



EB 2015/088

Resolución 097/2015, de 8 de septiembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Gabino González de Chávarri Alustiza contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios de transporte escolar con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas incluida la del conductor a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia para los cursos escolares 2015-2016 y 2016-2017.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 17 de julio de 2015 tuvo entrada en el registro del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura el recurso especial interpuesto por Gabino González de Chavarri Alustiza contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios de transporte escolar con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas incluida la del conductor a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia para los cursos escolares 2015-2016 y 2016-2017.

SEGUNDO: El recurso junto con el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) causó asiento de presentación en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko



Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 27 de julio de 2015.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento, se han recibido alegaciones de las empresas Ulacia Bidaiak, S.L., Autopullmans Araba, S.L. y Autobuses Jimenez, S.L.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente en tanto que afirma estar interesado en la convocatoria.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato objeto de recurso pertenece a la categoría 2 (servicios de transporte por vía terrestre, etc. –CPV 60120000–) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 6.565.820,410 €, por lo que queda sujeto a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» El acto objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato (en adelante, PCAP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.



SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La cláusula 29.6 del PCAP no exige a las personas jurídicas aportar la cualificación profesional de los responsables de ejecutar la prestación del servicio.

b) El Real Decreto 443/2001 de 27 de abril sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, en su artículo 7 indica que los conductores deberán cumplir las condiciones establecidas del Reglamento General de conductores, que son el poseer el carnet de conducir clase D y a su vez el Certificado de Aptitud Profesional (CAP). Según la cláusula 35 de preferencias de adjudicación si se produce un empate entre dos o más ofertas presentadas, tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas que acrediten tener en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad igual o superior al 33% siempre que dicho porcentaje sea superior al 2% de la plantilla. Esto, puede llevar a la Mesa de contratación a adjudicar a empresas que no posean personal cualificado, es decir, que los conductores no posean el carnet de conducir clase D y el certificado de aptitud profesional (CAP) suficiente para prestar los servicios licitados.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe rebate al recurrente con los siguientes argumentos:

a) Del hecho de que no se exija a las personas jurídicas la aportación en el sobre A de la indicación del nombre y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación deduce el recurrente que ello puede conducir a la adjudicación de itinerarios a empresas que no poseen personal con los requisitos exigidos por la normativa de aplicación.

b) El art. 64.1 TRLCSP contempla la posibilidad, que no el deber, de exigir en los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, a las personas



jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar el trabajo. En este caso, el órgano de contratación ha optado por no exigir en la oferta la especificación de los nombres y cualificación profesional. En todo caso, el contratista, sea persona jurídica o física, está obligado al cumplimiento de las normas que regulan la prestación del servicio referenciadas en el punto 18.1 de la carátula.

OCTAVO: ULACIA BIDAIK, S.L. como interesado en el procedimiento, formula las siguientes alegaciones:

a) Falta de legitimación del interesado por no haber acreditado su condición de interesado.

b) La argumentación del recurso carece de base. No denuncia que el PCAP contenga prescripciones contrarias a las normas que regulan el servicio objeto del contrato sino que no exige algunos que son preceptivos por dicha normativa, cuando es claro que un PCAP no puede ni debe incluir todos y cada uno de los artículos de las normas aplicables al servicio a contratar. Lo que hace el PCAP recurrido es recoger las cláusulas o prescripciones más generales e importantes haciendo remisión en lo no contenido en él a la normativa aplicable. Así en la cláusula 3 (“Régimen jurídico del Contrato”) se señala que al contrato le es aplicable lo reflejado en el PCAP, en el de prescripciones técnicas, más una amplia relación de normativa y “cualquiera otras disposiciones que regulen la contratación tanto en el ámbito estatal como de la Comunidad Autónoma de Euskadi y que resulten de aplicación en el ámbito de la misma”.

