EB 2021/151

Resolución 204/2021, de 17 de diciembre, 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 la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DIREBUS frente a los pliegos del contrato de "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Álava (C02/001/2021)", promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de agosto de 2021 la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DIREBUS (en adelante, DIREBUS) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato de "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Álava (C02/001/2021)", promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El día 9 de agosto se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). Dicha documentación se remitió a este Órgano el día 17 de septiembre.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T3A4Q-42PW bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T3A4Q-42PW en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 28/2021, de 18 de agosto, de este OARC / KEAO se ha acordado adoptar la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados, se han recibido alegaciones de ANETRA el 7 de octubre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.T.T. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP 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.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

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, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: **Alegaciones del recurso**

Los argumentos que, en síntesis, alega el recurrente son los siguientes:

a) No es viable que la Administración obligue colocar en los vehículos un sistema de retención infantil (SRI) que solamente está homologado para una butaca y en un vehículo muy específico. Concretamente, el vehículo Irizar I6 con butaca Ligerus F-450 con cinturón de tres puntos. Además, al no especificarse el número de menores que deben utilizarlo, no se puede definir su coste.

b) No se debe permitir que vehículos asignados a servicios regulares generales (subvencionados) o regular especial en otros lugares puedan ser asignados a este contrato. Además, se cambia el precedente de anteriores licitaciones.

c) El presupuesto base de licitación (PBL) no se adecúa a los precios reales del mercado, ya que no se incluye el gasto de las medidas a adoptar para prevenir el COVID-19 que, debería tener la consideración de coste directo.

d) Se señala que en ejecución del artículo 130 de la LCSP la empresa que viene efectuando la prestación estará obligada a facilitar la información referida a los trabajadores afectados por la subrogación al órgano de contratación.

e) No se permite que el vehículo de reserva sea usado para la prestación del servicio más que previa autorización, lo que hace inviable la ejecución del servicio.

f) En relación con las tarifas, se alega que (i) en contra de lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, no figura su desglose, (ii) se deberían tener en cuenta los convenios colectivos aplicables, ya que el conductor es esencial a la actividad, (iii) las fijadas conducen a un empleo precario.

g) En lo relativo a la experiencia del personal de conducción se alega incongruencia entre la cláusula 4 del PPT y anexo II.2 del PCAP que se refieren a experiencia en servicios de transporte escolar y la cláusula 25.2 del PCAP que se refiere a experiencia en transporte colectivo. Además, se está poniendo en duda la obtención del carnet de conducir clase D y se niega la posibilidad de que nuevos profesionales puedan incorporarse a este sector.

h) Se critica, por arbitrario, que los límites a la obtención de varios lotes sean diferentes en los tres procedimientos de adjudicación.

i) Se critica el incremento del módulo de autobús de 10-22 plazas a 10-25 plazas, por ser pocos los fabricantes de este tipo de autobuses.

j) No consta el anexo PT VII al que se refiere la cláusula específica 22.2.2.4 del PCAP.

k) En lo que respecta a la formación del personal en conducción eficiente, se alega que no hay empresa que esté ofreciendo a sus empleados 50 horas de formación.

l) Se solicita, en aras a la seguridad del servicio, que se amplíe la prohibición de conducción a quienes lo hagan bajo los efectos de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

m) Finalmente, solicita que se declare nula, se revoque y se deje sin efecto el anuncio, el pliego y las condiciones objeto de impugnación.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de ANETRA</u>

ANETRA solicita la acumulación de todos los recursos especiales que se están tramitando contra todos los contratos del servicio de transporte escolar.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) En lo que respecta a los dispositivos de retención infantil, (i) únicamente se exige en aquellos itinerarios que tienen por viajeros a alumnado de educación infantil y (ii) las fichas correspondientes a cada itinerario en los que se exige la utilización de este dispositivo se indica el número de plazas del itinerario.

b) La decisión de cambiar de criterio en lo referente a la limitación de no poder adscribir a la ejecución del contrato vehículos adscritos a servicios regulares de uso general no es antijurídica, pues de la Ley 4/2004 no se deduce dicha prohibición y tampoco es arbitraria, por resultar acorde con pronunciamientos del OARC / KEAO (Resoluciones 56/2013, 18/2015, 6/2016 y 47/2016) de los que se deduce que no corresponde a los poderes adjudicadores borrar diferencias como las que se aprecian en este caso.

