



EB 2021/154

Resolución 211/2021, de 22 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 AUTOBUSES JAI ALAI, S.L. 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 Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de agosto de 2021 AUTOBUSES JAI ALAI, S.L. (en adelante, el recurrente) 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 sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El día 12 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.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 29/2021, de 18 de agosto, de este OARC / KEAO 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 20 de septiembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.P.M. 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 servicios 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) Se ha incumplido el deber de publicar el anuncio de licitación en el DOUE, que no consta en el perfil de contratante.
- b) Vulneración de las normas y/o disposiciones legales en lo que a materia de subrogación se refiere y su deber de información para analizar los costes, ya que el artículo 19.3 de la Resolución de 13 de febrero de 2015, contempla la subrogación en el marco de este proceso de contratación.
- c) Vulneración del principio de no discriminación, igualdad y libre competencia de los licitadores al imponer la cláusula 28.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), el uso del idioma euskera en las relaciones con el poder adjudicador.
- d) Vulneración de los principios de seguridad jurídica, igualdad y transparencia del criterio de adjudicación relativo a la formación del personal en conducción eficiente debido a que genera una fuerte inseguridad jurídica en la medida que quedan expuestos a valoración e interpretación subjetiva del órgano de contratación, ya que (i) será el personal subrogado, no el propuesto por el licitador el que será valorado, (ii) no se sabe si por “personal adscrito” se refiere al conductor principal o al de reserva, (iii) no se sabe cómo ha de jugar la asignación de puntuación y (iv) es un criterio que no está relacionado con el



objeto del contrato, ya que el grado o eficiencia en la conducción depende de otras circunstancias como la antigüedad del vehículo.

e) La cláusula 21.6 del PCAP vulnera los principios de libre concurrencia, igualdad y proporcionalidad al exigir que las personas que presten el servicio acrediten al menos un año de experiencia en la conducción de transporte escolar, lo que restringe de una manera injustificada el número de licitadores que puede acceder al contrato, pues lo que permite garantizar cierta calidad en el servicio es la prestación de servicios en transporte de pasajeros en general.

f) Vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia al limitar la adscripción de vehículos de reserva como preferentes, limitando injustificadamente por razones exclusivamente territoriales.

g) Incumplimiento de los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, ya que no se han tenido en cuenta los costes extraordinarios ocasionados por el Covid-19, a pesar de que la cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) impone al contratista la obligación de cumplir y hacer cumplir las medidas de seguridad y prevención que las autoridades sanitarias impongan en esta materia.

h) El legislador no permite bajo ningún concepto obligar al personal a que se someta en contra de su voluntad a control de alcoholemia.

i) Los sistemas de retención infantil (en adelante, SRI) no son obligatorios ni todos los vehículos adscritos al servicio tienen que ser de nueva adquisición.

j) Finalmente, solicita la nulidad del pliego y demás documentación complementaria, en lo referente al incumplimiento de la obligación de inclusión de la figura de la subrogación en el PCAP, por la infracción de los principios de igualdad, transparencia, proporcionalidad, seguridad jurídica y libre concurrencia y por incumplimiento de las exigencias contenidas en los artículos 100 y 101 de la LCSP.



SÉPTIMO: Alegaciones de ANETRA

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

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) El anuncio de licitación se ha publicado en el DOUE 2021/S 144-383163 y 2021/S 148-394986 (corrección). El hecho de no haber insertado esta información en el perfil de contratante descarta que se trate de una circunstancia invalidante.
- b) Conforme al artículo 67 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT) el transporte escolar es un transporte público regular de uso especial y no un transporte regular de viajeros de uso general. No existiendo una norma legal que imponga la obligación de subrogación debe estarse al Convenio Colectivo del sector de transporte de viajeros regular y discrecional por carretera de Bizkaia, cuyo artículo 67 se remite al Acuerdo Marco Estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas incluido el conductor (Resolución de 26 de febrero de 2015)., cuyo artículo 19.1 prevé la subrogación de trabajadores exclusivamente para los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas.
- c) La cláusula 28.1 de las condiciones generales del PCAP impugnada contiene una condición especial de ejecución (conocimiento del euskera) que afecta únicamente al adjudicatario del contrato, que regula la relación entre el personal



de éste y el poder adjudicador en el uso del euskera en el marco de una relación contractual.

