

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sentencia de 28 de marzo de 2023

Nº de Recurso: 3715/2020

Nº de Resolución: 1173/2023

En la Ciudad de Barcelona, a 28 de marzo de dos mil veintitrés

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo nº 237/20, interpuesto por Associació d'Empresaris del Transport Discrecional de Catalunya (AUDICA), siendo parte demandada Consell Comarcal del Gironès.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso recurso registrado con el número 237/2020 contra la resolución del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) número 349/2020, de fecha 29 de octubre de 2020, que acuerda desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la demandante contra los pliegos que deben regir el contrato del servicio de servicios de transporte escolar colectivo de la comarca del Gironès por el período comprendido entre septiembre de 2020 y junio de 2020 (correspondiente a los cursos 2020-2021 y 2021-2022) y sus prórrogas licitado por el Consejo Comarcal de El Gironès (expediente 2019/1403/14).

SEGUNDO.- Seguido el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

En el curso del proceso se personó como interesada Federació Empresarial Catalana d'Autotransport de Viatgers, que no ha tenido intervención procesal.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actividad impugnada y motivos alegados por las partes. Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) número 349/2020, de fecha 29 de octubre de 2020, que acuerda desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la demandante contra los pliegos que deben regir el contrato del servicio de servicios de transporte escolar colectivo de la comarca del Gironès por el período comprendido entre septiembre de 2020 y junio de 2020 (correspondiente a los cursos 2020-2021 y 2021-2022) y sus prórrogas licitado por el Consejo Comarcal de El Gironès (expediente 2019/1403/14).

La parte recurrente alega que los siguientes motivos de impugnación: 1) Falta de motivación e incorrecta formación de lotes en el contrato; 2) El presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato no se ajustan a los precios de mercado; 3) Nulidad de los criterios de adjudicación y de las mejoras que limitan la libre concurrencia, son discriminatorios y vulneran la normativa en materia de contratación pública: 3.a) Criterio ambiental, etiqueta ambiental, el mercado no dispone de autocares con etiqueta ECO ó 0; 3.b) Criterio ambiental, distancia a las instalaciones: el arraigo territorial favorece a las empresas de la zona y supone una restricción a la concurrencia y libertad de acceso; 3.c) Criterio social, formación continua para el personal: el criterio de formación continuada requiere de una valoración subjetiva; 3.d) Mejoras: ofrecimiento de desplazamientos sin coste añadido al Consejo: los desplazamientos por las salidas organizadas se corresponden con un servicio discrecional ordinario sin itinerario ni periodicidad predeterminada; 4) Formulación incorrecta de la subrogación de los trabajadores: no se prevé la fecha de vencimiento de los trabajadores temporales; 5) Nulidad sobre las previsiones sobre los acompañantes al establecerse un exceso de las atribuciones y responsabilidades respecto de la normativa sectorial; y 6) régimen de penalidades desproporcionado que vulnera el límite máximo establecido legalmente.

.

La parte demandada alega en síntesis: 1) la formación de lotes está motivada y no es contraria a la normativa en materia de contratación pública; 2) correcta determinación del PBL y del VEC detallados en los

pliegos; 3) el criterio de etiqueta ambiental no limita la concurrencia; el criterio ambiental relativo a la distancia de las instalaciones no es un criterio de arraigo territorial; el criterio social de formación continuada del personal no es un criterio subjetivo y respeta la proporcionalidad; y las mejoras en el ofrecimiento de desplazamientos sin coste añadido están justificadas y guardan relación con el objeto del contrato; 4) se formula correctamente la subrogación de los trabajadores en los PCAP; 5) los requisitos de los acompañantes contenidas en los pliegos son ajustadas a derecho; y 6) el régimen de penalidades se ha formulado correctamente.

Examinaremos cada uno de los motivos de impugnación por el orden planteado por las partes.

SEGUNDO.- Motivo relativo a la formación de lotes. Para examinar el primer motivo relativo a la formación de los lotes que deben ser objeto de licitación, debe partirse de lo dispuesto en el art. 99 de la LCSP, cuyo apartado 3 establece, como regla general, la formación de lotes, cuando dispone:

"Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras (...)"