c) En lo que respecta a la no inclusión de los gastos del COVID en el desglose de costes del presupuesto base de licitación (en adelante PBL), (i) el Gobierno Vasco está sufragando estos costes utilizando partidas presupuestarias para ello y (ii) su no previsión obedece a que nos hallamos ante una situación transitoria.

d) En lo que respecta a la subrogación del personal, se manifiesta que no hay norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que lo imponga.

e) En lo que respecta a las objeciones efectuadas acerca del vehículo de reserva, se opone alegando que (i) con los actuales avances tecnológicos cabe la comunicación y la consiguiente autorización inmediata, sin perjuicio de la posterior justificación y la penalización, que únicamente se impondría si no hubiera justificación, (ii) el vehículo de reserva puede ser el mismo para varios itinerarios, y (iii) su coste es mínimo, ya que puede ser utilizado en otros servicios.

f) Existe un error material en los pliegos que ha de ser objeto de corrección, no de anulación, entre la cláusula específica 25.2 y el Anexo II.2, debiendo prevalecer lo consignado en la primera. El criterio de adjudicación correspondiente a la formación en conducción eficiente tiene un carácter medioambiental y ofrece una mayor calidad en la prestación por cuanto conlleva un ahorro de carburante y gastos de mantenimiento de los autobuses, la reducción de los gases efecto invernadero, mejora de la conducción y reducción de riesgos de accidentes

g) El órgano de contratación pretende fomentar la concurrencia y un mayor reparto del contrato mediante el establecimiento de un límite al número de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario. Además, se pretende un a mayor reparto del contrato.

h) En lo que respecta a la determinación del módulo de 10-25 plazas, se alega que el poder adjudicador se ha basado en la información procedente del Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros 2021. Además, se trata de una alegación vacía de contenido, pues no se exige que el minibús disponga de 25 plazas, sino el mínimo de plazas indicado para cada itinerario y responda al módulo general de 10-25 ,y no a otro superior

i) En lo que respecta a la ausencia de documentación, se alega que la cláusula específica 22.2.2.4 del PCAP se remite en lo referente a "Formación en conducción eficiente" al "Anexo PT/VII". Por su parte, en el PPT figura un "ANEXO: PT/IV "DECLARACIÓN DE FORMACIÓN EN CONDUCCIÓN EFICIENTE", de lo que se concluye claramente la existencia de un error material que únicamente da lugar a su corrección.

j) El convenio colectivo mencionado en el Anexo I.1 es erróneo. No obstante, su finalidad no es la de imponer al adjudicatario el convenio colectivo a aplicar en el contrato y dicho error no tiene efecto invalidante porque no existe norma legal o convenio colectivo de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogación.

k) La administración tiene discrecionalidad a la hora de elegir los criterios de adjudicación del contrato, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello. En este caso, la conducción eficiente es un criterio de calidad de carácter medioambiental que ofrece una mayor calidad a la prestación por cuanto ha de llevar a ahorrar carburante y gastos de mantenimiento de autobuses.

l) Entre las normas que regulan el contrato se halla el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, que en su artículo 20 dispone que la tasa de alcohol en sangre no podrá ser superior a 0,3 gramos por litro y en aire espirado no podrá ser superior a 0,15 miligramos por litro, y en su artículo 27 prohíbe la circulación a los conductores de vehículos a motor que hayan ingerido o incorporado a su organismo psicotrópicos, estimulantes u otras circunstancias análogas. Consecuentemente, el órgano de contratación ha tenido en cuenta la circunstancia señalada por el recurrente y, además, en lo referente al alcohol, reduce su tasa al 0,0.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

Son varias las cuestiones que se plantean en el recurso que se irán analizando en el orden en el que han sido expuestas en el recurso y contestadas por el poder adjudicador.

