: "el presente informe determinará inicialmente unas bases generales del procedimiento de análisis de los elementos que configuran las ofertas económicas a analizar, para posteriormente analizar el conjunto de las justificaciones aportadas por la empresa incursa en dicha presunción de anormalidad con el fin de analizar si, desde un punto de vista técnico, la referida licitadora ha destruido o no el indicio de que la oferta es inviable en los términos en los que la ha expuesto".

Las bases generales del procedimiento están expuestas en el apartado 3.1 del Informe, que para cada concepto del estudio económico-financiero establece unos criterios relativos a qué tipología de documentación se aceptará y qué tipo de bajas se considerarán admisibles.

Por ejemplo, en relación con la acreditación del consumo de combustible de los vehículos, el Informe establece el siguiente requisito: "Solo se admitirán reducciones del consumo medio de combustible sobre los previstos en los

proyectos de explotación en las distintas tipologías cuando se aporten certificados del fabricante y, adicionalmente, certificados de resultados en pruebas in situ con los vehículos ofertados en condiciones de explotación equivalentes."

Como punto de partida, debe señalarse que los criterios establecidos en el Informe de 23 de enero de 2023 no estaban recogidos en los Pliegos ni en el requerimiento de 18 de noviembre de 2022, sino que se trata de unos requisitos introducidos "ex novo" por el órgano de contratación, posteriormente a que la Agrupación presentase la justificación de su oferta, por lo que, como se verá más adelante, se trata de criterios arbitrarios y discriminatorios que no pueden adoptarse como único baremo para determinar la viabilidad de la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus. Además, como también se justificará, tales criterios resultan también desproporcionados, incurren en contradicciones con el PCAP, y condicionan directamente el EEF que los licitadores debían preparar para poder elaborar su oferta.

Sin embargo, aun asumiendo a efectos meramente dialécticos la licitud de tales criterios, en el presente motivo se pondrá de manifiesto que, en cualquier caso, el órgano de contratación ha incurrido en unos errores patentes sin cuya concurrencia hubiese concluido que la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus era viable. Y, además, se justificará que, si dichos errores patentes en realidad no fuesen tales, la exclusión de la oferta de la Agrupación sería manifiestamente ilegal, arbitraria, discriminatoria y desproporcionada.

2. *La Agrupación justificó documentalmente el consumo medio de combustible de los vehículos ofertados mediante unas pruebas in situ realizadas por un certificador independiente de reconocido prestigio internacional en condiciones de explotación equivalentes.*

Como ya se ha adelantado, el Informe de 23 de enero de 2023 no acepta el coste de combustible considerado por la Agrupación para la elaboración de su EEF, empleando los siguientes argumentos:

"El precio unitario del litro de gasoil ofertado resulta de 0,756 euros/litro, sensiblemente inferior que el considerado en el Proyecto de explotación. No obstante, se aportan justificantes basados en un contrato marco de operaciones financieras con una entidad ajena a la licitadora de tipo swap sobre petróleo y derivados del petróleo para el ejercicio 2023, por lo que se acepta dicho precio.

Los consumos medios (litros cada 100 Km) considerados por la licitadora en la justificación de su oferta son muy inferiores a los que se prevén en el Proyecto de explotación para las distintas tipologías de vehículos utilizadas (28 y 30 l/100km, frente a 37 y 40 l/100/km). Estos consumos indica que la licitadora que se justifican con base a la información del fabricante sobre test SORT como sobre la propia experiencia del licitador, sin más justificación. Se consideran, como queda patente en los criterios de análisis detallados en el apartado 3.1.3. que los certificados de consumo de los fabricantes resultan demasiado genéricos y basados en condiciones ideales no aplicables directamente a las condiciones de explotación previstas, por lo que, para resultar válidas, deberían acompañarse con certificados de resultado de pruebas in situ con los vehículos ofertados. No es el caso de licitador, por lo que no se admiten los consumos medios previstos por ésta, aceptándose sólo una reducción del consumo medio hasta un máximo de un 10% con respecto a los previstos en los proyectos de explotación."

Pues bien, el criterio adoptado por el Informe de 23 de enero de 2023 incurre en un error patente, es contrario al PCAP y a la normativa sectorial aplicable al Contrato, y además es manifiestamente arbitrario, discriminatorio y desproporcionado. En efecto:

(i) *El informe de 23 de enero de 2023 incurre en un error patente y manifiesto.*

Contrariamente a lo que expone el Informe de 23 de enero de 2023 incurriendo en un error patente y manifiesto, Automóviles Zaragoza y Alcalabus no justificaron el consumo medio de los vehículos con un certificado elaborado por

su fabricante, sino que aportaron un certificado emitido por un certificador externo de reconocido prestigio internacional en el sector del transporte público por carretera, la auditora alemana TÜV SÜD.

En concreto, como Anexo VI de la justificación de la viabilidad de su oferta, la Agrupación presentó un certificado en el que TÜV SÜD determinaba el consumo medio de combustible de los autobuses ofertados sobre la base de unas pruebas realizadas en carretera en condiciones análogas a las del Contrato.

Debe adelantarse desde un principio que, como más adelante se desarrollará, el motivo por el cual Automóviles Zaragoza y Alcalabus aportaron el mencionado certificado externo en vez de un informe del consumo de combustible de su propia flota radica en que los vehículos ofertados para esta licitación son de un modelo de tecnología híbrida del que todavía no disponen ninguna unidad en su flota.

De esta manera, como punto de partida debe señalarse que el consumo de combustible considerado en el EEF de la Agrupación no fue justificado con un certificado del fabricante (la compañía china Xiamen King Long United Automotive Industry Co., Ltd), sino con un certificado elaborado por un tercero independiente de reconocido prestigio internacional.

Este hecho por sí solo ya debería conducir a aceptar el consumo medio de combustible considerado por la Agrupación, toda vez que el Informe de 23 de enero de 2023 rechaza dicha magnitud debido a que "los certificados de consumo de los fabricantes resultan demasiado genéricos", siendo evidente que en este caso el consumo no se justifica con un certificado del fabricante sino con un certificado de un auditor independiente de reconocido prestigio internacional en el sector.

Por otra parte, el certificado aportado por Automóviles Zaragoza y Alcalabus ni resultaba "demasiado genérico" ni estaba basado "en condiciones ideales no aplicables directamente a las condiciones de explotación previstas", sino que era

un certificado "de resultado de pruebas in situ con los vehículos ofertados", tal como exige sobrevenidamente el Informe de 23 de enero de 2023.

*Según expone el propio certificado en su carátula y en su apartado VI, el certificado recoge los resultados de las pruebas realizadas de acuerdo con las especificaciones de la Unión Internacional del Transporte Público ("**UITP**") para los ensayos SORT, siglas en inglés de "Standarised On-Road Test Cycles", esto es, ciclos de pruebas normalizadas en carretera.*

Este estándar de pruebas normalizadas constituye el estándar más extendido en la industria para determinar y homologar el consumo de combustible de los autobuses en condiciones de explotación reales y comparables. En concreto, el estándar consiste en medir el consumo de combustible de los autobuses en tres condiciones de explotación diferentes: tráfico urbano denso (prueba SORT 1), tráfico urbano fluido o mixto (prueba SORT 2) y tráfico suburbano fluido (prueba SORT 3).

Por tanto, el Informe de 23 de enero de 2023 incurre en un segundo error patente cuando afirma que la Agrupación no ha justificado el combustible de los vehículos con pruebas in situ de los vehículos ofertados, dado que el certificado aportado precisamente recoge los resultados de unas pruebas in situ realizadas con el modelo de vehículo ofertado en tres condiciones de explotación equivalentes a las del Contrato, todo ello según el protocolo de la principal organización mundial de transporte público, la UITP, integrada por casi 2.000 entidades y empresas de todo el mundo.

Todo lo que se ha expuesto hasta ahora no fue explicado en la justificación presentada por Automóviles Zaragoza y Alcalabus por la sencilla razón de que tanto la auditoria TÜV SÜD como los test SORT de la UITP son mundialmente conocidos en el sector del transporte público mediante autobús, por lo que la Agrupación consideró que no era necesaria mayor explicación, como sucedió también con otras variables que fueron aceptadas sin inconvenientes por los servicios técnicos del órgano de contratación.

Sin embargo, para justificar todo cuanto se ha dicho, como ***Documento núm. 3*** *se aporta un certificado elaborado por el fabricante de los autobuses ofertados por la Agrupación en el que se aclara la autoría y metodología de las pruebas SORT aportadas. En concreto, en lo que aquí interesa, el certificado del fabricante manifiesta lo siguiente:*

"El informe No. 21-00260-CP-SHA-00 realizado por TUV SUD China recoge el ensayo SORT para la medida de consumo de combustible del autobús híbrido King Long E12.

TÜV SÜD es un laboratorio de certificación, auditorías, ensayos e inspecciones de reconocido prestigio internacional, con presencia en más de 50 países. TUV SUD es miembro de UITP.

La UITP (Union Internationale des Transports Publics) es la Asociación Internacional de Transporte Público y una gran defensora de la movilidad urbana sostenible. Es la única red mundial que reúne a todos los actores del transporte público y a todos los modos de transporte sostenible. [...]

El ensayo SORT (Standarised On-Road Test Cycles) es una iniciativa del Comité de Autobuses de la UITP y fruto de la cooperación entre VDV, los operadores de transporte público y los principales fabricantes europeos de vehículos y transmisiones. Su objetivo principal es diseñar ciclos de prueba normalizados para pruebas en carretera de autobuses con el fin de medir su consumo de combustible. SORT tiene como objetivo proporcionar al sector de los autobuses un medio estandarizado para comparar el consumo de energía de diferentes autobuses.

El protocolo SORT está reconocido y recomendado por la UNECE (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa). UNECE incluye 56 Estados miembros en Europa, América del Norte y Asia, y es la asociación que marca las directrices y regulaciones a seguir en materia de homologación y certificación de vehículos.

La primera versión del protocolo SORT apareció en 2004. En 2014 se actualizó añadiendo el protocolo SORT-Hy para vehículos híbridos que no se pueden recargar externamente, protocolo en el cual se basa el informe No. 21-00260-CP-SHA-OO."

Como se puede observar, el fabricante de los vehículos ofertados por la Agrupación certifica que en primer lugar que los consumos medios de combustible considerados en el EEF no derivan de unas pruebas genéricas realizadas por el fabricante, sino de unas pruebas realizadas por una empresa externa e independiente de certificación de reconocido prestigio internacional. En segundo lugar, se certifica que tales pruebas siguieron un protocolo estándar de la industria que ha sido elaborado por la organización internacional más representativa del transporte público, la UITP, y que está reconocido y recomendado por la UNECE, la asociación que marca las directrices y regulaciones a seguir en materia de homologación y certificación de vehículos. Y, en tercer lugar, también se certifica que los resultados de consumo de combustible se basan en ciclos de prueba normalizados en carretera, que permiten comparar el consumo de energía de diferentes modelos de autobuses en situaciones análogas y estandarizadas que, como ya se ha expuesto, consideran tres condiciones de explotación diferentes (tráfico urbano denso, tráfico mixto y tráfico suburbano fluido).

