

Barcelona, 23 de març de 2022

Resolució: 67/2022 (recurs N-2022-0041)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.E.A., en nom i representació de l'empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, SA (CAF), contra l'exclusió de la seva proposició del contracte de construcció i subministrament de 10 unitats de tren elèctriques de longitud màxima 100 m i capacitat per a 600 persones, per la circulació del servei R- Aeroport, a la Línia Sant Andreu-Aeroport, licitat per FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (expedient CONTR/2021/0000000008), aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'anunci previ de la licitació de referència es va publicar el dia 20 de gener de 2021 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S713 i el 2 de març de 2021 es va publicar en el perfil de contractant de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (en endavant, FGC) allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual. Es tracta d'un contracte de subministraments que engloba:

A. Objecte de contracte.

L'objecte és la contractació de la construcció, subministrament i manteniment de 10 unitats de tren elèctriques longitud màx. 100m i capacitat per sis-cents persones incloent el servei de manteniment integral, per a la circulació del servei R-Aeroport a la línia Sant Andreu- Aeroport.

La prestació es desglossa en:

1. Construcció i subministrament de:
 - 10 unitats de tren elèctriques de longitud màxima 100 m i capacitat per 600 persones; amb les corresponents peces de parc (equivalents al valor del 70% d'un tren) per a circulació del servei R-Aeroport, a la línia Sant Andreu- Aeroport,
2. Manteniment integral de les unitats de tren per un període de 15 anys:
 - 10 unitats de tren elèctriques del servei R- Aeroport en taller ubicat dins la província de Barcelona

I que es licita mitjançant procediment restringit.

El contracte no està lotitzat sobre la base:

A1. Desglossament de l'objecte. Distribució en lots.

Aquesta licitació es compon d'un sol lot, essent les prestacions a contractar un tot que ha de ser tractat de forma conjunta i global. La divisió en lots podria comportar el tractament dels diferents elements que componen l'objecte de forma diferenciada i no integrada, afectant a l'objectiu i finalitat del projecte, així com a la visió integradora i global que precisen els treballs descrits.

D'entre les preguntes efectuades en la primera ronda de preguntes l'1 d'abril 2021, destaca la pregunta i la resposta següent (document núm. 45) i publicada al perfil de contractant¹ (document núm. 46):

UT311-TQA-008	<p>PCAP - Pliego de condiciones particulares A.1 Opciones relativas a l'adjudicacion del contrato</p> <p>En el apartado indicado se establece que para poder presentar propuesta en la opción 2 es necesario disponer de las instalaciones en la provincia de Barcelona en cualquiera de los regimenes indicados y con las condiciones indicadas (conexión con la red de ADIF de rodalies de Calauya) de cara a poder realizar el mantenimiento. Podrían indicarnos la documentación acreditativa que debe entregarse en la oferta para demostrar que se disponen de las instalaciones bien en propiedad, en arrendamiento o en acuerdo?</p>	<p>Documentación valida que demuestre estar en vias de posesion o alquiler de las instalaciones (acuerdo, preacuerdo, compromiso, título acreditativo de la propiedad...).</p>
---------------	--	---

A la licitació es van presentar les empreses:

- PATENTES TALGO, SLU (en endavant, TALGO).
- CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES (en endavant, CAF).
- ALSTOM TRANSPORTE, SA (en endavant, ALSTOM).
- STADLER RAIL VALENCIA, SAU (en endavant, STADLER).

SEGON. Una vegada obertes les proposicions corresponents als criteris automàtics mitjançant sessió de la mesa de contractació de 12 de juliol de 2021 (document núm. 58), es va detectar com a incursa en presumpció d'anormalitat l'oferta de CAF. Tramitada la corresponent peça contradictòria de justificació de les ofertes, es va determinar que de la documentació aportada no quedava acreditada la viabilitat de la seva oferta. La mesa de contractació va elevar aquesta proposta a l'òrgan de contractació.

¹ Al respecte, cal recordar a FGC que de conformitat amb l'article 63. 1 *in fine* 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 (LCSP): "Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información".

En data 16 de setembre de 2021, l'òrgan de contractació va resoldre, entre d'altres extrems, l'exclusió de CAF de la licitació d'acord amb la motivació expressada en l'informe corresponent (document núm. 67). També va excloure a l'empresa STADLER per no complir amb les condicions tècniques essencials mínimes corresponents a l'opció 2 prevista a la licitació (en concret, no haver acreditat, en la seva oferta, disposar de les instal·lacions on realitzar el manteniment). Així mateix, s'indica que l'empresa millor classificada és ALSTOM i es disposa que s'obri el termini per a l'aportació de la documentació requerida i que, una vegada transcorregut el termini i verificat el contingut de la documentació, s'adjudiqui el contracte al seu favor.

Aquest acte va ser objecte de publicació al perfil de contractant de FGC i de notificació a les interessades en data 16 de setembre de 2021 mitjançant correu electrònic.

TERCER. En data 17 de setembre de 2021, CAF va sol·licitar l'accés a l'expedient, en concret va sol·licitar còpia completa de l'expedient i còpia de: (i) l'acta de la mesa de contractació designada pel procediment de data 13 d'agost de 2021, (ii) informe tècnic de valoració elaborat de data 13 d'agost de 2021, (iii) propostes/ofertes completes de tots els participants en la licitació (iv) i qualsevol altre informe relacionat amb els anteriors i que consti en l'expedient.

Prèvia consulta a la resta d'empreses sobre la confidencialitat de llurs ofertes, FGC va emetre una resolució d'accés a l'expedient (document núm. 86), va efectuar la citació de l'accés a CAF pel dia 4 d'octubre de 2021 (document núm. 85), produint-se aquell mateix dia la recollida de la documentació per part de CAF (document núm. 87).

QUART. En data 7 d'octubre de 2021, CAF va enviar per correu electrònic al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), avís de la presentació del recurs especial en matèria de contractació (N-2021-0455) en una oficina de Correus contra l'esmentada resolució de l'òrgan de contractació que l'exclou de la licitació del contracte referenciat. El 8 d'octubre de 2021 va tenir entrada efectiva el recurs prèviament comunicat al Tribunal davant el registre del Departament d'Economia i Hisenda, sobre la base de la nul·litat de la seva exclusió i sol·licitava la retroacció de les actuacions fins que es donés accés complet i còpia a l'expedient administratiu.

CINQUÈ. Tramitat el procediment del recurs de conformitat amb l'article 56 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 (LCSP) i atorgat en termini per fer alegacions l'1 de desembre de 2021 a les empreses licitadores, dins de termini van presentar escrit, per una banda, l'empresa ALSTOM en què defensava l'actuació efectuada per FGC i, per l'altra, STADLER focalitzant la seva defensa en el caràcter confidencial de la seva oferta tècnica atès que considerava que no era imprescindible l'accés atès que va ser exclosa per no complir amb les condicions tècniques essencials.

Mitjançant Resolució núm. 382/2021, de 21 de desembre, es va estimar el recurs de CAF (N-2021-0455) en el sentit de l'anul·lar de l'acte d'exclusió recorregut i la retroacció d'actuacions al moment del càlcul de la mitjana aritmètica de la possible existència d'ofertes anormals en el sentit abans exposat, per tal que es continués amb la tramitació de la licitació en el sentit que, de trobar-se CAF en presumpció d'anormalitat per una pretesa inviabilitat de la seva oferta econòmica, s'obris la peça contradictòria d'anormalitat ex article 149 de la LCSP tot procurant, a més de l'exposat en el fonament jurídic vuitè de la Resolució, que el requeriment fos el més concret possible i, en el cas que els retrets d'FGC se centressin en un possible error o incongruència que fes inviable alguna oferta, es dilucidessin a través de l'expedient contradictori corresponent.

