



EB 2021/153

Resolución xx/2021, de xx de diciembre, del sustituto de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularrarentzako ordezkia, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BUSTINDUI BIDAIAK, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de Transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de agosto de 2021 se presentó 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 especial en materia de contratación interpuesto por BUSTINDUI BIDAIAK, S.L. (en adelante, BUSTINDUI) contra los pliegos del contrato “Servicio de Transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El 11 de agosto este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). La citada documentación se recibió el día 20 de septiembre.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 29/2021 de 18 de agosto de este OARC / KEAO, adoptada a propósito de la tramitación de los recursos EB 2021/143, 146 y 150, se acordó la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación, incluyendo el plazo de presentación de ofertas.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de septiembre, el mismo día se recibieron las alegaciones de la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocar (ANETRA).

QUINTO: Con fecha 18 de octubre de 2021, la Titular del OARC / KEAO acordó su abstención en el presente procedimiento de recurso por concurrir la causa prevista en el artículo 23.2 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; consecuentemente, conoce de este procedimiento su sustituto, D. Javier Serrano Chamizo, nombrado como tal por el Decreto 209/2021, de 21 de septiembre, de cese y nombramiento de sustituto para el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV nº 195, de 29 de septiembre).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.P.B.A., que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP establece 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: Argumentos del recurso

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

- a) Para parte de los lotes en los que se divide el objeto del contrato (concretamente, cerca de un 25% de los 199 itinerarios de Bizkaia), las prescripciones técnicas incluyen limitaciones de las dimensiones de los vehículos ofertados que la recurrente estima discriminatorias, desproporcionadas, injustificadas y contrarias a la libre concurrencia a la licitación, especialmente teniendo en cuenta que satisfacerlas supondría una cuantiosa inversión inviable en la presente coyuntura:



- Limitaciones de anchura a los 1,95 metros, cuando la normal de la mayoría de los vehículos carrozados en 22 plazas es de 1,99 metros; BUSTINDUI alega que no parece razonable que los cuatro centímetros de diferencia impidan o dificulten la presentación de una oferta, teniendo en cuenta que los vehículos de 1,99 metros son tan seguros como los de 1,95 metros, los cuales no se fabrican en la actualidad.
 - En el itinerario B0701 (lote 6) se establece la limitación de 7 metros de longitud. El mismo itinerario se licitó en el expediente para el curso escolar 2015/2016 con un vehículo de 10 – 22 plazas sin limitación alguna. Durante estos años se ha realizado el recorrido con un vehículo de 22 plazas y 7,5 metros (los vehículos de 22 plazas, normalmente, tienen una longitud de 7,5 metros). Se alega que se trata de una limitación que no consigue una mayor seguridad y que restringe el acceso al 95% de los vehículos carrozados sobre 22 plazas.
 - Limitación de 9 metros de longitud para un vehículo de 36 plazas, lo que deja fuera de la licitación al 95% de los vehículos carrozados en España (solo hay dos modelos que cumplen el requisito), donde la longitud habitual de los vehículos carrozados de 36 plazas es de 9,30 a 9,60 metros, sin que se entienda por qué estos vehículos no son aptos para prestar el servicio cuando por las mismas carreteras circulan frecuentemente vehículos de más de 12 metros.
 - Limitación de 10 metros de longitud para un vehículo de 37-55 plazas; durante el año 2010 (cursos 2010/2011 y 2011/2012) se licitó este mismo recorrido sin ninguna limitación, dándose la circunstancia de que las carreteras han mejorado desde entonces y que en dicha época podían circular vehículos de más de 13 metros.
- b) En las licitaciones de 2010 y años anteriores no existían limitaciones de longitud de los vehículos y la Diputación Foral de Bizkaia ha mejorado las



carreteras desde entonces. Asimismo, el Departamento de Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco en su documento “Actualización del estudio de limitaciones en la red foral de carreteras” define las carreteras con limitaciones y su contenido no justifica las decisiones impugnadas.

c) Finalmente, se solicita que:

- Se tengan en cuenta las restricciones establecidas por los Responsables de Obras Públicas y Transportes y
- Se anulen los pliegos de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ANETRA

