



EB 2023/110

Resolución 192/2023, de 8 de noviembre, de la 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 AVANZA MOVILIDAD GIPUZKOA, S.A. contra los pliegos del contrato “Gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de Irun”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de mayo de 2023, se presentó en el registro del poder adjudicador un recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa AVANZA MOVILIDAD GIPUZKOA, S.A. (en adelante, AVANZA) contra los pliegos del contrato “Gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de Irun”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: Los días 25 y 26 de mayo y 1 de junio se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 022/2023, de 28 de junio, dictada en el marco del procedimiento de resolución del recurso EB 2023/109, cuyo objeto





es también la impugnación de los pliegos del contrato ahora recurrido, la Titular del OARC / KEAO acordó la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de julio, el día 13 de julio se recibieron las alegaciones conjuntas de AUTOBUSES CUADRA, S.L. y SEMURA BUS, S.L. (en adelante, “la alegante”).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de B.B.E. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la alegante afirma que AVANZA carece de ella porque no ha presentado oferta a la licitación cuyos pliegos impugna, por lo que solicitan la inadmisión del recurso. Este Órgano entiende que sí concurre dicha legitimación activa por las siguientes razones:

- a) La recurrente es un operador económico entre cuya actividad se incluye el objeto del contrato impugnado.
- b) El artículo 48 LCSP, titulado “Legitimación”, establece lo siguiente:

“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.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”



c) La legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción de derechos o intereses legítimos propios de la esfera jurídica del recurrente si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO).

d) La amplísima descripción de la legitimación expresada en los apartados b) y c) anteriores incluyen también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan el acceso a la licitación o la presentación de una proposición con mayores posibilidades de obtener la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 47/2023 del OARC / KEAO).

e) Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que es admisible considerar que carece de legitimación activa para interponer el recurso especial contra los pliegos quien no ha presentado una oferta a la licitación correspondiente (ver, por ejemplo, la STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958, en especial los apartados 43 a 58). No obstante, dicha jurisprudencia se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que “Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.” Sin embargo, la legitimación descrita en el artículo 48 LCSP es mucho más amplia que el mínimo fijado en la Directiva: no solo no exige expresamente la presentación de una oferta para acreditar la legitimación activa para impugnar los pliegos (ver el artículo 51.1.a) último párrafo de la LCSP), sino que ni siquiera reserva en exclusiva el recurso especial a los operadores económicos; de hecho, reconoce la legitimación de personas jurídicas distintas de ellos, con cita



concreta (pero no exhaustiva ni excluyente) de los sindicatos y asociaciones empresariales.

f) Finalmente, debe señalarse que incluso la propia jurisprudencia del TJUE antes citada entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación (ver, por ejemplo, los apartados 47 y siguientes de la STJUE citada en la letra e) anterior). En este caso, se observa que, al menos, la alegación de la insuficiencia del Presupuesto Base de Licitación (PBL) que se detalla en el apartado e 2) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución satisface este requisito, pues no parece razonable exigir a una empresa que presente una proposición a un contrato que considera falto de rentabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que este Órgano ha considerado como un indicio muy relevante en contra de este tipo de impugnaciones que, en contradicción con el motivo de recurso, el recurrente ya haya presentado su propia oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2013 y 64/2017 del OARC / KEAO).

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros. La calificación del contrato se analiza en el Fundamento Jurídico noveno a) de esta Resolución.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Irun tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Los requisitos de capacidad para concurrir son discriminatorios y vulneran los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, en concreto los requisitos de (i) experiencia en la gestión del servicio público de transporte en una entidad local de más de 50.000 habitantes durante un mínimo de cinco años en el curso de los últimos diez años y (ii) contar con una nave – garaje que reúna las características establecidas en la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) dentro del término municipal de Irun y que se encuentre a una distancia inferior a un kilómetro y medio de las cabeceras de las líneas de autobús objeto del contrato. A juicio del recurrente, se trata de condiciones de ejecución que no se justifican en el expediente, ni constan razones imperiosas de interés general y suponen barreras de entrada desproporcionadas y contrarias a Derecho; se alega la Resolución 155/2020 del OARC / KEAO.

b) Se alega por la recurrente la existencia de varias “barreras de entrada” adicionales por limitar artificial e improcedentemente la concurrencia:

- Obligación de asumir y cumplir todos los compromisos adquiridos por el actual adjudicatario con la Autoridad Territorial del Transporte de Gipuzkoa (en adelante, “la Autoridad”), sin que se aclaren o detallen dichos compromisos, que tan solo conoce la actual adjudicataria (cláusula 2 del PPT).



- La adjudicataria debe realizar en seis meses las obras necesarias para aumentar la potencia instalada en cocheras de 80 a 400 kw; la obra debe amortizarse en 50 años, siendo el plazo de duración inicial del contrato de cuatro años, por lo que la empresa solo podrá imputar a la duración del contrato menos de un 10% del coste de la obra (cláusula 7 del PPT).
 - El Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que contiene el listado de personal subrogable, omite información relevante para elaborar el proyecto técnico requerido en los pliegos (cláusula 13ª del PCAP), el cual incluye aspectos de igualdad de género y la figura de un coordinador, dándose la circunstancia de que únicamente la actual adjudicataria conoce el género de los trabajadores subrogables y la experiencia profesional y el curriculum del jefe de servicio.
- c) La recurrente alega que la calificación jurídica del contrato no es correcta, pues no se trata de un contrato de servicios sino de una concesión de servicios (artículo 15 LCSP), pues (i) la contraprestación consiste en los ingresos obtenidos por la venta de billetes y en una compensación variable por las obligaciones de servicio público impuestas y (ii) el riesgo operacional se traslada al contratista.
- d) La duración del contrato es contraria al artículo 24.1 de la Ley 4/2004, del Parlamento Vasco de 18 de marzo, de Transporte de Viajeros por Carretera (en adelante, Ley 4/2004), que establece que la duración no podrá ser inferior a cinco años ni superior a diez.
- e) Por lo que se refiere a las cláusulas de contenido económico, se alega que se han obviado costes muy significativos, concretamente los de adquisición de los elementos necesarios para la prestación del servicio, conservación y mantenimiento de todas las instalaciones, coste de la nave – garaje, la amortización completa de las obras para incrementar la potencia instalada, las pólizas de seguro, las auditorías y las “posibles modificaciones” que se recogen a lo largo de los pliegos a pesar de que se diga en el apartado 4.4 del PCAP que



no hay modificaciones previstas (concretamente, el recurso cita las cláusulas 26 del PCAP y 4.2 y 11 del PPT).

f) Se alega que el PPT contiene numerosas cláusulas de carácter económico que deberían recogerse en el PCAP (cláusulas 7, 13.4 y 13.5 del PPT), lo que infringe los artículos 66.2 b) y 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

g) La recurrente alega que algunas previsiones del PCAP vulneran los principios de transparencia y proporcionalidad:

- Por un lado, algunas cláusulas no han sido formuladas conforme a las exigencias del principio de transparencia. Concretamente, la cláusula 15ª I del PCAP no precisa cómo se van a valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y tan solo señala qué documentación deben aportar los licitadores.
- En el régimen de penalidades del contrato se incluyen algunas infracciones redactadas de forma imprecisa que podrían aplicarse de modo desproporcionado o arbitrario porque su alcance no puede conocerse de antemano. Concretamente, el recurso se refiere a la demora o la cesación en la prestación del servicio, al incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones y condiciones del pliego, al incumplimiento de las condiciones y obligaciones que produzcan perjuicio grave, a la realización de trabajos de forma manifiestamente irregular y a las incidencias con los destinatarios del servicio y ciudadanos en general.

h) Finalmente, se solicita la anulación del anuncio de licitación, de los pliegos y del resto de la documentación contractual adicional.

