

Barcelona, 23 de març de 2022

**Resolució:** 66/2022 (recurs N-2022-0043)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per R.M.LL., en nom i representació de l'empresa STADLER RAIL VALENCIA, SAU 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-centes 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 contractant<sup>1</sup> (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.

<sup>1</sup> 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 al·legacions 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, l'empresa 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 de l'oferta de CAF i va acordar 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 28 de gener de 2022, STADLER va presentar escrit sol·licitant l'accés de l'expedient (document núm. 101). 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. 108). Consta també la Resolució d'FGC de la declaració de confidencialitat de la documentació.

**DESÈ.** En data 10 de febrer de 2022, l'empresa STADLER 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, en síntesi, de: (i) la incorrecta interpretació efectuada per FGC de la condició relativa a la disponibilitat de les instal·lacions perquè, atesa la configuració dels plecs, únicament era possible mitjançant un procediment de concurrència pública amb ADIF, (ii) la condició controvertida resulta discriminatòria per raó del territori, (iii) només poden concursar les empreses que estiguin implantades en la província de Barcelona i amb accés a la xarxa per manteniment ferroviari, això és, ALSTOM, pel que el resultat de l'actuació d'FGC

suposa una vulneració del principi de concurrència en la licitació i el dret de competència i (iv) retreu la limitació de l'accés a l'expedient.

I sol·licita al Tribunal l'estimació del recurs, l'anul·lació de la resolució impugnada i la retroacció de les actuacions del procediment fins al moment de la valoració de "l'oferta".

**ONZÈ.** Derivat el recurs al Tribunal l'11 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 23 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 d'STADLER i (ii) fixació de l'objecte del recurs, (iii) sol·licita la inadmissió de la nova documentació aportada en seu de recurs STADLER relativa a la disponibilitat de les instal·lacions, (iv) oposa l'extemporaneïtat del recurs per l'acceptació tàcita dels motius d'exclusió d'STADLER; (v) la recurrent no compleix amb el requisit de disponibilitat de les instal·lacions exigint en la licitació tot i l'ampli ventall de possibilitats existents i que exposa, (vi) i defensa la vinculació dels plecs i la configuració de la condició controvertida sense que es tracti d'un criteri d'arrelament territorial sinó d'una exigència per a l'execució del contracte, (vii) 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 (viii) informa que ALSTOM va presentar una documentació que acredita disposar amb el títol de propietat, uns instal·lacions amb les característiques necessàries per executar els serveis de manteniment i aporta més documentació relativa a les condicions de les instal·lacions –que ha estat declarada confidencial-, donant compliment al requisit de disponibilitat exigint en els plecs.

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, per una banda, l'empresa ALSTOM, qui oposa (i) l'extemporaneïtat del recurs d'STADLER i la manca de legitimació per haver actuat en contra dels seus propis actes, per no haver impugnat ni els plecs, ni la resolució de 16 de setembre de 2021 per la qual ja se la va excloure i, (ii) des del punt de vista del fons de l'assumpte, també s'oposa a les al·legacions d'STADLER, per no haver acreditat la disposició de les instal·lacions mitjançant una "declaració de responsable" i defensa la seva oferta, sol·licitant la desestimació del recurs. Per una altra banda, l'empresa CAF que manifesta (i) la total conformitat amb els antecedents de fet, al·legacions i fonaments jurídics del recurs d'STADLER, (ii) l'accés limitat pel fet que FGC li va negar la informació relativa a la disponibilitat del taller presentada per ALSTOM, i altres aspectes de l'oferta declarades confidencials per l'empresa; (iii) la vulneració al principi d'igualtat de tracte i no discriminació doncs és l'única entitat implantada a Barcelona, de manera que FGC ha restringit la competència de mercat, afectant al principi d'eficiència de la despesa pública.

