

Barcelona, 5 d'octubre de 2022

Resolució: 237/2022 (recursos N-2021-0370 i 2021-0372)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per A.S.T., en nom i representació de l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA (recurs N-2021-0370) i vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per M.J.R.D, en nom i representació de la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS (recurs N-2021-0372), respectivament, contra els plecs que han de regir el contracte del servei de serveis de transport escolar del CONSELL COMARCAL DEL MARESME (expedient 959/2021), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 13 d'abril de 2021 es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE S/71) l'anunci d'informació prèvia relatiu al contracte de serveis escolars col·lectiu en la comarca del Maresme pels cursos escolars.

En data 15 de juliol de 2021 es va publicar l'anunci de licitació en el perfil de contractant del CONSELL COMARCAL DEL MARESME (en endavant, CONSELL), inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (PSCP), a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals. En data 16 de juliol de 2021 es va publicar al perfil de contractant les conclusions a les que van arribar les consultes preliminars de mercat.

En data 23 de juliol de 2021 es va publicar en el DOUE S136 l'anunci del contracte de serveis escolars col·lectiu en la comarca del Maresme pels cursos escolars 2020-2021 i 2011-2022.

El valor estimat del contracte (VEC) es fixa en 6.634.793,40 euros.

La licitació està dividida en 3 lots.

Consta publicada en el perfil de contractant el 21 de juliol de 2021 la consulta i resposta següent:

En relació amb l'Annex III (Cost Servei de Monitoratge), per tal de poder avaluar correctament els costos d'una eventual subrogació de personal, sol·licitem que s'aclareixi el següent: 1. Que s'aclareixi a què centres de treball es refereixen les "Rutes Escolars M." i les "Rutes Escolars R." que apareixen en la columna "Descripció del centre de treball". 2. Que s'aclareixi si s'ha inclòs el temps de treball en què el personal de SESMAR, S.L. es dedica a funcions diferents del servei d'acompanyament del transport escolar o si, pel contrari, s'ha inclòs exclusivament el temps de treball destinat al servei d'acompanyament del transport escolar. 3. Que, en cas que s'hagin inclòs en el càlcul de costos el temps destinats a funcions diferents del servei d'acompanyament del transport escolar (per exemple, servei de menjador), es digui quin és el desglossament de la distribució del temps de treball de cada persona treballadora amb relació al servei d'acompanyament del transport escolars i a altres serveis que eventualment puguin desenvolupar la mateixa persona. 4. Que s'especifiqui com es distribueix el personal susceptible d'una eventual subrogació i el seu cost entre els diferents lots i, dintre d'aquests, en les diferents rutes que són objecte de licitació. 21/07/2021 15:21h

A continuació, donem resposta a cadascuna de les preguntes plantejades:

En relació amb l'Annex III (Cost Servei de Monitoratge), per tal de poder avaluar correctament els costos d'una eventual subrogació de personal, sol·licitem que s'aclareixi el següent:

1. Que s'aclareixi a què centres de treball es refereixen les "Rutes Escolars M." i les "Rutes Escolars R." que apareixen en la columna "Descripció del centre de treball".

SESMAR SL tramet la informació del servei de monitoratge segons una distribució feta prenent com a referència dues coordinadores, de les quals només es proposa la subrogació d'una. El cost de coordinació s'inclou en el preu/hora de servei.

2. Que s'aclareixi si s'ha inclòs el temps de treball en què el personal de SESMAR, S.L. es dedica a funcions diferents del servei d'acompanyament del transport escolar o si, pel contrari, s'ha inclòs exclusivament el temps de treball destinat al servei d'acompanyament del transport escolar.

Les monitores només realitzen funcions d'acompanyament en el transport escolar. No fan altres serveis, com menjador, acollides escolars, etc.

3. Que, en cas que s'hagin inclòs en el càlcul de costos el temps destinats a funcions diferents del servei d'acompanyament del transport escolar (per exemple, servei de menjador), es digui quin és el desglossament de la distribució del temps de treball de cada persona treballadora amb relació al servei d'acompanyament del transport escolars i a altres serveis que eventualment puguin desenvolupar la mateixa persona.

4. Que s'especifiqui com es distribueix el personal susceptible d'una eventual subrogació i el seu cost entre els diferents lots i, dintre d'aquests, en les diferents rutes que són objecte de licitació.



S'adjunta el quadre amb la distribució de personal per lots, d'acord amb la nova numeració de rutes de la licitació i es prenen com a referència les rutes del curs 2020/2021. Hi ha rutes a les quals no hi ha assignades cap professional susceptible de ser subrogat, tot i que el cost s'inclou en el quadre de costos. Atès que el conveni d'aplicació és el del Lleure Educatiu i Sociocultural de Catalunya i que aquest preveu la subrogació, s'especificarà aquesta condició del servei de monitoratge en futures licitacions.

SEGON. El 4 d'agost de 2021, l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA (des d'ara, AUDICA) va presentar davant el Departament d'Economia i Hisenda amb destí el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació (N-2021-370) contra els plecs del contracte sobre la base:

1. Error en la determinació del pressupost base de licitació (PBL) i del (VEC).
2. Manca de motivació de la lotització del contracte.
3. Incorrecte disseny de les rutes.
4. La prohibició de subcontractació no es troba justificada i és desproporcionada.
5. No procedeix la subrogació dels treballadors de l'empresa mixta.
6. L'import de les penalitzacions és desproporcionat.

Per tot això, sol·licita l'anul·lació dels plecs per tal que es procedeixi a una nova convocatòria de la licitació. Així mateix, i mitjançant altressí, sol·licita la suspensió cautelar de l'expedient de contractació durant la tramitació del recurs.

TERCER. El 5 d'agost de 2021, la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS (des d'ara, FECAV) va presentar davant el Departament d'Economia i Hisenda amb destí el Tribunal recurs especial en matèria de contractació (N-2020-372) contra els plecs del contracte sobre la base:

1. Nul·litat de la clàusula 32 i 42 del PCAP: el conveni col·lectiu el sector del lleure i sociocultural no pot ser d'aplicació a les empreses licitadores.
2. El conveni d'aplicació a les empreses licitadores no permet exigir la subrogació del personal acompanyant.

Per tot això, sol·licita l'anul·lació dels plecs i dels seus annexos, i de l'expedient de contractació. Així mateix, mitjançant altressí, sol·licita la suspensió cautelar de l'expedient de contractació durant la tramitació del recurs.

QUART. En data 5 d'agost de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va sol·licitar al CONSELL la remissió de l'expedient de contractació del recurs d'AUDICA (N-2021-0370) i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

CINQUÈ. En data 6 d'agost de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va sol·licitar a l'òrgan de contractació la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent en relació amb el recurs especial de FECAV (N-2021-0372), d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013, i preceptes concordants del RD 814/2015.

SISÈ. En data 9 d'agost de 2021 FECAV (N-2020-0372) va acreditar la representació i la seva capacitat processal mitjançant l'aportació de l'acord de l'òrgan de govern, donant compliment al requeriment efectuat pel Tribunal el 6 d'agost de 2020.

VUITÈ. Consta en el perfil de contractant la realització de diferents sessions de la mesa de contractació: en data 27 d'agost de 2021, la sessió 1 i sessió 2; l'1 de setembre de 2021, la sessió 3; i el 14 de setembre de 2021, la sessió 4.

NOVÈ. En data 19 d'agost de 2021, i en resposta a la reclamació de la documentació efectuada per la Secretaria Tècnica del Tribunal, el Consell Comarcal va trametre la documentació requerida.

DESE. Obert el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades en data 8 de setembre de 2021 (N-2021-0370) i 9 de setembre de 2021 (N-2021-0372), respectivament, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, l'empresa AUTOCARS BARRERA, SL (en endavant, BARRERA) va presentar escrits d'al·legacions respecte als dos recursos, respectivament.

ONZÈ. En data 15 de setembre de 2021, el Tribunal va acordar la suspensió del procediment de contractació, d'acord amb el previst als articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25.1 del RD 814/2015, per mitjà de la Resolució S-107/2021, que va ser notificada el 20 de setembre de 2021.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

Al respecte, el Tribunal aprecia entre ambdós recursos una identitat substancial i una íntima connexió que, d'acord amb l'article 20 del Decret 221/2013 i 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), el faculten per procedir a la seva acumulació, conformement estableix també l'article 13 del RD 814/2015.

En aquest sentit, ambdós recursos s'han presentat amb relació a un mateix procediment de contractació.

Per tant, d'acord amb el principi d'economia procedimental, escau acumular els recursos, per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

SEGON. El contracte de serveis de referència, atès el seu valor estimat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. Els recursos es dirigeixen contra els plecs de la licitació, que són un acte expressament previst per l'article 44.2 a) de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. Atenent el caràcter associatiu de les entitat recurrents, tant FECAV com AUDICA han aportat, respectivament, juntament amb els seus estatuts reguladors, uns certificats acreditatius dels acords dels seus respectius òrgans de govern favorables a la interposició dels recursos, a efectes de l'anàlisi de la seva legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (entre moltes d'altres, les resolucions 262/2020, 100/2020, 244/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017, 142/2017, 124/2017 i 194/2016 d'aquest Tribunal, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008). És per això que el Tribunal aprecia que, en principi, les dues entitats poden tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugnen, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

També queden acreditades les representacions dels dos recursos.

CINQUÈ. Els recursos s'han presentat dins del termini legal de quinze dies hàbils establert a l'article 50.1 b) de la LCSP. També s'han presentat en forma, ja que compleixen els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, ateses les pretensions formulades per les parts, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació. La funció d'aquest

Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 262/2020, 298/2019, 91/2019 i 70/2019; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

La funció revisora del Tribunal impedeix que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents tant en la fase prèvia de disseny del contracte amb l'elaboració dels plecs amb elecció del procediment, fixació de la classificació, determinació de la solvència i dels criteris d'adjudicació del contracte, prescripcions tècniques i decisió de no dividir en lots l'objecte del contracte, per tal de procurar la millor satisfacció de les seves necessitats i fins institucionals ex article 28 de la LCSP, extrems que hauran de quedar justificats en l'expedient ex article 116.4 de la LCSP; com en la fase posterior, d'apreciació de les característiques tècniques de les propostes licitadores, valorar-les ofertes i dictar els actes i emetre els judicis tècnics corresponents en el decurs del procediment. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical per l'article 39.1 de la LCSP.

Específicament, en la fase prèvia com és el present supòsit, les funcions dels tribunals i òrgans resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació abasten tant l'enjudiciament de la concurrència de causes de nul·litat de ple dret (article 39 de la LCSP), com d'anul·labilitat (article 40 de la LCSP), com l'efectiu compliment i l'observança dels principis rectors de contractació pública, recollits en els articles 1 i 132 de la LCSP: principi de lliure accés a les licitacions, igualtat entre els licitadors, publicitat i transparència en el procediment, no discriminació, competència, principi d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, i aplicació correcta de la normativa de contractació pública i normativa sectorial, si és el cas, però no de la normativa pròpia d'altres ordres jurisdiccionals.

De l'examen de l'expedient, cal recordar la necessària motivació de tots els extrems als quals referència els articles 28 i 116.4 de la LCSP.

SETÈ. En primer lloc, **AUDICA** al·lega que els costos emprats per a la determinació del PBL i VEC han d'ajustar-se a la realitat. Retreu que s'ha basat en els costos de l'Observatori de costos del transport discrecional de viatgers de Catalunya –OCTDVC- de juliol 2020 per un contracte que s'iniciarà al 2021 i s'estendrà 2 anys en el temps, amb possibilitat de pròrroga per altres 2 anys.