a) Sobre la procedencia de la no acumulación de recursos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, se considera no conveniente proceder a la acumulación de los diversos recursos especiales interpuestos contra los pliegos del contrato de "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Álava (C02/001/2021)" (identificados como EB 2021/140, EB 2021/144, EB 2021/148, EB 2021/152), debido a que la extensión del número de motivos de impugnación alegados, así como el de recursos interpuestos, que no son coincidentes en todos ellos, aconsejan un análisis separado de cada recurso (ver la Resolución 134/2021 del OARC / KEAO).

b) Sobre la exigencia de contar con dispositivos de retención infantil

Las cláusulas impugnadas son las siguientes:

PCAP

11.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

(…)

11.6.- Otras

- En aquellos itinerarios que proceda su uso (según se indique en la ficha técnica de cada itinerario), será obligatoria la instalación de **Sistemas de Retención Infantil** homologados por la normativa ECE R44/04 o ECE R129 para su uso en autobús, para todo el alumnado transportado del tercer curso del primer ciclo de educación infantil, todos los días y en todos los viajes. La normativa a aplicar será la vigente en cada momento.

PPT

3.- OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA

(…)

h) A instalar y a utilizar los Sistemas de Retención Infantil, para todo el alumnado de Educación Infantil todos los días y en todos los viajes, (según se indique en la ficha técnica de cada itinerario).

Se trata de una prescripción técnica a cumplir por los vehículos que transporten alumnos del tercer curso del primer ciclo de educación infantil frente a la que el recurso plantea dos objeciones, si bien se comenzará por la alegación de que nos hallamos ante una barrera de acceso a la licitación debido a que el único sistema de retención homologado no se puede instalar en todos las butacas de autobús existentes en el mercado, pues una eventual estimación de este argumento haría innecesario el examen del referido a la imposibilidad de calcular su coste.

b.1) Sobre las barreras de entrada a la licitación

En relación con el establecimiento de prescripciones técnicas, el artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones (ver, por todas, la Resolución 87/2018 del OARC / KEAO). La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por una o varias empresas determinadas, dificultando el acceso al contrato de los demás operadores, y la segunda, que tal condición sea

arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018, así como la sentencia del TSJPV número 217/2021, de 28 de mayo de 2021).

b.2) Sobre el cumplimiento de las condiciones por la prescripción impugnada

Aplicada la doctrina expuesta en el apartado c.1) anterior a la prescripción debatida, este OARC / KEAO considera que la alegación debe ser estimada por las siguientes razones:

1) La actividad de transporte escolar está fuertemente reglada. En resumen, la normativa de transporte público de viajeros por carretera exige que el profesional que realice el transporte escolar haya obtenido previamente dos autorizaciones administrativas superpuestas: (i) una primera necesaria para el ejercicio genérico de la profesión que se obtiene tras acreditar unos requisitos previos y que le obliga a ejercer la actividad bajo unas determinadas condiciones (artículos 42 a 56 LOTT) y (ii) una autorización administrativa especial para la realización de un transporte regular de uso especial de escolares (Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores), que requiere de la acreditación del cumplimiento de determinados requisitos, con especial atención a todos aquellos destinados a garantizar la seguridad en el transporte. Entre estos últimos

se halla la prevista en el artículo 117 del Reglamento General de Circulación (en adelante, el RGC), modificado por el Real Decreto 667/2015, sobre Cinturones de seguridad y sistemas de retención infantil homologado, que en relación a la obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad y sistemas de retención infantil homologados prevé:

(i) como regla general, en toda clase de vehículos y en todo caso, los menores de edad de estatura igual o inferior a 135 centímetros el uso de sistemas de retención infantil,

(ii) en los vehículos de más de nueve plazas, incluido el conductor, los menores de edad de tres o más años de estatura inferior a 135 centímetros, el uso de sistemas de retención infantil homologados debidamente adaptados a su talla y peso,

(iii) si los vehículos de más de nueve plazas, incluido el conductor, no disponen de sistemas de retención infantil homologados, utilizarán los cinturones de seguridad, siempre que sean adecuados a su talla y peso.

En vehículos de más de 9 plazas la utilización de SRI no es obligatoria para los menores de tres o más años y menos de 135 centímetros, puesto que si los vehículos no disponen de estos sistemas se permite el uso de cinturones de seguridad, siempre que sean adecuados a la talla y peso. Sin embargo, lo que no puede dudarse es que el artículo 117 del RGC, cuando se trata de menores de tres o más años y menos de 135 centímetros, da primacía al uso de SRI y únicamente en su ausencia acepta la utilización de cinturones de seguridad (ver en este sentido la Resolución 151/2016 de este OARC / KEAO).