## **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 d'STADLER 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.** Des del punt de vista de la legitimació d'STADLER, aquest Tribunal ha de posar de manifest, tal i com apunta ALSTOM, que la recurrent ja havia estat exclosa.

En efecte, tal i com s'ha reflectit en els antecedents de fet, en data 16 de setembre de 2021, STADLER ja va ser exclosa per no acreditar la disponibilitat de les instal·lacions, tot i això, STADLER no va impugnar aquesta decisió d'FGC, ni consta cap oposició en l'escrit d'al·legacions presentat en el recurs N-2021-0455, més bé, es desprèn l'acceptació d'aquesta situació.

Així les coses, en data 19 de gener de 2022 FGC confirma i reproduïx l'exclusió d'STADLER adoptada el 16 de setembre de 2021 atès que els motius són els mateixos, tot tenint en compte que la Resolució núm. 382/2021 estima el recurs de CAF (N-2021-0455) que es dirigia contra la "seva exclusió", de manera que no pot ser entès que, amb ocasió de la resolució de 19 de gener de 2022, s'estigui atorgant a STADLER una altra "oportunitat" per a accionar de nou contra la seva exclusió, per molt que doni aquesta aparença.

En efecte, de la comparativa entre ambdues resolucions:

- La de 16 de setembre de 2021 (document núm. 67):

Segon.- Excloure la proposta presentada per l'empresa Stadler Rail Valencia, SAU 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), d'acord amb l'informe tècnic de valoració elaborat a l'efecte en data 13 d'agost de 2021, els fonaments del qual es resumeixen a continuació:

- a) La base que ha de servir com a punt de partida és la necessitat de que els licitadors acreditin tenir la disponibilitat del taller, essent aquest un requisit necessari per poder presentar proposta.

En aquest sentit, es conclou que *"la disponibilitat de la instal·lació es configura com un requisit tècnic de l'oferta, que havia de ser complert en el moment de presentar-la"*

Per tant, l'incompliment d'aquest requisit, comporta necessàriament l'exclusió de l'oferta de l'empresa Stadler Valencia Rail, al considerar que aquesta no s'ajusta als requisits dels plecs de la licitació.

- b) El licitador no aporta la documentació que acredita tenir la disponibilitat de la instal·lació de manteniment, no essent una declaració responsable *"mitjà idoni per acreditar la disponibilitat del taller"*

- c) S'ha de tenir en compte que és necessari que els requisits tècnics de l'oferta s'acreditin per la documentació inclosa en la proposta (oferta), no admetent l'esmena o alteració amb posterioritat de la mateixa

En aquest sentit, es considera un incompliment substancial, clar i exprés que comporta la impossibilitat d'executar la prestació i, en aquest sentit, es conclou que l'empresa no ha acreditat que pugui complir amb l'objecte del contracte.



- I la de 19 de gener de 2022 (document núm. 94):

## RESOL

Primer.- Excloure les propostes presentades per les empreses Stadler Rail Valencia, SAU i Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) per no complir cap de les dues 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.

La documentació de la licitació, en especial el plec de condicions particulars, exigeix:

*"per poder presentar proposta en aquesta opció (2), 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 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".*

La licitació estableix quin serà el criteri per seleccionar l'opció de valoració, en el sentit següent:

*"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."*

Les tres empreses licitadores han presentat oferta respecte l'opció 2, no obstant tant Stadler com CAF no donen compliment al requisit essencial i indispensable per poder presentar oferta en relació a aquesta opció, no disposant cap de les dues d'instal·lacions, en les condicions exigides en la licitació.

Tota la documentació que integra la licitació i que va ser publicada en fase de licitació exigeix que el licitador que presenti oferta respecte a aquesta opció 2 disposi de les instal·lacions, en les condicions previstes en el plec.

D'acord amb l'anterior i de la revisió de la documentació presentada per les empreses Stadler i CAF, cap de les dues dona compliment a aquest requisit essencial. A continuació es detallen les conclusions que es desprenen de la revisió de la documentació presentada per les dues empreses.