En concret, al·lega que:

- els costos d'adquisició dels vehicles són irrealistes atenent als pressupostos facilitats pels associats d'AUDICA; no s'han tingut en compte per part de l'òrgan de contractació dels costos de personal el temps real d'espera dels conductors i acompanyants entre rutes (ruta TEN06 del lot 1; TEN07 del lot 1; TEN029 del Lot 3); tampoc es valora el cost del AdBlue compost que fan servir els vehicles dièsel per a reduir els gasos contaminants derivats de la combustió del motor, necessari per reduir els gasos contaminants de la combustió del motor des de l'entrada en vigor de la norma Euro 6;
- hi ha errors aritmètics: en la ruta TEO 37 preveu 211 dies de servei de "tornada" segons els estudis de costos, mentre que de l'annex II del PCAP es desprèn que s'ha tingut en compte 176 dies de servei, i advoca que el que s'ha de tenir en compte és la mitjana, això és, 193,5 dies.

Atès això, conclou que es vulnera els articles 101 i 102 de la LCSP.

Al seu torn, el **CONSELL** defensa que s'ha pres de referència l'OCTDVC però no de manera estricta, sinó que els costos s'han augmentat d'acord amb un seguit de criteris addicionals. Assenyala quins són els conceptes de costos que han servit per al càlcul dels costos – personal, amortització, despeses financeres, assegurances i fiscalitat, combustibles i lubricants, pneumàtics, manteniment i reparacions, despeses d'estructura i diversos, i benefici industrial- mentre que es deixa oberts: el benefici industrial i les distàncies addicionals. Explica que ha establert un benefici industrial del 6%, per interpretació analògica de l'article 131 del Reial decret 1.098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, atesa l'absència de normativa específica al respecte. I quant a les distàncies addicionals, exposa que s'aplica una distància addicional

de 8 quilòmetres amb una durada de 13 minuts que s'afegirà a tots els trajectes de més de 17 minuts, mentre que les rutes de durada igual o inferior als 17 minuts ja compten amb un increment temporal, perquè s'estableix un mínim de duració per trajecte de 30 minuts.

Així mateix explica d'on s'obtenen els 8 quilòmetres addicionals, i afirma:

D'aquesta manera, el resultat dels costos per ruta ha estat determinat comptant amb aquests marges de temps i de quilòmetres referenciats, per tant, la seva determinació no s'ha restringit a la distància i al temps entre la primera parada, en què es carreguen alumnes i la porta del centre escolar (o a l'inrevés en les rutes de tornada), sinó que també s'han tingut en compte la resta de factors abans relacionats, precisament amb la voluntat d'ajustar els preus de la licitació a la realitat efectiva de la prestació i als preus de mercat.

Informa que per a cadascuna de les rutes, s'ha revisat la previsió d'ocupació en relació amb la capacitat dels autobusos, i que també ha fet altres modificacions respecte a les Instruccions del Departament d'Educació: preu/litre de combustible dièsel, en els costos de personal de conducció, s'ha incrementat un 1,2% anual en els diferents conceptes, des del curs 2021/2022; càlcul del cost del servei d'acompanyament tenint en compte el conveni col·lectiu del sector del lleure i sociocultural de Catalunya i amb una previsió d'un increment de l'1,2%; un increment d'un 20% del resultat d'estudi de costos específic per a cada lot, el preu de les rutes TOAD de forma directa; i:

Per a l'establiment del PBL es valora el percentatge més elevat del 20% del total aplicat, fins i tot, després de sumar-hi el 6% del Benefici Industrial.

En aquest sentit, és important tenir en compte el considerable pes de les rutes TOAD per a cada lot (d'un 31,25% en el LOT 1; d'un 46,15% en el LOT 2 i del 38,46% en el LOT 3) per poder valorar l'impacte de l'increment directe aplicat sobre aquestes rutes en el conjunt de cada lot.

*Adicionalment, per a cadascun dels lots, es preveu una **dotació per curs escolar que haurà d'anar destinada a material de protecció contra el COVID19**. Així doncs, s'han assignat 50 unitats de mascaretes a 8 €/caixa (IVA inclòs) per a cadascuna de les rutes i per un total de 88 dies de curs escolar, amb l'objectiu de cobrir tant al personal de conducció com al de monitoratge i tenint en compte que la durada de cada trajecte no pot superar els 60 minuts. A més, s'ha previst la dotació de 2 ampolles de mig litre per bus, per un import total de 5,71 €/ampolla (IVA inclòs) per 10 mesos de servei, com si cada bus portés diàriament un total de 50 alumnes (del total de 42 rutes entre tots els lots, en només 3 rutes es preveu una ocupació de 50 a 53 alumnes).*

Amb l'aplicació dels criteris exposats, s'arriba a un pressupost base de licitació que està calculat d'acord amb la font de referència determinada pel Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya, però a més tenint en compte totes les variables indicades, amb l'objectiu de calcular un pressupost base de licitació ajustat al màxim als preus de mercat.

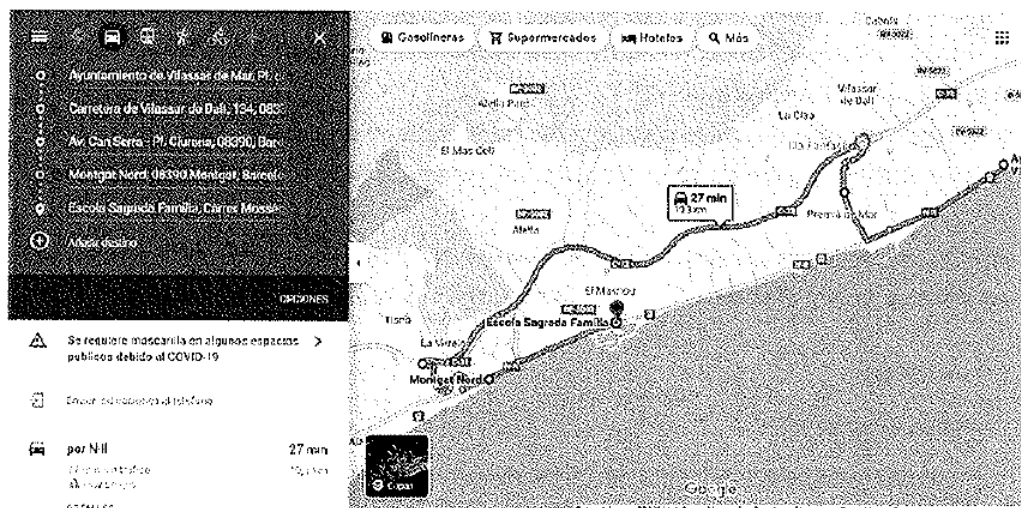
Respecte a l'al·legació relativa als costos *irreals*, subratlla que AUDICA es basa en pressupostos aportats pels associats, tot defensat que pel PBL ha recorregut a les darreres dades objectives publicades per la Direcció General de Transports i Mobilitat del Departament de Territori i Sostenibilitat.

Quant a l'existència de costos *no valorats*, informa que aquesta al·legació no s'ajusta a la realitat doncs s'ha incrementat el PBL de les rutes que realitzen quatre trajectes al dia, tenint en compte el temps d'espera de migdia des del moment en què es descarrega l'últim alumne en la parada de tornada als domicilis de l'escola.

També rebutja pretesos errors aritmètics, perquè els annexos que aporta l'associació no són correctes, tampoc hi ha error aritmètic en el càlcul del temps de monitoratge, i a tals efectes, exposa:

No obstant això, no existeix error aritmètic en el càlcul del temps de monitoratge. Partint que la ruta TEO37 es pot realitzar en aproximadament, 40 minuts per expedició, s'incrementen els minuts reals de l'expedició a 55 minuts d'anada i a 50 minuts de tornada:

TE037 – USEE Sagrada Família



Així doncs, es realitzen 18.480 minuts de servei real d'acompanyament de l'alumnat durant un curs escolar més la previsió de 1.750 minuts, corresponents a 35 viatges addicionals comptabilitzats ($211 - 176 = 35$).

És a dir, que es calculen un total de 20.230 minuts de servei. En canvi, es fa una previsió 2,25 hores de servei d'acompanyament diari, que corresponen a un total de 23.760 minuts. És a dir, que el cost del servei de monitoratge per aquesta ruta queda cobert.

En la fase d'al·legacions, l'empresa **BARRERA** manifesta l'existència de certa contradicció amb les al·legacions d'AUDICA atès que va participar en les consultes preliminars i en les reunions per la determinació del preu base de licitació. Així mateix, retreu que el fet que totes les empreses licitadores hagin presentat baixes importants sobre el PBL, demostra que el càlcul del PBL no és incorrecte.

Exposades les postures d'ambdues parts, l'anàlisi d'aquesta al·legació passa per comprovar si s'ha produït una contravenció d'allò previst per l'article 101.2 de la LCSP:

“2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo deberán tenerse en cuenta:

a) *Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.*

b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.

c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.” (el subratllat és nostre).

A l'hora de valorar la completeness de la informació continguda al plec i la correcció del càlcul del VEC, cal tenir en compte que, tot i la no coincidència entre ambdós preceptes sobre les partides de despesa a incloure en un i altre concepte econòmic -PBL i VEC-, i la manca de definició de cadascuna d'elles, els conceptes enumerats per l'article 101.2 de la LCSP per al VEC integren també el PBL en la mesura que els costos a què fa referència l'article 100.2 de la LCSP es concreten en els que detalla l'article 101.2 de la LCSP. En general, els costos directes determinen el pressupost de licitació i l'oferta a la baixa que pugui arribar a proposar-se pel licitador afectarà particularment als conceptes de despeses generals d'estructura i de benefici industrial. Aquests darrers, quan no estan referits a un contracte d'obres, no compten amb una regulació de referència, com, per aquells, estableix l'article 131.2 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret 1098/2001, d'12 d'octubre (RGLCAP) -13% i 6%, respectivament-.

D'acord amb això, el contingut dels articles 100.2 i 101.2 de la LCSP, duu a afirmar que els càlculs del PBL i del VEC dels contractes s'han de dur a terme tenint en compte, si més no:

- 1) els costos laborals derivats de l'aplicació del conveni col·lectiu sectorial d'aplicació -que hauran de desglossar-se en el PCAP o document regulador de la licitació per categories professionals i gènere-;
- 2) els altres costos -directes o indirectes- que resulten necessaris per a l'execució material del contracte;
- 3) els costos vinculats a les despeses generals d'estructura;
- 4) el cost del benefici industrial que correspongui.

Per tal que, tenint en compte el coneixement troncal de tots aquests costos, es procuri que en la fixació del PBL, l'import del contracte atengui al preu general de mercat, i sigui adequat a l'efectiu compliment del contracte mitjançant l'efectiva estimació del seu import, d'acord amb l'article 102.3 de la LCSP. Aspectes, tots ells, que d'acord amb una lectura conjunta dels articles 100, 101 i 102 en relació amb l'article 28 i 116.4 d) de la LCSP hauran de quedar adequadament justificats en l'expedient.

En efecte, cal destacar que la LCSP tanca la regulació de l'adequació del preu del contracte a l'efectiu compliment dels mateixos, amb la previsió de l'article 116.4 relativa a exigir expressament que en l'expedient de contractació es justificarà adequadament, entre d'altres aspectes (el subratllat és nostre):

“a) La elección del procedimiento de licitación.

b) La clasificación que se exija a los participantes.

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.”

Per tant, en la motivació del VEC i dels conceptes que l'integren, s'haurà de tenir en compte tots els dictats dels articles 100, 101 i 102 de la LCSP.

