

SECRETARIA

Exp: 1700 / 2016
eDoc: 709 /2018

SEBASTIÀ GRAU ÀVILA, Llicenciat en Dret, secretari general accidental de l'Àrea Metropolitana de Barcelona,

CERTIFICO:

Que segons consta a l'acta corresponent, el Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, previ informe favorable de la Comissió Informativa de data 24/05/2018, ha adoptat en sessió de data 29/05/2018, l'acord següent:

En data d'11 de maig de 2018 s'ha presentat escrit per part de l'empresa Serveis Generals de Mobilitat i Transport (en endavant SGMT), actual concessionària del servei públic de transport col·lectiu urbà de viatgers en autobús entre Barcelona i l'Aeroport del Prat de Llobregat (en endavant Aerobús).

A grans trets, l'esmentada empresa sol·licita que es substanciï el recurs especial en matèria de contractació, interposat l'11 de desembre de 2017, – recurs inadmissiu per falta de competència mitjançant resolució núm.76/2018 de 26 d'abril de 2018 del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic - com un recurs potestatiu de reposició, ja que entén que l'error de la qualificació i formulació del recurs com a especial no és obstacle per a la seva tramitació. Així mateix, l'empresa sol·licita l'adopció de la mesura provisional consistent en la suspensió del procediment de licitació del contracte i, particularment, del termini de presentació d'ofertes.

Així doncs, i un cop examinat l'esmentat escrit, no pot admetre's cap dels arguments en ell esgrimits i motiu pel qual, és procedent la desestimació íntegra del recurs de reposició que es basa en els mateixos motius d'impugnació que es van formular en el recurs especial de contractació d'11 de desembre de 2018.

La desestimació del present recurs es fonamenta en els arguments que es van defensar per aquesta Administració davant del Tribunal de Contractes del Sector Públic en fase d'al·legacions. Així mateix, aquests motius són els que justifiquen la denegació de les mesures suspensives sol·licitades pel recurrent. Tals arguments es transcriuen literalment a continuació i són els que consten en l'Informe de 19 de desembre de 2017 relatiu a la mesura cautelar de suspensió del procediment i del recurs presentat per SGMGT:

"Antecedents"

El Consell Metropolità en sessió celebrada el dia 14 de Novembre de 2017 va aprovar els plecs i convocatòria de licitació de la concessió de l'Aerobús.

Pel tipus de contracte la convocatòria de la licitació es va fer pública al DOUE, BOE, BOP i al perfil de contractant de conformitat al que estableix l'article 142 del TRLCSP.



Així mateix en aplicació del Reglament CE 1370/2007 amb antelació prèvia de més d'un any a la convocatòria de la licitació s'havia publicat el corresponent anunci previ.

Dintre del termini que estableix l'article 44.2 TRLCSP l'empresa SGMT, actual concessionària del servei objecte de nova licitació, presenta recurs especial en matèria de contractació contra els plecs aprovats per regir la nova licitació i la convocatòria de la mateixa.

La licitació ha suscitat interès per varies empreses i aquestes han plantejat els seus dubtes els quals han estat atesos i s'han fet públics al perfil de contractant de l'AMB perquè totes les empreses interessades siguin coneixedores de tots els aclariments que s'han donat [...] sense que s'hagi rebut cap impugnació més que la realitzada per l'empresa SGMT, actual concessionària.

Tots aquests fets relatats poden comprovar-se a la documentació [...] que forma part de l'expedient de contractació.

A la vista de l'escrit de recurs i com a complement de tot l'exposat anteriorment des de l'Ara Metropolitana de Barcelona s'emet el següent informe com a resposta a les al·legacions plantejades:

Primer.- Els requeriments mínims previstos en el PCT no poden configurar-se com elements objecte de valoració.

En aquest argument cal diferenciar dos conceptes. D'una banda, els requisits mínims previstos en els plecs que cal que els licitadors compleixin, ja que es configuren com a requisits mínims d'execució, i d'altre, aquelles millores que els licitadors poden presentar i que seran objecte de valoració per part de l'òrgan de contractació.

Les obligacions establertes com a requisits mínims són les especificades a la clàusula 5.2.3 del PCT:

- 1) Respectar les freqüències mínimes exigides en el present Plec.*
- 2) Garantir que tots els viatgers que accedeixin al servei a les terminals viatgin asseguts, que és un requeriment explícit d'aquest Plec, excepte situacions puntuals en les que l'AMB autoritzi el contrari per minimitzar les esperes de viatgers (vaga de taxi, vaga de metro, etc.).*
- 3) Limitar les cues de viatgers a les parades a un màxim raonable de persones esperant. S'estableix com a màxim raonable de persones esperant, un nombre de seixanta-cinc (65) persones, aspecte que serà objecte del Pla d'Inspecció i Control del Servei que es desenvolupa a la clàusula 15.*

Els aspectes objecte d'avaluació mitjançant criteri són aquells aspectes operatius que permetin millorar els requisits mínims, i concretament:



- Operatives que ofereixin freqüències més elevades que les mínimes exigides a l'apartat 5.2.4 del PCT
- Operatives que facin extensiva l'obligació de que els viatgers que accedeixin al servei a les terminals (Barcelona-Plaza Catalunya y l'Aeroport del Prat) viatgin asseguts als viatgers que accedeixin al servei a les parades no terminals.
- Operatives que permetin limitar les cues de viatgers a valors inferiors al requisit mínim de 65 persones.