SÉPTIMO: Alegaciones de AUTOBUSES CUADRA, S.L y SEMURA BUS, S.L.

La alegante se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:



- a) La solvencia exigida es razonable y proporcionada y está motivada por el poder adjudicador; la propia Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), que establece como necesaria la prestación del servicio de transporte colectivo urbano en municipios cuya población supere los 50.000 habitantes. Asimismo, la obligación de contar con una base de operaciones responde a una necesidad evidente, ya figuraba en la licitación anterior y no es un requisito de solvencia, sino una condición de ejecución, por lo que no impide el acceso al procedimiento de adjudicación.
- b) Nada impide a la recurrente conocer los compromisos de la anterior adjudicataria con la Autoridad solicitando información al Ayuntamiento o a la propia Autoridad.
- c) La exigencia de aumentar la potencia de la instalación eléctrica de la base de operaciones es esencial para contribuir a la descarbonización del transporte público y, además, no revertirá al Ayuntamiento.
- d) Por lo que se refiere al listado de personas con derecho a subrogación (artículo 130 LCSP), el poder adjudicador se ha ceñido a la LCSP y la recurrente pudo solicitar información complementaria y no lo hizo.
- e) El poder adjudicador ha justificado suficientemente la naturaleza del contrato porque no hay transferencia del riesgo operacional, con base en un informe de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) para un caso similar.
- f) A pesar de haber impugnado la licitación por discriminatoria, la recurrente objeta una duración breve, cuando esto es bueno para el sector y para el interés público pues permite licitaciones más frecuentes.
- g) La licitación no ha quedado desierta, lo que es un indicio de que el PBL se ajusta al mercado, mientras que el recurso no acredita lo contrario; asimismo, la LCSP no pide un desglose minucioso de los costes considerados para fijar el PBL.



h) No hay ningún perjuicio en que el PPT recoja determinados contenidos y no lo haga el PCAP, especialmente teniendo en cuenta que no hay contradicción alguna entre ambos documentos. Por otro lado, cualquier condición de ejecución de una prestación tiene relevancia económica y no por ello tiene que existir tan solo el PCAP.

i) La recurrente pudo haber solicitado la aclaración de los criterios de adjudicación y no lo hizo, lo que prueba su falta de interés real en la licitación. Además, los documentos requeridos tienen un contenido y una estructura generalizadas y son usuales para cualquier operador. Asimismo, se alega que no es obligatorio fijar el método de valoración de las proposiciones y que el Ayuntamiento podría establecer subcriterios que articulen la aplicación de los criterios principales.

j) La posible aplicación arbitraria o desproporcionada de las penalidades sería, en todo caso, una cuestión propia de la fase de ejecución del contrato; por otro lado, la oscuridad de los pliegos perjudicaría a al poder adjudicador, no al operador económico.

k) Finalmente, se solicita la imposición al recurrente de una sanción por temeridad o mala fe en la interposición del recurso de 5.000 euros, habida cuenta de la veteranía de la recurrente en materia de recursos especiales y de los medios de los que dispone.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Irún se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) Se alega que el requisito de experiencia en la gestión de servicio público de transporte colectivo urbano en una entidad local de más de 50.000 habitantes durante un mínimo de cinco años en los últimos diez pretende garantizar los mínimos de profesionalidad y calidad en la ejecución de la prestación y se



ampara en el artículo 90.1 LCSP, que permite superar el plazo de tres años si es necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia.

b) La disposición de una nave, fijada como condición de ejecución, se debe a la necesidad de que los vehículos estén estacionados y protegidos en una base operativa y de evitar la problemática que surge en los límites del municipio y que puede retrasar el servicio (atascos en la frontera con Francia, retenciones en las playas de Hendaia y Hondarribia...). Se alega que se trata de una condición no discriminatoria, responde a un interés general que se satisface adecuada y proporcionadamente y el hecho de que en licitaciones anteriores no supuso ningún obstáculo a libre competencia.

c) Respecto a la asunción y cumplimiento de los compromisos del actual concesionario con la Autoridad, se alega que la documentación a la que se refiere el apartado 2 del PPT es fácilmente accesible para toda la ciudadanía en el portal de transparencia del Ayuntamiento de Irún.

d) El requisito de incremento de la potencia hasta los 400 kw. obedece al objetivo de electrificar completamente la flota de autobuses urbanos en cuatro fases con la renovación de los autobuses, según vayan llegando al final de su vida útil. Es evidente que los licitadores deberán tener en cuenta el coste de inversión en la instalación en su oferta, para lo que se establece un plazo de amortización de 50 años, sin que dicha instalación quede de titularidad municipal al finalizar el contrato.

e) Se ha aportado la documentación mínima exigida por el artículo 130 LCSP en lo relativo a la subrogación de trabajadores.

f) La calificación jurídica del contrato está justificada por el informe técnico de 5/4/2023 y en la doctrina de la Oficina Nacional de Evaluación, con base en la inexistencia de traslado del riesgo operativo.



- g) Según el artículo 29.4 LCSP, el plazo de duración del contrato (incluidas las prórrogas) no puede ser superior a cinco años porque las inversiones quedan a disposición de la empresa una vez termine el contrato.
- h) Los gastos calculados por los servicios técnicos tienen un margen de flexibilidad para que todos los aspectos del servicio (aunque no se enumeren uno por uno) se adecúen a los precios de mercado; el recurrente tan solo indica aspectos puntuales no expresamente mencionados en el informe económico, pero ello no implica que no se hayan tenido en cuenta.
- i) Todos los aspectos económicos del contrato se han recogido en el punto 4 de la carátula del PCAP y los importes de las amortizaciones se especifican en el subapartado “amortización inversión”.
- j) Los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y las cláusulas sobre penalidades son claras, precisas e inequívocas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de las pretensiones del recurso.

a) Sobre la calificación jurídica del contrato

La recurrente considera que el contrato, calificado como contrato de servicios en la documentación contractual, debió calificarse como concesión de servicios. A juicio de este Órgano, esta alegación debe desestimarse:

- 1) La diferencia entre el contrato de servicios y la concesión de servicios no radica en su objeto, que es en ambos casos la adquisición de un servicio, sino en la forma de remuneración del contratista. Mientras que en el contrato de servicios el poder adjudicador entrega a cambio del servicio una contraprestación económica (normalmente, un precio pagado por el



poder adjudicador), en la concesión la onerosidad propia de los contratos públicos se manifiesta en el reconocimiento al concesionario del derecho a explotar el servicio (habitualmente, mediante la percepción de una tarifa abonada al contratista por los usuarios del servicio) acompañado en su caso del abono de un precio satisfecho por el poder adjudicador. La explotación debe conllevar la transferencia del riesgo operativo, de tal modo que el contratista asuma el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de los servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (ver el artículo 15 en relación con el artículo 14 de la LCSP).