2) La consecuencia de lo señalado en el apartado 1) anterior es que los autobuses que disponen de cinturón de seguridad, siempre que sean adecuados a la talla y peso del menor, y no disponen de SRI, cumplen con la normativa de seguridad necesaria para el desarrollo de la actividad

de transporte escolar. Además, se observa que han transcurrido 6 años desde la entrada en vigor del artículo 117 del RGC en su versión actual, mientras que cabe que autobuses de una antigüedad considerablemente mayor puedan realizar el servicio de transporte escolar sin necesidad de instalar SRI, pero cumpliendo todas las medidas de seguridad requeridas. A este respecto, la apelación a motivos de seguridad que efectúa el poder adjudicador es genérica y no justifica suficientemente por qué razón serían necesarios requisitos superiores a los exigidos por la normativa aplicable en la materia, teniendo en cuenta que la medida debatida veda el contrato a licitadores con autobuses que pueden prestar el servicio con las garantías de seguridad requeridas por la normativa. Tampoco se considera suficiente el argumento de que la instalación de SRI está siendo subvencionada por el Gobierno Vasco, habida cuenta que esta línea de fomento tiene una limitación territorial y no va acompañada de, por ejemplo, una estadística que ilustre su nivel de implantación en el sector.

3) Finalmente, se considera desproporcionada una medida que restringe de manera no suficientemente justificada en el expediente el acceso al contrato a operadores económicos que, según la normativa aplicable al sector, pueden ejercer la actividad, existiendo otros medios menos lesivos para los principios de salvaguarda de la competencia y libre acceso para el fomento de la implantación de estos sistemas, como puede ser el configurarlo como criterio de adjudicación.

c) <u>Sobre la supresión de la prohibición de adscribir vehículos adscritos a servicios públicos de uso general</u>

Se critica la supresión de la cláusula, que figuraba en procedimientos de adjudicación precedentes, que prohibía adscribir vehículos que estuvieran adscritos a servicios de transporte regular de uso general. Esta alegación no puede admitirse por las siguientes razones:

1) Es doctrina reiterada de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 094/2019) que el poder adjudicador dispone de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato de acuerdo con las necesidades de interés general que este pretende satisfacer, tarea en las que no tiene por qué vincularse a actuaciones pretéritas (ver en este sentido la Resolución 70/2018 del OARC / KEAO), sin que los potenciales licitadores puedan reclamar válidamente que dicha configuración se ajuste a un determinado esquema que les sea más favorable. Por consiguiente, los límites de esta actuación del poder adjudicador son los propios de las potestades discrecionales, especialmente el respeto al fondo reglado y a los principios generales del artículo 1.1 LCSP, así como el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración a los que se refiere el artículo 34.1 LCSP.

2) Para que la decisión de no establecer un determinado límite a la adscripción de vehículos, como puede ser el que se hallen adscritos a un servicio de transporte regular de uso general, sea considerada como ilegítima, se debe probar que favorece injustificadamente a un determinado licitador o grupo de licitadores. Además de que el recurso no basa la impugnación en la infracción de alguna norma aplicable, la circunstancia de que los vehículos puedan estar amortizados por la adjudicación de contratos públicos de transporte deriva de la estructura del mercado de transporte de viajeros por carretera, en el que las mismas empresas compiten por contratos de transportes públicos de viajeros por carretera regulares o discrecionales. Por el contrario, el recurrente pretende establecer una medida restrictiva de la competencia para las empresas adjudicatarias de servicios de transporte regular de viajeros de uso general, sin amparo legal alguno. Consecuentemente, no nos encontramos ante una ventaja ilegítima y cada licitador deberá sopesar en qué términos efectúa su oferta a la vista de los criterios de adjudicación establecidos.