NOVENO: AUPOPULLMANS ARABA, S.L. como interesado en el procedimiento, formula las siguientes alegaciones:

a) El recurso advierte dos cuestiones trascendentales que cabe subrayar: la primera, es que una empresa que concurre a este servicio debe disponer de



una plantilla cualificada para poder hacer frente a los trabajos a los que concursó y, la segunda, que las empresas que concurran a licitar itinerarios de transporte escolar, deben disponer en dicho momento de todos los medios materiales y personales que comprometen poner a disposición de la administración para su ejecución.

b) Conformidad de la alegante con los hechos objeto de recurso y similitud con los hechos denunciados por la alegante en el recurso especial interpuesto en fecha 10 de agosto de 2015 ante el OARC/KEAO.

c) Para realizar la actividad de transportar se necesita además de vehículos, conductores. El criterio de desempate abre la puerta a una competencia desleal y a una mercantilización de la persona con discapacidad o minusvalía.

d) Posible ánimo fraudulento y/o posible cesión ilegal de trabajadores que requiere la actuación y comprobación por parte de la administración.

e) El Gobierno Vasco dispone de alta inspección en materia de transporte de carretera (art. 4.1. Ley 4/2004 de 18 de marzo, de transporte de viajeros por carretera), con independencia de las competencias que ostentan en esta materia las Diputaciones Forales.

f) Con la finalidad de corroborar los extremos apuntados en el recurso como lo referenciado en el escrito de alegaciones en relación a la disposición de medios personales por las licitadoras, se solicita abrir una fase de prueba para acceder a la documentación del personal contratado en el mes de mayo de 2015 por las empresas concurrentes a la licitación (TC-2 y contratos laborales).

DÉCIMO: AUTOBUSES JIMENEZ, S.L. como interesado en el procedimiento, formula las siguientes alegaciones:

a) el criterio del punto 35 de la carátula del PCAP no es equitativo ya que en función del número de trabajadores de que disponga es más fácil cumplir con



dicho criterio: empresas pequeñas con un solo trabajador obtendrían un porcentaje muy alto, mientras que empresas con mayor número de empleados necesitarían de un gran número de trabajadores con discapacidad para cumplir este requisito y no debería tener la misma consideración que dicho personal con minusvalía fuera personal conductor, personal administrativo o personal de mantenimiento y habría que establecer claramente qué volumen de personal está afectado por la discapacidad entre el personal conductor, ya que es el que efectivamente realiza la prestación.

b) Para que la valoración tuviera validez dicho porcentaje habría de mantenerse durante toda la duración del contrato y en este punto variar según que la empresa tuviera un mayor o menor número de empleados.

c) Este criterio supone una barrera de acceso en igualdad de condiciones para las empresas dependiendo cual sea su volumen de trabajadores y no es despreciable el dato de que casi el 80% de las empresas que realizan transporte escolar posee un número de empleados inferior a 10.

UNDÉCIMO: El objeto del recurso es el punto 29.6 de la carátula del PCAP, que dice así:

«**29.6** Las personas jurídicas deben aportar los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación (si/no): **NO**»

La base del punto 29.6 se encuentra en el artículo 64 del TRLCSP, que dispone lo siguiente:

«Artículo 64. *Concreción de las condiciones de solvencia*

1. En los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.



2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.»

Como claramente se desprende de la mera lectura de este artículo la concreción de las condiciones de solvencia es una posibilidad de la que puede hacer uso el órgano de contratación, en ningún caso se articula su señalamiento como una obligación. Así, será el órgano de contratación quien decida si hace uso de esta posibilidad en virtud de las potestades que se le otorgan para configurar el contrato y el procedimiento de adjudicación de la forma que considere precisa para la consecución de los fines institucionales que son de su competencia, siempre dentro de los límites señalados en el TRLCSP.