2) En el caso analizado, los pliegos prevén que el contratista ingrese el precio pagado por los usuarios del servicio cuya explotación le corresponde (apartado 4.1 del PCAP). Sin embargo, este Órgano entiende que no existe la transferencia del riesgo operativo característica de la concesión por los siguientes motivos:

- El apartado 4.2 de carátula del PCAP establece que el Ayuntamiento participará en la financiación de los costes del servicio con una compensación por las obligaciones de servicio público impuestas y no cubiertas por los ingresos generados, en las condiciones previstas en el propio PCAP. Aunque la compensación es variable (ver el sistema de cálculo en el apartado 4º.2.3 del PCAP) y tiene un importe máximo anual (1.650.350,03 euros, IVA incluido) se observa que dicho importe es exactamente la diferencia prevista entre el coste de ejecución anual del servicio (2.998.198,69 euros, IVA incluido) y la estimación de ingresos previstos en virtud de las tarifas satisfechas por los usuarios (1.347.848,66 euros, IVA incluido), según se deduce del apartado 4.2 de la carátula).



- Si bien la compensación prevista no es una garantía absoluta de indemnidad económica, pues cabe la posibilidad de que la liquidación correspondiente arroje una diferencia entre los gastos y los ingresos superior a su importe máximo, parece claro que la vinculación entre dicho importe máximo y los costes previstos estimados indica que, en condiciones normales de funcionamiento, el contratista recuperaría las inversiones realizadas y los costes de explotación del servicio. Téngase en cuenta que la transferencia del riesgo propia de la concesión supone una exposición real a las incertidumbres del mercado que implica que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (ver, por ejemplo, el artículo 15.2 en relación con el 14.4 de la LCSP).
- El apartado 3 de la Cláusula 26 del PCAP señala una clara voluntad del poder adjudicador de considerar un supuesto de modificación contractual no prevista en los pliegos la necesidad de compensar el perjuicio que le pueda causar al contratista la aplicación al servicio de las condiciones generales establecidas por la Autoridad en materia de billete único. Dicha compensación se concibe como adicional e independiente de la prevista en los pliegos con carácter general para remunerar obligaciones de servicio público impuestas y no cubiertas por los ingresos generados por la explotación del servicio (cláusulas 4.2 de la carátula del PCAP y 2.3 del PCAP). Este sistema abunda en la inexistencia de traslado del riesgo operativo.
- A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, este Órgano entiende que no hay en el caso analizado más riesgo que el propio de cualquier contrato público (artículo 197 LCSP).

b) Sobre los requisitos de acceso discriminatorios

El recurrente alega la existencia de varios “requisitos de acceso” discriminatorios, concretamente los siguientes:



b 1) Sobre la experiencia previa

El recurrente alega que la cláusula 11ª del PCAP, titulada “Capacidad para concurrir”, y bajo el epígrafe “Condiciones de ejecución del contrato”, impone una cláusula improcedente, innecesaria y desproporcionada al exigir que se acredite documentalmente, junto con la solvencia exigida, tener experiencia en la gestión del servicio público de transporte colectivo urbano en una entidad local de más de 50.000 habitantes durante un mínimo de 5 años en el curso de los últimos 10 años (2012-2022). En primer lugar, debe señalarse que es evidente que, a pesar de su calificación en los pliegos como condición especial de ejecución, la cláusula no se refiere a la figura que, con ese nombre, se regula en el artículo 202 LCSP, es decir, una estipulación del contrato perfeccionado que solo debe ser cumplida por el operador seleccionado como contratista. Por el contrario, del contexto y el contenido del apartado impugnado (que se refiere a un requisito personal del licitador y no a una condición contractual) se deduce que se trata de un requisito de solvencia técnica que deben satisfacer las empresas para ser admitidas al procedimiento de adjudicación. Ello reconduce el debate jurídico a la determinación del cumplimiento de la normativa de la LCSP sobre la solvencia, especialmente su artículo 74.2, que pide que los requisitos de solvencia estén vinculados con el objeto del contrato y sean proporcionales al mismo. Desde este punto de vista, este Órgano entiende que el motivo de recurso no puede aceptarse por las siguientes razones:

- 1) La vinculación al objeto del contrato parece clara, pues se refiere a servicios prestados previamente por el licitador prácticamente idénticos a los que constituyen el objeto contractual.
- 2) Por lo que se refiere a la proporcionalidad, ningún reproche merece que la experiencia sea sobre entidades locales de más de 50.000 habitantes, aunque solo sea por el hecho de que la población de Irun es incluso algo



mayor (59.976 personas en 2022¹). Tampoco se puede considerar desproporcionado el requisito de que la gestión del servicio haya tenido una vigencia mínima de cinco años, pues ésta es precisamente la duración máxima del contrato que se licita (incluidas las prórrogas, según los apartados 5 y 6 de la carátula), especialmente si se tiene en cuenta que basta con acreditar un único servicio que además ha podido ejecutarse en un dilatado plazo de diez años.

- 3) Finalmente, debe señalarse que el recurso, más allá de alegaciones tendentes a estimar más adecuados otros requisitos diferentes del impugnado, no acredita que el establecido por el poder adjudicador sea arbitrario o discriminatorio.

b 2) Sobre la obligación de contar con una nave – garaje

La recurrente impugna la “condición de ejecución del contrato” consistente la disposición de un local adscrito al contrato con las exigencias establecidas en el PPT (apartado 11 del PCAP); este extremo se acreditará junto con la documentación técnica, según lo recogido en la cláusula 13 del PCAP. Por su parte, esta última cláusula establece que en el citado sobre se incluirá un “Título acreditativo de la disposición de un local adscrito al presente contrato con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones técnicas, o, en su caso, compromiso del propietario o poseedor del local para la puesta a disposición del mismo en caso de resultar adjudicatario del contrato. En la documentación que se presente, se deberán recoger las características y ubicación de dicho local.” Por su parte, el apartado 7 “Instalaciones” del PPT establece, entre otras cosas, que el local de referencia (la “nave – garaje”) deberá estar ubicada en el término municipal de Irun, a una distancia inferior a 1,5 kilómetros de cualquiera de las cabeceras de las líneas de autobús (según el propio poder adjudicador, la citada distancia abarca todo el municipio). A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe estimarse por las siguientes razones:

¹ [Datos Estadísticos de Irun \(eustat.eus\)](https://eustat.eus/)



- 1) El recurrente entiende que la cláusula impugnada supone una “barrera de entrada” al contrato desproporcionada y no justificada por un imperioso interés general. En principio, parece claro que la estipulación puede obstaculizar o dificultar la presentación de una oferta a los operadores económicos menos arraigados en Irún, mientras que puede favorecer a los más vinculados con la localidad. Sobre esta cuestión, del apartado 25 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644 se deducen los requisitos que deben reunir las condiciones que pueden impedir, o hacer menos atractivo el ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios; así, una condición que prima el arraigo territorial solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificado por razones imperiosas de interés general, si es adecuado para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (ver también la Resolución 58/2018 del OARC / KEAO). El contraste de estos requisitos con la cláusula impugnada se realiza en los siguientes epígrafes.
- 2) La condición se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, como su domicilio social o su nacionalidad.
- 3) Por lo que se refiere a su fundamentación en una razón de interés general, el poder adjudicador alega que la estipulación atiende a (i) la necesidad de que los vehículos queden estacionados y protegidos en una base operativa y puedan recargarse cuando estén fuera de servicio y a (ii) evitar potenciales retrasos perjudiciales para los usuarios, habituales, por ejemplo, en época estival por cortes o retenciones en los márgenes del municipio (frontera con Francia, playas de Hendaia y Hondarribia...). En principio, estas alegaciones serían aceptables, pues están vinculadas con la calidad de la prestación contratada y con su correcta ejecución.