Por todo lo anterior, debe concluirse que Automóviles Zaragoza y Alcalabus no justificaron el consumo de combustible considerado en su EEF sobre la base de "condiciones ideales", como erróneamente afirma el Informe de 23 de enero de 2023, sino sobre "resultados de pruebas "in situ" con los vehículos ofertados", como el propio Informe de 23 de enero de 2023 exigía. Por consiguiente, la exclusión de la oferta de la Agrupación se basa en un error patente y manifiesto, por lo que procede que este Tribunal corrija tal error y admita la justificación realizada por Automóviles Zaragoza y Alcalabus, lo que, como se verá, conducirá por sí solo a la admisión de la oferta.

(ii) *En cualquier caso, si la Mesa de Contratación tenía alguna duda sobre la autoría y metodología del certificado de consumo aportado por Automóviles Zaragoza y Alcalabus, debería haberles solicitado las aclaraciones pertinentes, como hizo en el mismo acto con otras ofertas de la misma licitación que también estaban incursas en presunción de anormalidad.*

Pese a que, como ya se ha expuesto, tanto el certificador TÜV SÜD como el estándar SORT son internacionalmente reconocidos y utilizados en la industria del transporte por carretera, si la Mesa de Contratación tenía alguna duda sobre las condiciones en que se habían obtenido los consumos medios reflejados en el certificado aportado por Automóviles Zaragoza y Alcalabus, debería haberles solicitado las aclaraciones pertinentes, en cuyo caso mis representadas habrían podido alegar todo cuanto aquí se ha alegado.

De hecho, en la misma sesión de 23 de enero de 2023 en la que la Mesa de Contratación acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus (Acta n.º 5), la Mesa de Contratación decidió otorgar a otro licitador que había presentado dos ofertas también incursas en presunción de anormalidad (Transportes Generales de Olesa, S.A.U.) un nuevo trámite de audiencia para que aportase mayor detalle o aclaración sobre "las condiciones técnicas, organizativas y económicas que aplican a los autobuses eléctricos propuestos en la oferta".

Lo anterior evidencia una inequívoca desigualdad de trato por parte de la Mesa de Contratación en perjuicio de Automóviles Zaragoza y Alcalabus, dado que en vez de solicitar aclaraciones a la justificación presentada por mis representadas, optó por excluirlas sin más de la licitación, pese a que esta debe ser siempre la última decisión a adoptar. Frente a ello, si la Mesa de Contratación hubiese dado a la Agrupación la oportunidad de explicar la metodología del estándar SORT y la entidad que había emitido el certificado aportado, como hizo con otras dos

ofertas de la misma licitación, ahora mismo la oferta de mis representadas no habría sido excluida y no habría habido necesidad de interponer este recurso.

(iii) *Los consumos medios de combustible considerados por Automóviles Zaragoza y Alcalabus no sólo estaban documentalmente justificados, sino que eran superiores a los consumos reales de los autobuses que prestan servicio actualmente en algunas rutas de la misma concesión, pese a los nuevos vehículos ofertados son híbridos y los vehículos actuales son diésel.*

Si bien con lo expuesto hasta ahora ya debería ser suficiente para estimar el presente motivo y admitir la justificación de la Agrupación respecto a los consumos medios de combustible de los vehículos considerado en su EEF, debemos señalar también que estos no sólo estaban plenamente justificados, sino que incluso podrían considerarse prudentes y conservadores, lo que corrobora la arbitrariedad de la exclusión de la oferta de la Agrupación.

En efecto, los consumos medios de combustible considerados por la Agrupación en su EEF (28 L / 100 km para los autobuses urbanos y 30 L / 100 km para los autobuses metropolitanos) son superiores a los consumos reales de los vehículos que actualmente prestan servicio en algunas rutas de la misma concesión (que es explotada por Automóviles Zaragoza), con la diferencia de que los vehículos actualmente en servicio son diésel, mientras que los nuevos vehículos ofertados son híbridos, por lo que resulta evidente que el consumo de los nuevos vehículos será inferior.

A efectos acreditativos de lo anterior, como ***Documento núm. 4*** *se aporta un certificado del consumo real de uno de los vehículos diésel que prestan servicio actualmente en algunas rutas de la concesión, en el que se acredita que su consumo real promedio entre el 1 de marzo de 2023 y el 23 de marzo de 2023 en diversas rutas de la concesión fue de 27,27 L/ 100 km (esto es, un consumo inferior a los 28 L / 100 km y 30 L / 100 km considerados por la Agrupación en su EEF).*

Automóviles Zaragoza y Alcalabus no aportaron el certificado anterior en el trámite de justificación de la viabilidad de su oferta por el sencillo motivo de que los vehículos que prestan servicio actualmente en la concesión no son equivalentes a los nuevos vehículos ofertados (híbridos), de lo que la Agrupación todavía no dispone ninguna unidad, y ello a pesar de que dicho certificado hubiese servido para justificar el consumo considerado en el EEF para los nuevos vehículos, que era superior. Por tanto, resulta inadmisible que la Agrupación haya sido excluida por no haber aportado dicho certificado en un claro ejercicio de rigurosidad y transparencia, y en su lugar haber aportado el único certificado posible que permitiese justificar los consumos de los nuevos vehículos ofertados (el certificado SORT).

Es más, según consta en el certificado SORT que Automóviles Zaragoza y Alcalabus aportaron como Anexo VI de su justificación, los consumos medios de combustible son inferiores a los que la Agrupación consideró en su EEF. Ésta consideró un consumo superior, de 28 L / 100 km para los autobuses urbanos y de 30 L / 100 km para los autobuses metropolitanos. Por tanto, Automóviles Zaragoza y Alcalabus siguieron un criterio abiertamente prudente y conservador y estimaron unos consumos medios superiores a los que resultan de las pruebas in situ realizadas con el modelo de vehículo ofertado.

Así las cosas, la Agrupación no sólo consideró unos consumos medios superiores a los resultantes de las pruebas realizadas por un auditor independiente de reconocido prestigio en condiciones de explotación equivalentes, sino que dichos consumos medios también son superiores a los que tienen los vehículos de mayor consumo que prestan servicio actualmente en la concesión, por lo que se trata de unos consumos sumamente prudentes y conservadores que, en términos reales, serán sensiblemente inferiores.

(iv) *Subsidiariamente, la exigencia de justificar el consumo de combustible mediante pruebas in situ en Zaragoza realizadas con los propios vehículos del licitador sería contraria al PCAP y a la*

normativa sectorial aplicable, y además sería flagrantemente arbitraria, discriminatoria y desproporcionada.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, esta parte considera que el Informe de 23 de enero de 2023 ha incurrido en un error patente, por desconocimiento de las pruebas SORT y de la certificadora TÜV SÜD. Sin embargo, para el caso de que el órgano de contratación alegase que no incurrió en tal error patente, sino que lo que exigía era que se realizasen pruebas in situ, entendiendo con ello en Zaragoza, y con los vehículos ofertados, es decir, con vehículos del propio licitador, lo que se plantea a meros efectos dialécticos, debemos señalar que entonces el órgano de contratación estaría adoptando un criterio flagrantemente contrario al PCAP y a la normativa sectorial aplicable al Contrato, y que además sería manifiestamente arbitrario, discriminatorio y desproporcionado.

En efecto, como punto de partida debe señalarse que ni el PCAP ni el requerimiento de 18 de noviembre de 2022 preveían la obligación de que el combustible de los vehículos se debiese justificar mediante certificados de pruebas realizadas in situ en Zaragoza con los vehículos ofertados por el licitador. La cláusula 6.4.2 del PCAP establecía que los licitadores cuyas ofertas estuviesen incusas en presunción de anormalidad debían aportar la "documentación justificativa de todas las hipótesis realizadas tanto en relación a la demanda y a los ingresos del servicio como a los gastos en que incurra para la prestación del servicio", sin establecer por tanto que el consumo medio de combustible únicamente pudiese justificarse mediante la realización de pruebas in situ en Zaragoza o con vehículos del licitador. Por tanto, en ningún caso puede aceptarse que la única justificación admisible fuese esa, máxime cuando, como se ha visto, la Agrupación aportó un certificado realizado por un tercero independiente de reconocido prestigio internacional que precisamente recogía los resultados de pruebas reales in situ realizadas en condiciones equivalentes de explotación a las previstas para el Contrato.

En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que el PCAP no exige que los licitadores dispusiesen de los vehículos en el momento en que presenten sus ofertas, sino que dicho requisito se configura como un compromiso de adscripción de medios que únicamente se exigirá al licitador propuesto como adjudicatario. Así se establece en la cláusula 7.2.4 del PCAP cuando dispone que "la empresa [contratista] estará obligada a adscribir al contrato los medios recogidos en el apartado 17 del Cuadro de Características correspondiente a cada uno de los lotes". Y, en especial, así se deriva de la cláusula 6.4.5.2 del PCAP, que otorga un plazo de cuatro meses para que el licitador propuesto como adjudicatario aporte una "Relación de vehículos que quedarán adscritos al Servicio para la prestación del servicio, identificados por sus matrículas, así como la documentación acreditativa emitida por el fabricante de los vehículos, de que los mismos cumplen con lo establecido en el PPTP y, en su caso, con lo ofertado en su proposición". Por tanto, en ningún momento el PCAP exige que todos los licitadores dispusiesen de los vehículos en el momento de presentar sus ofertas, por lo que tampoco podía exigírseles que dispusiesen de los vehículos ofertados y realizasen pruebas in situ con ellos para justificar el consumo medio de combustible considerado en su EEF. Se trata de un criterio arbitrario y desproporcionado que en ningún caso se deriva del PCAP.

*Además, debe señalarse que el plazo de cuatro meses establecido en la cláusula 6.4.5.2 del PCAP para aportar la relación de vehículos adscritos al Contrato, frente a los 10 días hábiles habituales del artículo 150.2 de la LCSP, es el plazo establecido en el artículo 82.1 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 ("**ROTT**"), y está previsto expresamente para que el licitador propuesto como adjudicatario tenga tiempo suficiente para adquirir los vehículos que se haya comprometido adscribir al Contrato. Con ello, se pretende favorecer la competencia en las licitaciones de concesiones de transporte público, de manera que no tengan ventaja las empresas que ya dispongan de los vehículos en sus flotas. Esta sería precisamente la consecuencia si finalmente se admitiese el criterio del órgano de contratación, toda vez que Automóviles Zaragoza y*

Alcalabus todavía no disponen de los vehículos ofertados en su flota, lo que las colocaría en situación una situación de discriminación frente a los demás licitadores.

Por tanto, no sólo resultaría flagrantemente contrario al PCAP y al ROTT exigir a la Agrupación que realizase pruebas in situ con los vehículos que se había comprometido a adscribir y con los que aún no cuenta, sino que estaríamos ante un criterio manifiestamente arbitrario, discriminatorio y desproporcionado.

A este respecto, debemos señalar que es doctrina ampliamente consolidada de los tribunales de contratación y de los tribunales de justicia que no se puede obligar a los licitadores a que dispongan de los medios materiales a adscribir al contrato en el momento de presentación de las ofertas, sino que dicho requisito debe diferirse al inicio de la prestación del servicio o, en su caso, al momento previo a la adjudicación del contrato. Por todas, podemos citar la Resolución n.º 758/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 21 de julio, en la que se estableció lo siguiente:

"En este sentido cabe mencionar la Resolución de este Tribunal nº 4/2022 (Recurso nº 1722/2021), en la que, si bien refiriéndose a medios adscritos materiales, indica lo siguiente: "Las características de los vehículos a adscribir a la ejecución del contrato se podrán establecer como requisito de solvencia técnica (como una declaración que las indique), como compromiso de adscripción de medios, como condición especial de ejecución, o como simple condición de ejecución a cumplir por el adjudicatario, pero sin que se pueda obligar a los licitadores autorizados para operar en el sector a disponer ya, en el momento de la presentación de las ofertas, de los medios concretos con que se prestará el servicio, porque ello se considera desproporcionado. Será responsabilidad de los licitadores que presenten oferta, el disponer efectivamente por cualquier título (propiedad o arrendamiento), de los vehículos establecidos para prestar el servicio, con las características exigidas, y con todos los permisos necesarios en vigor, el día de inicio de la ejecución, y deberán

atenerse a las consecuencias en caso de incumplimiento, pero no se puede exigir que para concurrir a la licitación se deba contar, en la fecha final de presentación de ofertas, con todos los medios necesarios.""