El único argumento impugnatorio se basa en que el señalamiento en el PCAP de la no obligación de facilitar el nombre y acreditar la cualificación profesional del personal responsable del servicio, en conjunción con la cláusula de preferencias de adjudicación (punto 35 de la carátula del PCAP), puede dar lugar a la adjudicación del contrato a empresas cuyos trabajadores no reúnan los requisitos de capacidad exigidos por la normativa a aplicar al servicio objeto del contrato (transporte escolar).

El que el órgano de contratación legal y legítimamente no exija la concreción de determinadas condiciones de solvencia a las licitadoras del contrato no significa que éstas no deban cumplir con todas las obligaciones impuestas por la normativa sectorial de aplicación al servicio al que se licita (servicio de transporte regular de uso especial), aunque éstas no estén expresamente señaladas en el PCAP, pues lo contrario sería tanto como afirmar que a través de lo señalado en el PCAP (que carece de rango normativo) se puede eximir



del cumplimiento de las obligaciones contenidas en disposiciones normativas pudiéndose llegar al absurdo de que, como el PCAP no solicita que los choferes dispongan de carnet de conducir, éste requisito sea considerado como no necesario para la prestación del servicio de transporte escolar. Pero es que, en este pliego en concreto, ello no es cierto, pues el punto 18.1 de la carátula del PCAP, entre las normas a cumplir para la prestación del servicio, incluye expresamente el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, y en el PCAP se incluyen ciertas previsiones para garantizar que las licitadoras cumplen con los requisitos habilitantes para el desempeño del servicio a contratar; así, el modelo de oferta económica exige que los licitadores suscriban la declaración de que la empresa cumple con todos los requisitos y obligaciones exigidos por la normativa vigente para su apertura, instalación y funcionamiento y entre las causas de resolución del contrato (punto 17.2 de la carátula) se establecen los de pérdida de la capacidad profesional requerida para el ejercicio de la actividad de Transporte de Viajeros por Carretera y la pérdida de la autorización para el transporte de viajeros de uso especial de escolares.

En lo que respecta a la configuración del procedimiento ningún reproche legal se puede efectuar a los pliegos impugnados. De hecho, la argumentación del recurso se basa en una hipótesis, que de materializarse, lo haría en la ejecución del contrato, lo cual daría lugar, en su caso, a su resolución.

DUODÉCIMO: La empresa AUPOPULLMANS ARABA alega que la base argumental de su recurso contra la adjudicación del contrato es similar a la del recurrente y solicita la práctica de prueba con el fin de comprobar la hipótesis formulada por el recurrente. Este OARC / KEAO desestima la petición por dos razones: la primera, que no es necesaria su práctica para la resolución del recurso, la segunda, que la circunstancia que se pretende constatar a través de la prueba, el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales, es irrelevante en el contrato cuyos pliegos se impugnan pues legal y legítimamente el órgano de contratación ha decidido no solicitar dicho compromiso.



DECIMOTERCERO: Debe desestimarse la petición de Ulacia Bidaiak, S.L. de que se imponga al recurrente una sanción por temeridad en la interposición del recurso toda vez que, si bien es cierto que las afirmaciones realizadas por la recurrente carecen de sustrato probatorio y que el recurso adolece de inconsistencia, este OARC / KEAO considera que no se dan los elementos y requisitos para considerar temeraria su interposición; para ello, a la citada inconsistencia argumental debe añadirse el ánimo de presentar el recurso a pesar de ser evidente para cualquier operador jurídico su falta de fundamento o con una intención distinta de la defensa de derechos o intereses legítimos de la empresa (por ejemplo, para dilatar la formalización del contrato). Estas circunstancias no se aprecian en este caso, como lo demuestran las alegaciones de otra licitadora, basadas en argumentos similares y que sustentan otro recurso especial presentado por ella, y el hecho de que no se ha producido ni pretendido la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso en materia de contratación interpuesto por Gabino González de Chávarri Alustiza contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios de transporte escolar con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas incluida la del conductor a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia para los cursos escolares 2015-2016 y 2016-2017.



SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko irailaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de septiembre de 2015