SISÈ. En data 27 de desembre de 2021, l'òrgan de contractació d'FGC va resoldre deixar sense efecte la resolució d'exclusió l'oferta de CAF i va retrotraure les actuacions.

SETÈ. D'acord amb l'acta de 5 de gener de 2021 (document núm. 93), la mesa de contractació va acordar elevar la proposta a l'òrgan de contractació l'exclusió de les proposicions d'STADLER i de CAF per no complir amb les condicions tècniques essencials mínimes corresponents a l'opció 2 previstes a la licitació ("en concret no disposen de les instal·lacions on realitzar el manteniment, en els terminis previstos a la licitació") assumint les conclusions de l'informe de valoració de les propostes emès per l'equip intern d'FGC de 4 de gener de 2022 (document núm. 92). En concret consta en l'informe que (i) amb la realització d'un nou càlcul de la mitjana aritmètica per al càlcul de les possibles propostes amb valors anormalment baixos va abocar a què cap de les ofertes de les tres empreses que continuaven en la licitació

entressin dins dels paràmetres fixats en la licitació per poder incloure en possibles valors anormalment baixos i (ii) de la comprovació prèvia del compliment de totes les empreses licitadores de les condicions obligatòries i necessàries previstes a la licitació per poder presentar oferta respecte a l'opció 2, això és, la relativa a la disponibilitat de taller on realitzar els serveis de manteniment; analitzades les tres ofertes, es va considerar que les ofertes presentades per les empreses STADLER i CAF, respectivament, no complien amb el requisit necessari per poder presentar proposta respecte l'opció 2, *“al no disposar de les instal·lacions on realitzar els treballs de manteniment”*.

Consta la publicació d'aquest informe en el perfil de contractant (document núm. 95).

VUITÈ. En data 19 de gener de 2022, la presidenta de FGC va resoldre excloure les empreses CAF i STADLER (document núm. 94), respectivament, per no complir amb les condicions essencials mínimes exigibles en la licitació per poder presentar oferta en relació a l'opció 2, en concret, no disposar de les instal·lacions on realitzar els treballs de manteniment.

Aquesta resolució va ser notificada mitjançant correu electrònic a les dues empreses (documents núm. 98 i 99) i publicada en el perfil de contractant el 20 de gener de 2022.

NOVÈ. En data 24 de gener de 2022, CAF va presentar escrit sol·licitant l'accés a l'expedient incloses les ofertes de la resta d'empreses licitadores (document núm. 102). En data 3 de febrer de 2022, FGC va citar-la per a comparèixer el 7 de febrer de 2022 i en aquella data es va realitzar l'accés de l'expedient (document núm. 107). Consta també la Resolució d'FGC de la declaració de confidencialitat de la documentació.

DESÈ. En data 9 de febrer de 2022, l'empresa CAF va presentar davant el Departament d'Economia i Hisenda i dirigit al Tribunal recurs especial contra la seva exclusió. Fonamenta el recurs sobre la base de:

- a) La necessària retroacció de les actuacions fins que es doni accés complet i còpia de l'expedient administratiu, amb l'única excepció dels documents la confidencialitat dels quals estigui suficientment justificada de forma individual.

Vulneració del principi de transparència i publicitat que ha derivat a la vulneració del dret de defensa de CAF.

- b) La nul·litat de la resolució recorreguda, atès que contravé les disposicions del PCAP que regula la licitació i la doctrina dels actes propis per part d'FGC.

I sol·licita al Tribunal que declari la inadequació a dret de la resolució impugnada, la revoqui o la deixi sense efecte per entendre que aquesta resolució contravé el PCAP, la retroacció de les actuacions al moment de valoració de les ofertes, inclosa la de CAF, que haurà de realitzar-se aplicant els criteris de valoració segons allò previst en el PCAP, resultant la licitació a favor de CAF. Subsidiàriament, declari la inadequació a dret de la de la resolució impugnada, la revoqui o la deixi sense efecte per entendre que infringeix els actes propis, la retroacció de les actuacions al moment de valoració de les ofertes, inclosa la de CAF, que haurà de realitzar-se aplicant els criteris de valoració segons allò previst en el PCAP, resultant la licitació a favor de CAF.

ONZÈ. Derivat el recurs al Tribunal el 10 de febrer de 2022, aquell mateix dia la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a FGC i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la 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 (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 (RD 814/2015).

En data 22 de febrer de 2022, va tenir entrada en el Tribunal part l'expedient de contractació i l'informe de l'òrgan de contractació amb què, i) prèvia reflexió de la finalitat del recurs especial en matèria de contractació i possible imposició de sanció/penalització si el Tribunal aprecia una finalitat diferent a la defensa dels propis interessos de CAF i (ii) fixació de l'objecte del recurs, (iii) emfatitza que únicament han de ser objecte de valoració en aquest recurs aquells arguments que CAF pugui utilitzar per defensar la seva exclusió basada només en les condicions relatives a la disponibilitat de les instal·lacions on realitzar els treballs de manteniment, defensant l'aplicació i la interpretació efectuada de la condició de l'opció 2 per FGC i l'exclusió de CAF perquè de la revisió de la documentació aportada per CAF va comprovar no disposava en el moment de presentar l'oferta de cap proposta en ferm, objectiva i concreta que li permetés assegurar que disposaria de les instal·lacions requerides, doncs no

va aportar cap compromís ni títol vàlid que evidenciés que complia amb els requisits del plec, (iv) demana la inadmissió de la documentació nova aportada per CAF perquè no es va aportar en el moment de presentar la seva oferta, (v) defensa l'accés efectuat, d'acord amb l'article 52 de la LCSP, amb els únics límits previstos per la confidencialitat protegida de les ofertes que es regula a l'article 133 de la LCSP i (vi) informa que ALSTOM va justificar que disposa de les instal·lacions en les condicions previstes en la licitació i dona compliment al requisit de disponibilitat exigint en el plec.

En data 10 de març de 2022, es va completar la tramesa de l'expedient per part d'FGC a requeriment del Tribunal.

DOTZÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, va fer ús del tràmit les empreses: ALSTOM, oposant-se a les al·legacions de CAF, defensant la seva oferta i sol·licitant desestimació del recurs i STADLER que manifesta que el Tribunal ha de procedir a admetre novament les ofertes de CAF i d'STADLER perquè sobre ambdues han operat la mateixa exclusió.

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.

SEGON. El contracte de referència és, atès el seu valor estimat de **187.000.000 euros**, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1.b) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra l'exclusió de CAF del contracte, que és un acte expressament previst per l'article 44.2.b de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb l'article 48 de la LCSP, així com també l'article 16.2 del Decret 221/2013, amb les particularitats que s'indiquen en el fonament jurídic vuitè respecte de les al·legacions envers a l'oferta d'ALSTOM.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, i atesa la pretensió de la part actora, 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 50/2021, 191/2020, 364/2019, 355/2019, 342/2019, 310/2019, 303/2019, 270/2019, 260/2019, 240/2019, 202/2019, 174/2019, 166/2019, 162/2019, 141/2019 i 130/2019 d'aquest Tribunal; 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).