De esta manera, no sólo el PCAP y el ROTT impiden que se pueda exigir acreditar el consumo medio de los vehículos mediante pruebas in situ realizadas en Zaragoza o con vehículos del propio licitador, sino que dicha conclusión también se deriva de la doctrina totalmente consolidada de los tribunales de contratación y de los tribunales de justicia. Tal criterio sólo podría cumplirse si la Agrupación dispusiese ya en su flota de los vehículos ofertados, lo que no es el caso, por lo que sería un criterio flagrantemente arbitrario, discriminatorio y desproporcionado.

3. *Conclusión.*

Por todo lo expuesto en el presente motivo, ha quedado plenamente acreditado que el Informe de 23 de enero de 2023 incurre en un error patente cuando afirma que Automóviles Zaragoza y Alcalabus justificaron el consumo medio de combustible de los vehículos ofertados con un certificado de consumo del fabricante demasiado genérico y basado en condiciones ideales, y que en su lugar debería haber aportado un certificado de resultado de pruebas in situ con los vehículos ofertados. La Agrupación no sólo presentó un certificado elaborado por un certificador independiente de reconocido prestigio a nivel internacional, sino que dicho certificado precisamente recogía el resultado de pruebas in situ en carretera de los vehículos ofertados en condiciones de explotación análogas a las previstas para el Lote 2 del Contrato (urbanas con tráfico denso, urbanas con tráfico mixto y suburbanas).

Además, se ha justificado que en ningún caso podría admitirse que el órgano de contratación exija que los consumos medios se justificasen con pruebas realizadas en Zaragoza con los vehículos del propio licitador, dado que dicho requisito no sólo sería contrario al PCAP y al ROTT, sino que también sería manifiestamente arbitrario, discriminatorio y desproporcionado.

Por último, ha quedado acreditado que la Agrupación ha considerado unos consumos medios sumamente prudentes y conservadores y que, en realidad, serán sensiblemente inferiores, por lo que el rechazo de tales consumos es nuevamente manifiestamente arbitrario.

Por todo lo anterior, procede que este TACPA anule la Resolución impugnada por incurrir en error patente y, en su lugar, admita la justificación de Automóviles Zaragoza y Alcalabus en relación con el consumo medio de combustible de los vehículos. Esta hipótesis, por sí sola considerada, supone reducir los gastos totales de explotación en 58.946,86 euros (asumiendo el resto de los criterios considerados por el Informe de 23 de enero de 2023, que también se cuestionan), lo que haría que el margen bruto pasase de los -39.821,11 euros determinados en el Informe de 23 de enero de 2023 a un resultado positivo de 19.125,76 euros, como puede verse en el cuadro resumen a continuación: (..)

SEGUNDO.- LA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA DE AUTOMÓVILES ZARAGOZA Y ALCALABUS SE BASA TAMBIÉN EN CRITERIOS QUE NO ESTABAN PREVISTOS EN LOS PLIEGOS Y QUE ADEMÁS SON MANIFIESTAMENTE ARBITRARIOS, DISCRIMINATORIOS Y DESPROPORCIONADOS.

1. *Planteamiento.*

Si bien la estimación del motivo anterior ya conduce a la estimación del recurso y a la admisión de la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus, en el presente motivo se justificará que, además, el Informe de 23 de enero de 2023 comete otras ilegalidades que hacen que la exclusión de la oferta de la Agrupación sea contraria a Derecho.

En concreto, como ya se ha adelantado, el Informe de 23 de enero de 2023 introduce "ex novo" unos criterios relativos a la documentación que resultaba exigible para justificar la viabilidad de las ofertas que no estaban previstos en los Pliegos ni tampoco fueron comunicados a la Agrupación en el requerimiento de 18 de noviembre de 2022

Pues bien, en la medida en que los licitadores desconocían totalmente tales criterios, en el presente motivo se justificará que no era posible su utilización sobrevenida para rechazar la justificación de la oferta de Automóviles Zaragoza y Alcalabus, máxime cuando también son arbitrarios, discriminatorios y desproporcionados, y máxime cuando, en ausencia de tales criterios, el órgano de contratación habría concluido que la oferta de la Agrupación era totalmente viable.

De esta forma, en el presente motivo se expondrán el resto de los motivos, además del abordado en el motivo anterior, por los cuales el órgano de contratación ha concluido que la oferta de la Agrupación arrojaría un resultado operativo negativo y sería inviable, y para cada uno de ellos se podrá comprobar fácilmente la arbitrariedad en que incurre.

(..)

TERCERO.- SUBSIDIARIAMENTE, DE ACUERDO CON LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN, EN NINGÚN CASO CABRÍA EXCLUIR LA OFERTA DE AUTOMÓVILES ZARAGOZA Y ALCALABUS ÚNICAMENTE DEBIDO A QUE LA CONCESIÓN SUPUESTAMENTE SE EXPLOTARÍA CON UN MARGEN NEGATIVO DEL 1,81%.

En los dos motivos anteriores ha quedado plenamente acreditado que las variables consideradas por Automóviles Zaragoza y Alcalabus en su EEF estaban plenamente justificadas, por lo que la Agrupación prestará el servicio con un margen bruto positivo del 11,70%. Los motivos por los cuales la Administración discrepa con este resultado no son producto de su discrecionalidad técnica sino de errores patentes y de criterios manifiestamente arbitrarios, discriminatorios y desproporcionados, por lo que en ningún caso permiten invalidar el EEF presentado por la Agrupación.

Sin embargo, como último motivo del presente recurso, se planteará subsidiariamente, a efectos meramente dialécticos, que incluso aunque los

importes considerados por Automóviles Zaragoza y Alcalabus en su EEF no se considerasen suficientemente justificados, quod non, aun así en ningún caso la exclusión de la oferta de la Agrupación sería procedente.

En efecto, según los criterios seguidos por el Informe de 23 de enero de 2023 (página 22), los gastos de explotación anuales de la concesión serían un 14% superiores a los considerados por Automóviles Zaragoza y Alcalabus, lo que implicaría que el margen bruto de explotación sería negativo en 39.821,11 euros, esto es, un margen bruto negativo del 1,81% respecto a los gastos de explotación, que según el órgano de contratación superan los 2 millones de euros.

Pues bien, como se justificará a continuación, el criterio particular del órgano de contratación de que la concesión supuestamente se explotaría con un margen negativo del 1,81% tampoco permitiría por sí solo en ningún caso excluir la oferta de la Agrupación, y ello por los siguientes motivos:

(i) En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el argumento de que el Contrato tendrá un resultado operativo negativo no es por sí mismo una razón suficiente para considerar que la oferta es inviable, sino que deben aportarse razones concretas por las que se considere que la ejecución del Contrato será inviable.

En este sentido, en sus resoluciones n.º 388/2017, 180/2017 y 843/2015, el Tribunal ha advertido lo siguiente: "como hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la no 379/2014, de 9 de mayo) "no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones". Lo que se considera es si, dadas las condiciones de la empresa licitadora, es viable que ejecute el contrato con la oferta presentada".

Pues bien, en el presente supuesto, el Informe de 23 de enero de 2023 se limita a recalcular los gastos de explotación de determinados conceptos del EEF presentado por la Agrupación, y concluye que el margen sería negativo en un 1,81%. Sin embargo, incluso si tales gastos de explotación recalculados fuesen verídicos, quod non, el órgano de contratación no aporta ni un solo argumento que justifique por qué la explotación de la concesión en tales condiciones sería inviable. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no es posible excluir una oferta incursa en presunción de anormalidad únicamente debido a que se vaya a ejecutar el contrato con beneficios inferiores a lo esperable o incluso a pérdidas, sino que debe justificarse que la ejecución del contrato es inviable en las condiciones de explotación exigidas, análisis que en ningún caso ha llevado a cabo el órgano de contratación.

Adviértase, en este sentido, que el Informe de 23 de enero de 2023 no pone en duda partidas tan relevantes para la viabilidad de la concesión como los gastos de personal (1.006.201,72 euros), que representa casi el 50% de los gastos de explotación considerados por el Informe. Además, el resultado del Informe de 23 de enero de 2023 en ningún caso demuestra una inviabilidad estructural de costes, toda vez que el margen negativo es ínfimo, del 1,81% sobre unos gastos superiores a los 2 millones de euros, y que por tanto se convertiría en un margen ampliamente positivo sólo con cuestionar una de las hipótesis controvertidas, como ya se ha acreditado.

Dicho lo anterior, debe reiterarse que Automóviles Zaragoza y Alcalabus presentaron un EEF en el que acreditan que su margen bruto empresarial será del 11,70%, esto es, ampliamente positivo.

(ii) *En segundo lugar, el hecho de que la inviabilidad de la oferta se fundamente en no haber justificado unos gastos que representan un 1,81% de los gastos totales de explotación de la concesión, que superan los 2 millones de euros, pone de manifiesto que el órgano de contratación ha decidido*

excluir la oferta de la Agrupación por no haber llevado a cabo una acreditación milimétrica de la oferta, lo que también resulta contrario a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales..»

Dichos argumentos son desarrollados con detalle en el escrito del recurso, al que nos remitimos en aras de la brevedad.

Por su parte el órgano de contratación defiende la legalidad de su actuación en el informe del recurso, de la siguiente forma:

« Expuesto esto, no encontramos en la alegación del recurrente vicio de legalidad alguno respecto de las bases generales del análisis de la justificación de la temeridad ya que, en todo momento, se limita a afirmar -erróneamente - que los criterios han sido determinados ad hoc y que no han sido previstos en los pliegos rectores de la licitación. Es decir, en realidad lo que subyace detrás de esto, lo que pretende, con escaso éxito, AUTOMÓVILES ZARAGOZA S.A es sustituir el criterio del órgano de contratación, a la hora de proceder a la valoración de la baja temeraria incluido el método para llegar a la determinación de los criterios que conforman el informe por el suyo propio sin haber llegado a explicar satisfactoriamente la anormalidad en la que incurre su proposición.

Pues bien, de nuevo diremos que la metodología de análisis de los parámetros considerados no forma parte de los pliegos a los efectos de constitución de la oferta dado que, precisamente, la oferta se articula por cada licitador, dentro de los parámetros establecidos en los pliegos. El recurso, en realidad, lo que hace es discrepar de la valoración realizada de la baja temeraria para lo cual desvirtúa las que insiste en denominar bases generales del procedimiento creadas, a su juicio, ex novo a partir de este informe de valoración ya que considera que, de haber conocido los parámetros de valoración, su oferta hubiera sido aceptada.