D'acord amb allò exposat, cal assenyalar que en l'informe de necessitats consten, en primer lloc, les actuacions, els estudis, i la participació en la consulta preliminar amb participació de les recurrents; així com les incidències de l'anterior licitació:

La responsable de les consultes preliminars del mercat del contracte del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme, la Directora de Benestar Social i Serveis a les Persones, assistida per la TAE Serveis Jurídics, l'administrativa de Serveis Generals i l'assessor extern en matèria de contractació del Consell Comarcal del Maresme es varen reunir:

- El 3 de març de 2020, amb l'empresa AUTOCARS CALELLA, SA, després de què aquesta hagués presentat la seva sol·licitud per formar-ne part.
- El 10 de març de 2020, amb un representant legal de l'ASSOCIACIÓ d'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL (AUDICA).
- El 29 de maig de 2020, amb una representant legal de la Federació Empresarial Catalana d'Autotransport de Viatgers (FECAV).

Entre la segona i la tercera reunió es varen suspendre els procediments i terminis administratius, i en conseqüència, també les converses preliminars del mercat, amb motiu de la declaració de l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, de conformitat amb la disposició addicional tercera del Reial Decret 463/2020, de 14 de març de 2020.

En les consultes preliminars del mercat es varen tractar els següents aspectes:

1. Idoneïtat del nombre de lots del contracte
2. Grau de compliment dels eventuais licitadors a la DIRECTIVA (UE) 2019/1161 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de juny de 2019, per la qual es modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoció de vehicles de transport per carretera nets i energèticament eficients.
3. Proporcionalitat de les flotes de vehicles adscrites a l'execució del contracte.
4. Incorporació d'un criteri de valoració mediambiental de conformitat amb els articles 127 i 145.2.1r de la LCSP i antiguitat dels vehicles.
5. Requisits tècnics mínims a exigir als vehicles adaptats que no siguin de nova adquisició.

Aquests aspectes van ser considerats claus per l'elaboració dels Plecs de condicions que han de regir la licitació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme.

El 10 de maig de 2021, s'aprova per Decret de Presidència núm. 197/21 l'inici de l'expedient de contractació per a la licitació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme i garantir el principi d'igualtat en l'exercici del dret a l'educació, cobrint el desplaçament dels alumnes als seus centres escolars.

El Ple de 18 de maig de 2021 aprova, en sessió ordinària, l'expedient de contractació, els Plecs de Clàusules Administratives Particulars i els Plecs de Prescripcions Tècniques per a la licitació del contracte del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme, per procediment ordinari obert.

El dia 14 de juny de 2021, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, TCCSP) comunica al Consell Comarcal del Maresme que s'han interposat davant d'aquest tribunal tres recursos especials en matèria de contractació contra l'anunci de licitació, el PCAP i PPT que regeixen el contracte de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme.

Els tres recursos especials en matèria de contractació presentats comporten l'inici dels següents expedients davant del Tribunal Català de Contractes:

(.../...)

A continuació fa esment als tres expedients relatius als recursos especials interposats respectivament per FECAV, AUTOCARS TORDERA i AUDICA i que a la vista de les al·legacions posades de manifest, el CONSELL va arribar a les consideracions següents:

- S'han presentat un total de tres recursos especials en matèria de contractació contra l'anunci de licitació i els plecs que regeixen la contractació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme.
- A la vista del contingut dels recursos interposats, hem detectat l'existència d'alguna irregularitat que podria comportar la nul·litat de ple dret del procediment de licitació, motiu pel qual considerem que la forma més àgil d'aconseguir adjudicar el Servei de Transport Escolar en el període de temps més breu possible, serà el desistiment del present procediment i la tramitació d'un nou procediment de licitació del Servei de Transport escolar per part del Consell Comarcal del Maresme.

- Paral·lelament, també tenint en compte el contingut dels recursos interposats, se'ns planteja la necessitat de redefinir algunes de les clàusules contingudes tant en el PCAP com en el PPT, reguladors del servei que mitjançant l'expedient de contractació 100/2020 es licita.

Per tot això, el 18 de juny de 2021, s'aprova per Decret de Presidència núm. 292/2021 un informe OC per tal de trametre'l al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic respecte dels recursos especials en matèria de contractació interposats contra l'anunci de licitació, el PCAP i el PPT que regeixen el contracte de transport escolar del Consell Comarcal del Maresme (exp. Núm. 100/2020), presentats per la nom i
representació de la FEDERACIÓ CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS, amb NIF en nom i representació
d'AUTOCARS TORDERA, SL, amb N en nom i representació
de l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT
DISCRECIONAL DE CATALUNYA (AUDICA), amb N

Així mateix, s'aprova desistir del procediment de licitació iniciat per a la contractació del servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme, a tenor del que estableix l'article 152 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del Sector Públic, mitjançant la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, per haver-se detectat tant en el PCAP, com en el PPT que regeixen la contractació del servei, l'existència d'alguna irregularitat que podria comportar la nul·litat de ple dret del procediment de licitació, així com clàusules que seria convenient redefinir i reconsiderar, atès que podrien afectar al procediment d'adjudicació i al contracte, i per considerar que, a la vista dels tres recursos especials en matèria de contractació que han estat interposats, serà més ràpid i eficaç procedir a acordar el desistiment del present procediment de licitació i la tramitació d'un nou procediment de licitació del Servei de Transport Escolar per part del Consell Comarcal del Maresme, que la continuació del present.

Atès que per Decret de Presidència núm. 292/2021 també s'ordena la tramitació d'un nou expedient de contractació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme, amb l'objectiu de realitzar un procediment de licitació de l'esmentat servei amb menys possibilitats de ser objecte d'impugnació i de conformitat amb el que preveu l'article 116 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant LCSP), amb la present memòria es proposa l'inici d'un nou expedient per a la contractació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme, mitjançant un contracte de serveis, així com l'aprovació dels Plecs de Prescripcions Administratives i Tècniques i l'Autorització de la Despesa corresponent a la licitació del contracte per a la prestació del Servei de Transport Escolar del Consell Comarcal del Maresme.

(.../...)

Dit això, quant al càlcul del PBL i del VEC, consta a la memòria, i es reproduïx a la clàusula 8 del PCAP relativa al "Pressupost Base de Licitació", el següent:

El **pressupost base de licitació** de la contractació del conjunt dels Lots objecte d'aquest contracte és de TRES MILIONS CENT VUITANTA-UN MIL DOS-CENTS NORANTA-SET AMB SEIXANTA-DOS CÈNTIMS D'EURO (3.181.297,62 €):

Concepte	Base imposable	IVA rutes al tipus de 10% IVA material protecció COVID19 de 21%	Pressupost Base de Licitació (IVA inclòs)
1r curs escolar	1.506.112,41	84.536,43	1.590.648,81
2n curs escolar	1.506.112,41	84.536,43	1.590.648,81
Total	3.012.224,81	169.072,86	3.181.297,62

Els serveis que corresponen a rutes de transport amb vehicles adaptats estan exempts a efectes de l'IVA, segons resolució de la Direcció General de Tributs (consulta núm. 0761/03, de 6 de juny de 2003), per aquest motiu, l'import corresponent a l'IVA del quadre anteriorment transcrit no es correspon amb el 10% resultant del total de la base imposable, atès que, segons es desprèn de l'ANNEX I, hi ha determinades rutes que són de transport adaptat i per tant, resten exemptes d'IVA.

Per al càlcul del cost de cada lot de transport escolar s'han tingut en compte els criteris fixats per l'Observatori de costos del transport discrecional de viatgers de Catalunya, que publica la

Direcció General de Transports i Mobilitat del Departament de Territori i Sostenibilitat, concretament el butlletí de transports núm. 81 de juliol de 2020, així com els Criteris per a la gestió i elaboració de la proposta de finançament per al curs 2020/2021, dels serveis de transport i menjador escolar, establerts pel Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya (ANNEX II).

Els criteris establerts pel Departament d'Educació sobre "Servei de transport escolar" indiquen en l'apartat 2, que per aquells serveis de transport que s'hagin de treure de nou a licitació es prendrà com a base l'Observatori de costos del transport discrecional de viatgers de Catalunya, que publica la Direcció General de Transports i Mobilitat del Departament de Territori i Sostenibilitat, i "en particular no s'han de tenir en compte ni el posicionament ni les hores mínimes del cost de personal i, en canvi s'hi ha d'afegir altres costos que no contemplen com el monitoratge, el benefici industrial i l'IVA, entre altres conceptes que s'han de valorar." És per això, que s'ha pres com a referència per al càlcul de cada ruta el darrer observatori de costos del transport discrecional de viatgers de Catalunya, publicat pel Departament de Territori i Sostenibilitat.

L'Observatori de costos del transport discrecional de viatgers de Catalunya defineix els següents criteris a seguir per a la determinació dels costos de les rutes:

- a). Establir tipus de vehicles en funció de la seva capacitat, amb el supòsit que diferents tipus de vehicles originen el seus costos d'explotació. S'estableixen 4 tipus de vehicles, per tal de respondre a les especificitats d'algunes de les rutes de transport escolar del Consell Comarcal del Maresme.
- b). Classificar els costos entre fixos i variables.
- c). No preveure l'IVA.
- d). El monitoratge es calcula a banda.
- e). No preveure el benefici comercial que pugui percebre l'empresa de transport.
- f). Definir la unitat mínima de càlcul del cost d'un servei com aquella activitat planificada per a un vehicle des que surt de cotxeres o un altre punt de descans perllongat, fins que torna al mateix punt d'inici, sempre sota la responsabilitat d'un conductor.

De l'aplicació dels criteris en resulten els conceptes que s'especifiquen a la taula següent i que han servit per al càlcul dels costos relacionats a cada ruta de transport escolar:

Tipus de cost	Categoria de cost	Concepte de cost	Unitat de repercussió
Fix	Directe	Personal	Per unitat de temps (minuts)
Fix	Directe	Amortització, despeses financeres, assegurances i fiscalitat	Per servei del vehicle
Variable	Directe	Combustible i lubricants, pneumàtics, manteniment i reparacions	Per quilòmetres
Fix/Variable	Indirecte	Despeses d'estructura i diversos	% fix de la resta de conceptes de cost
Fix/Variable	Indirecte	Benefici industrial	% fix de la suma dels altres costos

(L'Observatori considera que cada vehicle pot fer 715 serveis anuals.)

En relació amb els dos criteris que l'Observatori deixa oberts, que es concreten en el benefici industrial i les distàncies addicionals, el Consell Comarcal del Maresme ha optat per estimar un benefici industrial corresponent al 6% del cost total, per interpretació anàloga de l'art. 131 del Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, atesa l'absència de normativa específica al respecte.

I pel que fa a les distàncies addicionals, s'aplica una distància addicional de 8 quilòmetres, amb una durada de 13 minuts que s'afegirà a tots els trajectes de més de 17 minuts. Les rutes d'igual o menys de 17 minuts ja tenen un increment temporal, perquè s'estableix un mínim de duració per trajecte de 30 minuts. Així mateix, els 8 quilòmetres addicionals s'obtenen considerant la superfície de la comarca com un rectangle de 48 quilòmetres de llargada per 8 d'ample i posant 4 punts de sortida equidistants. Els 13 minuts s'obtenen, considerant que els 8 quilòmetres addicionals es fan a una velocitat de 37 km/h.



Per tant, malgrat allò previst a les instruccions del Departament d'Educació, segons les quals en els costos per trajecte no s'ha d'incloure el posicionament, és a dir, que les rutes s'haurien de calcular des de la primera parada en què es recullen alumnes fins al centre escolar, es considera necessari aplicar una distància i un temps addicionals tant pel trajecte d'anada com pel de tornada. D'aquesta manera, el resultat dels costos per ruta compta amb aquests marges de temps i de quilòmetres i no es restringeixen, exclusivament, ni a la distància ni al temps entre la primera parada en què es carreguen alumnes, fins a la porta del centre escolar, i a l'inrevés en les rutes de tornada.