A su vez, el artículo 116.4.g) de la LCSP establece: que en el expediente se justificará adecuadamente: "La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso."

El contrato se dividió en doce lotes, lo cual se alega por la parte actora que no está justificado, aduciendo en síntesis que hubiera sido necesario dividir el contrato en más lotes, puesto que la mayoría de líneas agrupadas dificulta la participación de pequeñas y medianas empresas, de modo que las razones expresadas por el órgano de contratación no justifican la posibilidad de que se dividiera el contrato en un mayor número de lotes.

Respecto de este motivo de impugnación, debe indicarse que, tras la promulgación de la LCSP, se produjo una inversión de la regla general de no dividir el objeto del contrato con la finalidad, según se recoge en el Preámbulo, de fomentar la participación de las pequeñas y medianas empresas, como medida que posibilita

el acceso a la contratación pública de un mayor número de empresas, de modo que lo que debe justificarse en el expediente es la no división del contrato en lotes.

En este sentido, la Directiva 2014/24/UE, en el considerando 78, ya exponía la forma en la que se debe plantear la división en lotes, al decir que: "Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME."

La LCSP exige que se justifique debidamente la no división en lotes, estableciendo en la ley dos motivos que se considerarán suficientes para determinar la no división en lotes: a) que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia, y b) que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo, o que exista riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones.

En cualquier caso, no existe una obligación por parte del órgano de contratación de dividir el objeto del contrato en lotes en atención a la naturaleza del mismo, teniendo al respecto una amplia potestad discrecional a la hora de configurar el objeto del contrato para conseguir un mejor cumplimiento de éste, y con ello del interés público, siempre y cuando no supere los límites establecidos en el art. 99.4 de la LCSP.

Es por ello, que debemos examinar si se ha justificado suficientemente la no división en lotes del objeto del contrato, partiendo y sin olvidar el carácter discrecional de la decisión. El contrato que nos ocupa de transporte escolar alcanza a 56 rutas, habiéndose formado 12 lotes a efectos de licitación.

En el informe de necesidad obrante en el expediente administrativo se expresan, como motivos de la opción de división en doce lotes del contrato, una gestión más eficiente, con la adjudicación a una única empresa licitadora por grupo de rutas o por zonas geográficas, optimización de costes, limitar la movilización de los trabajadores por zonas, una mejor coordinación limitando el número de interlocutores y, al mismo tiempo, permitir la participación de pequeñas y medianas empresas.

La motivación realizada por la Administración se realiza en el inicio del expediente y aparece como razonable, al configurar las rutas atendiendo a zonas geográficas y centros de la zona, respecto de uno o varios municipios que comparten zona de recogida de los usuarios a transportar. El hecho que los años anteriores se hubiera dividido el contrato en 53 lotes, uno por ruta, no vincula a que se siga la misma fórmula de división en lotes en la licitación, siempre y cuando se plantee una fórmula razonable en términos de mejora y se respeten los límites establecidos legalmente a los que se ha hecho referencia.

Ya se ha indicado que la división en lotes tiene como finalidad el aumento de la competencia, pero existe cierta libertad de decidir por parte del poder adjudicador, siempre que motive cumplidamente su decisión en el margen de discrecionalidad que le concede la ley para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, debiendo explicar las razones principales por las cuales ejercita la opción de dividir los lotes de una determinada forma.

Aquí debe observarse que el contrato es el transporte escolar de los servicios competencia del Consejo Comarcal, y que existe una división en lotes del objeto del contrato que atiende a criterios funcionales, geográficos y económicos, considerando que el órgano de contratación ofrece una justificación adecuada de la opción que ejercita de dividir el contrato en doce lotes, de lo que se deriva la desestimación del motivo.

TERCERO.- La determinación del presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato. La parte actora alega que los gastos de personal que se recogen en el informe de necesidades no se ajustan a los precios de mercado, y que se han tomado en consideración datos que no están actualizados, sin tener en cuenta el tiempo real de espera de los trabajadores entre rutas.