En resumen, no es cierto que se hayan introducido criterios de valoración no recogidos en los pliegos, sino que las bases generales de análisis constituyen la metodología aplicada al análisis de las bajas anormales en relación con los

criterios de valoración incluidos en los pliegos. Por último, en relación a esta cuestión, traemos a colación la Resolución del TACRC 10/2019 cuando dice: "… debía ser el propio licitador quien ofreciese los datos que, en referencia a las condiciones de su empresa, a su estructura de costes, o a otros aspectos del contenido de su proposición, justificasen la viabilidad de la misma a pesar de la baja ofrecida. No cabe estimar por tanto la alegación del recurrente en este punto acerca de una pretendida necesidad de que hubiese sido el propio órgano de contratación el que apuntase a qué elementos relativos a la conformación del importe de su oferta habían de ser objeto de justificación. Tal información en realidad depende de las singulares condiciones de cada oferta, y no es sino el correspondiente licitador quien está en condiciones de precisar en qué concretos aspectos debe centrarse para la justificación exigida por el art. 149.4 LCSP.

La justificación aportada por el licitador según las condiciones que considera adecuadas a su oferta ha sido estudiada para su valoración mediante una metodología que es explicada previa y detalladamente y hace que sea rechazable el argumento de la arbitrariedad ya que la actuación de la Mesa ha sido expuesta con claridad y cumplidora con las normas establecidas en la LCSP.

En definitiva, no puede hablarse de arbitrariedad ni de criterios nuevos cuando lo que pretende la recurrente es desvirtuar el método de análisis del informe. Método que, insistimos, se corresponde con los criterios establecidos en los pliegos y proyectos.

Tampoco puede hablarse de situaciones arbitrarias, ni de desigualdad de trato entre licitadores, pues la comparación que hace AUTOMÓVILES ZARAGOZA S.A es, bajo cualquier punto de vista irrazonable, en tanto pretende equipar la tramitado dentro de su LOTE 2, con los particulares, condicionantes técnicos y pormenores que se fueron dando en los LOTES 3 y 4, para la licitadora TRANSPORTES GENERALES DE OLESA S.A.U. La recurrente pretende inducir a error a este Tribunal y hacerle creer que de habérsele dado esa

oportunidad, que a su juicio pareciera cuasi- preceptiva, hubiera podido explicar su oferta, habría sido adjudicataria y no habría habido necesidad de interponer este recurso. Vaya por delante que TRANSPORTES GENERALES DE OLESA S.A.U, en los LOTES 3 y 4, también ha sido excluida de la licitación por resultar su oferta temeraria1.

Pues bien, en respuesta a este reproche que se hace por la actora hay que partir de dos premisas que olvida pasmosa la recurrente AUTOMÓVILES ZARAGOZA S.A en su escrito.

La primera es que la petición de aclaraciones adicionales, en los términos establecidos en el artículo 149.4 LCSP es una posibilidad, no una obligación legal o un trámite preceptivo que se ha de observar, que dispone el órgano o la mesa de contratación avalada por la doctrina resultante de los Tribunales Administrativos de Contratación, en concreto por lo fijado en la RESOLUCIÓN N.º 14/2019 de 11 de enero, de TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, (Recurso N.º 1338/2018) para el caso en el que los órganos administrativos competentes para la tramitación y resolución de las licitaciones tengan dudas razonadas o precisen aclaración sobre alguno punto concreto de las justificaciones ofrecidas por los licitadores que presentaron proposiciones aparentemente anormales. De tal suerte que, a la vista de la justificación que preceptivamente tiene que darse, pueden solicitar de aquel la concreción, matiz o mayor explicación que permita llegar a este órgano administrativo a la convicción de que la prestación puede ser efectuada en los términos proyectados en los pliegos administrativos y técnicos. No es el caso el que se encontraba la oferta presentada por AUTOMÓVILES ZARAGOZA S.A y ALCALA BUS SL, puesto que a la vista de la justificación que presentaron a la anormalidad de su oferta, tanto la mesa como el órgano de contratación llegaron el convencimiento, una vez fue tenido en cuenta el INFORME y mantenidas cuantas discusiones y debates tuvieron lugar en el seno de esos órganos colegiados, que la oferta presentada por la Agrupación no podía ser llevada a la práctica y estimaron que no eran necesarias aclaraciones adicionales, pues nada

había que aclarar a la luz de los antecedentes que obraban en el expediente administrativo de la licitación tramitada para el LOTE 2 de este contrato. (..)

A continuación, siguiendo el hilo argumental del escrito del recurrente, se analizan los elementos de discrepancia respecto de las conclusiones alcanzadas en el informe de valoración de la justificación de la oferta realizada por la Agrupación, que a afectan a los apartados técnicos y por los cuales se estima que la justificación realizar por la Agrupación, mediante la aportación de un certificador independiente, no son adecuadas para acreditar el consumo medio de combustible. Esto es, en la siguientes líneas se viene a acreditar fehacientemente que el INFORME no incurre en ningún tipo de error patente cuando afirma que "…/… los certificados de consumo de los fabricantes resultan demasiado genéricos y basados en condiciones ideales no aplicables directamente a las condiciones de explotación previstas, por lo que, para resultar válidas, deberían acompañarse con certificados de resultado de pruebas "in situ" con los vehículos ofertados. …/…"

Y es que la propia recurrente entra en una manifiesta contradicción cuando pretende sostener que el certificado de consumo presentado en su justificación (test SORT) se basa en condiciones reales de operación y, en cambio, presenta ahora unos datos reales de consumo de los autobuses con los que opera en las líneas del CTAZ.

Por tanto la recurrente conoce, perfectamente, la diferencia entre pruebas normalizadas de consumo de vehículos elaboradas por encargo de los fabricantes para certificar unos consumos teóricos de referencia y los datos reales de consumo en condiciones de operación obtenidos a partir de datos disponibles de su uso real, si fuera el caso, o de pruebas específicas diseñadas a tal fin.

De hecho, esta advertencia es puesta de manifiesto en el propio documento descriptivo del proyecto SORT de la UITP cuando afirma (documento disponible sólo en Inglés):

"With SORT, a reproducible comparison of the fuel consumption of different vehicles is theoretically made possible for the first time, but only within a specific framework. Of course, the measurement results of these test cycles must not be strictly compared with everyday fuel consumption, because real life consumption also depends on driving style, number of passengers on board, topographic and climatic conditions, etc. The fact that many European transport companies use their own on-road test cycles is another argument in favour of standardisation."

Por tanto, el objetivo de los test SORT no es otro que disponer una estandarización de las condiciones de prueba de autobuses al objeto de establecer una comparación que sirva de referencia entre los modelos de vehículos. Pero esta no puede entenderse ni utilizarse, de modo alguno, como un certificado de consumo de los vehículos en condiciones reales.

De hecho, el propio certificado SORT presentado por la recurrente se ha obtenido, en aplicación de los estándares establecidos, mediante 18 recorridos de ensayo (6 para cada tipología de conducción: 1-urbana, 2-mixta, 3-suburbana), cuyas distancias están comprendidas entre 1 y 1,5 km, aproximadamente, con una duración, cada uno, de entre 3 y 5 minutos, aproximadamente:

2.2.1. Time and average speed

	Distance(km)	Time(s)	Velocity(km/h)
SORT 1:	1.12	308.6	13.07
SORT 2:	0.97	183.9	18.99
SORT 3:	1.56	206.3	27.22

Se observa, claramente, como estas condiciones distan mucho de las condiciones reales en operación, con recorridos diarios comprendidos entre 350 y 450 kilómetros y tiempos de funcionamiento habituales próximos a las 16 horas, con permanentes paradas y arrancadas en función de la distribución de paradas, distintas en cada servicio, y unas condiciones climatológicas y orográficas particulares de Zaragoza.

Por todo esto, no se puede sino reafirmar lo ya indicado en el propio informe de valoración de la baja temeraria de los servicios técnicos del CTAZ cuando afirmaba que "que los certificados de consumo de los fabricantes resultan demasiado genéricos y basados en condiciones ideales no aplicables directamente a las condiciones de explotación previstas, por lo que, para resultar válidas, deberían acompañarse con certificados de resultado de pruebas "in situ" con los vehículos ofertados".

Afirma la recurrente que los consumos medios propuestos resultan incluso superiores a los consumos reales de los autobuses que prestan servicio actualmente en algunas rutas de la misma concesión, pese a que los nuevos vehículos ofertados son híbridos y los vehículos actuales son diésel.

Y como justificación aporta ahora datos detallados de consumo real de uno de los autobuses que presta servicio. Se trata, por tanto, de una justificación extemporánea que sólo sirve para redundar en lo ya justificado relativo a la diferencia de datos reales de operación en condiciones comparables a las de proyecto y datos teóricos como los que realmente aportó en el momento que procedía hacerse que era el de justificación de la oferta.

Más allá de esta cuestión fundamental, estos datos aportados fuera de plazo, siendo correctos en la forma con la que se debería haber justificado las cifras de consumos de los vehículos ofertados, no lo son en el fondo, en tanto que corresponden a autobuses que nada tienen que ver con los ofertados. La motorización, el tamaño y peso de los autobuses, o los plazas y capacidad, siendo todas ellas características determinantes del consumo, nada tienen que ver entre el autobús del que se aporta ahora información y los indicados en la oferta.

Pero resulta muy llamativa esta información ahora aportada, en tanto que muy recientemente, con fecha 16 de enero de 2023, la misma empresa recurrente, que opera actualmente el servicio metropolitano entre Zaragoza y Villamayor, que forma parte de los servicios de transporte contenidos en el Lote 2, objeto de

la presente licitación y recurso, aportó a esta administración un estudio económico para la incorporación de un tercer autobús al servicio, requerido por condicionantes de la operación del servicio, indicando en el mismo un consumo de referencia de 43,64 litros a los 100 km. Este consumo solicitado contractualmente por la empresa recurrente no sólo es un 60% superior al ahora indicado en la pruebas de consumo, sino también es un 45% superior al admitido por la recurrente en la justificación de la baja e, incluso, un 8,3% superior al recogido en el proyecto de explotación.

Por tanto, resulta claro que la misma empresa aporta los datos de consumo en función de su conveniencia y siempre a su favor, por lo que, de modo alguno, los datos ahora aportados que corresponden a un vehículo distinto al ofertado aportan credibilidad alguna para sostener la afirmación de que los de los nuevos vehículos tendrán, incluso, consumos inferiores a éstos, sin aportar ninguna otra prueba que sostenga esta información más allá del ya evaluado test SORT.

Como último recurso, la recurrente afirma que la exigencia de justificar el consumo de combustible mediante pruebas in situ con los vehículos ofertados resulta inviable en tanto que no se dispone ni se puede disponer de ellos en este momento. De tal modo que no podemos hablar, bajo ninguna premisa, que estemos ante una exigencia (sic) "flagrantemente arbitraria, discriminatoria y desproporcionada", toda vez que se trata de una consideración del INFORME, totalmente razonada, ajustada, necesaria y en absoluta arbitraria, sobre la cual, y en aras a la brevedad, nos remitimos y damos por reproducido las estimaciones que a este respecto damos a lo largo de este escrito.