De tot l'anterior i de la lectura dels plecs en cap cas es desprèn que la mesa valorarà allò que sigui obligatori i en conseqüència no s'aprecia que existeixi cap vulneració que pugui ser objecte de recurs per incompliment del TRLCSP.

Segon.- L'òrgan de contractació ha vulnerat els principis d'igualtat i no discriminació i el principi de transparència, atès que la documentació contractual posada a disposició dels licitadors no conté tota la informació necessària que ha de proporcionar-se als licitadors per a poder preparar la seva oferta.

En primer lloc, cal tenir present que l'empresa recurrent és l'actual operadora del servei, en conseqüència ningú millor per conèixer les dades de primera ma. Dit això, posar de manifest que l'Administració no pot facilitar directament als licitadors informació que hagi rebut per part de l'actual adjudicatària sense prèviament haver portat a terme una validació de la mateixa. Un element central del procés de validació és l'execució d'auditories de bitlletatge que es fan amb caràcter anual i, per tant, encara no ha estat realitzada, veient-se l'òrgan de contractació impossibilitat de proporcionar-la actualment i en el moment de publicar la licitació.

A més a més, es considera que la falta d'informació en relació a l'any 2017 en cap cas dificulta de forma desmesurada l'elaboració de les ofertes, ja que el fet de que no hagi finalitzat l'any s'ha d'entendre com una raó de pes que impedeix oferir aquesta informació. A més a més, aquesta informació no s'ha proporcionat a cap possible licitador (en atenció a la falta d'auditoria, tal i com s'ha indicat anteriorment) de forma que no es vulnera el principi d'igualtat i no discriminació, ja que totes les empreses es troben en igualtat de condicions.

Crida l'atenció que l'actual adjudicatària de la concessió plantegi el recurs fonamentant la vulneració dels principis d'igualtat, no discriminació i transparència, sent coneixedora directa de la realitat del servei.

En relació amb aquesta qüestió, és pertinent posar de manifest una Resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals de data 26 de setembre de 2012 en la que, en un supòsit en el qual no s'inclouïa informació relativa a la subrogació dels treballadors, el Tribunal estableix el següent: "No es congruente además que, como hace la recurrente, se declare primero que sólo hay una dedicación parcial del personal a los traslados solicitados por Asepeyo, y se reclame después el que se incluya en los pliegos como personal a subrogar. **En todo caso, quien podría reclamar la falta de**



información sobre las condiciones de subrogación serían las demás licitadoras, no la recurrente que ya dispone de ella porque, de acuerdo con su declaración, es quien está prestando el servicio”.

Tercer.- Els criteris per apreciar la desproporció i la anormalitat de les ofertes en cas de que concorrin tres licitadors són contradictoris.

En relació a aquesta qüestió, seria positiu defensar amb arguments més tècnics que els criteris que preveu el Plec no són oposats, ja que compleixen el que preceptua l'article 85.3 RGLCAP i en cap cas són contradictoris, tot i entendre que en ambdós casos fa referència a una mitjana aritmètica.

A més a més, podria argumentar-se que l'últim incís de la clàusula 10.2.1.2 del PCJEA ve a reafirmar, amb caràcter subsidiari, un dels criteris per apreciar la anormalitat o desproporció de les ofertes. En cap cas, cal considerar que una clàusula es contradictòria quan a la pràctica és residual o no pot aplicar-se per l'aplicació de la mateixa. Cal posar èmfasis, en que anul·lació de la clàusula comportaria un greu perjudici per a l'òrgan de contractació al haver de publicar de nou l'anunci de licitació amb els sobre costos que això implicaria per a l'Administració i l'endarreriment del procediment de licitació.

Quart.- La durada de la concessió no permet l'amortització dels béns objecte de reversió.

En primer lloc, els Plecs no obliguen en cap cas a l'empresa adjudicatària a adquirir vehicles elèctrics, ja que el PCT estableix al seu apartat 7.2 que “els vehicles hauran de ser híbrids (dièsel / elèctric) o elèctrics” admetent-se per tant la possibilitat de que part o la totalitat de la flota estigui formada per vehicles híbrids.

En segon lloc, els Plecs deixen llibertat als licitadors a l'hora de triar la proporció de vehicles elèctrics de les seves proposicions. El mix de flota escollit tindrà impacte sobre la Operativa de la circulació en mode elèctric, en quant els vehicles elèctrics garanteixen el recorregut en mode elèctric a la trama urbana (Plaça Cerdà – Plaça Catalunya) i sobre el Cànon per a l'AMB, en quant el major cost d'adquisició dels vehicles elèctrics impactarà en el valor de la variable econòmica cànon unitari de referència (X1).