Així, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i els seus òrgans d'assistència i assessorament, que són els competents per dictar els actes i informes corresponents en el decurs del procediment de contractació (per totes, en supòsits substancialment idèntics al present, resolucions 15/2018 i 10/2018). Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Així mateix, també és criteri constant aquell segons el qual en l'apreciació de les característiques tècniques de les ofertes i de la documentació d'aquest caire que les acompanya entra en joc el factor de la discrecionalitat tècnica de l'administració, la qual limita les facultats revisores d'aquest Tribunal, que no pot entrar a corregir amb criteris jurídics qüestions que són d'apreciació eminentment tècnica. Això afecta al que la jurisprudència ha vingut denominant com el "nucli material de la decisió" (entre d'altres, resolucions 93/2018, 54/2018, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122/2015, 88/2015, 82/2015 i 120/2014).

Ara bé, això no significa que aquestes qüestions de caràcter tècnic restin fora del control de legalitat ni que la discrecionalitat tècnica de l'administració sigui absoluta. En aquests casos, la funció revisora del tribunal queda circumscrita als aspectes formals de competència i procediment, de compliment de la normativa i els plecs que regeixen la licitació i de motivació dels actes per tal de dilucidar si hi concorre arbitrietat, discriminació, manca de força en les argumentacions o error patent d'apreciació (a més de les ja citades, resolucions 182/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016 i 82/2016, que incorporen alhora jurisprudència europea i doctrina d'altres tribunals de recursos contractuals).

Adicionalment, en l'exercici d'aquesta funció revisora, el Tribunal ha d'estar a allò constatat efectivament per l'òrgan de contractació atès que els actes dels poders adjudicadors disposen de la presumpció de validesa, certesa, encert i legalitat, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (per totes, les resolucions 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017 del Tribunal). En aquesta

mateixa línia, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013 (Roj. SAN 2420/2013) va afirmar que:

“(...) a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento “ad hoc” del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente del perito de parte.”

En aquest sentit, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori (per totes, resolucions 112/2021, 520/2017, 448/2016 i 456/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-). En concret, la darrera d'aquestes resolucions afirma el següent:

“Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. (.../...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie adicionalmente error material, ni arbitrariedad o discriminación.”

D'igual manera s'ha pronunciat reiteradament el Tribunal, establint, entre moltes altres, en la Resolució 170/2017, que:

“En efecte, seguint la doctrina imperant i, tal com aquest Tribunal ha assentat en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 133/2013, 141/2013, 78/2014 i 125/2014, que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que, en els assumptes de caràcter tècnic, aquest Tribunal no pugui comprovar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre el licitadors, s'ha incorregut en un error patent o que s'hagi pogut produir cap infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes i concloure la inviabilitat de l'oferta analitzada. Si no hi ha cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, l'anàlisi tècnica s'emmarca dins de la discrecionalitat de l'administració i aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de

la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable. Aquesta és la voluntat del legislador per confrontar les opinions de les parts i evitar una possible arbitrietat en l'actuació de l'administració mitjançant el seu control jurisdiccional.”

Per tant, atès que els informes tècnics estan dotats d'una presumpció de certesa i legalitat, en contra d'aquests només hi cap una prova suficient que demostrï que són manifestament erronis o que s'hagin dictat en clara discriminació dels licitadors. Per tant, aquest Tribunal ha de limitar-se a comprovar si s'ha seguit els tràmits procedimentals i de competència, si s'ha incorregut en error material i si s'han aplicat formulacions arbitràries o discriminatòries.

Ultra això, per analitzar les qüestions controvertides, cal partir del fet que, els plecs rectors de la licitació, en aquesta qüestió, no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant, en aquest sentit, van esdevenir *lex inter partes*, de manera que les seves previsions al respecte van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació ex article 139.1 de la LCSP, com a l'òrgan de contractació, qui ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 132 de la LCSP (per totes, les resolucions 112/2021, 218/2018, 107/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016, en consonància amb la jurisprudència -per totes, sentències del Tribunal Suprem de 9 d'octubre de 2019, 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals, com ara, també per totes, les resolucions 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017 del TACRC, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores).

Al seu torn, cal recordar que correspon a l'òrgan de contractació en la determinació de les característiques de les ofertes licitadores compleixen les previsions dels plecs, hi juga també el factor de la potestat d'interpretació dels plecs, la qual resta sotmesa al control dels tribunals en la mesura que s'hi adverteixi error, obscuritat o contradicció amb l'objecte i finalitat del contracte (per totes, resolucions 355/2021, 112/2021, 218/2018, 4/2018, 170/2017, 168/2017, 24/2017, 78/2016, 211/2015 i 115/2015).

Davant això cal dir, d'una banda, que en la interpretació dels plecs és possible l'aplicació supletòria de les normes del Codi civil, l'article 1.281 del qual estableix que si el termes del contracte són clars i no deixen lloc a dubtes sobre la intenció dels contractants, caldrà estar al sentit literal de les seves clàusules, recollint així el principi *in claris non fit interpretatio* (a

més de les ja citades, resolucions 78/2016, 29/2016, 1/2016, 78/2015, 53/2015, 179/2014 i 1/2013, entre d'altres, i sentències del Tribunal Suprem de 13 de maig de 1982, de 8 de juny de 1984 i de 19 març de 2001).

Adicionalment, i a propòsit de les al·legacions suscitades pel recurs, cal recordar que és doctrina reiterada aquella segons la qual resulta procedent l'exclusió d'una oferta quan presenti un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (per totes, les resolucions 54/2017, 32/2016, 185/2015 i 20/2014 d'aquest Tribunal, i 480/2018 del TACRC).

Així, les exigències dels plecs han de ser interpretades de manera que no suposin obstacles injustificats als principis generals que guien la contractació pública recollits a l'article 1 de la LCSP. En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 132 de la LCSP quan exigeix que els òrgans de contractació han de donar als candidats i licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació al principi de transparència.

Per tant, no qualsevol incompliment ha de suposar automàticament l'exclusió, sinó que ha d'encabir-se en alguna de les causes recollides en la normativa, han d'interpretar-se d'acord amb els principis d'igualtat i concurrència, i sempre ha de suposar la impossibilitat de l'adequada execució de l'objecte del contracte (a més de les ja citades, resolucions 107/2018 i 51/2018 del Tribunal i 898/2016, 815/2014 i 613/2014 del TACRC).

SETÈ. Entrant en el fons de l'assumpte, la pretensió principal de **CAF** és l'anul·lació de la resolució d'FGC per la qual se l'exclou bé perquè vulnera el PCAP bé, de manera subsidiària, perquè infringeix la doctrina dels actes propis de l'òrgan. En concret, al·lega quant a la seva exclusió, la nul·litat de la resolució recorreguda, atès que contravé les disposicions del PCAP que regula la licitació.

La defensa de CAF es focalitza en la redacció de l'apartat A.1 del PCAP i afirma que l'òrgan de contractació modifica de manera interessada el temps verbal de l'obligació relatiu a la disposició de les instal·lacions, doncs el PCAP preveu l'expressió "*hauran de disposar*" (compromís de futur), mentre que a la resolució impugnada consta "*disposar*" (obligació en present), modificant substancialment el moment de compliment d'aquesta obligació prevista en el PCAP que, d'acord amb la doctrina que cita i exposa, esdevé la *lex inter partes*. Per tot

això, retreu el fet que s'exigeixi que en el moment de presentar l'oferta s'acrediti disposar del taller en la província de Barcelona.