Pues bien, parece que la recurrente también olvida o quiere intencionadamente ocultar que la realización de pruebas con vehículos cedidos por los fabricantes para su testeo es una práctica habitual en el sector, que practican todas las empresas operadoras y también la propia recurrente. En particular, y por citar una en el seno del CTAZ y, nuevamente, en la línea entre Zaragoza y Villamayor operada por la empresa recurrente, entre el 1 de diciembre de 2020 y el 30 de

abril de 2021 se realizaron pruebas con un autobús aportado por el fabricante Scania para el testeo del uso del biometano como combustible sostenible para los servicios metropolitanos. De igual modo, es fácil encontrar noticias recientes de la propia empresa recurrente anunciado pruebas de diversos modelos de autobuses en diferentes puntos de la geografía española.

De hecho, resulta muy poco creíble pensar, a la vista de las prácticas habituales del sector, que la empresa licitadora no haya realizado exhaustivas pruebas del vehículo ofertado con carácter previo a su inclusión en la licitación en condiciones de operación similares a las previstas en el Lote 2, y que no disponga de datos reales de consumo que hubiera podido presentar, en su momento, para justificar las cifras de consumo indicadas en su justificación, en el caso de que éstas realmente sostuvieran tales consumos.

Constatándose, en definitiva, la ausencia de aportación de las mismas ni en el momento de justificación de la baja ni, tampoco, ahora, sólo resta redundar en lo válido de la conclusión alcanzada en el informe técnico de esta administración en aplicación de los criterios de evaluación aplicado de manera común al análisis de todas las bajas y detallados en el apartado

3.1.3 del informe, cuando en lo relativo a los consumos afirma que "no se admiten los consumos medios previstos por ésta, aceptándose sólo una reducción de del consumo medio hasta un máximo de un 10% con respecto a los previstos en los proyectos de explotación".

TERCERA. – DE LA AJUSTADA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA DE AUTOMÓVILES ZARAGOZA Y ALCALABUS POR SER ESTA ANORMAL, DESPROPORCIONADA Y NO CONFORME CON LOS PLIEGOS. CORRECTO USO DE LA DISCRECCIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN. <u>OTROS MOTIVOS DE RECURSO:</u> (I) VALOR RESIDUAL (II) COSTES TRIBUTARIOS (III) COSTES DE MANTENIMIENTO Y NEUMÁTICOS MEDIANTE UN CONTRATO SUSCRITO CON UN TERCERO (IV)GASTOS GENERALES (V) CRITERIOS ARBITRARIOS Y/O SOBREVENIDOS.

Siguiendo el orden establecido por la actora, y trayendo aquella del anterior motivo referido a la discrecionalidad técnica de la administración, la cual, en aras a la brevedad damos por reproducida y como parte de este, entramos a rebatir cada uno de los argumentos eminentemente técnicos que se contienen en este apartado del RECURSO.

(I) VALOR RESIDUAL QUE TENDRÁN LOS VEHÍCULOS ADSCRITOS A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

En primer lugar, conviene recordar que el apartado 6.4.2. del PCAP, establece claramente el contenido exigido mínimo de la justificación a aportar por parte de los licitadores incursos presuntamente en anormalidad de forma que:

"Para la justificación de la proposición realizada, cada licitador presentará su propio estudio económico- financiero del Contrato correspondiente, en el que, siguiendo el esquema del incluido en el correspondiente Proyecto de Explotación y según el modelo que se incluye en el Anexo IV de este Pliego de Condiciones, recoja expresamente tanto las hipótesis de demanda e ingresos que realice el licitador como las previsiones de todos los gastos en que incurra para la prestación del servicio definido en este Pliego de Condiciones y en el correspondiente Proyecto de Explotación, incluyendo los derivados de todos los compromisos asumidos en su oferta que tengan implicaciones económicas para la explotación del servicio.

Ese estudio económico-financiero se acompañará, para la justificación de la proposición realizada, de todo el resto de documentación justificativa de todas las hipótesis realizadas tanto en relación a la demanda y a los ingresos del servicio como a los gastos en que incurra para la prestación del servicio, tal y como se indica en el párrafo anterior, y justificando especialmente aquellas hipótesis que difieran de las realizadas por la Administración en el estudio económico-financiero del Proyecto de Explotación del Contrato correspondiente."

En este sentido, y con respecto al referido valor residual de los vehículos considerado para el cálculo de las amortizaciones de dichos activos, los proyectos de explotación previeron un valor residual de un 16% del coste de adquisición de los vehículos al finalizar el plazo del contrato (10 años), mientras que la recurrente consideró, en su escrito de justificación de su oferta, que:

"El coste de amortización de los vehículos se ha calculado aplicando el método lineal, siguiendo la metodología establecida en el Proyecto de explotación, con un período de amortización de 10 años y un valor residual del 25% sobre el precio de compra".

Es decir, la licitadora ahora recurrente en su escrito justificó, entre otros elementos, una variación de la hipótesis relativa al cálculo de los costes de amortización de los vehículos respecto al porcentaje del valor residual de los mismos a los 10 años, sin ninguna justificación en relación a por qué consideró ese valor y no el previsto en el proyecto de explotación.

En el escrito del recurso especial ahora presentado, la recurrente introduce algún nuevo matiz a la referida falta de justificación de su escrito de justificación, alegando en este momento que:

"Por un lado, debe ponerse de manifiesto que ni el PCAP ni el requerimiento de 18 de noviembre de 2022 preveían la obligación de que el valor residual de los vehículos al finalizar el Contrato se debiese justificar mediante certificados que acreditasen el precio de venta de vehículos equivalentes con 10 años de antigüedad.

Por el otro, exigir tales certificados resulta totalmente desproporcionado, toda vez que para ello la Agrupación debería haber vendido ya a terceros en el pasado vehículos equivalentes con 10 años de vida, lo que no ha podido hacer debido a que todavía no dispone ni ha dispuesto en su flota del modelo de autobús ofertado. Además, como es sabido, las condiciones del mercado de segunda

mano son cambiantes, sobre todo en relación con vehículos híbridos, por lo que los precios actuales no tienen por qué ser los precios de dentro de 10 años.

Sobre las cuestiones ahora alegadas por la recurrente, en primer lugar, conviene advertir de una primera contradicción en lo expuesto por ésta, ya que si no dispone de experiencias previas sobre las que justificar ningún valor residual, con base a qué corrige la previsión del proyecto de explotación para proponer, sin justificación alguna, el incremento del porcentaje del valor residual considerado a un 25%. Resulta sorprendente que por un lado, la recurrente asuma un porcentaje mayor admitiendo, por otro lado, que es incapaz de acreditarlo.

El informe técnico que evaluó la justificación aportada por la ahora recurrente consideró que para considerar aceptable un incremento del valor residual de los vehículos previsto en el proyecto de explotación (s.e.u.o):

"Con respecto al valor residual de los vehículos a los 10 años de vida (finalización del contrato), no se admite un incremento del porcentaje previsto en el Proyecto de explotación (16%) hasta el 25% previsto en la justificación aportada puesto que no se ha acreditado documentalmente por el licitador Mediante. certificados que acrediten tanto el precio de nueva adquisición como el precio de venta de vehículos equivalentes con 10 años de antigüedad, por lo que se considera un valor residual del 20%. Con todo ello, en conclusión, se recalculan los costes de amortización de los vehículos corrigiendo los precios y los valores residuales, obteniendo los siguientes resultados".

Es decir, de alguna forma lo único que dispuso ese informe es que una desviación de dicho parámetro debía de justificarse de alguna forma, como el resto de los elementos del estudio económico de los proyectos, puesto que, de otra forma, como pretende la recurrente, debería de admitirse cualquier incremento puesto que, por un lado, bastaría con que la mera referencia de la licitadora que no estuviera basado en ninguna documental más allá de su mero enunciado.

Por el contrario, el criterio de esta ADMINISTRACIÓN es que la licitadora sí podría haber justificado dicho porcentaje con base a documentos que así lo acreditaran, lo que no puede admitirse, bajo ningún prisma, es una ausencia total y absoluta de justificación como ha pretendido la recurrente.

(II) COSTES TRIBUTARIOS DE LOS VEHÍCULOS.

En este sentido, y con respecto a los costes fiscales de los vehículos ofertados, la recurrente consideró, en su escrito de justificación de su oferta, que:

"El coste fiscal de los vehículos se ha estimado en 400 euros por vehículo y año, cantidad que consideramos suficiente en función de nuestra experiencia en gestión de este tipo de flotas. Se adjunta justificante del coste del Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica, principal concepto incluido en esta partida, de los diferentes tipos de vehículos".

Es decir, la licitadora ahora recurrente en su escrito justificó, una estimación de los costes fiscales basada sólo en la justificación del Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica, lo que suponía una estimación parcial y por tanto incompleta, en tanto que se dejó la justificación documental de otros tales como la ITV, el IAE o las revisiones de los tacógrafos.

En el escrito del recurso especial ahora presentado, la recurrente reconoce que existen los costes puestos de manifiesto por el CTAZ en su informe técnico que evaluó la justificación aportada de valoración de la baja:

"De hecho, incluso asumiendo los demás costes tributarios que el propio Informe de 23 de enero de 2023 validó, se pone de manifiesto que en ningún caso puede aceptarse que el órgano de contratación impute un coste de 576,16 euros anuales de tributos por vehículo, sino que, a lo sumo, cabría imputar un importe de 416,86 euros, según se justifica a continuación"

Sobre las cuestiones ahora alegadas, lo más sorprendente es que la recurrente corrige y modifica su propia valoración de coste fiscal por vehículos

incrementándolo de los 400 euros propuestos inicialmente en su justificación de la baja, a 416,86 euros que admite ahora en el recurso especial.

No obstante, sigue sin aportar documentos justificativos de los costes fiscales que inicialmente no incluyó, por lo que en nada se modifica la valoración incluida en el informe técnico del CTAZ cuando concluía, como le da la razón la recurrente, "que los costes fiscales obligatorios de los vehículos no son exclusivamente los relativos al IVTM, si no que existen otros costes tales como la ITV, el IAE o las revisiones de los tacógrafos, entre otros cuyos costes la licitadora no ha acreditado adecuadamente", y que, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el en el apartado 3.1.2, en todo caso, ***no*** *pueden admitirse unos costes inferiores a los determinados en ese apartado para un vehículo cero o eco-1 de plazas superiores a 55, que ascienden a un total de 576,16 euros de coste promedio anual, y no los 400 euros justificados parciamente por la recurrente, y posteriormente corregidos a 416,86 euros sin aportar nuevos documentos acreditativos.*

(III) COSTES DE MANTENIMIENTO Y NEUMÁTICOS MEDIANTE UN CONTRATO SUSCRITO CON UN TERCERO.

Con respecto a los referidos costes, y con respecto a la consideración de los servicios técnicos de no admitir como justificación un contrato con una supuesta empresa independiente, que es el objeto fundamental de la controversia pretendida por la recurrente, ésta desarrolla su exposición de la siguiente forma:

"Como se puede observar, el Informe reconoce que la Agrupación ha justificado los costes de neumáticos y mantenimiento contemplados mediante un contrato suscrito con la empresa TALLERES LA CAMPIÑA, S.L. ("Talleres La Campiña"), proveedor que dispone de varios centros repartidos por toda la geografía española. En concreto, dicho Contrato fue suscrito en fecha 18 de mayo de 2022 en previsión de la posible adjudicación de los Lotes 1 y 2 de la licitación que nos ocupa, y en el mismo se pactaron unas tarifas de neumáticos y de mantenimiento que fueron las consideradas por Automóviles Zaragoza y Alcalabus en su EEF.

Frente a ello, el Informe de 23 de enero de 2023 tiene por no aportado el contrato con Talleres La Campiña en la medida en que supuestamente sería una empresa vinculada con el grupo Transmonbus, del que forma parte Automóviles Zaragoza.