3) Finalmente, cabe manifestar que la expectativa de que las decisiones discrecionales del poder adjudicador permanezcan invariables con independencia de las circunstancias concretas del procedimiento de contratación en el que se produzcan choca frontalmente con la naturaleza de estas decisiones, para cuya adopción se reconoce un cierto margen de valoración dentro de unos límites cuya infracción no se ha acreditado (ver en este sentido la Resolución 92/2020 de este OARC / KEAO).

d) Sobre la no inclusión de los gastos derivados de las medidas higiénico sanitarias para la contención del coronavirus en el desglose de costes

Se recurre el desglose de los costes del servicio por cuanto no contiene una previsión específica sobre el gasto que puede suponer la implementación de las medidas higiénico sanitarias para la contención del coronavirus Sars Covid. El análisis de los argumentos impugnatorios debe comenzar por lo manifestado por este OARC / KEAO sobre la obligación del desglose del precio del contrato.

d.1 Sobre la finalidad de la obligación de desglose del presupuesto base de licitación

Como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 086/2019, el artículo 100.2 de la LCSP contiene un mandato al órgano de contratación consistente en que “cuide” que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato (“a tal efecto”), bien en el PCAP o en el documento regulador del contrato, debe desglosar los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. Además, este precepto contiene un mandato específico para el supuesto en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato consistente en que el presupuesto base de licitación indique de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. La finalidad que persigue el artículo 100.2 de la LCSP es la de asegurar que el cálculo del

presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales (ver, en este sentido la Resolución 152/2018 del OARC/KEAO). Por su parte, en lo que concierne a la cuestión planteada y, en concreto, al desglose de los costes del servicio, el artículo 101 de la LCSP dispone que, en el cálculo del valor estimado, que es el importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 101.1 LCSP), deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de otros conceptos que se expresan en la norma, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes (entre los que se encuentran los derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación), los que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (artículo 101.2 LCSP) y que el método para calcular el valor estimado deberá figurar en el PCAP (artículo 101.5 LCSP).

Finalmente, este OARC / KEAO ha manifestado (ver Resolución 81/2020) que, disponiendo el poder adjudicador de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, la carga de la prueba de su inadecuación corresponde a quien lo impugna, que deberá demostrar que el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación.

d.2 Sobre las incorrecciones alegadas

La única alegación que se efectúa en relación a la inadecuación del PBL es que no contiene los gastos derivados de la implantación de las medidas higiénico sanitarias requeridas por el coronavirus. Además, en la impugnación que efectúa sobre las limitaciones establecidas sobre el uso del vehículo de reserva realiza una alegación genérica de que su disponibilidad no ha sido tomada en consideración en el desglose de costes. Estos argumentos deben desestimarse por las siguientes razones:

1) El recurso no alega ni acredita que los concretos precios unitarios de cada lote, ni el PBL de cada lote, ni el PBL global del contato que suma el PBL de los 140 lotes, no sean suficientes para atraer una concurrencia idónea y ejecutar convenientemente el contrato obteniendo un margen de beneficio adecuado, pues no puede ser entendida como tal la alegación de que el desglose de costes omite dos conceptos muy concretos. En definitiva, el recurrente no acredita que el poder adjudicador haya sobrepasado los límites que constriñen el ejercicio de la discrecionalidad técnica que le asiste para la fijación del precio contractual (ver, por ejemplo, la Resolución 45/2016 del OARC / KEAO).

2) El expediente, obedeciendo lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, arroja la información del desglose de los costes del presupuesto base de licitación total, esto es, el de la suma de todos los lotes, sin embargo, dicho precepto no obliga a que el poder adjudicador tenga que justificar por qué ha utilizado dicha estructura de desglose de conceptos. A este respecto, se observa que el desglose de costes utilizado por el poder adjudicador sigue la misma estructura que la que figura en los informes emitidos por el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en autocar (ver, por ejemplo, el nº 33 de enero de 2021), que es común para todo el estado y en el que no figura como concepto independiente el gasto derivado de la aplicación de protocolos higiénico sanitarios. No obstante, el recurso no acredita que dos determinados conceptos, que no se cuantifican en el recurso, no puedan ser subsumidos en el apartado de costes indirectos. En este sentido, ni la más estricta interpretación de la LCSP obliga a que se desglose al nivel de detalle todos y cada uno de los posibles gastos concretos que inciden en el contrato (y menos a que se especifiquen precisamente los gastos que cita el recurso y no otros). En definitiva, a juicio de este Órgano, la denuncia de que no han sido previstos dos determinados conceptos entre los costes de la licitación obedece más bien a la pretensión de que dicho cálculo pormenorizado termine por desvirtuar el riesgo y ventura

en la ejecución del contrato que el adjudicatario necesariamente habrá de asumir de acuerdo con el artículo 197 de la LCSP (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2017 y 112/2019 del OARC / KEAO y las sentencias del TSJPV que se citan en la última).