d) En lo que respecta al criterio de adjudicación “formación en conducción eficiente”, la Administración goza de discrecionalidad a la hora de elegir los criterios de adjudicación y el recurrente, cumple con los requisitos del artículo 145 de la LCSP y se trata de un criterio ambiental que ofrece una mayor calidad a la prestación. Respecto a la duda que plantea si es de aplicación al conductor preferente o al de reserva, señala que ni el PCAP ni el PPT se refieren en momento alguno al personal de reserva. Además, en la respuesta a la pregunta 5, publicada en el perfil de contratante, se especifica que sólo puntúa el primer conductor.

e) La cláusula 21.6 del PCAP impugnada contiene el requisito de que la experiencia del personal de conducción lo sea en transporte colectivo, y no como erróneamente alega el recurrente en transporte escolar. No obstante, en lo relativo a este requisito, se aprecian contenidos contradictorios en el PCAP y PPT: la cláusula específica 25.2 del PCAP exige experiencia en servicios de conducción de transporte colectivo, el Anexo II.2 del PCAP (modelo de compromiso de adscripción de medios) exige experiencia en servicios de conducción de transporte escolar, al igual que el punto 4º del PPT. Sin perjuicio de que la contradicción sea constitutiva de un error material, se manifiesta que la experiencia a exigir debe ser la de 1 año en servicios de conducción de transporte colectivo.

f) La decisión de que los vehículos de reserva no puedan ser preferentes en otros itinerarios constituye una facultad discrecional y la pretensión del recurrente no puede sustituir la voluntad de la Administración. En cualquier caso, se trata de una decisión que no cabe ser calificada de antijurídica, ni arbitraria.

g) En lo que respecta a que no figuren los gastos de COVID-19 en el desglose de costes del presupuesto base de licitación (PBL) del contrato, la recurrente no



acredita que en la determinación del PBL que los precios unitarios fijados sean inferiores a los del mercado, haciendo inviable la prestación del servicio.

h) Según lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, aunque el empresario debe garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores, ésta sólo podrá llevarse a cabo con su consentimiento, pero ello no obsta a que se pueda establecer en el contrato la obligación de que la tasa de alcohol de los conductores sea de 0,0 en sangre y en aire espirado.

i) En lo que respecta a los dispositivos de retención infantil, (i) el precepto que regula los sistemas de retención infantil (artículo 117 del Reglamento general de Circulación en la redacción dada por el Real decreto 667/2015) está en vigor desde el 1 de octubre de (ii) si bien el requisito de seguridad no está homologado para todos los autobuses, lo cierto es que únicamente se exige en aquellos que transporten alumnado de educación infantil y los licitadores tienen la capacidad de decidir a qué itinerarios presentan oferta y (iii) el argumento de que únicamente existe un sistema de retención infantil fue desestimado por el OARC / KEAO en la Resolución 008/2017 al entender que el poder adjudicador se limitaba a solicitar un requisito de seguridad establecido en la norma.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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 Bizkaia (C02/003/2021)” (identificados como EB 2021/143, EB 2021/146, EB 2021/150 y EB 2021/158), 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). Además, el recurso EB 2021/153, debido a la abstención de la Titular del OARC / KEAO, ha de ser necesariamente resuelto de forma independiente.

b) Sobre la falta de constatación de la publicación del preceptivo anuncio en el DOUE

Una mera consulta del DOUE, diario oficial de consulta electrónica libre y gratuita, es suficiente para constatar el hecho de la publicación en dicho diario oficial del anuncio de licitación. En concreto, la convocatoria de este procedimiento de adjudicación ha sido publicada en el 28 de julio de 2021 en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea con el número de referencia 2021/S 144-383163 y la corrección de errores en 2021/S 148-394986. Si bien es cierto que el perfil de contratante no aparece referencia alguna a la publicación de este anuncio en el DOUE (información que debe contener según lo dispuesto en artículo 63.3.d) de la LCSP), lo cierto es que dicha omisión no le ha impedido presentar el recurso especial.

c) Sobre la subrogación de trabajadores

Alega la recurrente que se infringe lo dispuesto en la por Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por



carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor (BOE nº 49 de 26 de febrero de 2015) en lo concerniente a la subrogación de trabajadores. El poder adjudicador, asimismo, considera de aplicación lo dispuesto en dicha disposición, cuyo artículo 19, en relación con la sucesión convencional y subrogación establece lo siguiente:

Artículo 19. 1.º Lo previsto en el presente título será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios

El contenido de esta disposición lleva a la desestimación del argumento del recurrente, puesto que es exclusivamente de aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera, mientras que el servicio que el poder adjudicador pretende contratar debe ser calificado, como correctamente lo ha hecho, de uso especial por estar destinado a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios, los escolares, a diferencia de los de uso general, que son aquellos que van dirigidos a satisfacer una demanda general, pudiendo ser utilizables por cualquier interesado (artículo 67.b) Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres).

d) Sobre el uso del euskera

La cláusula general 28.1 del PCAP impugnada dice así:

28.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

28.1.1.- En las relaciones entre el poder adjudicador y la contratista se empleará normalmente el euskera. A los efectos de la ejecución del contrato se entiende por emplear “normalmente el euskera”, lo siguiente:

- a)** En las comunicaciones verbales, el personal con conocimiento de euskera que en funciones de ejecución del contrato se dirija al poder adjudicador, se expresará inicialmente en esta lengua. Si el poder adjudicador se dirige en euskera a personal



adscrito a la ejecución del contrato que no tenga conocimientos suficientes de esta lengua, la empresa encargada de la ejecución habrá de facilitar inmediatamente los medios o personal con capacitación lingüística en euskera necesarios para que la relación con el poder adjudicador derivada de la ejecución del contrato pueda desarrollarse en euskera.

Esta cláusula, inserta en el condicionado general del PCAP, regula la relación del personal del contratista con el poder adjudicador una vez perfeccionado el contrato y particularmente la comunicación verbal entre el personal del adjudicatario y el poder adjudicador. A este respecto, este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver la Resolución 179/2018) que las empresas contratistas no tienen el mismo derecho que tienen los ciudadanos a escoger libremente la lengua de su elección en la prestación del servicio o suministro que se les ha encomendado cuando en su ejecución se tengan que relacionar con el poder adjudicador que ha adoptado medidas de uso del euskera en su funcionamiento “ad intra” o cuando existan obligaciones de respeto del derecho de opción de los usuarios, y estas sean proporcionales. Debemos añadir, como señala el informe 1/2016, de 29 de febrero de 2016 de la Comisión permanente de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de Euskadi, que la relación entre el personal de la contrata encargado de ejecución del contrato y la Administración contratante no es una relación de sujeción general, ni dicho personal actúa en ejercicio de los derechos que corresponden al ciudadano como tal, sino en el marco de una relación contractual de sujeción especial regida por las especiales normas y pactos establecidos por ambas partes para dicha relación, siempre que se respete lo establecido en la LCSP.

En concreto, en lo que se refiere a la estipulación impugnada, se observa que quien se expresará en euskera con el poder adjudicador será el personal del contratista que tenga conocimientos de euskera y, en el caso de que sea el poder adjudicador quien se comunique en euskera con el adjudicatario, éste deberá arbitrar las medidas precisas para facilitar la relación en euskera, únicamente en el caso de que el personal que le asiste no tenga conocimiento suficiente de esta lengua. No se observa ninguna discriminación o la imposición de una lengua sobre la otra, sino de unas medidas proporcionadas para arbitrar que la



comunicación verbal, cuando así es solicitada por el poder adjudicador, pueda efectuarse en euskera.

Consecuentemente, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

e) Sobre el criterio de adjudicación referido a 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 el personal adscrito a este contrato en base a lo establecido en las Cláusulas 21.5 y 21.6 de las presentes Cláusulas Específicas del Contrato y presentados y coincidentes en el Anexo II.2, que 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

A juicio de este Órgano ninguna de cuestiones planteadas en el recurso en relación con este criterio de adjudicación puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) Como ha indicado este OARC / KEAO en su Resolución 120/2021, el mero hecho de que un criterio pueda favorecer a unos licitadores frente a



otros no lo convierte, por sí solo, en discriminatorio, pues precisamente, por definición, es función de cualquier criterio valorar los aspectos de las proposiciones que aporten ventajas a la prestación que se pretende adquirir mediante una comparación entre ellas (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO); sin embargo, sí se daría la discriminación si el criterio impugnado se hubiera establecido para favorecer a una empresa o tipo de empresas sin que exista una razón objetiva y proporcionada para ello, haciendo injustificada o desmesuradamente valiosa una característica que solo un posible licitador o categoría de licitadores puede acreditar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

- 2) El recurrente realiza unas afirmaciones que demuestran que no ha analizado convenientemente el PCAP al afirmar que el criterio se halla sujeto a una interpretación subjetiva y no se sabe cómo va a asignar la puntuación. No obstante, nos hallamos ante un criterio de apreciación automática, en el que consta la forma de asignar la puntuación y el recurrente no aporta ningún argumento en apoyo de tales afirmaciones. Si con ello se refiere a la forma de repartir la puntuación, debe reiterarse el criterio de este Órgano, manifestado en sus Resoluciones 54 y 61/2020. En ellas se manifiesta que, si el órgano de contratación tiene discrecionalidad para elegir los criterios de adjudicación y determinar su ponderación de tales criterios, no se le puede negar la libertad de elegir la forma de distribuir los puntos de un criterio automático y mucho menos cuando el recurrente no acredita infracción alguna de los límites del ejercicio de las facultades discrecionales; particularmente, no se prueba infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación y queda acreditado por el poder adjudicador en su informe de oposición la existencia de cursos de formación de diversa duración sobre la materia debatida.



- 3) El criterio se aplica al personal que vaya a realizar las labores de conducción y, tal y como se concluye en el epígrafe c) de esta Resolución, el artículo 19 de la Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, no es aplicable a este contrato.
- 4) 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, cuestión que no es discutida por el recurrente, sin que no pueda calificarse como contrario al principio de proporcionalidad que la valoración se efectúe respecto a la formación adquirida por dicho personal antes de la presentación de la oferta. A este respecto, se observa que el recurrente confunde los criterios de adjudicación, que sirven para comparar las ventajas de las diversas ofertas, con la adscripción de medios para la ejecución del contrato, cuya adecuación a los requerimientos del pliego se verifica en la fase de ejecución del contrato.

f) Sobre la exigencia de experiencia del personal de conducción

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 colectivo (página 22 del PCAP), en la



Cláusula Específica 25.2, (personal adscrito al contrato), en el apartado de “Requisitos” se exige, igualmente, como mínimo 1 año de experiencia en servicios de conducción de transporte colectivo. No obstante, en esta misma cláusula 25.2 en el apartado de “Acreditación”, la requerida es una experiencia mínima de un año en servicios de conducción de transporte escolar, al igual que en el ANEXO II.2 relativo al “Compromiso de adscripción de medios”.

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 (artículo 1.1 de la LCSP) 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.

g) Sobre el vehículo de reserva

El recurrente critica que no se pueda presentar el vehículo de reserva como preferente en otros lotes de este procedimiento de adjudicación por suponer una limitación injustificada por razones exclusivamente territoriales. No obstante, se observa que el recurrente, al margen de efectuar esta denuncia de carácter general, no alega norma o principio de buena administración infringido, por lo que prevalece el principio de libertad de pactos al que se refiere el artículo 34 de la LCSP.

h) 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.

h.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.

h.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. Este argumento debe 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 contrato 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 un determinado concepto, que no se cuantifica en el recurso, no pueda ser subsumido 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).

i) Sobre la cláusula que impone una tasa de alcohol de 0,0 a los conductores

El argumento debe ser desestimado porque la cláusula no impone la realización de controles de alcoholemia a los conductores, sino que éstos circulen con una tasa de 0,0 tanto en sangre como en aire expirado.

j) 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 varias objeciones, si bien se comenzará por la alegación de que nos hallamos ante una barrera de acceso a la licitación, pues una eventual estimación de este argumento haría innecesario el examen del resto de los alegados.

j.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).

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

Aplicada la doctrina expuesta en el apartado d.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.

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.

k) Conclusión

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



- la Cláusula Específica 11.6 del PCAP y la cláusula 3 del PPT, en lo relativo al SRI
- las referencias a “transporte escolar” en lo concerniente a la experiencia a exigir a los conductores.

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 AUTOBUSES JAI ALAI, S.L. 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 Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos señalados en el epígrafe k) 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 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de diciembre de 2021