(…)

Pero es que, además, contrariamente a lo que afirma el Informe de 23 de enero de 2023 de manera totalmente errónea, Talleres La Campiña sí es una empresa independiente, que no forma parte del grupo del que forma parte Automóviles Zaragoza, y cuya única vinculación con el mismo es que presta los servicios de mantenimiento de toda la flota del grupo.

En efecto, como Documento núm. 5, se aportan los siguientes documentos justificativos de lo anterior, que han sido facilitados por la empresa Talleres La Campiña a Automóviles Zaragoza y Alcalabus a raíz de lo expuesto en el Informe de 23 de enero de 2023, y que no fueron aportados en su momento debido a que el órgano de contratación no había establecido el criterio posteriormente introducido ex novo:

(…)

A partir de toda la documentación anterior, queda totalmente corroborado que Talleres La Campiña es una empresa totalmente independiente de Automóviles Zaragoza y del grupo empresarial al que esta última pertenece (Grupo Monbus), y que no se da ninguno de los supuestos para que pueda considerarse que ambas empresas formen parte de un mismo grupo de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio.

Además, debe hacerse constar que, según se indicó en la Declaración Responsable Única del sobre A de la oferta de la Agrupación, el domicilio social de Automóviles Zaragoza no está en Lugo sino en Zaragoza (Autovía de Logroño, km 2.400, Polígono El Portazgo, Naves 66 a 68, C.P. 5000). Y, en

cualquier caso, el domicilio de Talleres La Campiña en ningún caso puede ser razón suficiente para considerar que es una empresa que forme parte del Grupo Monbus.

Por todo ello, si el órgano de contratación hubiese requerido a Automóviles Zaragoza y Alcalabus para que justificasen si Talleres La Campiña era una empresa vinculada a su grupo empresarial, como debería haber hecho y no hizo, la Agrupación hubiese podido acreditar fehacientemente que la presunción del Informe de 23 de enero de 2023 era errónea y que, por tanto, debían admitirse los costes de neumáticos y mantenimiento considerados, sin reserva alguna..”

Pues bien, entrando a analizar las argumentaciones expuestas por la recurrente, los servicios técnicos expusieron en su informe, con respecto a las justificaciones admisibles con respecto a los costes de los neumáticos y los de mantenimiento y reparación de los vehículos, que se admitiría como justificación, en caso de rebajar los costes previstos en los proyectos de explotación, la aportación de contratos con empresas externas e independientes, puesto que si dichas declaraciones son emitidas por empresas vinculadas a la propia licitadora debía de entenderse que nos encontraríamos ante el mismo supuesto que esa declaración la hubiera expresado la propia licitadora y que, por tanto, no estaría acreditada adecuadamente dicha disminución del referido precio.

La recurrente intenta, por un lado, desacreditar que la referida empresa con la que ha firmado un contrato de externalización de los servicios de mantenimiento, reparación y de repuesto de neumáticos para los vehículos de la flota ofertada, sea una empresa con vinculación alguna con ninguna de las dos empresas integrantes de la agrupación licitadora y, por otro, recrimina a la Administración que, ante la duda que dicha circunstancia podría haber ocasionado a la mesa y los servicios técnicos, no practicó ningún requerimiento de aclaración como podría haber hecho.

Alega la recurrente que el domicilio coincidente de ambas empresas en ningún caso puede ser razón suficiente para considerar que es una empresa que forme

parte del Grupo Monbus. Por eso, resulta cuando menos sorprende que en el encabezado del propio supuesto contrato suscrito por las dos integrantes de la agrupación recurrente y la anterior empresa para los trabajos de mantenimiento y repuesto de los neumáticos de la flota ofertada, se puede observar como la dirección a efectos de notificaciones de la empresa Automóviles Zaragoza, S.A. que consta es exactamente la misma que figura en el DRU, es decir Calle Cotón de Arriba nº 2 de Lugo, mientras que el domicilio social de la empresa TALLERES LA CAMPIÑA en dicho documento es Polígono da Louzaneta s/n de Lugo, de forma que lo único que ha se ha pretendido es ocultar que en realidad ambas empresas tienen el mismo domicilio social, y que este no es otro que el en el que se encuentran el edificio del Grupo Monbus, así como las naves y la campa donde ubica parte de los vehículos de su flota, de forma que parece más que evidente que ambas empresas tienen una clara vinculación.

Más allá de los anteriores elementos, el propio documento aportado resulta cuanto menos sospechoso, puesto que se trata de un contrato firmado a mano únicamente en la última de las once hojas que consta, supuestamente por los representantes de la empresa arrendadora y un única firma de las arrendatarias conformantes de la agrupación, sin que consten siquiera los sellos de las empresas que suscriben el referido contrato, lo que ciertamente tiene visos de tratarse de un documento falso.

Pero es que los servicios técnicos y la propia mesa consideran, más allá que lógicamente no pueden demostrar que efectivamente existe, como pretende la recurrente, que la empresa arrendadora y el Grupo Monbus esté vinculada a los efectos de los previsto en el Código de Comercio, que es público y notorio que la empresa TALLERES LA CAMPIÑA está, directa o indirectamente, vinculada con el Grupo Monbus.

Sin querer ser exhaustivos, más allá de, por ejemplo, las noticias que en su momento fueron publicadas en prensa con respecto a la imputación del actual propietario del Grupo Monbus, con respecto al denominado Caso Cóndor, en el

que el Servicio de Vigilancia Aduanera consideró probada la vinculación de TALLERES LA CAMPIÑA con el Grupo Monbus, o, por ejemplo, la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJ CAT 10119/2021), relativa a una impugnación de la empresa TALLERES LA CAMPIÑA por habérsele negado una autorización como centro técnico de tacógrafos, en la que consta que se acreditó que una apoderada de la empresa TALLERES LA CAMPIÑA constaba también como de varias empresas de transportes, entre ellas MONFOBUS, y como trabajadora de otras varias, entre ellas MONBUS.

Incluso, y aunque resulte otro mero indicio, basta con observar algunos perfiles profesionales de técnicos de la empresa TALLERES LA CAMPIÑA publicados en la red LinkedIn, en los que consta explícitamente que dicha empresa pertenece al Grupo Monbus.

Ante todos los hechos e indicios expuestos, los servicios técnicos consideraron que no tuvieron dudas sobre la vinculación de dicha empresa con el Grupo Monbus, por lo que no consideró necesaria ninguna aclaración, como alega la recurrente y que en todo caso se entiende que es potestativa de la Administración, ni admitió como documento acreditativo el referido contrato de arrendamiento aportado por los motivos ya expuestos.

La recurrente prosigue en su recurso exponiendo que,

"Por último, en relación con los costes de mantenimiento en específico, el Informe de 23 de enero de 2023 considera que tales costes son excepcionalmente bajos y están fuera de los costes de mercado, y ello en la medida en que "se estarían considerando unos costes medios de mantenimiento durante el total de la vida del contrato (10 años) como si los vehículos estuvieran en garantía durante dicho plazo.

Pues bien, a este respecto, debemos poner de manifiesto que los costes que los licitadores debían justificar se referían a los costes del primer año del servicio, y no al coste medio previsto para la totalidad de la vida del contrato."

La recurrente se aferra de forma torticera a que los costes ofertados, y los que por tanto debían de justificar, eran los correspondientes al primer año de explotación del servicio y que, por tanto, puesto que los vehículos al ser nuevos estarían en garantía lo procedente era incluir el precio previsto en el contrato aportado en este supuesto, cuyo precio lógicamente es mucho menor que si dichos vehículos no estuvieran en garantía.

Lo que los servicios técnicos y la mesa no han aceptado, más allá de la inadmisión del propio contrato como documento justificativo del precio, es que, si la licitadora conoce de antemano que los costes de mantenimiento de los vehículos serán variables durante la vida del contrato, de forma que, como lógica consecuencia de uso prolongado de los mismos y de la pérdida de la garantía del fabricante, estos costes aumentarán durante la vida del contrato, de forma que incluso ha expresado que prácticamente el precio sería muy superior cuando los vehículos no estén en garantía, y, por otro lado, puesto que como lógicamente la licitadora es consciente de que el precio ofertado, aunque se refiera al primer año de explotación, y que será el que determinará el cálculo de los pagos de la Administración que prevén los pliegos del contrato, no se verá incrementado por esta circunstancia durante el plazo de la concesión, más allá de las revisiones periódicas de precio que de ningún modo recogen esta circunstancia, sino mediante índices de las variaciones medias de los precios de mantenimiento y reparación de los vehículos, no se considera adecuado ni desde una perspectiva técnica ni económica que se oferte el precio inicial siendo plenamente consciente de que dicho precio no podrá satisfacer en el futuro los mayores gastos que deberá soportar el operador, por lo que lo adecuado hubiera sido que se hubiera incluido el precio anual medio de dicho concepto.

En este sentido, el propio informe de los servicios técnicos expuso que,

"más allá de dicha incoherencia, se considera que los costes adoptados para el mantenimiento de los vehículos son costes excepcionalmente bajos y fuera de los costes habituales de mercado".

Por último, y más allá de todo lo expuesto anteriormente, también ha sido considerado por esta Administración para fundamentar lo anterior que difícilmente puede tenerse en consideración un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa situada en la otra punta del país como un ahorro de costes sin que se haya desarrollado una lógica de implementación; esto es, o bien la apertura de sucursal de Talleres La Campiña S.L. al menos en la misma comunidad autónoma (por cercanía) donde deberá cumplir con la prestación. En ambos casos, un nuevo establecimiento o una prestación de servicios en sus actuales instalaciones en Lugo, se considera que la justificación económica que pretende la recurrente es de muy dudosa veracidad.

En definitiva, el conflicto no es la credibilidad o no del contrato aportado, sino la inclusión de unos costes de mantenimiento excepcionalmente bajos que sólo se sostienen con base en una aportación documental que, a juicio de la mesa de contratación, no aporta justificación suficiente y profusa, proporcional al nivel de baja pretendida.

Refuerza esta percepción, el ya mencionado anteriormente estudio económico aportado al CTAZ con fecha 16 de enero de 2023, por la misma empresa recurrente en el servicio metropolitano entre Zaragoza y Villamayor, que forma parte de los servicios de transporte contenidos en el Lote 2, objeto de la presente licitación y recurso, para la incorporación de un tercer autobús al servicio, requerido por condicionantes de la operación del servicio. Pues bien, dicho estudio económico contempla unos costes de mantenimiento de 0,2562 €/km frente a los 0,088 €/km consignados en el informe de justificación de la baja temeraria. Por tanto, una reducción respecto al coste actualmente admitido de manera contractual con esta misma empresa por el CTAZ de un 65,7%, lo que, dada la importancia que esta partida tiene para la adecuada prestación futura del contrato y su viabilidad económica, requeriría por parte de la empresa licitadora y ahora recurrente una muy exhaustiva justificación y no una con las dudas formales, anomalías y carencias detalladas y justificadas anteriormente.

(IV) EL IMPORTE DE GASTOS GENERALES.

La recurrente expone con respecto a los gastos generales aceptados en el informe de los servicios técnicos que motivó la exclusión de su oferta que, de nuevo, las bases generales de dicho informe introducen un criterio "sobrevenido, arbitrario, desproporcionado e irrazonable", relativo al porcentaje mínimo sobre los costes de explotación directa que debe considerarse para el cálculo de los gastos generales ante una ausencia o falta de justificación de dichos gastos cuando se reduzca por parte de la licitadora el anterior porcentaje previsto en los proyectos de explotación.