Continua al·legant el fet que FGC forci unilateralment la interpretació del PCAP contrària al seu tenor literal per excloure-la per segona vegada i poder adjudicar el contracte a una determinada empresa.

l'exposa que, a la vista de la configuració del plec, la necessitat de disposar de les instal·lacions sorgeix únicament en el moment d'executar el contracte d'acord amb el que consta en l'apartat A2, això és, no abans de 36 mesos des de la signatura del contracte, la qual cosa permet un termini suficient a CAF per a complir el compromís a futur presentat amb l'oferta de disposar d'un taller en la província de Barcelona. Afegeix que l'exigència d'obligar al licitador que en el moment de presentar l'oferta disposi d'un taller en la província de Barcelona, on es realitzarà el manteniment, comporta (i) la vulneració de les normes sobre competència, lliure prestació de serveis, llibertat d'establiment i selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa –doncs s'adjudicarà a l'oferta més cara–, així com l'article 1 de la LCSP, a més que (ii) no té sentit quan el PCAP contempla que FGC pugui disposar de tallers abans de l'adjudicació del contracte i, en aquest cas, el manteniment es realitzaria en els tallers d'FGC.

Continua al·legant que la redacció de l'apartat 1 opció 2 del PCAP en fer referència a la propietat, arrendament, acord, entre d'altres, deixa totalment oberta la possibilitat d'aportar qualsevol mitjà. Dit això, afirma que CAF va presentar un compromís de futur adjuntant la comunicació tramesa per ADIF oferint un terreny per construir un taller en determinada localitat, compromís que no era abstracte, sinó que identificava expressament la ubicació concreta i les característiques que tindria el taller d'acord amb les exigències del PCAP. A més, afegeix que atesa la trajectòria de CAF, és capaç dins del termini del PCAP d'obtenir els permisos necessaris per part d'ADIF per a poder construir aquest taller en temps i forma.

Al seu torn, **FGC** defensa l'aplicació i la interpretació efectuada de la condició de l'opció 2 atès que amb la presentació de l'oferta les empreses licitadores havien de donar compliment al requisit relatiu que les instal·lacions, requisit que, al seu parer és "de fàcil compliment" per qualsevol empresa dedicada al negoci ferroviari atès el ventall d'opcions existents en el mercat que especifica, tot rebutjant la interpretació que efectua CAF "de futur".

Informa que les condicions fixades en el PCAP de la licitació estaven definides de forma prou àmplia i còmoda perquè qualsevol empresa dedicada al sector ferroviari, pogués complir amb

les exigències de la licitació en relació a l'opció 2. Així, l'exigència del plec no requeria disposar d'un terreny en propietat o en arrendament, sinó era suficient disposar d'un acord, preacord o compromís.

Tanmateix, exposa que de la revisió de la documentació aportada per CAF va comprovar que no complia amb cap de les àmplies opcions indicades, ja que no va acreditar disposar de cap acord, compromís o preacord. Per tant, explica que l'incompliment no deriva pel fet que la disponibilitat de les instal·lacions fos en un futur (quan s'iniciïn els treballs de manteniment, com indica la recurrent) sinó perquè que CAF no disposava en el moment de presentar l'oferta de cap proposta en ferm, objectiva i concreta que li permetés assegurar que disposaria de les instal·lacions requerides i, en conseqüència, FGC va considerar que no complia amb les obligacions del plec.

En concret, respecte de la documentació aportada per CAF, explica que el correu electrònic aportat per justificar la disponibilitat, per sí mateix, no dona compliment a les exigències del plec, doncs només evidencia que CAF podria esdevenir adjudicatària en tant ADIF indica que disposa d'un terreny i que podria en un futur tramitar un procediment de licitació per al seu ús. D'acord amb això, retreu que d'acord amb el contingut del correu controvertit, no comporta que l'adjudicatari sigui CAF, doncs en el procediment públic al que es podria presentar qualsevol empresa i del que no es pot assegurar que fos adjudicatària CAF. Afegeix que aquesta condició requereix: primer que ADIF liciti un procediment per fer ús de la instal·lació (licitació que a dia d'avui no s'ha convocat) i que sigui adjudicatària CAF, fet que és impossible d'assegurar, tractant-se d'un procediment públic de licitació. I conclou que CAF no compleix perquè aquesta proposta d'ADIF no és un acord, una promesa o un compromís a favor de CAF de disposar de les instal·lacions en règim de propietat, arrendament, acord, preacord o compromís d'utilització. Per tot això, i amb esment a diversa doctrina, defensa l'exclusió de CAF i la seva decisió atesos els problemes que li comportaria el fet d'iniciar l'execució del contracte de manteniment i no disposar del temps/període necessari per licitar/adjudicar un nou contracte en cas de no tenir aquestes instal·lacions.

Ultra això, afirma que els plecs eren clars i que els licitadors eren coneixedors de l'abast i les condicions de la licitació amb una antelació àmplia i suficient a la presentació d'ofertes i que les van acceptar, tot defensant la configuració de la condició doncs el servei de manteniment s'ha de realitzar a una distància necessària perquè les unitats de tren puguin ser mantingudes i continuar amb la prestació del servei. I retreu que CAF confon la "territorialitat" de determinades clàusules que s'incorporen en altres procediments de licitació, amb les

condicions necessàries d'un contracte de servei públic de transport ferroviari, les quals exigeixen, en tot cas, disposar d'un servei de manteniment de les unitats de tren amb proximitat a la línia per on transcorre el servei i, en aquesta licitació, sosté que l'exigència del plec relativa a que les instal·lacions estiguin properes a la zona en la que es presta el servei de transport és necessària i imprescindible en aquest tipus de contractes doncs el servei només es pot prestar en la zona territorial en la que es realitza el servei de transport.

Quant a la pretesa vulneració del principi de la selecció a l'oferta econòmica més avantatjosa a la que es refereix l'article 1 de la LCSP, defensa que aquest principi ja no s'interpreta com l'oferta més econòmica, sinó aquella amb un major balanç entre la part qualitativa i la part econòmica.

Pel que fa al retret que FGC hagi volgut afavorir a una determinada empresa, sosté que no té base ni fonament ni en la documentació que integra la licitació, les condicions de les quals compleixen amb els principis rectors de la LCSP, ni en documentació o prova que hagi aportat CAF en l'escrit. Exposa que les condicions fixades en la licitació afavorien la presentació d'ofertes per part de qualsevol empresa dedicada al negoci ferroviari, sense que s'impugnessin, i havent-se presentat totes les empreses a les dues opcions, acceptant tots els requisits previstos al plec. I defensa que les tres empreses licitadores que van continuar en la licitació, són actualment prestadores de serveis a FGC.

Quant a la pretesa vulneració de la doctrina dels actes propis per part d'FGC, al·lega que CAF coneixia que la seva proposta no complia amb les condicions de la licitació des la seva exclusió anterior, a més del fet que mitjançant la resolució d'FGC de 16 de setembre de 2021 ja es va excloure la proposta d'STADLER, els arguments de la qual, mantenen la mateixa línia d'exclusió que l'exclusió actual de CAF, ja que STADLER va presentar una documentació semblant a la que CAF va aportar per "justificar" el requisit de la disponibilitat de les instal·lacions. Per tant, sosté que els mateixos arguments que serveixen per motivar l'exclusió de CAF eren perfectament coneguts per aquesta empresa i no van ser rebutats ni impugnats ni per CAF, ni per STADLER, el que confirma que no es van oposar a aquesta motivació/justificació d'exclusió, sense que el fet que en l'anterior exclusió no es fes referència als motius relatius a l'incompliment de les condicions relatives a la disponibilitat de les instal·lacions, no permet validar la proposta de CAF.