En relació a la proposta presentada per Stadler, aporta un compromís de part, a través d'una declaració responsable unilateral, basada una possible proposta de futur en una instal·lació d'Adif.

Aquesta proposta no compleix les condicions exigides al plec de la licitació.

Adicionalment, el licitador afegeix que en el cas de ser adjudicatari de la licitació d'FGC, posarà a disposició d'FGC la instal·lació indicada o qualsevol altra de característiques similars, el que afegeix un element de contradicció en relació a la disponibilitat de les instal·lacions.

De l'examen de les dues resolucions, queda palès que el motiu d'exclusió és el mateix, per tant, tot i que pugui semblar que "reneix" amb la resolució de 19 de gener de 2022; doncs el

termini per accionar d'STADLER ni es pot reobrir com s'analitzarà, ni estaria pròpiament legitimada per accionar, doncs la seva exclusió ha estat definitiva i ferma en via administrativa pel transcurs del termini per impugnar la resolució de 16 de setembre de 2021. Ultra això, si més no, fins al 10 de desembre de 2021, quan va efectuar les al·legacions del primer recurs de CAF (N-2021-0455), cap al·legació ni retret havia efectuat, i de l'escrit d'al·legacions, es desprèn que assumeix i accepta la seva exclusió.

Així les coses, i tot i admetent que la resolució de 19 de gener de 2022 d'FGC ha pogut propiciar aquesta aparença a STADLER, aquest Tribunal ha de considerar que ja no està legitimada per continuar accionant en aquesta licitació, sense que això pugui comportar cap indefensió perquè aquesta empresa ja va tenir la possibilitat d'accionar i fins i tot, ara, a tomb de la retroacció d'actuacions efectuada el 27 de desembre de 2021 ha pogut accedir a la part declarada no confidencial de l'expedient.

En efecte, a aquesta conclusió s'hi arriba de conformitat amb el concepte i extensió del que s'ha de considerar per la "legitimació activa" de la part recurrent o legitimació *ad causam*, que es refereix a l'aptitud per a ser part en un procés determinat per tenir interès legítim en l'assumpte. D'acord amb l'article 48 de la LCSP (i també en termes anàlegs l'article 16.1 del Decret 221/2013):

*"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso."*

A nivell jurisprudencial, tant el Tribunal Suprem –TS- com el Tribunal Constitucional han 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 (entre d'altres, sentències del TS d'11 de febrer de 2003 i 14 de març de 1997, i del Tribunal Constitucional núm. 257/88 i 60/82). Això exigeix que els interessos siguin reals i actuals, cosa que en cap cas succeiria aquí, en tant que hauria esdevingut definitiva l'exclusió de l'empresa recurrent. Així ho ha entès també la doctrina reiterada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-, expressada, per exemple, en la Resolució 574/2016, en què va establir que:

*“(…) 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 predicen 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.” (el subratllat és nostre)*

En resum, en el supòsit examinat presenta una circumstància que no es pot obviar en aquesta anàlisi, com és el fet que l'empresa STADLER va resultar exclosa, acte que ha esdevingut un acte consentit i definitiu en via administrativa (per totes, Resolució núm. 228/2020), sense que hagi al·legat l'existència de recurs contenciós administratiu interposat contra l'exclusió de 16 de setembre de 2021.

Consegüentment, cal entendre que ha decaigut la legitimació *ad causam* de la recurrent per impugnar l'admissió d'ALSTOM i la proposta com a adjudicatària, per tant, en el marc d'una licitació de la qual ja no era part, un cop exclosa.

**CINQUÈ.** Des del punt de vista de la temporalitat del recurs –excepció oposada per FGC i ALSTOM-, d'acord amb l'anterior, en tant que STADLER no va recórrer la resolució de 16 de setembre de 2021, el transcurs del termini sense accionar determina que ja no pugui fer-ho contra la resolució de 19 de gener de 2022 perquè és una reproducció i confirmació de l'anterior.