La recurrente intenta justificar que en su escrito expuso una justificación suficiente en relación a dichos gastos y que la decisión adoptada por los servicios técnicos y la mesa de contratación es arbitraria e incluso contraria a lo establecido en los pliegos, exponiendo en su argumentación,

"(i) En primer lugar, ha quedado acreditado que la Agrupación justificó debidamente los motivos por los cuales había considerado un 8% de gastos generales respecto al resto de los gastos de la concesión, a saber: que la ratio promedio de gastos generales del grupo de empresas al que pertenecen Automóviles Zaragoza y Alcalabus es de un 5%, debido principalmente a que los servicios de gestión, administración, informática y comunicación serán prestados por una empresa que presta tales servicios para todo el grupo (más de 1.200 autocares), por lo que se generan economías de escala y se consigue optimizar y reducir los gastos generales de las empresas del grupo. Con todo, para este Lote en concreto, la Agrupación aumentó el porcentaje al 8% debido a los conceptos adicionales de la oferta realizada, por lo que se trata de una estimación prudente, razonable y razonada.

(ii) En segundo lugar, la necesidad de desglosar y justificar los componentes de los gastos generales es desproporcionada e irrazonable. En efecto, el propio

Proyecto de explotación elaborado por el órgano de contratación justificaba los gastos generales considerados sobre la base de una estimación del porcentaje sobre los demás gastos, pero sin desglosar el importe de sus distintos componentes. En concreto, se justificaba el importe de esta manera: "Se estima un gasto por este concepto equivalente al 12,5% de los costes mencionados anteriormente (de vehículos, kilométricos, de personal de conducción, y control de calidad)" (página 36 del Proyecto de explotación).

Frente a ello, el Informe de 23 de enero de 2023, en su apartado 3.1.5, establece el siguiente criterio sobrevenido: "Solo se admitirán reducciones en la partida relativa a los gastos generales cuando el licitador presente una justificación completa de los costes imputados al conjunto del servicio, tales como, alquileres o amortización de oficinas, cocheras y taller, personal no conductor, estructura precisa para atender los servicios a la demanda, servicios profesionales (asesoría fiscal, jurídica, riesgos laborables …) publicidad, material de oficina, suministros (agua, electricidad, telecomunicaciones …), sistemas informáticos, seguros e impuesto de la actividad." En defecto de tal justificación, el Informe de 23 de enero de 2023 establece un porcentaje mínimo admisible de gastos generales, que cifra en un 9% del resto de los gastos.

Pues bien, si el órgano de contratación exigía que los licitadores desglosasen los distintos componentes de los gastos generales, así debería haberlo previsto en el PCAP y en el requerimiento de 18 de noviembre de 2022, lo que sin embargo no hizo, por lo que resulta totalmente improcedente rechazar la justificación de Automóviles Zaragoza y Alcalabus sobre la base de un criterio sobrevenido.

Por otra parte, el criterio empleado por el órgano de contratación es además arbitrario e irrazonable, toda vez que exige al licitador aportar un grado de desglose y justificación que ni siquiera el órgano de contratación llevó a cabo en el Proyecto de explotación de la concesión, y que obligaría a un esfuerzo acreditativo totalmente desproporcionado, dado que la partida de gastos generales, como es sabido, comprende una pluralidad de costes.

(iii) Y, en tercer y último lugar, el criterio según el cual no se admitirán gastos generales por debajo en concreto del 9% del resto de los gastos operativos es nuevamente un criterio sobrevenido que no puede admitirse, toda vez que ni los Pliegos ni el Proyecto de explotación contenían ninguna previsión en ese sentido.

En este sentido, dada la ínfima diferencia entre el porcentaje de gastos generales justificado por Automóviles Zaragoza y Alcalabus (9%) y el aceptado por el Informe de 23 de enero de 2023 (8%), se pone de manifiesto con mayor intensidad la arbitrariedad de rechazar el porcentaje considerado por la Agrupación. ¿En qué motivos concretos se basa el órgano de contratación para rechazar dicho porcentaje cuando este difiere en tan solo un 1 punto porcentual del porcentaje que se considera aceptable? En ninguno. El Informe de 23 de enero de 2023 fundamenta su justificación del porcentaje de gastos generales precisamente en el volumen de gastos de la concesión, aplicando una progresión lineal según la cual, a mayores gastos de explotación, menor porcentaje de gastos generales. Y este es precisamente el mismo criterio por el que la Agrupación justificó el porcentaje de gastos generales considerado: que forma parte de un grupo con más de 1.200 autobuses que le permite asumir las economías de escala que justifican un porcentaje inferior, con el añadido de que, como el órgano de contratación conoce, el grupo también presta y va continuar prestando servicios en concesiones del ámbito territorial de Aragón.".

Pues bien, entrando a analizar las motivaciones expuestas por la recurrente debemos expresar nuestra total oposición a la totalidad de las afirmaciones que realiza, por los motivos que exponemos a continuación.

En primer lugar, de nuevo debemos de incidir en que el informe de los servicios técnicos no limita ninguna reducción de los costes relativos a los gastos generales del servicio, como pretende hacer ver la recurrente de forma torticera al incluir parcialmente lo previsto en el informe de los servicios técnicos, de forma que,

"Solo se admitirán reducciones en la partida relativa a los gastos generales cuando el licitador presente una justificación completa de los costes imputados al conjunto del servicio, tales como, alquileres o amortización de oficinas, cocheras y taller, personal no conductor, estructura precisa para atender los servicios a la demanda, servicios profesionales (asesoría fiscal, jurídica, riesgos laborables …) publicidad, material de oficina, suministros (agua, electricidad, telecomunicaciones …), sistemas informáticos, seguros e impuesto de la actividad.

En cualquier caso, la justificación deberá incluir la totalidad de los costes de aquella parte del servicio no relativa a los trabajos de conducción y mantenimiento de la flota pero que hayan sido ofertados por el licitador, tales como servicios de atención al cliente, servicios y campañas de promoción del servicio, servicios relativos al plan de información ofertado (mantenimiento de puntos de parada, instalación de pantallas informativas, máquinas de autoventa u otros similares …) o cualquier otro servicio no incluido en el resto de la estructura de costes."

Es decir, la previsión es que podría llegarse a aceptar cualquier disminución de dichos costes, pero, en cualquier caso, como en el resto de elementos de la estructura de costes, dicha rebaja debía de estar debidamente justificada, más aún cuando, como en este caso, la licitadora ahora recurrente, ha ofertado una serie de mejoras cuyo coste se debe de incluir en dicho concepto de gastos generales o resto de costes del servicio. Si dicha justificación no se aportara, el informe de los servicios técnicos admitía, aun sin justificación alguna, una rebaja máxima de dichos costes, pero condicionada al tamaño del contrato, de forma que a mayor tamaño mayores eran las rebajas aceptadas en ese caso, por el hecho, que comparte la propia recurrente, de que existen economías de escala que devienen en que determinados gastos de estructura se pueden diluir en un contrato con mayor volumen y, por tanto, mayores costes de explotación del servicio.

Pues bien, la recurrente tanto en su escrito de justificación como en el presente recurso no ha desarrollado dicha desagregación, sino que únicamente ha realizado una declaración genérica de que, "Para establecer este coste hemos partido de la ratio medio que para este tipo de gastos tienen las empresas licitadoras, que cuentan con importantes sinergias especialmente en lo relativo a gestión, administración y comercialización.

La sociedad que prestará los servicios de gestión, administración, informática y comunicación, es Monfobus S.L., sociedad cuyo objeto social principal es la prestación de servicios de asesoría fiscal, tributaria, laboral y de empresas. La citada sociedad cuenta con un equipo formado por contables, abogados, informáticos, marketing, community managers, call center, etc. que dan servicio a más de 1.200 vehículos y más de 2.000 empleados.

Debido a lo comentado anteriormente, se consigue optimizar los gastos generales, no superando, de media, el 5% sobre los costes directos de explotación.

Toda vez que se incluyen otros conceptos adicionales derivados de la oferta realizada, incrementamos el porcentaje hasta el 8% sobre el resto de los gastos."

Es decir, únicamente expone que por el tamaño de las empresas que operaran el servicio es causa suficiente para asegurar que el porcentaje de los gastos generales será del 5% sobre el resto de costes directos de explotación del servicio y que, de otros conceptos derivados de las mejoras ofertadas, que no enumera ni describe su coste previsto ni su incidencia en el porcentaje definitivamente ofertado, concluye que el porcentaje no superará el 8%.

Los servicios técnicos no consideraron suficiente y adecuada dicha justificación, de forma que sobre este concepto se aplicó un porcentaje máximo de un 9%, que ya representa un descuento de un 28% sobre el porcentaje previsto en el Proyecto de explotación (12,5%).

El informe enumera, además, los diversos elementos propuestos como mejora, que la licitadora obvia y asigna a una cuantía económica injustificada, cuando le correspondía determinar todas las garantías de viabilidad de la oferta presentada:

- *Campañas de promoción periódicas y puntuales según plan ofertado que incluye, entre otras muchas acciones, difusión en los medios de comunicación locales y regionales que incluye Aragón TV, Heraldo de Aragón, El Periódico de Aragón, Diario de Zaragoza, Aragón Radio, entre otros medios.*

- *Punto de atención presencial en el entorno del intercambiador principal, con horario presencial de de lunes a viernes laborables de 9:30 a 14:00h y de 17:00 a 20:00h (superior a las 4 horas previstas en pliegos).*

- *Control del fraude mediante 1 inspector de Licitadora con una dedición del 25 % de su trabajo a estas funciones, con compromiso de cubrir el 2% de las expediciones incluidas en el Proyecto de Explotación.*

Pero es que, por más que se quiera fundamentar toda la argumentación en las potenciales economías de escala, esgrimidas sin justificación alguna, lo cierto es que existen diversos costes que no podrán más que imputarse al concreto servicio público y no a otras líneas de actividad de la empresa, tales como el mantenimiento de los puntos de parada y marquesinas, el coste de las campañas de promoción ofertadas del servicio público de transporte u otras semejantes, las funciones de inspección ofertadas, etc. como la propia recurrente reconoce en el escrito de su recurso.

Por todo ello, debemos concluir que, ni los criterios previstos en el informe técnico suponen ninguna alteración de lo previsto en los pliegos de licitación, si no únicamente prevén una base para la evaluación de los elementos introducidos en los distintos informes de justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad para, precisamente, fijar que dichos criterios serán de aplicación

en la misma medida a todas las justificaciones aportadas por distintas licitadoras en aras de defender la igualdad de trato a los licitadores, pero que ni existe una obligación legal a disponer de dichos criterios de admisibilidad de los elementos introducidos en las justificaciones aportadas ex ante en los pliegos, ni esto genera ningún tipo de indefensión a los licitadores.