I conclou que FGC no pot admetre una proposta que va contra el principi de legalitat doncs vulnera la llei del contracte que és el PCAP, amb independència del moment de detecció del

mateix, per això, afirma que una vegada identificat l'incompliment, s'ha de procedir d'acord amb les normes del procediment previstes a la llei i, per tant, amb l'exclusió de la proposta que no compleix, en aquest cas, CAF. I indica que perquè sigui d'aplicació la doctrina dels actes propis, s'exigeix que siguin inequívocs, en el sentit de crear, definir, fixar, modificar, extingir o aclarir sense dubtes una determinada situació jurídica que afecti al seu autor. Dit això, exposa que els tribunals han establert que en el cas de què existeixi causa d'exclusió, el fet de que la proposta no s'hagi exclòs, no comporta que no ho hagi de ser posteriorment, doncs la doctrina dels actes propis no pot ser contrària als principis de legalitat i confiança legítima.

Quant a l'oferta presentada per ALSTOM, defensa que l'empresa ha presentat una documentació que acredita disposar, amb títol de propietat, unes instal·lacions amb les característiques necessàries per executar els serveis de manteniment; i que amb la seva proposta aporta més documentació relativa a les condicions de les instal·lacions; documentació que ha declarat d'aquesta té caràcter confidencial en part, considerant-la part del secret empresarial del seu negoci. I afirma que ALSTOM justifica que l'empresa disposa de les instal·lacions en les condicions previstes en la licitació i dona compliment al requisit de disponibilitat exigint en el plec, mentre que CAF no va aportar cap compromís ni títol vàlid que complís amb els requisits del plec.

Durant el període d'al·legacions l'empresa **ALSTOM** també ha presentat escrit en el que al·lega, en síntesi, que:

- La recurrent pretén que se li atorgui per la via del recurs allò que no va aconseguir amb la documentació que va aportar amb la seva oferta, això és, que se li reconegui complerta una condició essencial del PPT malgrat que no la va acreditar de manera deguda, o que se li exigeixi de complir-la.
- CAF no acredita la disponibilitat del taller.
- FGC ha justificat de manera correcta i suficient l'exclusió de CAF i, per tant, és ajustada a Dret.
- L'òrgan de contractació no ha efectuat una interpretació del PPT interessada ni favorable a una determinada empresa licitadora perquè les condicions per aconseguir el compliment de la condició essencial de l'opció 2 eren clares, van esdevenir *lex contractus* i s'aplicaven per igual a totes les empreses licitadores. Atès això, no existeix cap causa de nul·litat radical.

- La condició essencial d'acreditar la disponibilitat d'un taller ubicat en la província de Barcelona és conforme a dret, perquè aquesta exigència es troba íntimament vinculada amb l'objecte del contracte i és proporcionada, de forma que no impedeix la participació en la licitació ni genera avantatges injustificats en la valoració de les ofertes a favor de determinades empreses licitadores.
- No s'ha produït cap vulneració dels principis que regeixen la licitació. Ans al contrari, la manera en què l'empresa recurrent planteja el cas i la solució a la que es vol arribar comportarien un tracte favorable i discriminatori que beneficiaria il·legalment a l'empresa recurrent, que pretén que se li reconegui acomplerta una condició essencial sense haver aportat justificació acceptable, ni suficient sobre un compromís que li permeti disposar d'instal·lacions o terrenys pel taller, al contrari del que va fer ALSTOM.
- Les condicions del PPT es van acceptar per totes les empreses licitadores de forma incondicional en el moment en què van presentar les ofertes i, per tant, constitueixen la llei del contracte.
- Improcedència de la impugnació directa o indirecta del PCAP.
- CAF s'equivoca clarament en afirmar que s'ha produït nul·litat perquè FGC ja va valorar la seva oferta de l'opció 2 i va entendre que sí complia la condició relativa a la disponibilitat del taller quan la seva oferta va ser exclosa per incórrer en baixa temerària. Tanmateix no és així atenent a la freqüència de tràmits seguida per FGC: en primer lloc, va comprovar si es donaven els supòsits de la baixa temerària en alguna oferta, després va comprovar si les ofertes no excloses per baixa temerària que van presentar l'opció 2 complien les condicions exigides per a la mateixa i, només finalment com a darrer pas de la licitació, entrarà en la valoració i assignació de puntuació per aquelles ofertes no excloses bé per baixa temerària o bé per no complir les condicions de l'opció 2.

Per la seva banda, **STADLER** manifesta (i) la similitud d'al·legacions efectuades per CAF i les seves en el recurs N-2022-0043, (ii) l'errònia exclusió d'acord amb la doctrina basada en el motiu d'absència d'acreditació de la disponibilitat del taller per al manteniment dels vehicles, (iii) el fet que els plecs no prevegin que la disposició ha d'acreditar-se en el moment de formulació de l'oferta sinó que és una interpretació posterior d'FGC, atesa la foscor de la clàusula, i contrària a la consulta emesa pel propi òrgan de contractació, perquè de la

interpretació sistemàtica s'entenia que amb el compromís i la disposició d'ADIF d'iniciar amb la tramitació del procediment per a la concessió, ja es complia amb la condició, el contrari, comporta la vulneració del principi d'igualtat i lliure competència i restringeix la competència del mercat, (iii) quant a la sol·licitud d'accés a la seva oferta per part de CAF afirma que cap finalitat té en el seu recurs que ha de versar sobre la seva exclusió, que d'estimar el recurs de CAF comportarà la retroacció d'actuacions i readmissió i valoració de totes les ofertes presentades i (iv) conclou que el Tribunal haurà de procedir a admetre novament les ofertes de CAF i d'STADLER perquè sobre ambdues han operat la mateixa exclusió.

VUITÈ. Exposades les posicions de totes les parts, a continuació es procedirà, i per aquest ordre, a enjudiciar les al·legacions relatives a l'ajust a dret de l'exclusió de CAF i, si escau, la procedència d'accionar contra ALSTOM així com si el dret d'accés s'ha vist limitat.

Al respecte, cal partir exactament del que exigeix el PCAP:

A.1 Opcions relatives a l'adjudicació del contracte

En aquest procediment es plantegen 2 opcions possibles, d'acord amb les condicions que es detallen a continuació. Els participants podran presentar proposta a una, o a totes les opcions indicades.

El criteri d'adjudicació que s'aplicarà serà el que resulti d'aplicació segons el que disposa aquests plec, una vegada presentades les ofertes.

Opció 1:

Contractació de la Construcció i subministrament de 10 unitats de tren elèctriques de longitud màxima 100 m i capacitat per 600 persones amb les corresponents peces de parc per a circulació del servei R-Aeroport, a la línia Sant Andreu- Aeroport, i contractació del servei de manteniment integral de les unitats per un període de 15 anys.

Opció 2:

Contractació de la Construcció i subministrament de 10 unitats de tren elèctriques de longitud màxima 100 m i capacitat per 600 persones amb les corresponents peces de parc per a circulació del servei R-Aeroport, a la línia Sant Andreu- Aeroport, i contractació del servei de manteniment integral de les unitats per un període de 15 anys.



Per poder presentar proposta en aquesta opció, els participants hauran de disposar de les instal·lacions dins de la província de Barcelona (en propietat, arrendament, acord, etc.) per a executar el manteniment (amb connexió a la xarxa ADIF de rodalies de Catalunya). En aquest sentit, la diferència entre les dues opcions és que la primera no contempla que l'adjudicatari disposi dels tallers per realitzar els serveis de manteniment i aquesta segona opció sí.

A.2 Criteri de selecció de l'opció d'adjudicació

Si FGC disposa de l'aprovació de l'Acord de Govern i del corresponent crèdit pressupostari, es procedirà a realitzar la valoració de propostes de les 2 opcions

Tindrà preferència en l'adjudicació l'opció 2. Això vol dir que atenent a les necessitats de disposar de taller per realitzar el manteniment, en el cas de que es presentin ofertes respecte l'opció 2, tindrà preferència en l'adjudicació l'opció 2, en aquest sentit, s'adjudicarà el contracte d'acord amb les condicions previstes a l'opció 2.