e) Sobre la subrogación del personal

No se comprende el sentido de esta alegación que únicamente contiene la exposición del contenido del artículo 130 de la LCSP, que desarrolla la obligación de información en materia de subrogación de trabajadores, pero no se observa que se realice una verdadera impugnación. En cualquier caso, en respuesta a la consulta 21 sobre ¿En cuanto a la subrogación cuánto es el coste del conductor?, el poder adjudicador ya contestó que En este contrato no hay subrogación.

f) Sobre el vehículo de reserva

Además de la no previsión del coste que supone la disposición de un vehículo de reserva para la ejecución del contrato; alegación analizada en el apartado d) anterior, la recurrente critica que se deba solicitar una autorización previa para el uso del vehículo de reserva. Este argumento debe ser desestimado. Téngase en cuenta que el artículo 34 de la LCSP permite que en los contratos del sector público puedan incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración y, a este respecto, se observa que el recurrente no alega infracción de norma o principio general del derecho alguno, más que una reflexión genérica de que se trata de una medida que afecta a la calidad del servicio.

g) Sobre las tarifas

Se efectúan varias alegaciones contra las tarifas, pero ninguna de ellas puede prosperar. En primer lugar, la información contractual contiene un desglose de

los costes del PBL y lo que el recurrente denomina “tarifa” no es más que el precio unitario que ha de ofertar el licitador. En segundo lugar, el desglose de precios ha tenido en cuenta el coste de personal y no se acredita, más allá de una mención genérica, que el PBL sea insuficiente para hacer frente a los costes de personal del contrato.

h) Sobre la experiencia del personal

El PCAP se refiere en varias cláusulas a los requisitos que se exigen al personal que va a efectuar las labores de conducción. Así, en la Cláusula Específica 21.6 b) se requiere que los conductores acrediten como mínimo un año de experiencia en servicios de conducción de transporte escolar (página 22 del PCAP), igual que el Anexo II.2 del PCAP y la Cláusula Específica 25.2 (personal adscrito al contrato). Sin embargo, esta última estipulación, en el apartado “Requisito/s “(página 28 del PCAP) se refiere a la experiencia en servicios de conducción de transporte colectivo. La pretensión del recurrente consiste en dejar sin efecto esta última experiencia y que la exigida lo sea en conducción de transporte colectivo. Por su parte, el poder adjudicador alega que su voluntad es la manifestada en la cláusula 25, que la experiencia a exigir es la de conducción de transporte colectivo.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que, si bien hay una contradicción entre las cláusulas específicas contractuales, no hay controversia en cuanto al tipo de experiencia que se debe requerir a los conductores, ya que las partes coinciden en que debe ser la genérica de conducción en transporte colectivo. Consecuentemente, dado que el principio de transparencia se opone a que los pliegos contengan información errónea (como lo reconoce el poder adjudicador), la mención a la conducción en transporte escolar debe anularse.

Finalmente, la solicitud de una experiencia de un año en conducción a los conductores de los vehículos no implica la sustitución del permiso de conducción, que es una autorización administrativa de la que se debe disponer en los términos señalados en el artículo 7 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril,

sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, ni limita la incorporación de nuevos profesionales al mercado, que podrán acceder al resto de puestos de trabajo.

i) Sobre la limitación del número de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario

La cláusula específica 20.4 del PCAP dispone lo siguiente:

> **20.4.- Información sobre la división en lotes:** se debe tener en cuenta lo siguiente:
>
> Existen limitaciones en cuanto a:
>
> Lotes que pueden adjudicarse a una licitadora de conformidad con los siguientes criterios o normas:
>
> 1.- Las licitadoras podrán presentar oferta para uno, varios o todos los lotes.
>
> 2.- El número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicataria cada licitadora: **30 lotes en Araba.**

El recurrente manifiesta que no se comprende la razón de que los límites a la obtención de lotes sean diferentes en los tres Territorios Históricos. En definitiva, viene a alegar la arbitrariedad de la decisión.