- 4) No obstante lo anterior, la medida no puede considerarse adecuada para la satisfacción de los intereses alegados. En primer lugar, el estacionamiento, protección y recarga de los vehículos son circunstancias que no guardan ninguna relación con el lugar geográfico en el que se realicen, sin que haya razón alguna para que dichas operaciones no puedan efectuarse en cualquier sitio. En segundo lugar, la cercanía de la “nave – garaje” a la cabecera de línea podría ayudar a evitar, como mucho, que el vehículo llegara con retraso al inicio del servicio, pero no impediría las demoras por congestiones de tráfico durante los recorridos de los autobuses en cada una de las líneas.
- 5) En cualquier caso, la exigencia de un local de características tan específicas en un entorno geográfico tan reducido no parece proporcionada al escaso alcance de los hipotéticos beneficios para la calidad del servicio en comparación con el fuerte carácter limitativo de la competencia y el acceso al contrato que puede conllevar la cláusula impugnada. En particular, que la nave tenga que radicar precisamente en el término municipal de Irun y no, por ejemplo, en su entorno inmediato aunque se corresponda con otras demarcaciones municipales, va más allá de lo necesario para proteger los intereses alegados y es un indicio de vinculación con el Ayuntamiento (ver, “sensu contrario”, la Resolución 84/2017 del OARC / KEAO, que trata de un caso en el que la exigencia de proximidad era en virtud de distancia geográfica y no del ámbito territorial del poder adjudicador).

c) Sobre varias “barreras de entrada adicionales”

El recurso plantea la existencia de varias “barreras de entrada” que impiden ilegítimamente el acceso al contrato. La impugnación de cada una de ellas debe analizarse separadamente, pues responden a naturalezas y peculiaridades jurídicas distintas, teniendo en común que todas ellas, según el recurrente, dificultan o hacen menos atractivo el acceso al contrato.



c 1) Sobre la obligación de asumir y cumplir los compromisos del actual adjudicatario con la Autoridad

El apartado 2 del PPT establece que el adjudicatario debe asumir y cumplir todos los compromisos adquiridos por el actual adjudicatario con la Autoridad. Según el recurrente, los citados compromisos no se detallan, por lo que los licitadores (excepto, en su caso, el actual contratista) desconocen el alcance de esta estipulación. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) Como señala el recurso, el apartado impugnado establece una obligación cuyo alcance y contenido se remite al que se deduzca de los compromisos adquiridos por el actual contratista con la Autoridad. El apartado no enumera ni describe exhaustivamente dichos compromisos y, lo que es relevante, tampoco los limita. Buena prueba de ello es que sí se citan varios compromisos (los derivados de la participación del Ayuntamiento en la Autoridad, integración tarifaria, etc.), pero sin que se trate de un listado tasado o cerrado, de tal forma que no se excluye que pueda haber otros, como demuestra el uso de la expresión “En todo caso...”.
- 2) En su actual redacción, la estipulación es inaceptable porque impone al adjudicatario unas obligaciones desconocidas en su alcance e importancia. Esta situación es contraria al principio de transparencia establecido en el artículo 1.1 LCSP, que requiere que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones para que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma, de modo que todos ellos dispongan de la información relevante para elaborar su oferta (ver, por todas, las Resoluciones 138 y 163/2018 del OARC / KEAO). Además, se concede una ventaja ilegítima al anterior contratista, que sí conoce los compromisos con él adquiridos, lo que infringe el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP), que requiere, entre otras



cosas, que todos los licitadores se encuentren en las mismas condiciones en el momento de presentar su proposición (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13/10/2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605).

- 3) Frente a lo expuesto en los epígrafes 1) y 2) anteriores, no puede aceptarse la alegación de que la documentación relativa a los compromisos citados en el apartado 2 del PPT es accesible en fuentes distintas de los pliegos, el anuncio u otros documentos contractuales, pues en el PPT no hay remisión alguna a dicha fuente, sin que quepa exigir a los interesados que la busquen, pues la transparencia es un deber del poder adjudicador y no una carga de los operadores económicos (ver, por ejemplo, la Resolución 3/2020 del OARC / KEAO). Por otro lado, debe recordarse que, en cualquier caso, el conocimiento de esos compromisos no salvaría la invalidez de la cláusula, que radica especialmente en su redacción abierta, en la que caben obligaciones distintas de las mencionadas expresamente que no se detallan y que los potenciales licitadores desconocen.

- c 2) Sobre la inversión para el incremento de la potencia instalada en cocheras

Se impugna el apartado 7 del PPT que establece que la potencia de las instalaciones de recarga deberá aumentarse hasta los 400 kw. en el plazo de seis meses desde la formalización del contrato, por cuenta de la adjudicataria. Se prevé que las empresas licitadoras deberán tener en cuenta el coste de inversión correspondiente en su oferta económica, con un plazo de amortización de 50 años, y que la instalación no quedará de titularidad municipal a la finalización del contrato, por lo que no se abonará la amortización pendiente. La recurrente alega que estas condiciones económicas son limitativas de la concurrencia y del acceso al contrato. A juicio de este Órgano, este motivo debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:



- 1) El apartado 7 del PPT establece, en su quinto párrafo, que la adjudicataria deberá aumentar a su cargo, incluyendo la instalación eléctrica (obra civil, permisos y legalizaciones) en el plazo de seis meses desde la formalización del contrato, la potencia disponible de las instalaciones de recarga hasta los 400 kw (se parte de la necesidad de garantizar 80 kw, según el párrafo anterior). Igualmente, se establece que los licitadores deberán tener en cuenta el coste de la citada inversión en su oferta económica, con un plazo de amortización de 50 años, y que la instalación no será de titularidad municipal a la finalización del contrato por lo que no se abonará la amortización pendiente.

- 2) Más allá de dispuesto en el apartado 7 del PPT e indicado en el epígrafe 1) anterior, los pliegos no recogen ninguna descripción adicional o detalle de la inversión ni desde el punto de vista técnico (prescripciones técnicas, planos, etc.) ni desde la perspectiva económica (coste o presupuesto estimativo de esa concreta inversión, por ejemplo). El desglose de costes del PBL (cláusula 4.3 del PCAP) sí incluye una partida de “Amortización inversión”, pero no especifica qué parte de ella es atribuible a la estipulación impugnada; por su parte, el estudio económico del poder adjudicador señala que las variables tenidas en cuenta para calcular esta partida incluyen 700.000 euros a amortizar en 50 años (aunque se estima que la inversión “oscilará entre los 300.000 euros y 700.000 euros a amortizar en 50 años”). Por lo que se refiere a la documentación que debe incluirse en la proposición, el PCAP señala que en el sobre 2 (relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) se introducirá una “declaración responsable sobre cumplimiento de requisitos” que comprenda el compromiso de la empresa de cumplir la cláusula recurrida, sin que además se exija información alguna sobre los aspectos técnicos o económicos de la inversión. En cuanto al sobre 3 (oferta económica y criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas), se requiere que incluya un “Estudio económico” que debe justificar el coste total de la oferta, que no será objeto de valoración y cuya única finalidad es “tener un mayor detalle de la oferta presentada”; entre otros componentes de coste, el Estudio incluirá las



“inversiones previstas”, pero no se menciona específicamente la que es objeto de debate.