El art. 100.2 de la LCSP establece los criterios de cálculo del valor estimado del contrato, disponiendo que deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Por su parte, el art. 101.3 de la LCSP establece que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

En el expediente administrativo consta que, para determinar los costes del contrato, se tuvieron en cuenta los datos del Observatorio de costes del transporte discrecional de viajeros de Catalunya fijados por el Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya en febrero de 2019, los criterios del Departament d'Educació para la elaboración de la propuesta de financiación y gestión de los servicios de transporte y de comedor escolar para el curso 2019-2020 y el Convenio Colectivo de trabajo del sector de transportes por carretera de la provincia de Girona, publicado en el BOP de 30 de noviembre de 2016. En el informe de necesidades se desarrollan las estimaciones sobre los gastos considerados fijos, variables, directos e indirectos, incluidos los gastos laborales.

En el expediente constatamos que se desglosan los costes laborales según convenio, así como los demás costes, directos o indirectos, que resulten necesarios para la ejecución material del contrato; los costes vinculados a los gastos generales de estructura; y el coste del beneficio industrial. La metodología sigue las directrices del Observatorio de Costes elaborado por la Direcció General de Transports i Mobilitat, el cual se realiza con los datos suministrados por las diferentes empresas y asociaciones del sector.

Los cálculos se realizaron con los datos del Observatorio publicados en la fecha en que se realiza el informe de necesidad, sin que en ese momento se hubiera iniciado la situación de pandemia por covid, detallando los diferentes costes directos e indirectos necesarios para la ejecución del contrato, incluyendo determinadas partidas que no se recogen en el Observatorio, y tomando en consideración los costes de conductor y acompañante.

Se comparte la apreciación realizada por el Tribunal de Contratos en el sentido de que el cálculo del VEC y del PBL se ha realizado conforme a lo establecido en la LCSP, sin que haya resultado desvirtuado por las alegaciones de la parte actora, quien incluye determinadas partidas e incrementos de forma discrepante con los cálculos realizados por la Administración contratante, que no resultan cuantificadas, sin que ello pueda determinar la nulidad de los cálculos realizados sobre el VEC y el PBL, atendido a que responden a parámetros razonables.

Por lo expuesto, debe desestimarse el motivo de impugnación.

CUARTO.- Los criterios de adjudicación ambientales: etiquetas de los vehículos y proximidad de las instalaciones. Respecto de los motivos relativos a los criterios de adjudicación, debe subrayarse que dichos

criterios de adjudicación que fijan los órganos de contratación deben respetar los principios fundamentales del derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

En esta materia, el órgano de contratación goza de discrecionalidad, pero no con una libertad ilimitada, porque han de respetar el principio de igualdad de trato y correlativa obligación de transparencia; porque han de establecerse de manera clara, precisa e inequívoca; porque deben estar vinculados directamente al objeto del contrato, y no a las características subjetivas de las empresas licitadoras.

En el ámbito de los criterios ambientales, la parte actora impugna dos criterios de adjudicación que son los relativos a la etiqueta del autocar y a la distancia de las instalaciones operativas a uno de los centros escolares de destino del lote, prevista para toda la vigencia del contrato. Estos criterios se puntúan con un máximo de 30 puntos, en el caso de las etiquetas ambientales, y de 15 puntos en el de distancia a las instalaciones.

Para valorar este motivo de impugnación, debe indicarse que el total de puntuación por criterios automáticos era de un máximo de 85 puntos, de los cuales 45 corresponden a estos criterios ambientales, 15 al criterio social de formación continuada de personal, 15 a la oferta económica y 10 a las mejoras.

Por tanto, estos dos criterios ambientales suponen más del 50% del total de la puntuación por criterios automáticos, obedeciendo en ambos casos al objetivo de contribuir al cumplimiento de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, y al cumplimiento de la Directiva 2009/33/CE, relativa a la promoción de vehículos de transporte limpios y energéticamente eficientes.

La parte actora alega que el mercado no dispone de autocares con etiqueta ECO ó 0, y que la cláusula de distancia a las instalaciones es una cláusula de arraigo territorial y que el criterio es desproporcionado, puesto que una distancia de 1 Km. de más o menos, supone 7,5 puntos de diferencia.