ANETRA afirma que “se ve obligada a abstenerse de realizar cualquier manifestación” para no incurrir en fraude procesal, y sugiere que podría concurrir una causa para acumular todos los recursos dirigidos contra los mismos pliegos que ahora se impugnan.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

- a) Se alega que las limitaciones por dimensión no afectan al 25% de los lotes, como afirma el recurso, sino tan solo al 10,55% (21 itinerarios), porcentaje que desciende al 5,02% (10 itinerarios) para las limitaciones de 1,95 metros de anchura y de 7, 9 y 10 metros de longitud, que son las impugnadas:
- La limitación de anchura de 1,95 metros solo está en dos lotes de Bizkaia (116 y 158).
 - La limitación de longitud de 7 metros que afecte a vehículos entre 10 – 25 plazas solo afecta a los lotes 6 y 43 de Bizkaia.



- La limitación de longitud de 9 metros que afecte a vehículos entre 26-35 plazas en Bizkaia solo figura en los lotes 93, 95 y 121
- La limitación de 10 metros de longitud que afecta a 36-55 plazas en Bizkaia solo está presente en los lotes 10, 86 y 100.

A juicio del poder adjudicador, no cabe, como hace el recurrente, solicitar la anulación de los pliegos de la licitación, ya que la impugnación se refiere tan solo a 10 de los 199 lotes en los que se divide el contrato.

b) Las limitaciones de longitud, anchura y altura de los vehículos vienen determinadas por las características de las vías; se trata de decisiones en las que han intervenido las Administraciones competentes y que se han ido tomando en el transcurso de los cursos, originadas por accidentes o quejas de padres, profesores y de los propios transportistas. Por lo que se refiere a los lotes concretos recurridos, se alega que ninguna norma obliga a motivar todas y cada una de las prescripciones técnicas de un contrato, si bien se argumenta lo siguiente:

- Para el itinerario B0701 (lote 6), la limitación de 7 metros se estableció a petición del Ayuntamiento de Amoroto (se adjunta la solicitud). Por otro lado, no se solicita un vehículo de 22 plazas, sino uno que garantice el porte de 17 alumnos, que son los que aparecen en la ficha del itinerario; esta demanda se puede cubrir con un gran número de vehículos. Asimismo, en la anterior licitación se incluyó un itinerario B0701 pero que tenía paradas diferentes, lo que justifica las actuales limitaciones.
- Para el itinerario B6503 (lote 95), se adjunta la petición del Ayuntamiento de Gizaburuaga en el que se solicita un autobús que no exceda de 9 metros porque los caminos vecinales del municipio no están adecuados para vehículos de dimensiones superiores.
- Para el itinerario B 7703 (lote 121), se adjunta solicitud de la Directora del centro docente de Otxartaga en el que señala lo complicado del



acceso desde los diferentes barrios hasta el edificio escolar para un autobús grande, por lo que sería necesario utilizar dos pequeños.

- Para el itinerario B1005 (lote 10), se adjunta una valoración de la Ertzaintza sobre la circulación del autobús escolar al barrio de Metxika que lleva a requerir autobuses de distintas dimensiones.
- Para el itinerario B6902 (lote 100), se aportan dos fotos en las que se observan señales que indican que la longitud máxima para circular por la vía correspondiente es de 10 metros.

c) La recurrente no acredita que las limitaciones sean desproporcionadas e innecesarias; el documento al que se refiere el recurso solo incluye la red foral de carreteras de Bizkaia y, como ya se ha acreditado en la letra b) anterior, las limitaciones no son arbitrarias.