- 3) Por otro lado, los criterios de adjudicación no contemplan el modo de cumplir con la inversión exigida como aspecto evaluable. Esta cuestión no aparece expresamente mencionada en ninguno de los subcriterios del criterio “Proyecto técnico” (único criterio sujeto a juicio de valor), ni tampoco, como ya se ha dicho, en la descripción del único criterio sujeto a evaluación mediante fórmula (“Precio”).
- 4) De lo señalado en los epígrafes 1) a 3) anteriores se deduce que la cláusula recurrida impone una obligación con un alcance económico que los pliegos no cuantifican específicamente pero que, en todo caso, es muy importante, pues solo así se explica que el periodo de amortización de la inversión se estime nada menos que en 50 años y que el PPT requiera expresamente que los licitadores tengan en cuenta el coste de la inversión en su oferta. A juicio de este Órgano, esta falta de información clara sobre el alcance de una cláusula económicamente relevante es una infracción del principio de transparencia (artículo 1.1 LCSP), que exige que los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato tengan conocimiento de los factores determinantes para la elaboración de su oferta (ver, por todas, la Resolución 163/2018 del OARC / KEAO).
- 5) Por otro lado, la cláusula y su régimen económico no son adecuados al mandato de coherencia de la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación con la duración del contrato (artículo 29.1 LCSP). Debe tenerse en cuenta que se trata de una obligación gravosa cuya amortización solo se produce en una parte muy reducida durante la vigencia del contrato; además, el precio ofertado ya debe comprender el coste de la inversión correspondiente al periodo inicial de vigencia y no se abona a la finalización del contrato el importe de la amortización pendiente, quedando el contratista con la titularidad de la instalación eléctrica. Consecuentemente, el adjudicatario podría quedar,



a la finalización del contrato, como titular de unos equipos a los que les faltan 45 o 46 años para terminar de amortizarse (al menos, según los cálculos del poder adjudicador) y a los que difícil o costosamente les puede encontrar una utilidad en el resto de su actividad productiva, y menos en un periodo tan prolongado. En realidad, esta inadecuación entre la prestación y su financiación y la duración de la relación contractual no es sino una variante de la falta de ajuste al mercado del precio del contrato, y también, como dicha irregularidad, supone un perjuicio para la concurrencia al procedimiento de adjudicación porque hace menos atractiva o dificulta la presentación de una oferta viable (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2017 del OARC / KEAO).

c 3) Sobre el listado de personal con derecho a subrogación

La recurrente alega que el listado de subrogación al que se refiere el artículo 130 LCSP omite información relevante que únicamente conoce la actual prestadora del servicio. Concretamente, el recurso se refiere a la ausencia de datos sobre el género de los trabajadores a subrogar (relevante para elaborar planes de igualdad) y la experiencia y currículum del Jefe de Servicio (relevante para determinar si la persona tiene el perfil adecuado para ocupar el puesto de coordinador o encargado de la interlocución con el Ayuntamiento o debe adscribirse otra persona a dicho puesto). A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe rechazarse por los siguientes motivos:

- 1) La finalidad de la publicación con la documentación contractual el listado de personas que venían ejecutando anteriormente la prestación con derecho a subrogación en la plantilla del nuevo contratista (artículo 130.1 LCSP) obedece a “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...”. Para ello, el anterior adjudicatario debe facilitar “en todo caso”, la información mencionada en el segundo inciso del artículo 130.1 LCSP; de esta literalidad se deduce que se trata de un contenido



mínimo, y que es posible que deban aportarse también otros datos, pero siempre que (i) sean necesarios para la evaluación de los costes laborales y (ii) la información se refiera a las condiciones de los contratos de trabajo. En definitiva, el carácter ampliable de la información mínima establecida en el artículo 130 LCSP no alcanza a los datos relativos al personal subrogable si no se cumplen estos requisitos.

- 2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, la recurrente no puede exigir que el listado de personal con derecho a subrogación incluya la experiencia profesional y el currículum del Jefe de Servicio, pues se trata de información ajena a “..las condiciones de los contratos de los trabajadores”, que es el marco en el que se insertan los datos del listado; por muy ampliable que pueda ser la información requerida como mínima en el artículo 130 LCSP, no puede en ningún caso desbordar los límites de dicho marco. Tampoco es una información que tenga una relación clara con la evaluación de los costes laborales, que es la finalidad del precepto, pues el coste del coordinador es, en principio, inevitable en cualquier caso por responder a una obligación contractual.
- 3) Por lo que se refiere a la identificación del género del personal subrogable, tampoco considera este Órgano que el género sea una condición del contrato de trabajo, ni que guarde relación alguna con los costes laborales. Además, la ausencia de esta información no tiene por qué impedir la elaboración de los planes de igualdad de género a los que se refieren los pliegos (cláusula 13ª del PCAP) como parte del proyecto técnico, pues dichos planes (y el objetivo de igualdad) no dependen de modo absoluto del porcentaje de cada género en la plantilla subrogable.

d) Sobre la duración del contrato

La recurrente alega que la duración del contrato infringe el artículo 24.1 de la Ley 4/2004. El citado precepto es aplicable únicamente a los contratos de transporte de naturaleza concesional, como se deduce claramente de su literalidad (se



señala que “La duración de las concesiones se establecerá en el título concesional...” y el artículo 24.2 se refiere a “la finalización del plazo concesional”). Dado que se trata de un contrato de servicios (ver el apartado a) anterior del presente Fundamento jurídico), la impugnación carece de base legal y debe desestimarse.

e) Sobre el cálculo del valor estimado del contrato

El recurso considera que el valor estimado del contrato está incorrectamente calculado porque no incluye determinados costes. Se alega que no se ha computado (i) el coste de adquisición de todos los elementos necesarios para la prestación del servicio según el apartado 1b) de la carátula del PCAP, (ii) el coste de conservación y mantenimiento de todas las instalaciones necesarios para la efectiva prestación del servicio, (iii) el coste de la nave – garaje (cláusulas 11ª del PCAP y 7 del PPT), (iv) la amortización completa de las obras para incrementar la potencia instalada, (v) el coste de las pólizas de seguro (apartado 13.5 del PPT), (vi) el coste de las auditorías y, finalmente, (vii) el coste de las “posibles modificaciones” que, a pesar de lo indicado en el apartado 4.4 de la carátula del PCAP (titulada “Valor estimado del contrato”), sí se contemplan en otros apartados de los pliegos, concretamente en la cláusulas 26.4 del PCAP, (eventual sustitución de baterías de los vehículos eléctricos adscritos al servicio), 4.2 del PPT (modificaciones en la prestación de los servicios que el poder adjudicador estime oportunas para mejorar los mismos) y 11 del PPT (posibilidad de incorporar otro tipo de combustibles, motores o, en general, cualquier modificación que suponga una mejora medioambiental en cuanto a emisiones contaminantes, ruido, etc.). Sobre este motivo de recurso, se observa lo siguiente:

- 1) El valor estimado del contrato (en adelante, VEC) es un concepto económico que representa la remuneración o volumen máximo del negocio que un contrato puede representar para el potencial contratista. Sus finalidades básicas son determinar el procedimiento de adjudicación y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato, así como otros aspectos relevantes (inclusión en el ámbito objetivo del



recurso especial, solvencia o clasificación exigible, etc.) e informar adecuadamente a los operadores del mercado sobre la importancia económica de la licitación para que éstos decidan si les interesa o no presentar una oferta, (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/1/2007, asunto C-220/05).