El artículo 99.4.b) de la LCSP permite limitar, en lo que al recurso interesa, el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Los requisitos que exige la norma son (i) que se justifique esta decisión debidamente en el expediente, (ii) que dicho límite se indique expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares y (iii) que se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego, debiendo ser estos criterios o normas objetivos y no discriminatorios.

Nos hallamos ante una decisión discrecional del poder adjudicador que, como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC/KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figura, por citar el elemento más relevante para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad, entre los que se encuentra la necesidad de la justificación de la decisión en el expediente. Este requisito ha de ser interpretado estrictamente, ya que nos encontramos ante una medida que impide que un licitador pudiera acceder a la adjudicación de algún lote, incluso aunque su proposición fuera calificada como la mejor a la vista de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos; es decir, se trata de una excepción que el propio legislador impone a un principio general básico de la contratación pública, como es el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP). A este respecto, se observa que ni los pliegos de la licitación, ni la información que obra en la plataforma de contratación contienen una justificación de las razones que han llevado a adoptar esta decisión. Al igual que lo manifestado por este Órgano en relación con la necesidad de justificar la no división del contrato en lotes (ver, entre otras, la Resolución 182/2019), la motivación de la decisión de limitar el número máximo de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario es un requisito preceptivo necesario para su válida adopción cuya omisión conlleva la invalidez del acto por suponer un vicio formal que impide al acto alcanzar su finalidad (ver los artículos 35.1 i) y 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), sin que pueda aceptarse, por extemporánea, la explicación aportada en el informe de oposición al recurso. Consecuentemente, esta alegación ha de ser estimada.

j) Sobre la determinación del módulo de 10-25 plazas

Se alega que la exigencia de un módulo de 10-25 plazas, modificando la exigencia de procedimientos de adjudicación anteriores, en los que el exigido era de 10-22 plazas, no está justificado en el expediente y es restrictivo de la competencia. Este argumento ha de ser desestimado porque la documentación

contractual no exige que todos los vehículos del módulo 10-25 deban disponer forzosamente de 25 asientos, tal y como erróneamente lo interpreta el recurrente. Por el contrario, la cláusula 2 del PBT contiene la exigencia de que Los vehículos deben tener el mínimo de plazas indicado para cada itinerario. Es decir, si en la información contractual correspondiente al lote (itinerario) que se quiere licitar figura el traslado de 15 alumnos, el vehículo deberá disponer de este mínimo de plazas (más la del acompañante, si éste es preceptivo), si bien el módulo de autobús ofertado deberá estar en el rango de las 10-25 plazas. Así, los vehículos de 22 asientos pueden seguir siendo ofertados siempre que el número de escolares a transportar, más el acompañante si es requerido, no superen las 22 plazas. A este respecto, de una mera revisión de la información facilitada en cada lote, se observa que para transportar entre 23 y 25 usuarios se requiere, excepto en el Lote 130, el módulo de vehículo 26 – 35, por lo que el argumento de que se trata de una prescripción restrictiva carece de justificación.

k) Sobre la ausencia de documentación

Manifiesta el recurrente que la cláusula 22.2.2.4 del PCAP se remite a un Anexo PT VII que no se ha aportado junto con el pliego. La cláusula dice así

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:

(…)
4.- Formación en conducción eficiente (0-10 puntos)
Anexo PT/VII del Pliego de Prescripciones Técnicas

Examinada la documentación contractual se observa que no figura un anexo con la referida numeración, pero si el Anexo PT/IV "Declaración de formación en conducción eficiente". Se desprende de la propia información contractual que nos hallamos ante un error de hecho susceptible de una mera corrección.

l) Sobre la formación en conducción eficiente

El criterio impugnado es el siguiente:

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: Sí
Criterios de valoración de las ofertas relacionados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye. **Puntuación total: 100 puntos.**

a) Criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas:

(…)

4.- Formación en conducción eficiente (0-10 puntos)

Anexo PT/VII del Pliego de Prescripciones Técnicas

Se valorará que el personal adscrito a este contrato acredite haber realizado **formación en conducción eficiente en los últimos 5 años**. La acreditación de haber realizado el curso de conducción eficiente se presentará mediante certificado emitido por el órgano que haya ofrecido la formación cuando la Administración lo requiera para ello. Las empresas licitadoras deberán declarar en el Anexo PT/VII del Pliego de Prescripciones Técnicas haber realizado la formación en conducción eficiente, así como la fecha en la que la certificación fue obtenida.