Per a cadascuna de les rutes, també s'ha revisat la previsió d'ocupació en relació amb la capacitat dels autobusos, tenint en compte que els costos s'han calculat amb un marge prou ample pel que fa al nombre de places disponibles i, per tant, a les característiques dels vehicles i als costos corresponents.

Però, aquestes no han estat les úniques modificacions introduïdes a la relació de costos, segons les instruccions del Departament d'Educació. Pel que fa al preu/litre de combustible

dièsel, s'incrementa el preu establert a l'Observatori d'1,067 €/l a 1,263 €/l, resultant de la mitjana de preus actuals de dièsel A+ de diferents companyies de carburants.

Respecte dels costos de personal de conducció, s'aplica un increment de l'1,2% en els diferents conceptes, fins i tot en el d'antiguitat, des del curs 2021/2022 fins al curs 2024/2025, en cas que s'executessin les possibles pròrrogues previstes:

Càlcul costos personal de conducció curs 2021/2022 fins el 2024/2025	
Salari i plus	21.819,75
Antiguitat (10 anys)	2.699,61
Borsa de vacances	304,19
Assegurança privació permís de conduir	51,32
Dietes	12.314,01
Previsió increment 1,2% anual (aplicat també a l'antiguitat)	1.817,46
	39.006,34
SS a càrrec empresa	13.652,22
Absentisme i baixes	3.514,35
Altres	2.745,06
	58.917,97

El Conveni d'aplicació és el Conveni col·lectiu de treball de les empreses de transports mecànics de viatgers de la província de Barcelona per als anys 2015-2018 (codi de conveni núm. 08004305011994).

Per al càlcul del cost del servei d'acompanyament (ANNEX III), resulta d'aplicació el Conveni col·lectiu del sector de Lleure i sociocultural de Catalunya (codi núm. 79002295012003), d'acord amb el qual el preu/h de servei és de 14,91 € (sense IVA), també amb una previsió d'increment de l'1,2% anual. Aquest és el conveni que s'aplica al personal que actualment està realitzant el servei i, en virtut de l'article 38 del mateix, els contractistes hauran de subrogar aquest personal en el moment d'iniciar la prestació.

L'estimació dels costos salarials no es realitza de forma desglossada i amb desagregació de gènere en no resultar aquesta distinció prevista al conveni sectorial d'aplicació, tot i que, es dona perfecte compliment al que preveu l'article 100.2 de la LCSP en aquest sentit.

(.../...)

Per tant, si el conveni de referència no estableix diferències retributives per raó de gènere, i a més no s'imposa ni en els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) ni en cap norma, una distribució per gèneres del personal mínim exigít que s'ha d'adscriure a l'execució de les prestacions del contracte, s'ha de concloure que el citat desglossament amb desagregació per gèneres dels costos salarials estimats segons conveni laboral aplicable, no es pot establir en el PCAP, ni en el document regulador de la licitació i del contracte, de manera que no es pot infringir l'esmentat article 100.2 de la LCSP per aquest motiu.

De forma paral·lela, una de les condicions especials i essencials d'execució del contracte, especificada en la clàusula 31 del present Plec, és l'obligació del contractista a què el salari de les persones adscrites a l'execució del contracte sigui igual per a dones i homes en aquelles categories/grups professionals equivalents.

Per un altre costat, del resultat de l'estudi de costos específic per a cada Lot, també s'incrementa un 20% el preu de les rutes TOAD de forma directa, atesa la dificultat i singularitats específiques del tipus de transport a realitzar, que serà amb vehicles adaptats a les necessitats dels alumnes d'educació especial i amb diversitat funcional. Malgrat que totes les rutes TOAD estan calculades amb el temps previst per la càrrega i descàrrega dels alumnes, aquest augment s'estableix de forma directa, d'acord amb el criteri de càlcul establert amb les empreses operadores que actualment realitzen el servei de transport escolar al Maresme, segons el qual, un cop establert el preu/dia de les rutes d'educació especial s'aplica, a més, un marge d'increment entre el 15-20%, arran de la dificultat de l'operativa d'aquestes rutes.

Adicionalment, per a cadascun dels lots, es preveu una dotació per curs escolar que haurà d'anar destinada a material de protecció contra el COVID19. Així doncs, s'han assignat 50 unitats de mascaretes a 8 €/caixa (IVA inclòs) per a cadascuna de les rutes i per un total de 88 dies de curs escolar, amb l'objectiu de cobrir tant al personal de conducció com al de monitoratge i tenint en compte que la durada de cada trajecte no pot superar els 60 minuts. A més, s'ha previst la dotació de 2 ampolles de mig litre per bus, per un import total de 5,71 €/ampolla (IVA inclòs) per 10 mesos de servei, com si cada bus portés diàriament un total de 50 alumnes (del total de 42 rutes entre tots els lots, en només 3 rutes es preveu una ocupació de 50 a 53 alumnes).

El pressupost comprèn la totalitat del contracte. El preu consignat és indiscutible, no admetent-se cap prova d'insuficiència, i porta implícits tots aquells conceptes previstos a l'art. 100 i concordants de la LCSP.

El **pressupost base de licitació per Lots** és el següent:

LOT 1			
Concepte	Base Imposable	IVA de rutes al 10% IVA material protecció COVID19 al 21%	Pressupost Base de Licitació (IVA inclòs)
1r curs escolar	576.108,66	36.129,42	612.238,06
2n curs escolar	576.108,66	36.129,42	612.238,06
Total	1.152.217,31	72.258,84	1.224.476,13

LOT 2			
Concepte	Base Imposable	IVA de rutes al 10% IVA material protecció COVID19 al 21%	Pressupost Base de Licitació (IVA inclòs)
1r curs escolar	442.182,00	20.705,06	462.887,06
2n curs escolar	442.182,00	20.705,06	462.887,06
Total	884.364,00	41.410,11	925.774,12

LOT3			
Concepte	Base Imposable	IVA de rutes al 10% IVA material protecció COVID19 al 21%	Pressupost Base de Licitació (IVA inclòs)
1r curs escolar	487.821,75	27.701,95	515.523,69
2n curs escolar	487.821,75	27.701,95	515.523,69
Total	975.643,50	55.403,91	1.031.047,38

El desgloss i càlculs efectuats per arribar a determinar el pressupost base de licitació es troba degudament detallat i especificat als ANNEXOS II i III.

El preu del contracte serà el d'adjudicació. En el preu es consideraran inclosos els tributs, les taxes, els cànon de qualsevol tipus que siguin d'aplicació, així com totes les despeses que s'originin com a conseqüència de les obligacions establertes en aquest plec que s'han de complir durant l'execució del contracte.

(.../...)

El **valor estimat del contracte (VEC)**, als efectes d'allò que disposen l'article 101 i concordants de la LCSP, és de SIS MILIONS SIS-CENTS VINT-I-QUATRE MIL SIS-CENTS DEU AMB VUITANTA-DOS CÈNTIMS D'EURO (6.624.610,82 €).

El mètode de càlcul per determinar l'import del VEC s'ha basat en el càlcul del cost de dos cursos escolars. Un cop establerta la durada inicial del contracte, s'han tingut en compte les diferents pròrroques i la possibilitat de modificacions previstes, fins a un 20% del preu inicial sense IVA.

El Valor Estimat del Contracte per Lot és el que s'indica a continuació:

LOT 1	
Concepte	Base Imposable servei transport
1r curs escolar	576.108,66
2n curs escolar	576.108,66
1a pròrroga	576.108,66
2a pròrroga	576.108,66
Modificacions de fins a un 20% del preu inicial	229.606,70
Valor Estimat del Contracte	2.534.041,33

LOT 2	
Concepte	Base Imposable servei transport
1r curs escolar	442.182,00
2n curs escolar	442.182,00
1a pròrroga	442.182,00
2a pròrroga	442.182,00
Modificacions de fins a un 20% del preu inicial	176.149,30
Valor Estimat del Contracte	1.944.877,30

LOT 3	
Concepte	Base Imposable servei transport
1r curs escolar	487.821,75
2n curs escolar	487.821,75
1a pròrroga	487.821,75
2a pròrroga	487.821,75
Modificacions de fins a un 20% del preu inicial	194.405,20
Valor Estimat del Contracte	2.145.692,19

I amb el PCAP s'adjunten tres estudis econòmics de cada lot intitulats "*fitxes per rutes*".

L'informe indica que per a calcular els costos del PBL ha tingut en compte tant l'OCTDVC, els criteris per a l'elaboració de la proposta de finançament com el conveni col·lectiu aplicable. Respecte als retrets d'AUDICA, tot que sorprèn pel fet que va participar en les consultes preliminar, i com aquest Tribunal ja va assenyalar en la Resolució núm. 262/2020, l'Observatori és un paràmetre per tenir en compte, tota vegada s'ha de justificar, com s'ha exposat, les raons per les quals es fixa el PBL tot tenint en compte un preu adequat i atenent al preu general de mercat, procurant arribar a uns percentatges d'increment objectius i realistes, i amb la participació de diferents associacions interessades en el sector. En aquesta licitació, el CONSELL afirma que s'ha basat en l'OCTDVC actualitzant determinats costos.

També es contempla el detall dels costos directes i indirectes necessaris per a l'execució del contracte, així com els costos vinculats a despeses generals d'estructura i de benefici industrial el PBL de cada lot, com es desprèn dels estudis econòmics de cada lot, on es desglossen els costos fixos: personal, amortització de vehicles, despeses financeres, assegurances, tributs, despeses fixes d'estructura; costos variables: pneumàtics, carburants, manteniment, reparacions, despeses variables d'estructura; benefici industrial, cost de la ruta...

Dit això, no es poden acollir les al·legacions d'AUDICA relatives que els costos dels vehicles son irreals, doncs es basa en pressupostos aportats pels associats sense que hi hagi més evidències per tal de poder refutar els costos estimats pel CONSELL i, quant als errors aritmètics de la ruta TEO 37, perquè es basa en uns annexos que el propi CONSELL diu que no són correctes.

Des del punt de vista dels costos no valorats, si bé AUDICA retreu que no s'ha tingut en compte el temps real d'espera entre determinades rutes, el cert és que no aporta més

informació que indiqui exactament la quantitat econòmica en la que es tradueix aquest possible espera, mentre que, com al·lega el CONSELL, s'aplica una distància addicional a les rutes de més de 17 minuts perquè la resta ja tenen l'increment temporal.

Respecte del cost AdBlue, atès que no s'informa res al respecte, ni consta específicament cap càlcul, en tot cas, d'existir aquest possible cost, hauria de ser tingut en compte, tot i que no quantificat per AUDICA. Tanmateix aquest únic extrem no pot comportar la nul·litat de tot el plantejament del VEC i PBL.

Per tot això, i sense que quedi desvirtuat el càlcul del PBL i del VEC que resulta raonable amb els dictats de la LCSP, cal desestimar aquesta al·legació.

VUITÈ. En segon lloc, **AUDICA** retreu la manca absoluta –“no hi ha una sola referència”- a la innecessarietat de dividir el contracte en més de 3 lots, tenint en compte que s'ha passat de 33 a només 3 lots. Per tot això, sol·licita l'anul·lació del PCAP i vindica la vulneració de l'article 99.3 de la LCSP i el risc de restringir injustificadament la competència.