- 2) El artículo 101 LCSP establece las reglas para el cálculo del VEC. Por lo que afecta al objeto de la presente Resolución, son especialmente importantes las relativas a que el VEC de los contratos de servicios incluirá el importe total, sin IVA, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación (letra a) del artículo 101.1 LCSP) y el importe máximo de las modificaciones previstas reguladas en el artículo 204 LCSP (letra c) del artículo 101.2 LCSP).
- 3) El apartado 4.4 de la carátula del PCAP cifra el VEC en 13.628.175,85 euros, e incluye dos conceptos: (i) la “duración inicial” (10.902.540,68 euros) y (ii) las “Prórrogas previstas” (2.725.635,17 euros). Además, añade que “no se prevén” posibles modificaciones del contrato.

A la vista de lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, en los siguientes epígrafes se señalan las apreciaciones de este Órgano:

- e 1) Sobre las modificaciones previstas en los pliegos no incluidas en el valor estimado

Sobre esta cuestión, se formulan las siguientes consideraciones:

- 1) Los pliegos infringen el artículo 101.2 c) de la LCSP que, en síntesis, requiere que se compute en el VEC el importe máximo estimado de las modificaciones contractuales al alza previstas en los pliegos o el anuncio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 LCSP. Es claro que las cláusulas 4.2 y 11 del PPT describen auténticos supuestos de



modificación contractual que pueden suponer una contraprestación adicional pagadera al contratista y cuyo importe máximo al alza no se ha computado en el VEC, por lo que el cálculo de este último concepto está incompleto. Es cierto que los pliegos no establecen dicho “importe máximo al alza”, como pide el artículo 204.1 b) LCSP, pero esa omisión (y otras infracciones evidentes de este precepto sobre las que el OARC / KEAO tampoco puede pronunciarse en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 57.2 LCSP por no haber sido objeto de impugnación) no puede impedir reconocer que el VEC fijado en los pliegos no cumple su función de informar a los interesados de la importancia económica del contrato porque no solo no computa (ni calcula) una cantidad legalmente “pagadera”, sino que además niega que dicha posibilidad se prevea.

- 2) Lo expuesto en el apartado a) anterior no es aplicable a la cláusula 26.4 del PCAP. A juicio de este Órgano, en ella no se regula, siquiera de manera incompleta, una modificación prevista en los pliegos de las recogidas en el artículo 204 LCSP. Por el contrario, de la literalidad de la estipulación se deduce que se trata de establecer “como causas imprevistas no sustanciales de modificación del contrato” la eventual necesidad de sustituir las baterías de los vehículos eléctricos adscrito al servicio por el motivo de que “...el precio de mercado actual es muy variable”, lo que parece aludir precisamente a la dificultad de cumplir con el requerimiento del artículo 204.1 LCSP de que el alcance y los límites de la modificación prevista se fijen de modo unívoco, claro y detallado.

e 2) Sobre los costes no incluidos en el cálculo del VEC.

En los epígrafes siguientes se expresan las observaciones de este Órgano sobre la no inclusión en el VEC de los costes enumerados del (i) al (vi) al principio de este apartado e):



- 1) Los citados costes no son conceptos que deban integrarse en el VEC, y ello por la razón de que su importe no es “pagadero” en virtud del contrato, sino que se trata de costes que el adjudicatario habrá de asumir para cumplir las obligaciones contractuales. Esta condición de “importe pagadero” figura en el artículo 101.1 a) LCSP, pero es aún más clara en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE (norma traspuesta al Ordenamiento interno por el citado precepto de la LCSP), que establece que el cálculo del VEC se basará en el importe total a pagar estimado por el poder adjudicador. El artículo 101.2 LCSP sí establece que en dicho cálculo “deberán tenerse en cuenta” determinados costes de producción de los servicios adquiridos como los gastos laborales establecidos en los convenios colectivos sectoriales, los referidos a la ejecución material del servicio o los gastos generales. Significativamente, no hay un contenido similar en el artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE, parámetro obligado de la interpretación de la LCSP y que no alude a los costes para el contratista, sino a su remuneración máxima posible derivada de la obtención del contrato.

- 3) A juicio de este Órgano, la aparente contradicción entre la Directiva 2014/24/UE y el artículo 101 LCSP, cuya redacción no es excesivamente precisa en este punto, debe salvarse entendiendo que las menciones de este último precepto a ciertos costes no piden que el VEC se incremente en el importe de dichos costes, algo que sería contrario a la naturaleza de esta figura legal tal y como la se concibe en su origen en el Derecho de la UE. En realidad, el artículo 101.2 LCSP es en este punto una reiteración de los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP, especialmente preocupados porque el PBL y el precio, respectivamente, se calculen incluyendo determinados conceptos económicos, con la finalidad de que el precio contractual se ajuste al mercado. Consecuentemente, dado que el PBL acaba por formar parte del VEC, dichos costes se tienen en cuenta indirectamente en el cálculo del VEC, aunque no son parte de él por no suponer remuneración para el contratista.



- 4) A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, la alegación de la recurrente sobre los costes señalados con los epígrafes (i) a (vi) en el principio de la letra e) de este Fundamento jurídico debe entenderse no tanto referida al VEC (que, formalmente, es la cláusula impugnada) como en el sentido de que el PBL (importe máximo de gasto que el contrato puede suponer para el poder adjudicador) es insuficiente porque no incluye dichos costes. Así lo confirma la literalidad del recurso, que señala que el órgano de contratación ha obviado “costes muy significativos y relevantes asociados al contrato que, a pesar de no haber sido tomados en consideración al elaborar el valor estimado del contrato, deben ser satisfechos por el contratista para poder cumplir con las exigencias de la actuación administrativa impugnada”.

Este motivo de recurso, así reformulado, se analiza en el apartado este motivo de recurso se analizará en el apartado e 3) siguiente.

e 3) Sobre la inadecuación del PBL por no incluir determinados costes

El recurrente alega, en síntesis, que el PBL no incluye “costes significativos”. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) Los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP establecen el mandato legal de que el precio del contrato o el PBL sean adecuados al mercado (ver, en especial, los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP). Este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, su Resolución 113/2022) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinar ambas magnitudes, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar, más allá de las vicisitudes propias del mercado, que el cálculo de las condiciones económicas propuestas contiene errores graves, por lo que no cabe esperar una concurrencia suficiente ni está garantizada la correcta ejecución del contrato. En todo caso, el desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP es un instrumento para cumplir el mandato de adecuación al mercado, por lo que la citada prueba no se satisface con el mero reproche a las omisiones o a las opciones metodológicas de dicho desglose, especialmente



teniendo en cuenta que tales cuestiones son irrelevantes, por sí solas, para el potencial licitador (que es precisamente quien mejor conoce los costes de sus productos y el mercado en el que opera) si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL (ver la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO). Igualmente, se ha señalado que, más allá de que el citado artículo 100.2 pida que el desglose incluya ciertas partidas, no cabe exigir que se exponga pormenorizadamente todos y cada uno de los conceptos económicos que, a juicio del recurrente, afectan a la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2021 del OARC / KEAO).