d) Finalmente, se alega que es cierto que en la licitación de 2010 y anteriores no había limitaciones de longitud, pero algunas de las ahora impugnadas (por ejemplo, las referidas a los lotes 93 y 95) sí figuraban en el procedimiento de 2017 y los correspondientes lotes fueron adjudicados a empresas que disponían de modelos y marcas que cumplían con las prescripciones técnicas, lo que prueba que existe un mercado que los puede suministrar, sin perjuicio de que los vehículos también se puedan obtener de forma personalizada.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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



a) Lotes objeto del recurso

Como bien apunta el poder adjudicador, el alcance de la presente Resolución, debe limitarse a los lotes a los que afectan las restricciones de anchura y longitud de los vehículos que se impugnan, los cuales no se identifican por la recurrente de modo individualizado (salvo el lote 6, itinerario B0701, único mencionado de los que tienen limitación de longitud de 7 metros), aunque sí en razón de las características técnicas que incluyen, según se deduce del escrito de recurso y ha entendido el poder adjudicador. Una vez contrastado el citado escrito con la documentación contractual, se comprueba que la impugnación alcanza a los siguientes lotes:

- Lotes 116 (itinerario B7301) y 158 (itinerario B9920); limitación de anchura máxima de 1,95 metros.
- Lote 6 (itinerario B0701); limitación de longitud máxima de 7 metros.
- Lotes 93 (itinerario B6501), 95 (itinerario B6503) y 121 (itinerario B7703); limitación de longitud de 9 metros que afecta a vehículos de 36 plazas.
- Lotes 10 (itinerario B1005), 86 (itinerario B5809) y 100 (itinerario B6902); limitación de longitud de 10 metros para vehículos de 36-55 plazas.

b) Sobre las prescripciones impugnadas

En definitiva, la empresa recurrente alega que los pliegos impugnados incluyen prescripciones técnicas relativas a las dimensiones de los vehículos ofertados que operan como “barreras de entrada” porque impiden o dificultan ilegítimamente el acceso a la licitación a proveedores que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual. En relación con esta cuestión, se observa lo siguiente:



- 1) Este Órgano ha establecido (ver, por todas, su Resolución 102/2019), por lo que interesa al presente recurso, que son dos los requisitos que debe cumplir una prescripción técnica para ser considerada una barrera de entrada ilegítima. El primero de ellos es que se fije una especificación que solo puede ser cumplida por una única solución técnica, lo que provocaría una imposibilidad o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no están en disposición de ofrecer un bien o servicio que la cumpla. El segundo requisito es que dicha especificación 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. Asimismo, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos cuyo escaso valor añadido para el objeto de la prestación no compense su efecto restrictivo de la concurrencia (ver, por ejemplo, la Resolución 7/2017 del OARC / KEAO).
- 2) Habida cuenta de la naturaleza de la prestación contractual y del alcance de las prescripciones debatidas, es claro que su contenido puede dificultar en gran medida la presentación de una oferta. Debe tenerse en cuenta que se trata de especificaciones que se refieren a características intrínsecas y esenciales de los vehículos, como son las relativas a sus dimensiones. Por ello, los operadores que carezcan de autobuses adecuados no pueden satisfacerlas mediante la modificación o adaptación de los que ya dispongan, sino que deben adquirir otros distintos por algún título legalmente admisible, expresamente para la licitación recurrida, con la carga económica y organizativa que ello puede suponer.
- 3) Por lo que se refiere al contraste de la arbitrariedad de las prescripciones, debe partirse de la base de que el poder adjudicador justifica su



establecimiento en la adaptación de los vehículos a las características de las vías por las que han de circular; en particular, se alega que las limitaciones de dimensiones se han decidido con la intervención de las Administraciones y motivadas por accidentes y quejas de los interesados (familias, personal docente y transportistas).

4) Partiendo de lo expresado en los apartados 1) a 3) anteriores, para el análisis de legalidad que corresponde a este Órgano son relevantes varias consideraciones:

- La circulación viaria (especialmente de vehículos de transporte escolar) es una actividad sujeta a la normativa aplicable, incluyendo la señalización de las vías y los preceptos que regulan su uso. La principal función de dicha normativa es procurar la seguridad de los usuarios. Por ello, hay que suponer que la utilización de las vías de los itinerarios de la presente licitación ya está sometida a una normativa (incluida su señalización) adecuada en este sentido, que deben cumplir todos los vehículos que las utilicen, y no solo los que presten el servicio impugnado. Salvo en un caso, el poder adjudicador no invoca expresamente como justificación de las prescripciones ninguna norma cuyo respeto exija su establecimiento.
- Si bien es cierto que no hay una prohibición de que las prescripciones técnicas sean más exigentes que los mínimos legalmente exigibles al desempeño de la prestación contratada, no es menos cierto que dicha exigencia debe ser, entre otras cosas, proporcionada (ver, por ejemplo, la Resolución 49/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/5/2021, nº 21/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1446). En este sentido, debe insistirse en que la afectación al libre acceso al contrato que producen las limitaciones de dimensiones es muy intensa. Por el contrario, como se verá, el poder adjudicador no ha acreditado suficientemente que, paralelamente, hayan generado un valor añadido significativo para la prestación, lo que supone la desproporción de las medidas.



- No es aceptable la alegación de que el órgano de contratación no está obligado a justificar todas y cada una de las prescripciones contractuales. Es cierto que dicha justificación no tiene que constar en el expediente de contratación (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 de la LCSP), pero ello no significa que no corresponda al poder adjudicador defender dichas prescripciones ante un recurso especial que las ataca una vez que el recurrente ya ha hecho un esfuerzo por argumentar su ilegalidad.
 - Finalmente, no es relevante que el mercado pueda proveer vehículos que satisfagan las prescripciones impugnadas; lo relevante es si hay razones proporcionadas para exigir dichas prescripciones que compensen la carga que adquirirlos supone para los operadores que no disponen de ellos.
- 5) Entrando en la valoración de la justificación de las prescripciones, se observa que, además de la ya mencionada apelación a la adaptación de los vehículos a las características de las vías y a accidentes y quejas de varios colectivos, insuficiente por sí sola por su carácter genérico, se aportan argumentos específicos tan solo para cinco de los nueve lotes impugnados. Estos argumentos se remiten a actuaciones de terceros, sin que conste valoración o revisión posterior de su contenido por el poder adjudicador:
- En el caso del lote 100, se alega que el límite de longitud busca acomodar los vehículos a una concreta señal de tráfico que afecta a la vía del itinerario. Dado que se trata del cumplimiento de un requisito de legalidad que afecta a la actividad contratada, la justificación debe aceptarse.
 - Para el lote 6 se aporta una carta del alcalde de Amoroto que alega genéricamente la necesidad de garantizar la seguridad para decir que no se autorizará el uso de autobuses de más de 7 metros de longitud; sin embargo, no consta la norma que ampararía la denegación de la autorización ni si dicha denegación es únicamente para los vehículos



que prestan el servicio impugnado o se aplicaría a cualquier otro vehículo. Análoga observación debe hacerse respecto del lote 95 (carta de 2017), para el que solo hay una genérica mención a la falta de adecuación de las vías municipales.

- Para el lote 121 se aporta una carta de la Directora del centro docente que menciona el “acceso complicado” para solicitar dos autobuses pequeños en lugar de uno grande. Esta justificación es insuficiente por su carácter genérico, porque la suscribe una persona a la que no hay que suponerle conocimientos legales o técnicos en la materia y por su antigüedad (la carta es de junio de 2001).
- En cuanto al lote 10, se aporta un informe de seguridad vial, que se limita a recomendar y que se refiere a un recorrido para cuya descripción se remite a otro documento que no consta en el expediente y del que no se desprende que sea aconsejable el límite de 10 metros de longitud impuesto, sino que señala que “Se ve factible la utilización de un vehículo de entre 10 y 10,30 metros”. Por ello, y por la antigüedad del documento (abril de 2015), no se considera justificación suficiente.

c) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en la letra b) anterior, deben anularse las limitaciones de anchura y longitud que afectan a los lotes 6, 10, 43, 86, 93, 95, 116, 121 y 158 del contrato. Por otro lado, debe señalarse que el procedimiento de adjudicación ya está cancelado en virtud de las Resoluciones 209, 210 y 213 del OARC / KEAO.

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, el sustituto de 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 BUSTINDUI BIDAIAK, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de Transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando las prescripciones técnicas que se señalan en la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: De acuerdo con 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: De acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de diciembre de 2021