Únicamente se puntuarán los certificados emitidos con fecha anterior al plazo de presentación de ofertas.

La escala de valoración es la siguiente:

Personal adscrito al contrato que ha realizado la formación en conducción eficiente	Puntuación
Curso de 50 o más horas	10
Curso entre 20 horas y 49 horas	7
Curso entre 4 horas y 19 horas	2
Cursos de menos de 4 horas	0

El recurrente critica que se valore la formación en conducción eficiente porque considera que no hay empresa que facilite a sus empleados 50 horas de formación. Este argumento ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1) El artículo 145.2. 2º de la LCSP permite valorar la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, pues la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, lo cual puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 189/2019 y 61/2020 y la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204). Consecuentemente, en un contrato como el que nos ocupa, cabe que se valore la formación del personal adscrito a la ejecución del contrato, sin que pueda oponerse que es una

formación superior a la básica exigida por el Real Decreto 1032/2007, de 20 de julio, por el que se regula la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera.

2) Se trata de un criterio de adjudicación, lo cual permite comparar las ofertas e identificar la más ventajosa para la Administración. No se trata de un criterio de solvencia o de una condición de ejecución que impida participar en el procedimiento por lo que, desde esta perspectiva, es irrelevante que haya pocas empresas que den a sus trabajadores una formación de 50 horas. No obstante, este argumento carece de base porque quien debe acreditar la formación es el trabajador que va a conducir el vehículo y éste ha podido adquirirla bien a través de su empresa, bien por sí mismo.

m) Sobre la prohibición de conducción bajo los efectos de las drogas

El recurrente considera que la prohibición de conducir bajo los efectos del alcohol debe extenderse a las sustancias estupefacientes y a las drogas y solicita que se modifique la correspondiente cláusula contractual en este sentido. Este argumento debe ser desestimado porque, como bien indica el poder adjudicador, la conducción bajo los efectos de sustancias estupefacientes y drogas no está permitido (artículo 27.1 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de Circulación), mientras que procede la prohibición de la conducción bajo los efectos del alcohol ya que el artículo 20 del Real Decreto 1428/2003 permite la conducción con una tasa de alcohol en sangre inferior a 0,3 gramos por litro en sangre o de 0,15 miligramos por litro en aire espirado. Es de señalar que el recurrente no se opone

n) Conclusión

Por todo lo indicado anteriormente, el recurso debe ser estimado parcialmente, procediéndose a anular las siguientes cláusulas:

- la Cláusula Específica 11.6 del PCAP y la cláusula 3 del PPT, en lo relativo al SRI.
- las menciones a “transporte escolar” en lo relativo a la experiencia a exigir a los conductores en las Cláusulas Específicas 21.6 y 25.2 y Anexo II.2 del PCAP.
- el motivo de recurso examinado en el apartado h) debe estimarse y anularse lo dispuesto en la cláusula 20.4.2. del PCAP. La falta de motivación sobre la limitación del número de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato, como es la configuración de su objeto; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos.

Asimismo, se deberá proceder a corregir la referencia errónea al Anexo PT/VII de la Cláusula 22.2.2.4 del PCAP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, habida cuenta que la estimación parcial del recurso conlleva la anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos, procede la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

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 interpuesto por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DIREBUS frente a los pliegos del contrato de "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Álava (C02/001/2021)", promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos señalados en el epígrafe n) del apartado noveno de esta Resolución, y cancelando la licitación.

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

TERCERO: Habida cuenta que no se han resuelto todos los recursos especiales interpuestos contra los pliegos del procedimiento de adjudicación impugnado, no se levanta la suspensión del procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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, 2021eko abenduaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de diciembre de 2021