2) A la vista de la doctrina general expuesta, el motivo de recurso debe desestimarse. Si bien el recurrente alega que el desglose del PBL (cláusula 4.3 del PCAP) no incluye los costes para el adjudicatario que menciona, el motivo no viene acompañado de una cuantificación de los mismos que acredite y pruebe, más allá del margen de incertidumbre propio de un cálculo siempre estimativo como es el que ahora se debate, que el presupuesto sea, en su globalidad, insuficiente. Por otro lado, deben tenerse en cuenta los siguientes datos que constan en el expediente:

- El hecho de que ya se haya presentado al menos una oferta al procedimiento de adjudicación es un indicio, ciertamente no decisivo por sí solo, de la adecuación del PBL.
- Uno de los costes alegados es el correspondiente a la cláusula 7 del PPT (amortización completa de las obras necesarias para incrementar la potencia instalada), que será anulada por la presente Resolución (ver el apartado su apartado c 2) del presente Fundamento jurídico.
- Algunos de los costes citados en el recurso pueden considerarse incluidos en conceptos globales del desglose del PBL, como los gastos generales o el margen sobre los costes directos.



- Finalmente, del estudio económico se deduce que se ha partido de hipótesis económicas razonables (especialmente, datos históricos de la prestación) y que, al menos en el coste de amortización, se ha optado por calcular su impacto en el PBL con un margen amplio (así, la amortización a 50 años de las inversiones en infraestructuras se calculan entre 300.000 y 700.000 euros, y en el desglose del PBL se ha computado esta última cantidad), el cual puede compensar la insuficiencia u omisión en otras partidas.

f) Sobre la inserción en el PPT de cláusulas que deben establecerse en el PCAP

La recurrente alega que determina cláusulas sobre “aspectos económicos” se han incluido en el PPT en lugar de insertarse en el PPT, lo que infringe el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). En concreto, se trata de las cláusulas del PPT (i) 7 (consideración del coste de inversión de la instalación eléctrica en su oferta económica), (ii) 13.4 (obligación del adjudicatario de suscribir determinadas pólizas de seguros) y (iii) 13.5 (auditorías operativas del funcionamiento de los servicios a cargo de la adjudicataria). Este motivo de impugnación debe estimarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) En síntesis, el PCAP y el PPT son ambos documentos contractuales o, como se deduce del artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, “pliego de contratación”, en cuanto contienen cláusulas o prescripciones que describen o regulan el objeto del contrato, el procedimiento de adjudicación o la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 108/2019 del OARC / KEAO). Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la relación entre ellos se rige por el principio de especialidad, de tal manera que, en virtud de su contenido, cada cláusula debe insertarse en uno u otro pliego (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 19/5/2021, nº 700/2021, ECLI:ES:TS:2021:2029). Las



normas que establecen el contenido de uno y otro pliego son, fundamentalmente, los artículos 122 (PCAP) y 124 (PPT) de la LCSP, así como los artículos 67.2 (contenido del PCAP para todos los contratos), 67.7 (contenido del PCAP para los contratos de servicios) y 68 (contenido del PPT, especialmente su apartado 3, que establece taxativamente que dicho pliego no contendrá en ningún caso “declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”).

2) A la vista del contenido de las cláusulas impugnadas y de la normativa citada en el apartado 1) anterior, se formulan las siguientes consideraciones:

- La cláusula 7 del PPT se refiere a una cuestión que los licitadores deberán tener en cuenta para confeccionar su oferta, es decir, relacionada con el procedimiento de adjudicación, ámbito objetivo típico del PCAP (ver los artículos 122 LCSP y 67.2 h) RGLCAP), y no con las prescripciones que “...hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales...”, contenido propio del PPT (artículo 124 LCSP). La cláusula establece además un contenido referido a “los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes”, materia que debe figurar en el PCAP (artículo 122.2 LCSP).
- Asimismo, la obligación del adjudicatario de suscribir determinadas pólizas de seguros tiene un claro contenido jurídico obligacional. En este sentido, aunque se trata de una obligación del adjudicatario (es decir, que debe cumplirse una vez finalizado el procedimiento de adjudicación), no se trata de una descripción del objeto del contrato o de sus calidades técnicas, sino de un pacto accesorio a dicho objeto (ver los artículos 122.2 y 124 LCSP). En situación análoga está la cláusula 13.5 del PPT relativa a la obligación del contratista de presentar auditorías operativas de funcionamiento, salvo en la parte



que describe su contenido mínimo, cuyo contenido sí se corresponde con el propio de una prescripción técnica.

g) Sobre cláusulas de los pliegos que vulneran los principios de transparencia y proporcionalidad

La recurrente considera que algunas cláusulas de los pliegos no han sido formuladas conforme a lo que requiere el principio de transparencia; en concreto, este reproche se formula a varios criterios de adjudicación y al régimen de penalidades.

g 1) Sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

El recurso alega la falta de transparencia de tres criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (cláusula 15 del PCAP) en los que no se precisa cómo se van a valorar la información que los licitadores deben aportar para puntuar sus proposiciones; concretamente (i) Prestación del servicio, (ii) Plan de mantenimiento y (iii) Plan de información a personas usuarias y atención al cliente. A continuación, se exponen las observaciones del OARC / KEAO al respecto:

- 1) Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, aunque deben permitir un margen de apreciación discrecional que los diferencia de los criterios sujetos a evaluación mediante la aplicación de fórmulas o de las prescripciones técnicas, no pueden ser tan vagos o genéricos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y no orienten adecuadamente a los licitadores sobre los aspectos de su proposición que se van a valorar favorablemente (ver la STJUE de 17/9/2.002, asunto C-513/99, ECLI: EU.C.2002:495, en especial los apartados 61 y 62, así como las Resoluciones 18/2015 y 16 y 58/2018 del OARC / KEAO).



2) Aplicada esta doctrina a los criterios de adjudicación impugnados, debe concluirse lo siguiente:

- (i) La descripción del criterio “Prestación del servicio” (34 puntos) empieza con una exposición general diciendo que se valorará la calidad y adecuación de la prestación del servicio propuesta y los medios que se ponen a su disposición. Posteriormente, en tres apartados numerados del 1 al 3, se exponen detalladamente tres subcriterios ponderados individualmente que hacen referencia a elementos muy concretos de la oferta y del objeto del contrato, así como a los aspectos de las proposiciones que se van a analizar y en qué casos se van a considerar ventajosos. Así, se alude, por ejemplo, a la “óptima cobertura del servicio”, a planes para “mejorar su labor profesional, la prevención de riesgos laborales, e igualdad de género” o políticas que aseguren “la continuidad del servicio”. Esta descripción es suficiente para que el poder adjudicador aplique el criterio de adjudicación con un margen de discrecionalidad, pero con sujeción a un fondo reglado que limita dicha potestad discrecional, y también permite a los licitadores incidir en sus ofertas en los aspectos que van a ser considerados favorablemente.
- (ii) En cambio, en los criterios de adjudicación “Plan de mantenimiento” y “Plan de información a personas usuarias y atención al cliente” señalan tan solo que se evaluarán determinados planes (de mantenimiento, de información...) o se alude a la “Gestión de quejas y sugerencias”. Si bien estos criterios describen contenidos de la proposición que, en principio, pueden ser evaluables, para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, qué aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características del plan se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver la Resolución 18/2015 del OARC /KEAO). En su actual redacción, los criterios permiten al poder adjudicador decidir qué tipo de contenidos de los planes se