Plantea dudas la recurrente sobre los términos en los que esta Administración se basa para establecer el porcentaje máximo admitido de gastos generales. Vaya por delante que este debiera ser no otro que el recogido en los propios proyectos de explotación establecido como ya se ha indicado, en el 12,5%. La rebaja máxima admitida no es más que la consideración de una holgura de seguridad dentro de la discrecionalidad técnica que esta Administración ostenta. Pero ante la insistencia de la recurrente, resulta adecuado traer nuevamente a colación el ya mencionado anteriormente estudio económico aportado al CTAZ con fecha 16 de enero de 2023, por la misma empresa recurrente en el servicio metropolitano entre Zaragoza y Villamayor, que forma parte de los servicios de transporte contenidos en el Lote 2, objeto de la presente licitación y recurso, para la incorporación de un tercer autobús al servicio, requerido por condicionantes de la operación del servicio. Pues bien, dicho estudio económico para un servicio de la misma empresa, por tanto con sus mismas economías de escala alegadas, pero en el que los costes generales son, incluso, claramente inferiores a los aquí previstos al no contemplar ninguna de las mejoras señaladas ni gastos de atención, inspección etc. como los inlcuidos en el servicio en licitación, establece el porcentaje de los gastos generales en el 10%, superior, por tanto, al 9% aplicado como mínimo admitido con base en los criterios ya justificados y comunes para todas las empresas licitadoras en situación de baja temeraria.

Tampoco la decisión adoptada por los servicios técnicos y la mesa de contratación puede calificarse de arbitraria puesto que, precisamente, se ha motivado de forma reforzada la no aceptación de la justificación aportada por la licitadora, ahora recurrente, al no haberse aportado una justificación completa de dichos costes que ha rebajado, máxime cuando en dichos costes deben de

incluirse los elementos y mejoras ofertadas, considerando, a pesar de ello, que se ha admitido una rebaja de un 28% sobre el coste previsto en los proyectos, criterio que, a pesar de resultar más favorable para la recurrente, no ha bastado para concluir que la oferta es viable en los términos en los que la ha planteado.

CUARTA. - DE LA AJUSTADA EXCLUSIÓN DE AUTOMÓVILES ZARAGOZA S.A Y ALCALABUS, POR MANIFIESTAMENTE TEMERARIA E IRREALIZABLE AL TENER UN MARGEN DE EXPLOTACIÓN NEGATIVO: -1,81%.

Se viene a alegar por parte de la recurrente que no se puede acoger el criterio particular del órgano de contratación del CTAZ, ya que a su juicio debería sería admisible y no considerarse como temeraria aquella oferta que reflejase márgenes negativos, en este caso del -1,81% y apoya su razonamiento extractando varias resoluciones de diversos Tribunales de Contratación, así como entiende que, en cualquier caso, lo exigido por el órgano de contratación supone un desglose o acreditación exhaustiva de la totalidad de componentes de su oferta algo que, a su estimación, no está permitido.

Debemos oponernos a las consideraciones dada por la recurrente, en tanto en cuanto estimamos que las mismas son incogibles para este supuesto de hecho.

La actora obvia clamorosamente dos aspectos que se estiman esenciales, a saber.

En primer lugar, en ningún momento del recurso ha realizado un esfuerzo o, si se quiere, no ha provisto de argumentos que permitan, al órgano de contratación del CTAZ, llegar a la convicción de que aquella puede llevar a cabo la prestación. De tal modo que no ha superado la crítica a la anormalidad de la oferta que le fue debidamente motivada por el órgano de contratación plasmada en el guarismo del -1,81%.

La recurrente, sin embargo, se limita a enunciar que por la ADMINISTRACIÓN se ha producido una automatismo, quod non, en la exclusión de la proposición. Es decir, la recurrente no ha justificado debidamente, tampoco en esta fase de recurso, la posibilidad de llevar a cabo el contrato incluso a pérdidas, por mucho que estás representen "tan sólo un 1,81% de margen negativo". Pues no es menos cierto que, según tiene por sentada la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación, que por su reiteración huelga reproducir, las justificaciones y argumentos a desplegar por la licitadora deben ser de mayor calado cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Y todo sea dicho, no se alcanza a ver mayor alejamiento y necesidad de justificación de una proposición por parte de un licitador cuando su oferta se realiza "a pérdidas". Pues no es atendible, sin mayor argumento, que operar con pérdidas sea lo habitual o lo normal. Desde luego escapa a la más mínima de las lógicas contractuales en una economía de mercado y rompe cualquier onerosidad que es uno de los rasgos caracterizadores de los contratos públicos (El artículo 2.5 de la Directiva 2014/24/U) y los transforma sin solución de continuidad en negocios gratuitos.

En segundo lugar, lo aquí operado ha sido una valoración global y motivada de la oferta que ha sido presentada por la agrupación licitadora, y no sólo a un mero dato desagregado, tomado sin conexión con el resto de los antecedentes que obran tanto en el propio INFORME como en el resto de documentación plasmada en el expediente administrativo. Es decir, no es solamente el dato del -1,81% el que lleva a la convicción del órgano de contratación que la prestación no puede ser llevada a cabo por la agrupación conforme a la contenido de los pliegos y resto de normativa que resultase aplicable, si no la conjunción y concatenación de una serie de circunstancias, análisis y justificaciones administrativas, jurídicas y técnicas, que confluyen, como no puede ser de otra manera, en esa magnitud numérica, pero sin las cuales no puede ser entendida ésta última. Estando, a su vez, como decimos todas y cada una de las anteriores debidamente motivadas y explicadas en los antecedentes administrativos que sustentan el acuerdo de la Comisión Ejecutiva del CTAZ del 1 de marzo de 2023.

La actora confunde, en tanto que a su interés sólo es estimable tal confusión, la carga procedimental que tiene que superar para proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que el contrato se puede ejecutar por ella y de acuerdo con los pliegos, con el ejercicio de una justificación exhaustiva de la oferta. Pues, en un contrato dónde la prestación ya se está apuntado por esta ADMINISTRACIÓN va a ser "a pérdidas" del - 1,81%, mayor necesidad de explicación y justificación se precisa obtener. No tiene que ser una justificación exasperante, justificando todos y cada uno de los aspectos de la oferta, empero, acertada por resultar convincente para el órgano de contratación. Aspecto este que, como insistimos no se ha dado por la agrupación licitante.

No se ha de perder, en ningún momento de vista que la finalidad del control de las bajas anormales es garantizar que el servicio se pueda ejecutar en las condiciones del pliego, y de la oferta presentada y que dicha valoración entra dentro de las facultades del órgano de contratación, quien goza de discrecionalidad para determinar si se halla debidamente justificada la oferta presentada.

Así lo expresa con claridad, la más reciente (en comparación con las traídas al respeto por la recurrente) RESOLUCIÓN N.º 929/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 26 de agosto de 2020, en la que, efectivamente, se admite la posibilidad de que, en determinados supuestos, incluso, se puede estimar la admisión de ofertas "a pérdidas". Ahora bien, lo que se hace necesario es que cuando una oferta, que presuntamente esté incursa en temeridad o anormalidad, se abra un procedimiento contradictorio que habilite al proponente un proceso de motivación adicional de su oferta que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que la prestación se puede realizar. Siendo tales justificaciones más profundas cuanto mayor sea la desproporción de la oferta y quedando su valoración posterior dentro del margen de discrecionalidad técnica de que disfruta el órgano de contratación en estos supuestos.

Es por ello por lo que entendemos que, al igual que sucede con el resto de los pronunciamientos que han sido expuestos, no procede estimar este argumento del recurso interpuesto por la actora y sí reforzar la muy justificada conclusión alcanzada de que las justificaciones realizadas por el licitador no son suficientes para determinar la viabilidad de la concesión según su oferta, dado que la documentación aportada no permite justificar suficientemente la viabilidad de su completa y adecuada operación en estas condiciones.»

Por otro lado, en el seno del procedimiento han presentado alegaciones la mercantil "EXCAVACIONES GRASA S. L. – FIRMEZA SOLUTIONS S.L." y "INFRAESTRUCTURAS VIALES S.A." oponiéndose a la estimación del recurso en base a los argumentos que se dan por reproducidos.

Expuestos los términos del debate, se aprecia que versa sobre la conformidad a Derecho de la decisión del órgano de contratación realtiva a la falta de viabilidad de la oferta de la recurrente, incursa en presunción de anormalidad y su exclusión del lote en cuestión.

Es en el artículo 149 de la LCSP, bajo el título de «*ofertas anormalmente bajas*», donde se establece el régimen aplicable en estos casos, al que nos remitimos.

Respecto a esta cuestión, resulta interesante la Resolución 203/2018, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, –cuyo parecer comparte este Tribunal administrativo– y en la que afirma que:

«*Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.*

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: "Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla. La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones".

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación "considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior" estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una

oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad».

Pues bien, las cuestiones que expone la recurrente en el recurso para defender la viabilidad de su oferta, son cuestiones meramente técnicas, frente a lo cual, este Tribunal administrativo carece de los conocimientos necesarios tanto para sustituir el juicio técnico llevado a cabo en el procedimiento, ulteriormente asumido por la Mesa de contratación como para pronunciarse sobre dichas cuestiones técnicas opuestas frente a las valoraciones realizadas en dicho informe. Las facultades revisoras de este Tribunal administrativo están vinculadas esencialmente al plano jurídico y no al de la realidad fáctica, siempre y cuando no se trate de un error material tal y como se viene reiterando (por todos, cabe citar el Acuerdo 128/2018). Y en el presente caso, no se pone de manfiesto la existencia de ningún error material, sino que lo que se evidencia es la discrepancia en cuanto a la metodología y a los párametros utilizados para la valoración de la viabilidad de la oferta, discrepancia que, insistimos, no puede ser resuelta en el seno de este recurso.

Cabe traer a colación la Resolución 1181/2019, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que –con cita de otras anteriores– se afirma que: «(…) *la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal.*

Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones."

Continúa la Resolución 786/2014 declarando que "para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable..." "Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador"».

Por ello el presente caso debe resolverse por tanto, a la luz de la doctrina de la discrecionalidad técnica, que aquí se ve fortalecida con los argumentos recogidos en el extenso informe del órgano de contratación al recurso y en el informe técnico de valoración que la recurrente no logra desvirtuar, en el que se exponen el conjunto de motivos por los que se concluye que la oferta es inviable, de manera que procede el rechazo del recurso, al no haber atendido la actora la carga de la prueba que sobre ella pesa, haber comprobado que se ha respetado el procedimiento legalmente establecido, no observar irregularidades durante el mismo y considerar que la resolución impugnada está motivada, al explicar suficientemente la causa de exclusión de la recurrente tras exponer los hitos del procedimiento legal seguido, con mención a los informes técnicos emitidos.

Y tampoco cabe admitir el argumento esgrimido por la actora de que se ha pretendido exigir por parte del órgano de contratación documentación que no está prevista en el PCAP, pues éste prevé en la cláusula 6.4.2. que «*(e)se estudio económico-financiero se acompañará, para la justificación de la proposición realizada, de todo el resto de documentación justificativa de todas las hipótesis realizadas tanto en relación a la demanda y a los ingresos del servicio como a los gastos en que incurra para la prestación del servicio, tal y como se indica en el párrafo anterior, y justificando especialmente aquellas hipótesis que difieran de las realizadas por la Administración en el estudio económico-financiero del Proyecto de Explotación del Contrato correspondiente*» por lo que no sólo debía aportarse dicho estudio, sino también toda la documentación acreditativa que sea pertinente para acreditar cuanto se alega.

Por todo ello, procede desestimar el recurso intepuesto.

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.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil "AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.", frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular metropolitano permanente de viajeros, de uso general, por carretera del área de Zaragoza, Lote 2», promovido por el Consorcio de Transportes del Área de Zaragoza.

SEGUNDO.- 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.