En aquest sentit, només s'aplicaran els criteris d'adjudicació previstos per l'opció 1 en el cas de que es presentin ofertes només en l'opció 1.

No obstant, en el cas de que, abans de l'adjudicació, FGC disposi de tallers on realitzar el servei de manteniment corresponent al servei R-Aeroport (a través de l'instrument jurídic corresponent: acord, arrendament, etc.), podrà adjudicar el contracte aplicant l'opció 1, quan, de forma motivada, l'opció 2 comporti, davant la proposta de taller pròpia, una oferta econòmica més desavantatjosa (tot i haver-se presentat ofertes relatives a l'opció 2).

Al respecte, en data 1 d'abril de 2021 en la ronda de preguntes, destaca la resposta següent:

UT311-TQA-008	<p>PCAP - Pliego de condiciones particulares A.1</p> <p>Opciones relativas a l'adjudicació del contrato</p> <p>En el apartado indicado se establece que para poder presentar propuesta en la opción 2 es necesario disponer de las instalaciones en la provincia de Barcelona en cualquiera de los regimenes indicados y con las condiciones indicadas (conexión con la red de ADIF de rodalies de Calauya) de cara a poder realizar el mantenimiento. Podrían indicarnos la documentación acreditativa que debe entregarse en la oferta para demostrar que se disponen de las instalaciones bien en propiedad, en arrendamiento o en acuerdo?</p>	<p>Documentación válida que demuestre estar en vias de posesion o alquiler de las instalaciones (acuerdo, preacuerdo, compromiso, título acreditativo de la propiedad...).</p>
---------------	--	---

Atès això, i respecte les interpretacions que efectuen, per una banda CAF i, per l'altra, FGC, aquest Tribunal ha d'estar a la realitzada per l'òrgan de contractació en el sentit que en el moment de la presentació de les ofertes ja havien de presentar documentació vàlida acreditativa que demostrés que estaven en vies de disposar de les instal·lacions mitjançant algun document que evidenciés un principi d'acord o preacord que reflectís les voluntats d'ambdues parts respecte a la possessió o bé la propietat de les instal·lacions. Aquesta interpretació que consta en l'informe de 4 de gener de 2022:

(.../...)

CAF **no ha aportat**, amb la seva oferta, **cap document que acrediti que tingui la disponibilitat del terreny on ofereix construir la instal·lació, és a dir, que acrediti estar en possessió o en vies de possessió o lloguer del mateix** i, en aquest sentit, no compleix amb el requisit essencial per poder presentar oferta respecte l'opció 2.

(.../...)

i en l'informe ex article 56 de la LCSP:

(.../...)

De la revisió de la documentació aportada per CAF es comprova que no compleix amb cap de les àmplies opcions indicades, ja que no acredita disposar de cap acord, compromís o preacord. Per tant, l'incompliment no deriva de que la disponibilitat de les instal·lacions sigui en un futur (quan s'iniciïn els treballs de manteniment, com indica la recurrent) sinó de que CAF no disposa de cap proposta en ferm, objectiva i concreta que li permeti assegurar que disposarà de les instal·lacions requerides i, per tant, no compleix amb les obligacions del plec.

(.../...)

s'incardina dins dels paràmetres establerts en els plecs i de la resposta donada per FGC, d'acord amb la potestat d'interpretació que té l'òrgan de contractació ex article 190 de la LCSP, la qual resta sotmesa al control dels tribunals en la mesura que s'hi adverteixi error, obscuritat o contradicció amb l'objecte i finalitat del contracte (entre d'altres, resolucions 317/2021, 218/2018, 4/2018, 170/2017, 168/2017, 24/2017, 78/2016, 211/2015 i 115/2015).

De l'anterior, s'extreu que el fet que la redacció del PCAP lligui la presentació de les ofertes amb el moment d'acreditar la disposició, evidencia que no era suficient una declaració o compromís a futur, de manera que no resultaven vàlids a aquests efectes qualsevol acte o document –com considera la recurrent–, per a acreditar aquesta disponibilitat d'estar “*en vies de possessió o lloguer*” de les instal·lacions. FGC ja “*ancora*” en la resposta els contorns de la manera en què s'havia d'acreditar la “*disponibilitat d'instal·lacions*”.

L'anterior no significa que les instal·lacions haguessin d'existir en el moment de presentació de les ofertes, però sí que s'havia d'acreditar que s'estava en *vies de disposar* la possessió i/o propietat mitjançant “documentació vàlida”, això és, mitjans que demostrassin, si més no una voluntat de les parts del lloguer o possessió del títol que habiliti les “instal·lacions”.

Arribats a aquest punt, i quant a l'abast de la resposta donada per FGC, val a dir que en aquest procediment restringit la resposta donada també forma part dels plecs i esdevé, per tant, la

lex inter parts, seguint la doctrina observada respecte a la vinculació als aclariments d'acord amb l'article 138 de la LCSP (per totes, Resolució núm. 117/2020) com a extensió o complement d'aquests, i tenen caràcter vinculant tal i com estableix l'article 138.3 de la LCSP (en el mateix sentit, Sentència del Tribunal Suprem 20 de febrer de 2018, Rec. 2725/2015). A més, amb la seva publicació en el perfil de contractant en data 1 d'abril de 2020 es va garantir el principi d'igualtat i concurrència (document núm. 46).

I en aquesta licitació, aquesta resposta constitueix la "guia" a observar pels operadors econòmics interessats en la licitació, tenint en compte els paràmetres indicats per tal d'acreditar la disponibilitat d'aquestes instal·lacions: (i) acreditar en el moment de la licitació (ii) que estiguin en vies de possessió o propietat i (ii) mitjançant "documentació vàlida", observant els tipus de documents les característiques que tenen els indicats expressament per FGC: acord, preacord, compromís, títol acreditatiu de la propietat..., això és, documents que reflecteixin la voluntat de les parts en qüestió de transmetre la propietat o la possessió d'aquelles "instal·lacions", entès en un sentit ampli. En definitiva, que dels documents aportats s'acrediti i resulti convicent per FGC que existeix una fiabilitat i una fermesa en aquest procés de disposar de la possessió o propietat d'aquesta operació en el moment de presentar les ofertes per no frustrar al cap i a la fi l'execució del contracte.

Així les coses, un correu electrònic aportat per CAF (pàg. 3 del punt 5.6.13 de l'oferta de CAF) amb l'oferta en el que queda reflectit la informació de la situació en què es troben els terrenys en qüestió i la possibilitat de licitació en un futur, juntament amb una "descripció" del taller, i per això FGC no va considerar que complís els requisits mínims establerts en els plecs.

En conseqüència, com sigui que aquesta condició controvertida determina l'admissió de les ofertes, la manca d'acreditació mitjançant documents vàlids de l'existència d'aquell grau de disponibilitat de les instal·lacions en el moment de presentar les ofertes requerit expressament per FGC en el PCAP, ha de comportar l'exclusió de CAF.

Quant a la pretesa vulneració de la doctrina dels actes propis pel fet que abans de la valoració de les ofertes FGC va considerar que CAF complia amb aquest requisit essencial, val a dir que d'acord amb la doctrina, l'òrgan de contractació pot revisar durant el procediment de licitació i abans de l'adjudicació del contracte el compliment per part de les empreses licitadores de l'ajust als plecs. En aquest sentit, aquest Tribunal ja ha tingut l'ocasió d'examinar i admetre la possibilitat de revisió de la puntuació efectuada en una licitació abans de l'adjudicació del contracte, que ha comportat que finalment el proposat com a adjudicatari, no

esdevingui l'empresa adjudicatària (resolucions 280/2020 i 119/2020). En tot cas, i com a últim corol·lari, ha de resultar pacífic que s'haurà d'adjudicar el contracte a l'oferta que, complint amb els plecs, resulti la més avantatjosa en el seu conjunt.