El **CONSELL** defensa que a l'anterior licitació ja estava lotitzat en tres lots i es remet a la motivació que consta a la memòria justificativa:

*“L'objecte de licitació, detallat en l'ANNEX I, es fracciona en 3 lots diferents, als quals els licitadors poden presentar les seves ofertes. **L'equilibri territorial, de nombre de rutes i de distribució de les d'educació especial han estat els criteris essencials per a l'establiment dels 3 lots. Principalment, s'ha tingut en compte el municipi de sortida de l'alumnat, en funció de la distribució territorial de la comarca en: LOT 1- Maresme Nord (des de Tordera fins a Arenys de Munt i Arenys de Mar), LOT 2- Maresme central (des de Caldes d'Estrac fins a Cabrera i Òrrius) i LOT 3- Maresme Sud (des de Cabriels i Vilassar de Mar fins a Montgat i Tiana). Les tres rutes de les escoles de Dosrius es mantenen en el Lot 3 per tal de compensar el nombre total de rutes en aquest lot.***

Per tant, es dona lloc a tres lots de 16, 13 i 13 rutes. A més, el pes de les rutes TOAD en els diferents lots també queda equilibrat, tenint en compte que per cada lot es desdobra una d'aquestes rutes: la TOAD9 en el Lot 1, la TOAD26 en el Lot 2 i la TOAD36 en el Lot 3.”

És en aquest sentit que es considera degudament justificada la divisió en tres lots de l'objecte contractual, amb la finalitat d'agrupar en lots un conjunt de rutes territorialment connexes i que compti tant amb rutes de transport ordinari, com rutes d'educació especial, atès que s'ha comprovat que la divisió en 1 lot per ruta, com s'havia determinat fer en

anteriors licitacions, portava a què determinades rutes (concretament les rutes TOAD) quedessin desertes, perquè els licitadors no estaven interessats en la seva realització, atesa la configuració dels vehicles que implica realitzar aquestes rutes (pel fet d'haver de treure seients per donar cabuda a cadires de rodes).

És per això que el Consell Comarcal del Maresme ha considerat que la divisió en lots més idònia per la correcta prestació del servei és la divisió de l'objecte del contracte en 3 lots, tenint en compte, tal i com es reflexa tant a la memòria justificativa com al PCAP, l'equilibri territorial, de nombre de rutes i de distribució de les d'educació especial, de manera que tots els lots comprenen de fora equitativa rutes d'educació especial i s'han configurat tenint en compte criteris relatius a l'equilibri territorial.

Per l'exposat, l'al·legació relativa a aquest extrem no pot prosperar, per trobar-se plenament justificada i motivada la configuració de lots determinada en els plecs reguladors de la present licitació, atenent a un correcte equilibri entre la configuració de les rutes que componen cada lot i l'interès públic protegit, consistent en què tots els usuaris del servei, ja siguin d'educació especial o ordinària, comptin amb contractistes que portin a terme les prestacions que són objecte de la present licitació.

L'empresa **BARRERA** també oposa una contradicció en aquesta al·legació perquè totes les entitats participants a les consultes preliminars del mercat van criticar la distribució dissenyada inicialment d'assignar un lot per cada ruta; van proposar l'agrupació de lots pel criteri de concentració geogràfica i per la barreja de rutes ordinàries amb rutes de transport adaptat (TOAD) per tal de fer rendible el conjunt de cada lot i per tal que no quedessin desertes les ofertes per aquestes línies de transport d'alumnes d'educació especial.

Continua indicant que, en haver-se assumit per part de l'òrgan de contractació aquests dos criteris, resta òrfena de fonament l'objecció plantejada per AUDICA de manca de motivació.

Per altra banda, sosté que el que legalment cal justificar és la manca de distribució del contracte en lots, no precisament el fet de dividir l'objecte del contracte. Per tant, havent-se atès en la redacció del PCAP els suggeriments recollits a l'informe de consultes preliminars i havent-se dividit en tres lots l'objecte del contracte, entén que es respecta la normativa europea i estatal aplicable.

Quant a la lotització, en l'informe justificatiu, en el mateix sentit que la clàusula 2 del PCAP, consta:

L'objecte del contracte es desglossa en els lots següents:

LOT 1			
Típus de Ruta	Ruta	Nom Ruta - Centre escolar	Municipi
TOAD	TOAD1	CEE Horitzó - Maresme Nord	Pineda de Mar
TEO	TEO2	CEE Horitzó - IFE	Pineda de Mar
TENO	TENO3	Escola Les Ferreries - Escola Mas Prats	Pineda de Mar
TEO	TEO4	IES Ramon Turró	Malgrat de Mar
TOAD	TOAD5	Escola L'Arboç - Pineda de Mar	Mataró
TENO	TENO6	Escola Mediterrània - Escola Jaume I	Pineda de Mar
TENO	TENO7	Escola Aloc	Pineda de Mar
TENO	TENO8	Escola El Far	Calella
TOAD	TOAD9	CEE Horitzó - Arenys de Mar	Pineda de Mar
TOAD	TOAD9.1	CEE Horitzó - Calella	Pineda de Mar
TOAD	TOAD10	Escola L'Arboç - Arenys de Munt	Mataró
TEO	TEO11	CEE Les Aigües - Arenys de Munt	Mataró
TEO	TEO12	IES Sant Pol - Sant Cebrià 1	Sant Pol de Mar
TEO	TEO13	IES Sant Pol - Sant Cebrià 2	Sant Pol de Mar
TEO	TEO14	IES Sant Pol - Sant Iscle	Sant Pol de Mar
TEO	TEO15	IES Domènec Perramon	Arenys de Munt

LOT 2			
Típus de Ruta	Ruta	Nom Ruta - Centre escolar	Municipi
TEO	TEO16	CEE Les Aigües - Sant Vicenç de Montalt	Mataró
TEO	TEO17	IES Esteve Albert	Sant Vicenç de Montalt
TEO	TEO18	IES Esteve Albert	Sant Vicenç de Montalt
TENO	TENO19	Escola Jaume Llull - Escola Serena Vall	Sant Andreu de Llavaneres
TOAD	TOAD20	IES Argentona	Argentona
TENO	TENO21	IES Argentona	Argentona
TOAD	TOAD22	CEE Les Aigües - Vilassar - Cabrils	Mataró
TOAD	TOAD23	CEE Escola L'Arboç - Vilassar de Dalt	Mataró
TENO	TENO24	CEE Les Aigües - Mataró Nord	Mataró
TENO	TENO25	CEE Les Aigües - Mataró Sud	Mataró
TOAD	TOAD26	Escola L'Arboç - Mataró ciutat 1	Mataró
TOAD	TOAD26.1	Escola L'Arboç - Mataró ciutat 2	Mataró

LOT 3			
Tipus de Ruta	Ruta	Nom Ruta - Centre escolar	Municipi
TENO	TENO28	Escola Castell de Dosrius	Dosrius
TENO	TENO29	Escola Castell de Dosrius	Dosrius
TENO	TENO30	IES Els Roures	Dosrius
TENO	TENO31	Escola Mare de Déu de Montserrat	Premià de Mar
TENO	TENO32	Escola Mar Nova	Premià de Mar
TENO	TENO33	Escola Marià Manent	Premià de Dalt
TOAD	TOAD34	Escola L'Arboç - Montgat	Mataró
TOAD	TOAD35	CEE Les Aigües - Vilassar de Mar	Mataró
TOAD	TOAD36	Escola L'Arboç - Maresme Sud	Mataró
TOAD	TOAD36.1	Escola L'Arboç - Mataró ciutat 3	Mataró
TEO	TEO37	SIEI Sagrada Família	El Masnou
TOAD	TOAD38	CEE Les Aigües - El Masnou	Mataró

L'objecte de licitació, detallat en l'ANNEX I, es fracciona en 3 lots diferents, als quals els licitadors poden presentar les seves ofertes. L'equilibri territorial, de nombre de rutes i de distribució de les d'educació especial han estat els criteris essencials per a l'establiment dels 3 lots. Principalment, s'ha tingut en compte el municipi de sortida de l'alumnat, en funció de la distribució territorial de la comarca en: LOT 1- Maresme Nord (des de Tordera fins a Arenys de Munt i Arenys de Mar), LOT 2- Maresme central (des de Caldes d'Estrac fins a Cabrera i Òrrius) i LOT 3- Maresme Sud (des de Cabriels i Vilassar de Mar fins a Montgat i Tiana). Les tres rutes de les escoles de Dosrius es mantenen en el Lot 3 per tal de compensar el nombre total de rutes en aquest lot.

Per tant, es dona lloc a tres lots de 16, 13 i 13 rutes. A més, el pes de les rutes TOAD en els diferents lots també queda equilibrat, tenint en compte que per cada lot es desdobra una d'aquestes rutes: la TOAD9 en el Lot 1, la TOAD26 en el Lot 2 i la TOAD36 en el Lot 3.

Al respecte, cal partir del canvi de plantejament efectuat per l'article 46 de la Directiva 2014/24/UE, en el qual cristal·litzen els objectius identificats en els seus considerants 78 i 79, això és, garantir, sempre que resulti possible, l'accés de les PIME a les contractacions públiques i augmentar la competència. I, la potestat que té l'òrgan de contractació en la configuració dels lots ha de regir-se per aquesta norma general de preferència per la lotització i de l'obligació d'estudiar la conveniència de dividir el contracte en lots atesa la seva idoneïtat. Quan es decideix no dividir el contracte en lots neix l'obligació de justificar degudament la decisió, obligació que està referida a tot el disseny del contracte.

En altres paraules, la regla general de lotització s'estén als propis lots que conformen l'objecte contractual d'acord amb una interpretació funcional de l'article 46 de la Directiva 24/2014/UE, és a dir, des de la perspectiva d'assolir la màxima concurrència intensificant la participació dels licitadors i de facilitar l'accés de les PIME a la licitació. I, per tant, els lots que inclouen prestacions diferenciades -per referir-se, per exemple, a diferents àmbits funcionals, geogràfics o econòmics- són tributaris de justificació respecte de la no-divisió en lots.

En efecte, el Tribunal ha de recordar que, com ja ha deixat palès en altres resolucions (principalment, en les resolucions 262/2020, 272/2020, 143/2019, 303/2018, 45/2018, 31/2018 i 24/2018), si bé ara l'article 99 de la LCSP es refereix a la necessitat de justificar la no-divisió en lots del contracte, això no implica negar la necessitat de motivar, en tot cas, la idoneïtat de l'objecte contractual respecte de les necessitats a satisfer en la mesura que, per aplicació de l'article 28 de la mateixa Llei, cal motivar-ho com a element essencial del contracte vinculat a la consecució de les finalitats establertes per l'article 1 de la LCSP. De fet, la configuració de l'objecte contractual té una incidència determinant en la garantia dels principis informadors de la contractació pública i en la garantia -en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de control de la despesa- d'una eficient utilització dels fons públics.

En definitiva, la potestat discrecional que, sens dubte, té atribuïda l'òrgan de contractació per a configurar el contracte en lots i sublots ha de ser, si més no, matisada, o limitada pel respecte als objectius d'obtenció de la major eficiència en l'aplicació dels fons públics, així com pels principis de informadors de la contractació pública, en especial, per concurrència i, és en aquest sentit quan la motivació d'allò que és discrecional, és l'element que la diferencia de l'arbitrarietat.

I, d'acord amb la doctrina dels Tribunals de contractació (per tots, Acuerdo 124/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid -TACPCM) existeix la possibilitat de revisió per part dels Tribunals del disseny i configuració de les licitacions per manca de motivació o insuficiència de la mateixa, arbitrarietat o discriminació, error material o per restricció de la competència.

Doncs bé, exposat l'anterior, en el cas objecte de recurs, la justificació de la no-divisió de tots els lots de la licitació de totes les rutes, sinó en 3 lots esgrimida en l'informe de necessitat fa referència a motius bàsicament de l'equilibri territorial, de nombre de rutes i de la distribució de les d'educació especial han estat els criteris essencials, que no han estat controvertits per AUDICA.

D'acord amb el que disposa l'article 99.3.b) de la LCSP, un dels motius de justificació de la no-divisió del contracte en lots exposats per l'òrgan de contractació, el relatiu al fet que una excessiva lotització dificultés l'execució perquè pot quedar deserta, troba cabuda en l'esmentat precepte:

“b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente” (el subratllat és nostre).