En primer lugar, y en cuanto a la etiqueta ambiental, en el pliego se asignaba una puntuación de 10 puntos a los vehículos con etiqueta ambiental ECO ó O, 7 puntos a los vehículos con etiqueta ambiental C o equivalente, y 0 puntos a los vehículos con etiqueta ambiental inferior (realmente etiqueta B, dada la antigüedad máxima de los vehículos).

El sistema de etiqueta de la DGT responde a la categorización del anexo II del Reglamento general de vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en cuanto a la clasificación de los vehículos por su potencial contaminante, el cual se introdujo de forma novedosa por la Orden PCI/810/2018, de 27 de julio, por la que se modifican los anexos II, y XVIII del Reglamento general de vehículos, aprobado por el Real decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. Según dicha clasificación, los vehículos a motor sin distintivo ambiental son los que, por su clasificación en el Registro de Vehículos, no cumplen las condiciones o requisitos para la obtención de la clasificación 0 emisiones, ECO, C o B, de modo que la falta de distintivo ambiental se configura por el dato de la antigüedad de los vehículos, sin distinción de las características de los mismos, de acuerdo a la clasificación de la DGT. Este mismo criterio se aplica a los vehículos con etiqueta B, pues para acceder a la etiqueta ECO han de cumplirse los requisitos de la etiqueta C, de manera que los vehículos con etiqueta B se definen básicamente por su antigüedad, correlativa a las normas Euro.

Esta Sala y Sección, en Sentencia de fecha 21 de marzo de 2022 (Recurso núm. 62/2020), entendió que la categorización por distintivo ambiental es un marco de referencia que puede considerarse razonable, en tanto que el sistema de etiquetado ambiental DGT clasifica los vehículos más contaminantes, lo cual apreciamos asimismo en este caso en que se utiliza como criterio ambiental de adjudicación.

En esta línea, específicamente en el sector de los vehículos de transporte, la Directiva 2009/33/CE, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes que ordena, modificada por la Directiva (UE) 2019/1161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, tiene como objetivo el de garantizar que los poderes adjudicadores y las entidades contratantes correspondientes tengan en cuenta, en la contratación pública relativa a los vehículos de transporte por carretera incluidos en su ámbito de aplicación, los impactos energético y medioambiental de estos durante su vida útil, a fin de promover y estimular el mercado de vehículos limpios y energéticamente eficientes y mejorar así la contribución del sector del transporte a las políticas en materia de medio ambiente, clima y energía de la Unión Europea. entre otros a los poderes adjudicadores, la promoción y estímulo del mercado de vehículos limpios y energéticamente eficientes y aumentar la contribución del sector del transporte a las políticas en materia de medio ambiente, clima y energía de la Comunidad. Esta Directiva fue transpuesta por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, en los arts. 86 a 91.

La parte actora alega que no hay vehículos ECO o 0 en el mercado, pero lo cierto es que el criterio de adjudicación distingue fundamentalmente entre los vehículos con etiqueta C, con 7 puntos, frente a los 0

puntos de los vehículos con distintivo inferior. Los distintivos ECO o 0 suponen tres puntos adicionales, de modo que es un criterio que aparece como proporcionado, a la vez que no infringe la igualdad de trato desde el momento en que todos los licitadores están en las mismas condiciones para acceder al mercado y adquirir este tipo de vehículos.

Una problemática distinta plantea el criterio de distancia de las instalaciones, el cual se configura asimismo como un criterio ambiental. En los pliegos se puntuaba una distancia inferior a 10 Km con 15 puntos, una distancia de 10 a 30 Km con 7,5 puntos, y una distancia superior a 30 Km con 0 puntos.

En la tramitación del recurso especial, el propio TCCSP solicitó un informe complementario sobre este criterio de adjudicación, el cual fue contestado por el Consell Comarcal informando que estaba configurado en el expediente como un criterio ambiental, vinculado al objeto del contrato.

A la hora de examinar este criterio de adjudicación, debemos partir de que el principio de igualdad de trato se considera la piedra angular, y supone que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora; pero también que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores.