Pel que fa a la pretesa vulneració del principi de lliure competència i concurrència de la interpretació que fa FGC dels plecs, val a dir que, en tant aquest va ser el sentit donat en el PCAP i en la resposta, les empreses licitadores la van acceptar amb la presentació a la licitació sense que consti cap al·legació o recurs contra els plecs, de manera que la configuració dels plecs en el seu conjunt va esdevenir *lex inter partes* (resolucions 25/2022 i 13/2022). Tampoc, en aquest sentit, no és ara el moment procedimental per debatre si la configuració de la condició de l'opció 2 –*ab initio* vinculada amb l'objecte del contracte- és una clàusula d'arrelament territorial que vulnera els principis rectors de la contractació pública, doncs res es va dir al respecte en fase de plecs, i ha estat assumida per la pròpia CAF.

I a tals efectes, FGC exposa el ventall de possibilitats amb què contaven les empreses licitadores:

- a) Acord/preacord/compromís amb les entitats encarregades de realitzar el manteniment (en tallers actuals). Aquesta licitació exigeix el manteniment d'un petit volum de trens (un total de 10), el que fàcilment permetria assolir un acord amb tallers existents que, per capacitat, podrien cobrir el servei de manteniment d'aquests 10 trens).

Així, 10 trens suposen un percentatge molt petit del total de trens que conformen el parc de rodalies i de regionals que és operat i mantingut en l'entorn de Barcelona (el que comportaria una dedicació baixa de part de la capacitat dels grans tallers existents en l'actualitat).

- b) Acord/preacord/compromís amb propietaris de terrenys/instal·lacions amb derivacions ferroviàries particulars. En l'actualitat existeixen diverses empreses que disposen de connexions particulars amb la xarxa ferroviària d'Adif. CAF podria haver arribat a acords amb aquestes indústries per obtenir un preacord/acord/compromís d'arrendament de part dels seus espais per poder ubicar els tallers o per l'allargament de la derivació particular fins a un terreny on s'ubicarien els tallers. En l'actualitat, a l'entorn de Barcelona s'hi localitzen diverses indústries que compleixen aquestes característiques, algunes d'elles amb activitat ferroviària i d'altres sense activitat ferroviària però que mantenen la connexió tècnica.

- c) Acord/preacord/compromís amb un altre Administrador d'Infraestructures Ferroviàries, com és el Port de Barcelona, per a la ubicació del taller a les seves instal·lacions, amb una connexió a la xarxa Ferroportuària.

- d) Acord/preacord/compromís amb propietaris de terrenys/instal·lacions propers a la línia en ubicacions on fos tècnicament factible la construcció d'una nova connexió amb la xarxa ferroviària, ja fos directament a la xarxa o a partir de derivacions privades existents (Zona Franca, Baix Llobregat, Vallès, etc.).

Aquestes són només algunes de les múltiples opcions reals que hauria pogut presentar CAF i que serien considerades vàlides.

Finalment quant al retret de CAF que FGC no ha donat compliment a la Resolució núm. 382/2021, de les actuacions efectuades per FGC aquest Tribunal considera que s'ha donat compliment a allò acordat en aquest Resolució, sense que pel fet que el Tribunal estimés l'al·legació relativa al càlcul efectuat per determinar si aquesta empresa estava o no dins del supòsit de presumpció d'anormalitat, elimini o obsti que FGC pugui comprovar i revisar el compliment també de totes les condicions fixades en la configuració dels plecs.

En conclusió, d'acord amb la documentació que consta en l'expedient, aquest Tribunal considera ajustada als plecs l'exclusió de CAF de la licitació.

NOVÈ. Confirmada així la procedència de la decisió d'FGC de l'exclusió de CAF de la licitació, amb caràcter general, en principi, decauria la seva legitimació per accionar contra ALSTOM que continua en el procediment de licitació i ha estat proposada com a adjudicatària atès que és la millor empresa classificada en la licitació també acordada en la resolució de 16 de setembre de 2021 (document núm. 67) que va ser objecte del recurs N-2021-0455.

En efecte, una vegada apreciada per aquest Tribunal que l'exclusió de l'oferta de CAF és ajustada a dret, aquesta circumstància portaria a apreciar una manca de legitimació *ad causam* d'aquesta empresa per dirigir-se contra el possible incompliment també per part d'ALSTOM, en tant que esdevé en el marc d'un procediment de licitació del qual aquesta empresa ja no és part i, per tant, ja no hi té la consideració d'interessada, després d'haver-hi quedat degudament exclosa i, en principi, un possible incompliment per part de ALSTOM també de la condició controvertida, en cap cas, no podria propiciar que aquesta empresa adquirís la condició d'adjudicatària (en aquest sentit, entre moltes altres, les resolucions 218/2021, 5/2021, 228/2020, 169/2018 i 160/2017).

Tal com ha declarat aquest Tribunal en nombroses ocasions, la legitimació *ad causam* es refereix a l'aptitud per a ser part en un procés determinat per tenir interès legítim en l'assumpte (entre d'altres, les resolucions 28/2018, 160/2017, 35/2017 i 16/2017). A nivell jurisprudencial, s'ha assimilat el concepte d'interès legítim a la titularitat d'una posició d'avantatge o d'una utilitat jurídica per part de qui exerceix la pretensió que es materialitzaria, si prospera, en l'obtenció d'un benefici de tipus material o jurídic o en l'evitació d'un perjudici, per bé que l'obtenció del benefici o l'evitació del perjudici han de ser certs i no merament hipotètics (en aquest sentit, el Tribunal Suprem en les sentències de 20 de maig de 2008, 11 de febrer de 2003 i 14 de març de 1997, i el Tribunal Constitucional en les sentències núm. 67/2010, 257/88 i 60/82).

Concretament, la Sentència de 20 de maig de 2008 de la sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem va concloure:

“Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos general, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras). Pues bien, para determinar en el presente caso si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero

interés por la legalidad es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión.”

En l'àmbit de la impugnació de l'adjudicació per un licitador exclòs, la Resolució 574/2016 del TACRC va indicar:

“(…) el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 42 del TRLCSP. Ese derecho o interés legítimo no concurre entre quienes (…) han quedado excluidos del procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial. Estas consideraciones se predicán de quienes no han intervenido en el procedimiento de contratación como licitadores y, también, lógicamente, de quienes, como nos ocurre en el presente caso, han sido excluidos del procedimiento, que lo único que pueden exigir en el seno de ese procedimiento es la revisión de la resolución de exclusión, sin que puedan accionar frente a otro tipo de actos dictados en ese procedimiento del que se encuentran excluidos.”

Així mateix, les resolucions 22/2012 i 237/2011 del TACRC:

“(…) hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en contratación pública.”

En el mateix sentit es pronuncien les resolucions 535/2014 i 339/2014 del TACRC i 168/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias i, en el pla jurisprudencial, també la Sentència del Tribunal Suprem de 18 d'abril de 2012 (Roj: STS 2379/2012):

“Una vez que el recurrente fue excluido del procedimiento de contratación (...), se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carecía de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.”

Ara bé, en el supòsit que s'analitza es dona la circumstància que la recurrent al·lega un possible incompliment també per part d'ALSTOM fet que pot comportar, haver de declarat deserta la licitació.

En supòsits com aquest, d'acord amb la doctrina més recent en aquesta matèria (expressada, per totes, en les resolucions 218/2021, 5/2021, 328/2019, 142/2019 i 163/2018 d'aquest Tribunal, 61/2018 del TACRC, 42/2018 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales

de Euskadi –OARCE- i també, *sensu contrario*, la Resolució 172/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid –TACPCM-), s'aprecia la concurrència del requisit de legitimació *ad causam* davant la possibilitat que l'òrgan de contractació iniciï un nou procediment en el qual pugui concórrer novament l'empresa recurrent com a licitadora (en els casos citats, també com a conseqüència de la declaració de deserta de la licitació).

Per tant, d'acord amb la darrera doctrina abans esmentada, que té la seva causa, si més no parcialment, en la jurisprudència expressada en les sentències del TJUE de 4 de juliol de 2013, *Fastweb* (C-100/12), 5 d'abril de 2016, *PFE* (C-689/13), 21 de desembre de 2016, *Bietergemeinschaft* (C-355/15) i 11 de març de 2017, *Archus* (C131/16), i ponderant totes les circumstàncies en joc: l'exclusió de CAF -que encara no és ferma-, i vist que actua contra l'única empresa licitadora que continua en el procediment de licitació (tal i com s'analitza en la Resolució 66/2022, expedient N-2022-0043) que pot comportar declarar desert el procediment, d'acord amb la doctrina analitzada, cal concloure que CAF estaria legitimada per actuar contra l'admissió d'ALSTOM.

Al respecte, CAF al·lega sota la vulneració del dret de defensa, clàusula 3.6 del PCAP, i articles 52 i 133 de la LCSP i l'article 13. D) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, el principi de transparència i de publicitat, que no ha pogut comprovar exactament quina documentació va aportar ALSTOM, de manera que aquesta empresa tampoc hauria acomplert els plecs, si bé de la lectura del recurs es posa de manifest que és coneixedora que:

La única información que FGC ha facilitado a mi mandante, en relación a la documentación relativa al cumplimiento por parte de los oferentes de los requisitos de la opción 2 (taller) ha sido una copia del título de propiedad de Alstom Transporte SA sobre un terreno y que, al no haber recibido más información al respecto, cabe deducir que el taller no estaría construido en dicho terreno, por lo que este oferente tampoco dispondría del taller en la fecha de presentación de las ofertas como exige la Resolución impugnada. Esto es, ningún oferente dispondría de taller. Información esta que es de vital importancia conocer para la defensa de mi mandante, y negársela conlleva colocar a mi mandante en clara y manifiesta indefensión.

D'acord amb l'anterior, juntament amb la interpretació donada per FGC d'acord amb el PCAP i la resposta d'1 d'abril de 2021, consistent que ALSTOM va justificar que disposa de les instal·lacions en les condicions previstes en la licitació per haver presentat documentació vàlida en els termes indicats en els plecs i resposta; aquest Tribunal no considera que s'hagi posat en una posició d'indefensió a la recurrent atès que coneix, si més no, les dades exposades no confidencials per a la preparació del recurs.

Ultra això, FGC afirma que va a posar a disposició tot l'expedient de licitació fins al 20 de gener de 2022, i consta al perfil de contractant la publicació de la resolució d'exclusió, l'informe de valoració de 4 de gener de 2022 i l'acta de la mesa de contractació de 5 de gener de 2022 (document núm. 95); ja havia requerit a ALSTOM amb ocasió del recurs N-2021-0455 per tal que indiqués la documentació que podia ser objecte d'accés i, de resultes d'això, va resoldre en data 4 de febrer de 2022 (document núm. 105) estimar l'accés a CAF i a STADLER de la documentació no declarada confidencial per ALSTOM (desestimant la sol·licitada entre les dues empreses excloses); en data 7 de febrer de 2022 CAF va personar-se a les dependències d'FGC i va recollir determinada documentació no confidencial.

A la vista de tot això, i partint que l'accés té un caràcter instrumental per a la fonamentació de les accions que la recurrent consideri necessari exercitar en la defensa dels seus drets i interessos legítims (entre moltes altres, les resolucions 382/2021, 42/2020, 174/2019 i 9/2019 d'aquest Tribunal, en la línia mantinguda per la doctrina dels tribunals de recursos contractuals –també entre d'altres, les resolucions 789/2021, 803/2021, 407/2021, 487/2020 i 436/2017 del TACRC) i no és absolut, sense que pugui obeir a un simple desig de recerca de defectes o errors en l'expedient –com podria comportar l'accés demanat per CAF de l'oferta d'STADLER i desestimada per FGC-, ja que, com també ha reiterat aquest Tribunal, es tracta d'arribar al necessari equilibri entre la confidencialitat de determinada informació, ateses les seves característiques especials, i les limitacions d'aquesta tant des de l'òptica de la transparència i la publicitat com, específicament, del dret d'accés a la informació (a més de les ja citades, les resolucions 152/2017, 143/2017 i 120/2014), i atenent que efectivament en la documentació aportada per ALSTOM consta documentació que afecta a secrets comercials (sobre aquest extrem, Resolució núm. 382/2021), aquest Tribunal considera que l'accés permès a CAF va ser suficient ja no només per a la defensa de la seva oferta, sinó també i fent una interpretació àmplia *pro actione* de l'al·legació de CAF envers a ALSTOM, relativa a la possible concurrència d'un incompliment per part d'ALSTOM de la condició controvertida de l'opció 2.

En conclusió, i des de la funció revisora d'aquest Tribunal, de la comparativa d'allò aportat per les tres empreses, aquest Tribunal considera que la interpretació efectuada per FGC és raonable i es cenyeix a allò establert als plecs, juntament amb la resposta donada l'1 d'abril de 2021. Per una banda, com s'ha exposat, la documentació presentada per CAF no es va admetre en tant no reflecteix una voluntat de les parts, encara que fos inicial, per tal de proveir un nivell mínim d'acreditació d'estar en vies de possessió/propietat de les "instal·lacions" en un sentit ampli en els termes expressats, per una altra, havent presentat ALSTOM la propietat d'uns terrenys les característiques dels quals FGC considera adequats pels tallers més de la informació inferida en la documentació que aporta detallant determinats extrems de les instal·lacions –declarada confidencial, pel seu caràcter estratègic-, aquest Tribunal ha d'estar a la interpretació d'FGC qui és qui ha configurat i exigit aquesta condició, sense que s'apreciï que la interpretació d'FGC s'apartés o fos *contra legem*, això és, contra els plecs en el seu conjunt. Això, no obstant, correspondrà a FGC verificar al llarg de l'execució de la licitació el ple compliment per part d'ALSTOM d'allò establert en els plecs, així del compliment dels terminis fixats.

En conseqüència, l'al·legació contra l'admissió d'ALSTOM tampoc pot prosperar. Per tot això, cal desestimar el recurs de CAF sense que s'apreciï que la part actora hagi accionat amb una finalitat diferent que no sigui la defensa dels seus drets i interessos.

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

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.E.A., en nom i representació de l'empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, SA (CAF), contra l'exclusió de la seva proposició del contracte de construcció i subministrament de 10 unitats de tren elèctriques de longitud màxima 100 m i capacitat per a 600 persones, per la circulació del servei R- Aeroport, a la Línia Sant Andreu-Aeroport, licitat per FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (expedient CONTR/2021/0000000008).

2.- 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.

3.- 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 23 de març de 2022.

Vist i plau,
per vacant de la Presidència

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

M^a Eugenia López Mora
Vocal