Segons aquest precepte, doncs, la no-divisió del contracte en lots i també s'ha d'entendre la no-divisió de tots els lots, quan existeixin motius vàlids, ha de justificar-se degudament en l'expedient de contractació, per tant, aquesta excepció a la regla general de la lotització del contracte ha d'estar suficientment motivada en l'expedient del contracte (per totes, resolucions 45/2018 i 147/2017 d'aquest Tribunal), entenent per “suficient” la provisió dels arguments necessaris per dissipar qualsevol indicatiu d'arbitrarietat en la decisió del poder adjudicador atenent a les particularitats de cada cas en concret. D'acord amb això, pel que fa a aquest motiu de la necessitat de coordinar l'execució de les diferents prestacions del contracte, queda justificada en l'expedient en els termes que exigeix aquest precepte.

En el cas objecte de recurs, l'informe de necessitat refereix les causes que es consideren determinants per a la divisió en tres lots del contracte, entre les quals s'inclou, l'equilibri territorial, el nombre de rutes i de distribució de les d'educació especial han estat els criteris essencials per tal que no quedin desertes les rutes d'educació especial juntament amb el criteri d'equilibri territorial. Així les coses, atès el disseny de les tres rutes s'aprecia raonable per a les finalitats del servei que es licita, i, en exercici de la seva potestat discrecional, el CONSELL ha considerat, per les raons exposades i la seva experiència, que aquesta és la millor configuració del contracte per a la correcta execució del mateix, conjuminant tots els interessos i necessitats en joc, sense que no hagi quedat provada l'existència d'errada o incongruència ni desvirtuada la configuració per la part actora, amb la qual cosa tampoc pot prosperar aquesta al·legació de la recurrent i cal desestimar-la.

NOVÈ. Segueix **AUDICA** al·legant l'incorrecte disseny de les rutes del Transport Obligatori Adaptat (TOAD) –amb el que comporta-, perquè la seva durada excedeix en més d'una hora, fet que vulnera allò establert al Reial decret 443/2001, de 27 d'abril, sobre condicions de seguretat en el transport escolar i de menors (en endavant, RD 443/2001). Afirmar que tot això, comporta que el càlcul dels costos associats siguin erronis.

El **CONSELL** defensa la durada de cada ruta controvertida amb el límit del RD 443/2001:

- A la ruta TOAD22:

Tenint en compte 2 minuts d'encotxament d'alumnes (com a màxim pujarien 3,6 alumnes a cada parada) + 4 minuts de càrrega de la cadira de rodes, resultaria un servei de 46 minuts. En la licitació s'han establert 50 minuts d'anada i 50 minuts de tornada.

- A la ruta TOAD27:

Precisament, aquest és el mapa enviat per l'operadora actual de la ruta que, amb la càrrega i descàrrega de les 4 cadires de rodes, inverteix 50 minuts a l'anada i 50 minuts a la tornada. En l'Annex I de rutes es tenen en compte 50 minuts d'anada i 55 de tornada per l'establiment de l'estudi de costos.

- A la ruta TOAD35:

Prenent com a base 2 minuts d'encotxament d'alumnes (com a màxim pujarien 2,8 alumnes sense mobilitat reduïda per parada) + 4 minuts de càrrega de les cadires de rodes, resultaria un servei de 55 minuts per la ruta més llarga, que és la que mostra el mapa. En la licitació s'han tingut en compte 55 minuts d'anada i 50 minuts de tornada, ja que l'itinerari de la tarda és més curt.

I explica que durant les consultes preliminars del mercat es van convidar a FECAV i AUDICA i es van mantenir determinades reunions amb empreses.

L'empresa **BARRERA** retreu que (i) la recurrent no hagi realitzat cap càlcul específic que demostrï que la suma del temps de recorregut més el temps que la recurrent considera necessari per les maniobres d'encotxar o desencotxar a cada parada ultrapassi el lapse establert reglamentàriament per al conjunt de cap dels recorreguts, (ii) ni hagi recollit el fet que aquesta objecció ja la va plantejar en el recurs especial (Exp. N-2021-0257) contra el homònim procediment contractual anterior tramitat i que, arran d'aquesta i per tal d'alleugerir els recorreguts de les rutes amb alumnes d'educació especial, l'òrgan de contractació va modificar la ruta TOAD 9 del lot 1 i dins l'actual procediment tramitat l'ha desdoblada creant

dues noves TOAD 9 i TOAD 9.1 i que per alleugerir el recorregut de la ruta 26 del lot 2 de l'anterior contractació desistida CCM 100/2021, dins l'actual procediment CCM 959/2021 l'ha desdoblada creant dues rutes noves TOAD 26 i TOAD 26.1.

Per això, conclou que el CONSELL ha atès dins el nou procediment contractual, les demandes de les associacions, i que els temps de recorregut de les actuals rutes de transport adaptat s'ajusten a la normativa que hi és aplicable.

Exposades les posicions de les parts, val a dir que AUDICA no acompanya cap estudi concret, més enllà de les taules inserides al recurs, on es puguin verificar els seus càlculs i desvirtuar els del CONSELL. En tot cas, i per l'hipotètic cas que, de manera continuada s'excedís aquest topall, l'article 11 del RD 443/2001, intitulat "duració màxima del viatge", estableix que:

"Los itinerarios y horarios de aquellos transportes incluidos en el artículo 1 que tengan por objeto el traslado de los menores entre su domicilio y el centro escolar en que cursan estudios, deberán establecerse de tal forma que en circunstancias normales resulte posible que el tiempo máximo que aquéllos permanezcan en el vehículo no alcance una hora por cada sentido del viaje, previniéndose únicamente que se alcance esta duración máxima en casos excepcionales debidamente justificados."

En todo caso, en la realización de cualquiera de los transportes incluidos en el artículo 1 deberán respetarse las normas relativas a los tiempos de conducción y descanso de los conductores, establecidas en el Real Decreto 2242/1996, de 18 de octubre, en aplicación de los Reglamentos (CEE) números 3820/85 y 3821/85." (el subratllat és nostre)

Per tant, vist que no queda desvirtuat el càlcul efectuat pel CONSELL, i que, a tot estirar, en aquells casos que, de manera excepcional puguin ser superiors a 60 minuts, podrien ser autoritzables, cal desestimar aquesta al·legació.

DESÈ. La part actora, **AUDICA** continua al·legant que la prohibició de subcontractació no està justificada i el fet que estigui limitada a casos d'emergència fa que esdevingui inexistent i desproporcional, contravenint l'article 215 de la LCSP.

El **CONSELL** defensa que la configuració de la subcontractació està justificada, és proporcionada i explica que la intenció de l'òrgan de contractació és evitar que la subcontractació es realitzi de manera artificiosa, posant en perill la consecució de les finalitats perseguides per la contractació pública i vulnerant l'interès públic subjacent en tot procés de contractació pública:

En aquest sentit, els plecs no estableixen cap limitació respecte del servei de monitoratge, i només limiten la subcontractació dels autobusos adscrits al servei pels casos d'emergència produïts per l'aturada dels vehicles dels quals es disposa per a la prestació del servei, sempre i quan el contractista no disposi, per causes degudament justificades, de més vehicles adscrits als lots.

Per tant, tenint en compte que per poder optar a cadascun dels lots, els licitadors ja han de comptar amb un vehicle titular per cada ruta, a més determinats vehicles de reserva, es considera suficientment ajustat a dret determinar que la possibilitat de subcontractació podrà donar-se per la prestació relativa al monitoratge i per cobrir situacions excepcionals que no puguin cobrir-se amb els vehicles ofertats pels licitadors en les seves proposicions.

Intentar justificar que aquesta delimitació del que es pot subcontractar per part dels licitadors en la present licitació és una suposada restricció de la competència és, a totes llums inacceptable.

I informa que les PIMES poden optar per presentar-se a la licitació mitjançant la constitució d'una UTE, o altres associatives de concurrència a la licitacions permeses a la llei, sense haver de recórrer a la subcontractació per tenir opcions a resultat adjudicatàries del contracte.

BARRERA al·lega que el PCAP no estableix cap prohibició estricta de subcontractar, sinó una limitació per fer-ho (clàusula 43 del PCAP) ateses les particularitats del transport escolar adreçat a infants i adolescents, té unes connotacions particulars que cal respectar i salvaguardar la prohibició de què participin a la prestació del servei persones condemnades per sentència ferma per algun delictes contra la llibertat i indemnitat sexual, i, en general, garantir la prestació del servei per personal avesat al tracte amb aquests col·lectius. Quant a les rutes de transport adaptat, fa esment a la constància i invariabilitat del personal adscrit, conductor/a i acompanyant, així com la del vehicle, doncs aporten una atmosfera d'estabilitat emocional per als alumnes d'educació especial que tempera les dificultats comportamentals i fisiològiques que aquests acostumen a patir en els trasllats des de les seves llars als centres educatius i viceversa.

Per tot això, sosté que la clàusula 32 del PCAP seria d'impossible compliment amb una possibilitat àmplia de subcontractació de recursos humans i materials amb tercers contractistes. En aquest sentit, afirma que aquest tipologia de transport comporta “*per se*” una restricció natural i genuïna a la subcontractació, en el sentit de les “tasques crítiques” a les

quals es refereix l'apartat 2, e) de l'esmentat article 215, per tal com es fa necessària la prestació del servei pel mateix contractista i pels seus mitjans adscrits, i està justificada la limitació a què es faci, llevat de circumstàncies excepcionals, per recursos humans i materials aliens.

A la vista d'aquestes posicions, cal analitzar la regulació donada als plecs de la subcontractació. La clàusula 43 del PCAP estableix:

Clàusula 43.- SUBCONTRACTACIÓ

Els contractes objecte de la present licitació són susceptibles de subcontractació en la part que correspongui a:



Només es permetrà la subcontractació en casos d'emergència produïts per l'aturada dels vehicles dels quals es disposa per a la prestació del servei, sempre i quan el contractista no disposi, per causes degudament justificades, de més vehicles adscrits als lots.

En aquest supòsit, l'adjudicatari del contracte haurà de comunicar per escrit al Consell Comarcal del Maresme la intenció de subcontractar, indicant la part de la prestació que es vol subcontractar i la identitat del subcontractista i justificant l'aptitud d'aquest per a executar el servei en relació amb els elements tècnics de què disposa i a la seva experiència.

En el cas que el subcontractista disposi de la classificació adequada per a realitzar la part del contracte objecte de la subcontractació, l'acreditació d'aquesta circumstància eximirà al contractista de la necessitat de justificar l'aptitud d'aquell, en cas contrari, haurà d'acreditar que compta amb la solvència econòmica i financera exigida en aquests plecs, per altres mitjans.

Caldrà acreditar, a més, que el vehicle subcontractat amb el qual es prestarà el servei reuneix les mateixes característiques tècniques de la tipologia de vehicle de transport escolar adjudicat.

També es permetrà la subcontractació del personal que presta el servei d'acompanyament a l'alumnat.

Respecte als aspectes no contemplats de forma expressa en aquests plecs, s'aplicarà allò previst a l'article 215 de la LCSP.

De l'examen de l'expedient, es comprova que a l'informe de necessitat i idoneïtat del contracte, no conté cap referència de la subcontractació i, per tant, tampoc de la seva limitació. I de les raons que argüeix ara el CONSELL en l'informe ex article 56 de la LCSP, sembla que considera "crític" el contracte de transport en sí, i no només diferents tasques, tota vegada els

arguments que projecta podrien ser garantits mitjançant altres cauteles en els plecs que afectessin menys a la possibilitat de subcontractar altres operadors econòmics.

Doncs bé, dit això, de la lectura del plantejament de la subcontractació del contracte referenciat d'acord amb allò previst en els plecs, es constata primer, una prohibició quasi absoluta de la subcontractació que no resulta ajustada a la possibilitat reconeguda a l'article 215.1 de la LCSP:

"1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado." (el subratllat és nostre).