Como ya se ha expresado, corresponde al órgano de contratación fijar los criterios que considere más adecuados para seleccionar la mejor oferta, esta discrecionalidad está amparada por la legislación de contratos y por la jurisprudencia, discrecionalidad frente a la que se puede oponer desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error o vulneración del procedimiento. El órgano de contratación goza de discrecionalidad, pero no goza de una libertad ilimitada para establecer los criterios de valoración, porque han de respetar el principio de igualdad de trato y correlativa obligación de transparencia; porque han de establecerse de manera clara, precisa e inequívoca; porque deben estar vinculados directamente al objeto del contrato, y no a las características subjetivas de las empresas licitadoras.

En este caso, el criterio de distancia de las instalaciones y la puntuación que se le otorga no aparece suficientemente justificada, a juicio de la Sala, en su encaje como criterio ambiental, con la puntuación que se le otorga, presentado las características de las denominadas cláusulas de arraigo territorial, que la jurisprudencia ha reiterado que son contrarias a los principios de igualdad, libre concurrencia, libertad de

establecimiento y libertad de circulación y que sólo en supuestos muy excepcionales cabe su admisión cuando se evidenciara que la presencia en un ámbito geográfico determinado estuviere vinculado directamente con el contrato y su concurrencia implicara un beneficio significativo en la ejecución de la prestación.

La doctrina es pacífica al considerar que los criterios de arraigo territorial no pueden ser ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación. Son admisibles, por el contrario, cuando se configuran como compromiso de adscripción de medios (artículo 76.2 de la LCSP) o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego técnico, siempre que, en cualquier caso, se ajusten al principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato y respeten los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

En este caso, al criterio ambiental sobre la etiqueta de los autocares, se suma el criterio ambiental de la distancia de las instalaciones, el cual se formula en términos estrictamente ambientales. El criterio de distancia de las instalaciones se reduce a los desplazamientos del vehículo a sus instalaciones, puesto que la ruta contratada tiene idéntico kilometraje para todos los vehículos. Las franjas de kilómetros que se recogen en el criterio de adjudicación son de un margen reducido, singularmente al primar una cercanía inferior a 10 kilómetros, lo cual supone que una pequeña distancia entre instalaciones de unos pocos kilómetros puede suponer la mitad de la puntuación o, incluso, que no se puntúe por este criterio.

La justificación que se da en el informe de necesidades de "incentivar el uso de vehículos de bajas emisiones en CO₂" no resulta comprensible, puesto que no se alcanza a apreciar cuál es la conexión entre la distancia con las instalaciones con el uso de un tipo de vehículo u otro. Mas bien al contrario, este criterio permite una menor inversión en vehículos con etiqueta ambiental a los licitadores con arraigo territorial. Puede ponerse el ejemplo de un licitador, con dos vehículos con etiqueta inferior a la C y un vehículo con etiqueta C, tendría una puntuación de 22 puntos (15 por distancia y 7 por etiqueta), si sus instalaciones están a menos de 10 km, mientras que un licitador con tres vehículos con etiqueta C tendría una puntuación de 21 puntos (7 por cada etiqueta), si sus instalaciones están a más de treinta kilómetros. Por tanto, no apreciamos que la distancia incentive el uso de vehículos de bajas emisiones de CO₂.

Así como el criterio de la etiqueta aparece como razonable a estos efectos, este criterio de la distancia no resulta suficientemente justificado, además de que no aparece ningún dato que permita conocer la incidencia ambiental de la medida, más allá de lo que es obvio, esto es, a menor distancia se contamina menos,

aunque también juegan otras variables, como el número de desplazamientos a las instalaciones. Esta justificación hubiera resultado necesaria al tener un peso relativo muy importante en la adjudicación.

La Sala aprecia que se trata de una puntuación que prima la cercanía de las instalaciones según resulta puntuadas en el pliego, cuando es obvio que la mejora ambiental significativa se produce por circular con un vehículo menos contaminante en toda la ruta contratada y en los demás desplazamientos, y no por la diferencia de kilómetros de los trayectos de ida y vuelta a las instalaciones. La elevada puntuación que se asigna a este criterio lo aproxima en gran medida al criterio de la etiqueta ambiental, cuando es evidente que este último criterio debería tener un peso sustancialmente superior.