considerarán favorablemente al evaluar las proposiciones, lo que equivale a concederle una libertad incondicionada para aplicar el criterio (y, por lo tanto, para adjudicar el contrato) sin sujeción a límites previos, perjudicando a los licitadores, que elaborarían sus ofertas sin conocer todos los términos y condiciones bajo los que va a elegirse la oferta económicamente más ventajosa, lo que es contrario al principio de transparencia del artículo 1.1 LCSP (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

g 2) Sobre las infracciones muy graves

El recurrente impugna cinco de las infracciones muy graves previstas en la cláusula 23 del PCAP por considerarlas poco claras e imprecisas, sin que pueda conocerse de antemano su alcance exacto y pudiendo ser aplicadas de forma arbitraria o desproporcionada. En concreto, se trata de (i) “La demora en la prestación del servicio o la cesación en la prestación del mismo, salvo causas de fuerza mayor”, (ii) “El incumplimiento de cualesquiera de las condiciones y obligaciones establecidas en este pliego, sin perjuicio de las acciones posteriores que de ello se deriven”, (iii) “El incumplimiento de las condiciones y obligaciones establecidas en el pliego que produzca perjuicio grave”, (iv) “La realización de los trabajos de forma manifiestamente irregular” y (v) “Las incidencias del personal contratado con los destinatarios del servicio y el ciudadano en general”. Analizado el motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) La cláusula relativa a la penalidad por demora o cesación en el servicio, salvo causas de fuerza mayor, está suficientemente descrita y no parece que pueda facilitar una aplicación arbitraria o desproporcionada derivada de falta de claridad u omisiones en su redacción. Debe señalarse que, aunque no se señala expresamente que la demora o cesación deben ser imputables al contratista, esta consideración se deriva de la más elemental aplicación de la normativa en la que el contrato se inserta, la cual debe servir como marco interpretativo y para suplir posibles lagunas del régimen fijado en los pliegos. En este sentido, este Órgano ya ha señalado (ver sus Resoluciones 41/2015, 118/2017 y 197/2021) que,



cuando la regulación contenida en los pliegos sea insuficiente, sus lagunas pueden integrarse por los medios legalmente previstos (artículo 25.2 de la LCSP), sin que exista una obligación jurídica de que la documentación contractual incluya una regulación exhaustiva de todas las posibles incidencias que pudieran derivarse de la aplicación de su clausulado. En este caso, la cláusula impugnada debe integrarse con el artículo 192.2 de la LCSP, que establece el requisito de la imputabilidad del incumplimiento al contratista como presupuesto de la aplicación de las penalidades (se trata de un supuesto muy similar al analizado en la Resolución 197/2021 del OARC /KEAO).

- 2) La cláusula que considera infracción muy grave el incumplimiento de cualquier condición u obligación establecida en los pliegos es contraria a Derecho por varios motivos. En primer lugar, la estipulación renuncia a graduar la importancia de los incumplimientos contractuales considerando que todos ellos son muy graves, lo que infringe el principio de proporcionalidad (artículo 192 LCSP). En segundo lugar, al referirse a cualquier infracción, deja sin contenido el régimen de penalidades previsto en la cláusula 23 del PCAP, que sí describe distintas infracciones concretas y matiza su gravedad; consecuentemente, se posibilita que el poder adjudicador considere arbitrariamente como muy grave cualquier infracción o que, por el contrario, decida, también arbitrariamente, considerarla grave o leve aplicando una cláusula más específica que lo permita.
- 3) La cláusula que considera infracción muy grave los incumplimientos que produzcan un perjuicio grave no es aceptable por su inconcreción. Parece que la intención es establecer una cláusula “de cierre” o “residual” que permita considerar infracción muy grave cualquier incumplimiento no tipificado expresamente como tal que cause dicho perjuicio, pero lo cierto es que no se concreta en qué consiste tal daño, ni en su importancia ni en el bien o persona damnificada (el servicio, el poder adjudicador, los



usuarios, etc.). Por ello, esta cláusula también puede facilitar la actuación arbitraria del poder adjudicador.

- 4) La tipificación de la “realización de los trabajos de forma manifiestamente irregular” como infracción muy grave tampoco es lo suficientemente precisa como para garantizar su aplicación adecuada, excluyendo la arbitrariedad. Debe tenerse en cuenta que, en general, las infracciones objeto de penalización ya responden en su mayoría a la deficiente ejecución del contrato y se recogen en otras cláusulas que sí concretan su alcance y su penalidad, por lo que la estipulación recurrida las duplica y posibilita su reconducción como infracciones muy graves, posibilitando una arbitrariedad similar a la señalada en el apartado 2) anterior.
- 5) Finalmente, la infracción por incidencias del personal contratado con usuarios y ciudadanos sí se considera suficientemente descrita. Igual que sucede en el caso del apartado 1) anterior, la falta de mención expresa a la imputabilidad al contratista debe entenderse, en todo caso, integrada con el artículo 192.2 LCSP. Además, en este caso la propia redacción de la cláusula se refiere claramente al “trato incorrecto” o a la “deficiencia en la prestación del trabajo”, términos que presuponen dicha actuación imputable.

h) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en los epígrafes a) a g) anteriores, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) Deben anularse las siguientes cláusulas de los pliegos y las concordantes con ellas, desestimando el recurso en todo lo demás:
 - Cláusula 11ª del PCAP y la cláusula 7 del PPT en lo relativo a la obligación de contar con una nave – garaje en el término municipal de Irun.
 - Cláusula 2 del PPT (Relaciones con la Autoridad Territorial de Transportes de Gipuzkoa).



- Cláusula 4.4 del PCAP (VEC), inciso “Posibles modificaciones: No se prevén”.
 - La cláusula 7 del PPT, inciso “Las empresas licitadoras deberán tener en cuenta el coste de inversión de la citada instalación eléctrica en su oferta económica con un plazo de amortización de 50 años. Dicha instalación eléctrica no quedará de titularidad municipal a la finalización del contrato por lo que no se abonará la amortización pendiente”.
 - Cláusula 13.4 del PPT (Pólizas de seguro).
 - Cláusula 13.5 del PPT (Realización de auditorías), desde el principio hasta “...o periodo que correspondan”.
 - Cláusula 15 del PCAP (Criterios de adjudicación), apartado I (Criterios sujetos a juicio de valor), los criterios “Plan de mantenimiento” y “Plan de información a personas usuarias y atención al cliente”.
 - Cláusula 23 del PCAP (Régimen de penalidades), apartado I (Infracciones), las infracciones muy graves siguientes:
 - El incumplimiento de cualesquiera de las condiciones y obligaciones establecidas en este pliego, sin perjuicio de las acciones posteriores que de ello se deriven.
 - El incumplimiento de las condiciones y obligaciones establecidas en el pliego que produzca perjuicio grave.
 - La realización de los trabajos de forma manifiestamente irregular.
- 2) Dado que una parte significativa de las pretensiones del recurso han sido estimadas, no procede la imposición de la sanción por temeridad o mala fe prevista en el artículo 58.2 LCSP.
- 3) El alcance de la anulación de las cláusulas citadas conlleva la cancelación del procedimiento de adjudicación. En particular, la anulación de un



criterio de adjudicación implica en todo caso dicha cancelación (ver, por todas, la Resolución 147/2023 del OARC / KEAO y las que en ella se citan, así como la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por AVANZA MOVILIDAD GIPUZKOA, S.A. contra los pliegos del contrato “Gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de Irun”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun, con el alcance fijado en la letra h) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución, y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko azaroaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de noviembre de 2023