Al respecte, cal aplicar de manera integradora l'article 28 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa que disposa que: *“No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”*, perquè les dues decisions tenen el mateix sentit i tant els fets, i els arguments són els mateixos, sense que amb la resolució de 19 de gener de 2022 es canviï o s'ampliï el motiu d'exclusió (en aquest sentit, s'han pronunciat les sales contencioses administratives del TS en la Sentència de 23 de setembre de 1999 i del Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria en la Sentència de 14 de gener de 1999).

Per tant, havent transcorregut amb escreix el termini de caducitat de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP, aquest recurs s'ha d'entendre extemporani sense que STADLER pugui accionar ara contra la resolució de 19 de gener de 2022 en atenció als fets i circumstàncies que concorren en aquest assumpte.

**SISÈ.** Ateses aquestes dues causes d'inadmissió del recurs ja no seria necessari entrar a enjudiciar el fons de l'assumpte. Tanmateix, i com sigui que el que planteja ara en el recurs s'alinea en la mateixa *litis* que la debatuda per CAF en el recurs N-2022-0041, de manera *obiter dicta*, aquest Tribunal tractarà els principals aspectes sobre l'abast i la interpretació de la condició controvertida relativa a l'obligació d'acreditar en el moment de la presentació a la licitació de la disposició de les instal·lacions de manteniment requerides a l'opció 2.

Així, tenint en compte el 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).

I la resposta donada en data 4 d'abril de 2021 en la ronda de preguntes, destaca la resposta següent:

UT311-TQA-008	<p>PCAP - Pliego de condiciones particulares A.1 Opciones relativas a l'adjudicacion del contrato 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 arrendameinto 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 les parts, 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:

(.../...)

**STADLER 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.**

L'única documentació que aporta el licitador és, a aquests efectes, una **manifestació de la seva pròpia voluntat o compromís unilateral** (declaració responsable) de construir el taller en el terreny de Manresa, propietat d'ADIF, o bé en qualsevol altra ubicació igual o millor, que compleixi amb els mateixos requisits tècnics.

No obstant, a l'oferta no s'inclou **cap document que acrediti el compromís d'ADIF de cedir el terreny de Manresa a la licitadora**, ni cap manifestació de voluntat d'aquest ens de posar a disposició d'ella cap altre dels terrenys localitzats que també serien aptes per ubicar el taller. En aquest sentit, el licitador no acredita complir amb el requisit obligatori mínim 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 STADLER 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 STADLER 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 en 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. De manera que FGC ja “ancora” en la resposta els contorns de la manera en què s’havia de presentar.

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 demostressin, si més no una voluntat de les parts del lloguer o possessió de 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 2021, 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 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 a cap i a la fi l’execució del contracte.

Així les coses, en la declaració unilateral d’SADLER, es desprèn la voluntat d’aquesta empresa consistent en la possibilitat de poder disposar de les instal·lacions d’ADIF si resulta adjudicatària del procediment de licitació que tramitaria ADIF, però no consta cap

acord/preacord/ o compromís de les dues parts, 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 requerit expressament per FGC en el PCAP en el moment de presentar les ofertes, ha de comportar l'exclusió d'STADLER.

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 van acceptar-los amb la presentació a la licitació sense que consti cap al·legació o recurs contra els plecs (resolucions núm. 25/2022 i 13/2022). Tampoc, en aquest sentit, no és ara el moment procedimental per debatre si la configuració 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 les empreses licitadores. 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.

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

## **ACORDA**

1.- Inadmetre, per manca de legitimació i per extemporaneïtat, el recurs especial en matèria de contractació presentat per R.M.LL., en nom i representació de l'empresa STADLER RAIL VALENCIA, SAU 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<sup>a</sup> Eugenia López Mora  
Vocal