En tercer lloc, el recurs presentat argumenta que el termini d'amortització dels vehicles elèctrics hauria de ser superior al dels vehicles de dièsel o híbrids donat que el seu cost d'adquisició és substancialment superior. Es reconeix per tant, que una flota de vehicles composta únicament per vehicles híbrids (possibilitat que els Plecs admeten) no representaria, al seu parer, cap impacte sobre els terminis d'amortització.

En quart lloc, el termini d'amortització queda definit per la naturalesa de l'actiu (element de transport) i no pel seu cost d'adquisició. Les consideracions en relació als costos d'adquisició o als estalvis de costos operatius formen part de l'anàlisi econòmica interna que els licitadors han de portar a terme per tal de definir les seves proposicions, però en



cap cas condicionen els terminis d'amortització en el sentit expressat prèviament.

Cinquè.- La clàusula 21 del PCJEA ha de considerar-se contrària a dret, atès que el responsable de contractació pot ser únicament nomenat per l'òrgan de contractació i no pot ostentar la prerrogativa d'interpretar la documentació contractual

Dintre de les competències d'autoorganització de l'AMB es nomenarà un responsable dels treballs d'entre els seus tècnics i únicament, com en tots els contractes de l'AMB i de l'actual concessió de l'Aerobús, que la recurrent perfectament coneix, tindrà les responsabilitats que tècnicament li corresponguin per fer complir i gestionar el contracte. Aquestes funcions en cap cas vulneraran l'article 52 del TRLCSP i així es desprèn de la clàusula 21.2 c) del PCJEA que estableix que aquest responsable elevarà a l'òrgan de contractació les incidències que es produeixin si s'hagués de prendre alguna resolució competència de l'òrgan de contractació. Això mateix, com igualment diu la recurrent, es recull a la clàusula 3 del mateix plec. Per tant s'entén que clarament queden diferenciades, com no podria ser d'una altra manera, les funcions tècniques de gestió del contracte de les competències que sobre determinades incidències siguin pròpies de l'òrgan de contractació. Pressuposar que l'AMB adoptarà mesures sense complir els procediments no pot ser objecte de recurs ja que no té cap base. En tot cas si això es produís llavors efectivament seria motiu d'impugnació.

Sisè.- La clàusula 28 del PCJEA és contradictòria a dret atès que no contempla, respecte de les obligacions del contractista en matèria de transparència, les limitacions previstes a la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

Poc a dir ni en contra ni a favor d'aquest argument donat que és obvi que els límits legals s'han de complir i es compliran i que això en cap cas entra en contradicció amb l'obligació regulada als plecs de que el concessionari complirà i facilitarà el compliment de la Llei de Transparència. No entenem per tant que hi hagi cap incompliment que pugui ser objecte d'impugnació als plecs aprovats.

Per tot lo anteriorment exposat, es conclou que aquesta Administració entén que els plecs aprovats per regir la licitació son ajustats a dret i que els motius al·legats per la recurrent en tot cas podrien tenir la categoria d'aclariment dels Plecs però en cap cas objecte de recurs. En aquest sentit ens oposem a la mesura cautelar de suspensió sol·licitada per entendre que l'únic objecte del recurs és dilatar el procediment d'adjudicació, la qual cosa únicament afavoreix a la pròpia recurrent, i podria perjudicar a tots aquells potencials licitadors que de bona fe estan preparant les seves ofertes."

Per últim, i pel que fa a la denegació de la mesures de suspensió, convé precisar que d'acord amb l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, la regla general en via administrativa és la no suspensió de l'acte objecte d'impugnació. A més a més, tampoc concorren les circumstàncies que permeten atorgar la suspensió en seu de recurs administratiu. D'una banda, perquè com s'ha exposat anteriorment, en cap cas, ens trobem davant d'un supòsit de



nul·litat de ple dret (art.117.2.a) sinó d'aclariments. D'altra banda, perquè l'inici del termini de presentació d'ofertes no suposa un perjudici d'impossible o difícil reparació a SGMT, ja que en tot cas, d'acordar-se la mesura l'únic beneficiari de la mateixa seria el recurrent qui segueix prestant el servei. En canvi, la seva suspensió sí que causaria perjudicis pels licitadors de bona fe que han estat preparant les seves ofertes i han vist com el present procediment ha estat suspès pràcticament sis mesos més els que s'haurien de sumar d'estimar-se la suspensió. L'anterior comporta que s'hagi de negar la suspensió i mantenir el termini de presentació d'ofertes fins el 5 de juny de 2018.

Per tot l'exposat es proposa al Consell Metropolità de l'ÀMB l'adopció dels següents acords:

DESESTIMAR el recurs de reposició formulat, en data d'11 de maig de 2018, per l'empresa Serveis Generals de Mobilitat i Transport, S.L pels motius dalt exposats.

DENEGAR l'adopció de la mesura provisional consistent en la suspensió del procediment de licitació del contracte i, particularment, del termini de presentació d'ofertes.

NOTIFICAR aquest acord a l'empresa Serveis Generals de Mobilitat i Transport, S.L.

PUBLICAR aquest acord en el Perfil de Contractant.

I per a que consti, lliuro el present certificat.