En estas condiciones, entendemos que la justificación ofrecida no supera el test de validez como criterio de adjudicación ambiental, en tanto que la misma no aparece como coherente con el criterio de distancia a las instalaciones, el cual implica un arraigo en el territorio, desde el momento en que los licitadores que no operan en el territorio pueden verse obligados a contratar unas instalaciones, con el coste que ello supone, dada el peso del criterio en el global de la puntuación, por lo que concluimos que esté criterio restringe la competencia, sin que se haya justificado suficientemente en el expediente.

Procede estimar el recurso en este concreto extremo de la distancia de las instalaciones como criterio ambiental, entendiendo conforme a derecho el criterio ambiental relativo a la etiqueta del vehículo.

QUINTO.- Criterio social de formación continuada del personal. El pliego establece, como criterio de adjudicación no sujeto a juicio de valor, con una puntuación máxima de 15 puntos, la oferta de formación adicional a las horas exigidas en el PPT, de conductores y acompañantes, según las condiciones y temáticas previstas en el mismo, puntuando con 15 puntos un pack de seis horas y con 7,5 un pack de tres horas.

La parte actora alega que no se trata de un criterio objetivo, pues sería necesaria una valoración de la adecuación de la formación a los criterios establecidos en el PPT y que las puntuaciones otorgadas son incongruentes.

Este criterio de adjudicación aparece vinculado con el objeto del contrato, entendido que esa vinculación existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, estando justificada su inclusión en el expediente.

La definición del criterio, como automático o dependiente de un juicio de valor, así como su puntuación, entran en la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, ajustándose a lo dispuesto en el art. 145 de la LCSP, y no apreciándose una desproporción de la puntuación asignada. La división por franjas se ajusta a la naturaleza del criterio y permite que los licitadores concurren con pleno conocimiento de la puntuación de sus ofertas.

En este caso, no cabe confundir la puntuación que depende de un juicio de valor con que se valore si la oferta se ajusta al pliego, de modo que el órgano de contratación puede valorar si la oferta formativa ofrecida se ajusta al PPT, donde se describe con suficiente detalle, y en ese caso otorgarle una puntuación, que es automática según resulta expresado en el pliego.

Debe desestimarse este motivo de impugnación.

SEXTO.- Mejoras de desplazamiento sin coste. La actora impugna el pliego en este punto respecto de las mejoras consistentes en la oferta de salidas sin coste añadido en actividades organizadas por el Consejo Escolar, puntuándose con 2,5 puntos la oferta de una salida, y con 5 puntos la oferta de dos salidas en un curso escolar.

El art. 145.7 de la LCSP establece: "En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento. Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato. Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación".

En este caso, la mejora resulta vinculada con el objeto del contrato, concretándose a una o dos salidas en el curso escolar, con un máximo de 50 kilómetros, en el territorio de la comarca, dentro del horario escolar, y respecto de actividades organizadas por el propio Consejo Comarcal para alumnos en edad de escolarización obligatoria.

En estas condiciones, no puede considerarse que estas prestaciones adicionales alteren la naturaleza ni el objeto del contrato, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Subrogación de los trabajadores. La parte actora impugna el pliego en este punto alegando que no se indica el vencimiento del contrato de los trabajadores, pese a que hay un gran número de trabajadores temporales, lo que vulnera el art. 130 de la LCSP, además de invadir la normativa laboral.

El art. 130 de la LCSP establece que, cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

En este caso, en el Anexo II del PCAP consta el detalle de cada persona a subrogar, constandingo el tipo de contrato según las claves aprobadas por la TGSS, así como los datos de antigüedad, cotización, salario, horas y convenio colectivo aplicable, por lo que la información recogida en el pliego es suficiente a los efectos de evaluar los costes laborales, sin que se aprecia la infracción de la normativa laboral alegada, puesto que se trata de una subrogación que viene determinada por aplicación de los convenios colectivos, de lo que resulta que debe desestimarse este motivo de impugnación.

OCTAVO.- . Requisitos de los acompañantes. La parte actora impugna la cláusula tercera del PPT, apartado 3.2, punto b), por cuanto que exige que los acompañantes deban estar en posesión, como mínimo, del título de monitor de transporte escolar, así como por exceso de atribuciones, al exigirse que los acompañantes dispongan de información médica o asistencial actualizada, y le den la medicación que resulte procedente al usuario.

El art. 8 del RD 433/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar de menores, establece la obligatoriedad de la presencia a bordo del vehículo, durante la realización del transporte de, al menos, una persona mayor de edad idónea, distinta del conductor, acreditada por la entidad organizadora del servicio, salvo que expresamente se hubiera pactado que la acredite el transportista, que conozca el funcionamiento de los mecanismos de seguridad del vehículo, encargada del cuidado de los

menores durante su transporte y las operaciones de acceso y abandono del vehículo, así como, en su caso, de la recogida y acompañamiento de los alumnos desde y hasta el interior del recinto escolar. El apartado 1.a) del citado artículo 8 establece, para los transportes escolares de menores, cuando así se especifique en la correspondiente autorización de transporte regular de uso especial y, en todo caso, siempre que se transporten alumnos de centros de educación especial, que el acompañante debe contar con la cualificación laboral necesaria para la adecuada atención a este alumnado de necesidades educativas especiales.

La previsión de los pliegos no infringe la normativa sobre los acompañantes, puesto que se trata de un requisito que está vinculado a la calidad de la prestación, el cual entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, en tanto que las funciones previstas en los pliegos entran en las de cuidado de los menores durante su transporte, estando por lo demás prevista la formación del personal como coste directo en el PBL.

Debe desestimarse el motivo de impugnación.

NOVENO.- Régimen de penalidades. Se impugna el régimen de penalidades establecido en el punto 4 del apartado R del cuadro de características técnicas, alegando que queda al arbitrio del órgano de contratación la determinación de la base, su desproporción y la vulneración del límite máximo establecido en el art. 192.2 de la LCSP.

El art. 192 de la LCSP establece que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido, las cuales deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

Las penalidades previstas se refieren a porcentajes de la facturación de los mes o meses donde se produzca el incumplimiento, previo expediente contradictorio, sin que se rebasen los límites establecidos normativamente. La lectura de las penalidades permite identificar que se refieren al periodo en que se produce el incumplimiento, tal como se expresa por la Administración, que alegó, tanto en el recurso especial como en este proceso, el contenido de la regulación en el pliego establece que, si la demora es de un mes, la sanción será el porcentaje que corresponda de la factura de ese mes, y si la demora abarca varios meses

el porcentaje se aplicará a la facturación de los meses en los que se haya demorado, añadiendo que igualmente se aplicará respecto a los incumplimientos contractuales o bien en defectuosos cumplimientos.

En consecuencia, debe entenderse que las penalidades se ajustan a lo dispuesto en el art. 192 de la LCSP, lo que determina la desestimación del motivo.

De todo lo expuesto resulta que debe estimarse en parte el recurso, anulando el criterio de adjudicación ambiental establecido en la PCAP de distancia a las instalaciones.

DÉCIMO.- Costas procesales: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer imposición de costas al estimarse parcialmente el recurso.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

PRIMERO.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora contra la resolución número 349/2020, de fecha 29 de octubre de 2020, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) arriba expresada, anulando número 349/2020, de fecha 29 de octubre de 2020, anulando el criterio ambiental de distancias a las instalaciones recogido en el pliego que debe regir el contrato del servicio de servicios de transporte escolar colectivo de la comarca del Gironès por el período comprendido entre septiembre de 2020 y junio de 2020 (correspondiente a los cursos 2020-2021 y 2021-2022) y sus prórrogas, licitado por el Consejo Comarcal de El Gironès (expediente 2019/1403/14). Con desestimación de la demanda en cuanto al resto de pretensiones.

SEGUNDO.- No hacer imposición de costas.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 86.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado e Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.