I, en segon terme, respecte a una possible limitació, ja sigui pel tipus dels contractes o per l'existència de tasques crítiques, tampoc es desprèn de l'establert en el PCAP i en l'expedient que es tracti d'aquests supòsits, recordant, en tot cas, que de concórrer el segon supòsit – tasques crítiques-, cal indicar i motivar aquestes tasques de conformitat amb l'apartat 2 de l'article 215.2 de la LCSP:

"2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier

modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación". (el subratllat és nostre).

Atès el tenor literal de l'article 215.2 e) de la LCSP, està clar que s'havia de procedir a motivar aquesta limitació de la subcontractació en l'expedient de contractació que abasta quasi a tota la prestació de transport, tret en casos "excepcionals" –casos d'emergència–, per tal de vetllar que qualsevol obstacle o limitació que produeixi una restricció efectiva de la competència (en

aquest sentit, resolucions 388/2020 i 200/2020 i la Resolució núm. 1053/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-, per totes). Al parer d'aquest Tribunal, ni la clàusula 43 del PCAP, ni els motius argüïts ara en seu de recurs salven la mancança de la identificació prèvia de les tasques crítiques i de l'obligació de la motivació que exigeix la LCSP, per la qual cosa, caldrà procedir a justificar la limitació en termes tan amplis.

De conformitat amb l'assenyalat, cal estimar el recurs, en el sentit de retrotraure les actuacions per tal que la configuració de la subcontractació s'adeqüi a l'article 215 de la LCSP

ONZÈ. L'empresa **AUDICA** (N-2021-0370) controverteix que en els plecs s'estableixi l'obligada subrogació per part del nou adjudicatari dels treballadors de l'empresa dissolta, que és SESMAR, SL i sosté que la subrogació únicament es preveu en cas de canvi de titular del contracte, però no dissolució d'una empresa mixta, de conformitat amb l'article 18.1 de la Resolució TSF/514/2019, de 26 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord parcial del Conveni col·lectiu del sector del lleure educatiu i sociocultural de Catalunya.

Retreu que atenent als dos objectes del contracte: transport de viatgers i acompanyament de l'alumnat, no es pot imposar la subrogació dels treballadors de l'empresa dissolta, sense que es pugui imposar la subrogació via plecs. Per tot això, sol·licita l'anul·lació de les clàusules 32 i 42 del PCAP.

En el mateix sentit, **FECVAV** (N-2021-0372) al·lega que el conveni col·lectiu del lleure i sociocultural no pot ser d'aplicació a les empreses licitadores tenint en compte l'objecte del contracte, perquè l'activitat principal és el transport escolar de la comarca, esdevenint el conveni col·lectiu aplicable el de les empreses de transports mecànics de viatgers de la província de Barcelona per als anys 2015-2018 (codi de conveni núm. 08004305011994 i, per tant, en aquest cas, de l'empresa SESMAR, SL no juga la subrogació del personal acompanyant. Per això, vindica la nul·litat de les clàusules 32 i 42 del PCAP.

Al seu torn el **CONSELL** defensa la configuració dels plecs, tot diferenciant el dos convenis col·lectius aplicables, al transport escolar, per una banda, i al monitoratge, per una altra.

*L'article 38 del conveni relacionat estableix l'obligació de subrogar, per part de l'empresa contractista, al personal adscrit a l'execució de la prestació **en cas de canvi d'empresa adjudicatària del servei o continuadora de l'activitat**.*

*Així les coses, atès que ens trobem davant d'un supòsit de **canvi d'empresa adjudicatària del servei o continuadora de l'activitat**, essent que la seva prestació passarà d'anar a càrrec de l'empresa d'economia mixta, a anar a càrrec de l'empresa que resulti adjudicatària del servei, correspon sens dubte, aplicar la subrogació de personal imposada per conveni.*

I defensa que tant el monitoratge com el transport són prestacions incloses en l'objecte del contracte:

(.../...)

Per tant, el Consell Comarcal no pretén regular a través dels plecs de la licitació que l'adjudicatari hagi de subrogar el personal que actualment presta el servei d'acompanyament, sinó que aquesta obligació ve imposada pel conveni sectorial que resulta d'aplicació als treballadors que actualment presten el servei.

A mode de conclusió, correspon afirmar que atès que l'article 38 del Conveni col·lectiu del sector del Lleure i sociocultural de Catalunya (codi núm. 79002295012003), aplicable als treballadors que actualment presten el servei de monitoratge del transport escolar, estableix l'obligació de subrogar, per part de l'empresa contractista, al personal adscrit a l'execució de la prestació en cas de canvi d'empresa adjudicatària del servei o continuadora de l'activitat, correspon en el present supòsit la subrogació del personal prevista als plecs reguladors del present procediment de licitació.

Per tant, essent que la prestació del servei de monitoratge es troba inclosa entre les que són objecte del contracte, qualsevol empresa licitadora que pretengui ser adjudicatària del servei de transport escolar, haurà d'assumir el fet de que també haurà de prestar el servei d'acompanyament (tal i com també estableix el Decret 161/1996, de 14 de maig, pel qual es regula el servei escolar de transport per tal de facilitar el desplaçament de l'alumnat en l'educació obligatòria) i, per tant, en el moment que presti aquest servei, li serà d'aplicació al personal vinculat al mateix el conveni col·lectiu del sector del Lleure i sociocultural de Catalunya (codi núm. 79002295012003), i per tant, la subrogació de treballadors establerta per conveni.

Durant la fase d'al·legacions l'empresa **BARRERA** ha presentat llurs escrits, respectivament, en què manifesta que (i) la subrogació dels treballadors d'una empresa existent ve donada per imperatiu del conveni col·lectiu d'aplicació: el del LLEURE EDUCATIU I

SOCIOCULTURAL DE CATALUNYA; i explica que SESMAR no s'ha dissolt, i no és per aquest motiu que el CONSELL hagi inclòs en el PCAP la subrogació de part del seu personal; (ii) les normes laborals en la matèria no són qüestionables i el seu compliment acabaria sent imposat i executat per la jurisdicció social, (iii) el personal que s'ha de subrogar és el mateix que està prestant actualment el servei d'acompanyament quan acaba de començar el curs escolar 2021-2022, tot col·laborant amb les empreses que, com la que subscriu, està prestant el servei de transport escolar a la comarca del Maresme amb els seu conductors/es i els seus vehicles de manera provisional entre tant s'adjudica i formalitza la nova contractació; i que (iv) l'empresa que resulti adjudicatària definitivament necessitarà personal d'acompanyament o monitoratge, per això, les millors persones són les que ja es coneixen les rutes, les seves parades i els alumnes que es traslladen. Sosté que la situació actual és totalment anòmla i no es troba a cap dels procediments de contractació del servei de transport escolar de Catalunya, on cada empresa contractista ha de portar el seu personal de monitoratge com un dels recursos humans a adscriure al contracte. Afegeix que quan s'acaba la vigència del contracte cada contractista es fa càrrec de tot el seu personal amb total indemnitat per l'ens contractant, com consta a la clàusula 30 del PCAP en el sentit que no suposa la consolidació de les persones que hagin realitzat els treballs objecte del contracte, tot afirmant que:

Per tant, aquesta disfunció relativa al personal d'acompanyament pertanyent a l'empresa SESMAR s'havia d'acabar un dia o l'altre per la pròpia tipologia contractual –contracte de serveis-, i per respecte al principi d'**organització empresarial**, per tal com resultava una contradicció i una font constant de problemes el fet d'haver de coordinar amb una empresa externa els horaris, les dedicacions, i els trasllats del personal a les parades d'inici i les recollides d'aquest al final de ruta.

I, més encara, si es valora des del punt de vista d'ordenació del servei i del règim disciplinari, quan en les circumstàncies del vell contracte no estava a les mans del contractista, sinó d'un tercer, adoptar els canvis i les mesures necessàries pel redreçar comportaments no idonis i per garantir el correcte funcionament del servei.

I conclou dient que l'aplicació de la normativa laboral en la matèria és inqüestionable, i la tipologia contractual exigeix la plena separació de mitjans de l'òrgan de contractació i del contractista en matèria de recursos humans.

Per a enjudiciar aquesta al·legació cal tenir en compte, per una banda, quin és l'objecte del contracte:

Clàusula 1.- DEFINICIÓ DE L'OBJECTE DEL CONTRACTE I CODIFICACIÓ CPV

L'objecte del contracte és la prestació del servei de transport escolar del Consell Comarcal del Maresme, per a dos cursos escolars més dues possibles pròrrogues, d'un curs escolar cadascuna d'elles. L'objecte del contracte es desglossa en els lots següents:

(.../...)

Les rutes de transport escolar inclouen la figura de l'acompanyant, que durà a terme la vigilància dels alumnes usuaris del servei durant l'estona que dura el trajecte de la ruta, des que els alumnes pugen en les seves parades d'origen fins a l'arribada al centre escolar, així com la vigilància en els trajectes de tornada, des de la sortida del centre escolar fins a l'arribada a les parades d'origen.

Per una altra, la clàusula 32 del PCAP, quant a la subrogació, estableix com a obligació essencial del contracte:

Clàusula 32.- OBLIGACIONS ESSENCIALS DEL CONTRACTE

- L'adjudicatari haurà de subrogar el personal que actualment presta el servei d'acompanyament (ANNEX III), d'acord amb l'article 38 del Conveni col·lectiu del sector del lleure educatiu i sociocultural de Catalunya (codi núm. 79002295012003).

(.../...)

I la clàusula 42 del PCAP regula la subrogació:

**Clàusula 42.- SUBROGACIÓ DEL PERSONAL QUE ACTUALMENT PRESTA EL SERVEI
D'ACOMPANYAMENT DE L'ALUMNAT**

Prèviament a l'entrada en vigor del present contracte, el servei d'acompanyament de l'alumnat usuari del servei de transport escolar s'havia prestat a través del personal contractat per l'empresa d'economia mixta SESMAR, SL.

Aquest servei es configura com una de les prestacions incloses entre les que són objecte del present contracte i el conveni laboral que s'aplica al personal que actualment el presta és el Conveni col·lectiu del sector de Lleure i sociocultural de Catalunya (codi núm. 79002295012003).

L'article 38 d'aquest conveni preveu l'obligació de subrogar, per part de l'empresa contractista, al personal adscrit a l'execució de la prestació en cas de canvi d'empresa adjudicatària del servei o continuadora de l'activitat. Així, correspondrà la subrogació del personal que actualment presta el servei de d'acompanyament de l'alumnat a través de SESMAR, SL, per part dels que resultin adjudicataris de la present licitació.

En aquest sentit, i donant compliment al que preveu l'article 130 de la LCSP, es fa constar que l'empresa d'economia mixta SESMAR, SL, amb CIF B65167686, actual prestatària del servei d'acompanyament a l'alumnat, ha facilitat a aquest Consell Comarcal les condicions dels contractes laborals dels treballadors afectats per aquesta licitació, i que caldrà subrogar per part dels nous contractistes, essent que els treballadors a subrogar i les condicions que els hi resulten d'aplicació, són les que consten degudament detallades a l'ANNEX III.

Vistes les al·legacions de les parts, cal estar a la redacció de l'article 130 de la LCSP que preveu:

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

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

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación,

indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.”

Ateses les al·legacions i les argumentacions de les parts, a mode de recordatori, cal incidir en les premisses que ha anat assentant aquest Tribunal amb ocasió dels diferents supòsits que ha enjudiciat (resolucions 262/2020, 145/2020 i 195/2019, per totes), i que s’han de tenir en compte en les licitacions públiques, juntament amb aspectes clau a observar en aquest supòsit específic, en concret:

- 1) La mesura de la subrogació laboral constitueix una obligació aliena a la contractació pública i excedeix de l'àmbit administratiu (Sentència de l'Audiència Nacional de 23 de gener de 2017).
- 2) La subrogació dels treballadors queda imposada, en el seu cas, per les normes legals, els convenis col·lectius o els acords de negociació col·lectiva (article 130 de la LCSP) respecte de la qual s'ha d'oferir informació en els plecs, però en cap cas limita la llibertat de l'òrgan de contractació per a delimitar l'objecte del contracte a les seves necessitats.
- 3) L'article 130 de la LCSP recull el criteri assentat en la jurisprudència i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals que ha vingut mantenint que els plecs reguladors de la licitació no poden crear ni establir la subrogació del personal que ve executant les prestacions objecte del contracte, ja que aquesta mesura depèn que sigui procedent segons la normativa laboral o els convenis col·lectius d'aplicació, i l'obligació dels plecs únicament queda circumscrita a informar les condicions laborals del personal que ve executant el contracte a fi que les empreses licitadores puguin conèixer-les i tenir-les en compte a l'hora d'elaborar les seves ofertes, per al cas que finalment tingui lloc la mesura de la subrogació laboral. La LCSP clarifica així la redacció que al respecte tenia la llei antecessora i el seu article 130.1 no ofereix marge de dubte que la subrogació laboral entrarà en joc, en el seu cas, si així resulta de la normativa legal o convencional de caràcter laboral, i que l'obligació dels plecs, en aquest sentit, és únicament informativa de les condicions del personal que ve prestant el servei.
- 4) La informació facilitada conforme l'article 130 LCSP no suposa prejudicar l'existència i l'abast de l'obligació de la subrogació, doncs la qüestió relativa a la subrogació dels treballadors és un tema estrictament laboral. Així, sempre que existeixi, si més no, l'aparença de què pugui existir aquesta obligació de subrogació, l'òrgan de contractació ha de requerir ex article 130 de la LCSP a l'empresa que estigui efectuant la prestació objecte del contracte, la informació de les condicions dels contractes dels treballadors, i ha de fer constar aquesta informació en el plec o en la documentació complementària. Mentre que el Tribunal s'haurà de limitar si, d'acord amb la informació publicada en els plecs, el CONSELL ha complert amb les exigències previstes a l'article 130 de la LCSP, qüestió que no és la plantejada per les recurrents.

- 5) La subrogació laboral no pot imposar-se a l'empresa contractista al marge de la normativa legal o convencional aplicable a l'àmbit laboral. La subrogació laboral no ve creada ni imposada pels plecs, amb la qual cosa, l'"obligació" prevista a la clàusula 32 del PCAP no neix dels plecs i estarà condicionada a si efectivament té lloc la subrogació per les raons abans exposades. En aquest sentit, també cal incidir que la "subrogació" no pot ser prevista: ni com a criteri d'adjudicació (Resolució núm. 183/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid –TACPM-, i Resolució núm. 87/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía –TARCJA-), ni com "condició especial en matèria de contractació" (com també es pronuncia la resolució esmentada Resolució núm. 87/2017 del TARCJA).
- 6) El coneixement i la resolució de les vicissituds que puguin afectar les condicions de subrogació entre l'empresa contractista i el personal que ve executant les prestacions, així com l'eventual discussió sobre l'aplicabilitat del conveni col·lectiu designat en el PCAP, constitueixen una matèria que queda residenciada en la competència dels òrgans administratius i judicials de l'àmbit laboral i social, ni tan sols a la jurisdicció contenciosa administrativa, ni als tribunals resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació.

Per tant, si té lloc la subrogació, s'han de facilitar totes les dades escaients a les que fa esment l'article 130 de la LCSP, això és: el conveni col·lectiu d'aplicació, els detalls de categoria, el tipus de contracte, la jornada, la data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador i els pactes aplicables als treballadors als qui afecti la subrogació; extrems als que únicament por entrar el Tribunal, com a òrgan "revisor".

Atès l'anterior, com sigui que l'al·legació plantejada al Tribunal ultrapassa les seves funcions revisores respecte a la clàusula 42 del PCAP, cal desestimar aquests retrets, en entendre que, si té lloc la subrogació, el CONSELL ha proporcionat determinada informació, el contingut de la qual, no ha estat qüestionada per les recurrents. I això sense perjudici de les apreciacions efectuades per aquest Tribunal respecte al sentit i redacció de la clàusula 32 del PCAP que s'haurà d'adequar, doncs la subrogació no pot concebre's com a obligació "via plecs", sinó, si és el cas, si així ho han previst les normes legals, els convenis col·lectius o els

acords de negociació col·lectiva, JA naixerà l'obligació de subrogació, però no perquè ho diguin els plecs, sinó els mitjans de continu esment. En conclusió, cal estimar parcialment aquesta al·legació.

DOTZÈ. En darrer terme, **AUDICA** al·lega que el règim de penalitats prevista a la clàusula 47 de la LCSP relativa als terminis i correcta execució del contracte, és desproporcional –per a incompliments tipificats com a lleus s'imposarà una penalització de multa fins a un 5% del preu del contracte; incompliments greus entre un 5 i un 7,5% del preu del contracte i per incompliments molt greus, la penalització fins a un 10%- i es constitueix com una via per abaratir-se el cost del servei, atès que són compensades directament amb els pagaments al contractista. I conclou que el règim sancionador previst a la clàusula 47 del PCAP hauria de ser objectiu i vinculat a la naturalesa real del dany ocasionat amb l'incompliment i no única i exclusivament al preu del contracte.

El **CONSELL** defensa la redacció donada a la clàusula 47 del PCAP de conformitat amb l'article 192 de la LCSP i afirma que òbviament, prèvia imposició d'aquestes penalitats, el CONSELL iniciaria un procediment en el que el contractista tindria l'opció d'al·legar el que estimi necessari en defensa dels seus interessos i, en tot cas, la imposició de penalitat estaria degudament motivada, justificada i ponderada, atenent al perjudici causat i a la intencionalitat del contractista.

Finalment rebutja que la finalitat de la configuració de les penalitats sigui l'abaratiment del cost del servei, sinó que la finalitat és que els contractistes donin compliment al contracte i per això estableix les penalitats.

La redacció de la clàusula 47 controvertida del PCAP defineix les conductes constitutives dels diferents tipus d'incompliments per, a continuació, indicar les penalitats que es qüestionen en el recurs d'AUDICA:

Clàusula 47.- COMPLIMENT DELS TERMINIS I CORRECTA EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

L'empresa contractista està obligada a complir el termini total d'execució del contracte i els terminis parcials fixats, en el plec de prescripcions tècniques i en la plica del contractista, si escau.

Si l'empresa contractista incorregués en demora respecte del compliment dels terminis total o parcials, per causes que li siguin imputables, el Consell Comarcal del Maresme podrà optar, ateses les circumstàncies del cas, per la resolució del contracte amb pèrdua de la garantia o per la imposició de les penalitats, en la forma i condicions establertes en els articles 192 i ss de la LCSP.

(.../...)

Independentment del rescabament per danys i perjudicis, en cas d'incompliment que no produeixi resolució del contracte, el Consell Comarcal podrà aplicar les penalitzacions següents:

- a) Incompliments molt greus: penalització o multa de fins a un 10% del preu del contracte, entès com a import d'adjudicació per lot.
- b) Incompliments greus: penalització o multa de més d'un 5% fins a un 7,5 % del preu del contracte.
- c) Incompliments lleus: penalització multa de fins a un 5 % del preu del contracte.

El total de les penalitats a imposar no podrà superar el 50% del preu del contracte.

En la tramitació de l'expedient, es donarà audiència al contractista perquè pugui formular al·legacions en el termini de deu dies hàbils. L'òrgan competent per imposar penalitats derivades de l'incompliment serà l'òrgan de contractació, a proposta del responsable del contracte.

L'import de les penalitzacions per demora i de les multes es farà efectiva mitjançant la seva deducció en els documents comptables de reconeixement de l'obligació.

El Consell Comarcal podrà aplicar l'import o retardar el pagament de les factures, totalment o parcialment, en compensació de deutes del contractista, per raó del contracte i amb independència dels danys i perjudicis que pugui reclamar.

Els articles 192 a 194 de la LCSP regulen la imposició de penalitats:

“Artículo 192. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

2. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

3. Los pliegos reguladores de los acuerdos marco podrán prever las penalidades establecidas en el presente artículo en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo marco y de los contratos en él basados.

Artículo 193. Demora en la ejecución.

1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

4. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

5. La Administración tendrá las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese

previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Artículo 194. Daños y perjuicios e imposición de penalidades.

“1. En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios.

2. Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos.(el subratllat és nostre).

Doncs bé, des del punt de vista revisor, aquest Tribunal no percep que les penalitats controvertides s'apartin d'allò previst a la LCSP:

- Les quanties màximes respecten el 10% del preu del contracte i és aquest el paràmetre a tenir en compte i no el dany comès com apunta AUDICA. De nou en aquest punt, no es pot pretendre obviar el que diu la llei, i de manera molt clara.
- La pròpia clàusula 47 de la LCSP es remet a l'article 192 i següents de la LCSP respecte a la imposició, la forma i condicions de les penalitats. Per tant, no es percep que sigui una redacció *contra legem*, si més no, respecte als extrems controvertits per AUDICA.

Tampoc el Tribunal pot compartir la tesi relativa que la imposició de les penalitats és per tal d'abaratir el cost del servei, sense cap més argumentació. Per la qual cosa, ha d'estar al disseny efectuat pel CONSELL d'aquests mitjans “coercitius” o de “pressió” previstes per l'òrgan de contractació dins de l'àmbit del dret contractual (Sentència del Tribunal Suprem – TS- de 30 d'octubre de 1995 i 6 de març de 1997) en exercici dels poders de direcció, inspecció i control que té atribuïts per donar compliment a l'objecte del contracte, més quan es tracta de serveis com el que és el del transport d'escolars, per tal de garantir la correcta prestació del servei i la seguretat que comporta, i tot això, en garantia de l'interès públic.

Dit això, i respecte a les propostes d'AUDICA pel que fa a la redacció i la previsió de les penalitats del “règim sancionador”; val a dir que la imposició de les penalitats no tenen

naturalesa sancionadora, sinó com s'ha indicat, són mitjans coercitius que responen a una concepció civil a mode de clàusula penal ex l'article 1.152 del Codi civil (StTS de 6 de març de 1997 i 18 de maig de 2005) en la que es predica el principi de presumpció de culpa en el contractant que no compleix amb allò pactat –caràcter dels plecs acceptats com la *lex inter partes*- o incorre en algun defecte en el seu compliment (StTS de 21 de novembre de 1988), responen al principi de llibertat de pactes reconegut en la normativa de contractació pública (Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya núm. 5/2002).

En definitiva, cal desestimar aquesta al·legació efectuada per AUDICA.

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

ACORDA

1.- ESTIMAR parcialment el recurs especial en matèria de contractació presentat per A.S.T., en nom i representació de l'ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA (recurs N-2021-0370) contra els plecs que han de regir el contracte del servei de serveis de transport escolar del CONSELL COMARCAL DEL MARESME (expedient 959/2021), en el sentit exposat en els fonaments de dret.

2.- ESTIMAR parcialment el recurs especial en matèria de contractació presentat per M.J.R.D, en nom i representació de la FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA D'AUTOTRANSPORT DE VIATGERS (recurs N-2021-0372), contra els plecs que han de regir el contracte del servei de serveis de transport escolar del CONSELL COMARCAL DEL MARESME (expedient 959/2021), en el sentit exposat en el fonament de dret onzè.

3.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 15 de setembre de 2021, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.

4.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

5.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta resolució.

6.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 5 d'octubre de 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta