



EB 2017/069 EB 2017/072

Resolución 077/2017, de 30 de junio de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales interpuestos por la empresa ALUSTIZA BIDAIAK, S.L. y la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueva plazas, incluida la de conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi sitos en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia. Periodo: cursos escolares 2017-2018 y 2019”, tramitado por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación pública interpuestos contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueva plazas, incluida la de conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi sitos en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia. Periodo: cursos escolares 2017-2018 y 2019”, tramitado por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco:



a) Recurso EB 2017/069, interpuesto el 18 de mayo de 2017 por ALUSTIZA BIDAIAK, S.L. (en adelante, ALUSTIZA).

b) Recurso EB 2017/072, interpuesto el 19 de mayo de 2017 por la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE (en adelante, A.A.T.).

SEGUNDO: El OARC / KEAO remitió los recursos al poder adjudicador y solicitó el expediente y los informes a los que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) con fechas 19 y 25 de mayo. Dicha documentación se ha recibido en el OARC / KEAO los días 26 y 31 de mayo.

TERCERO: Con fecha 2 de junio de 2017 y mediante la Resolución B-BN 14/2017, el titular del OARC / KEAO suspendió cautelarmente la tramitación del procedimiento.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 30 de mayo, se han recibido las de A.A.T. en relación con el recurso EB 2017/069.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 57 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.» En este caso se trata de dos recursos formulados contra los pliegos del mismo contrato.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes y la representación de don G. G.C.A. y don J.I. L.F.O., que actúa en su representación.



TERCERO Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 209.000 €.

CUARTO: El objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, los pliegos del contrato (artículo 40.2 a) TRLCSP).

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: 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 (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Antes del estudio de los recursos, deben analizarse dos cuestiones que afectan a la admisibilidad de las pretensiones en ellos contenidas; en concreto, algunas de dichas pretensiones reclaman la incorrecta ejecución de una sentencia, mientras que otras suponen recurrir apartados de los pliegos que ya han ganado firmeza por ser mera reproducción de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma o que ya fueron objeto de un recurso desestimado:

a) ALUSTIZA estima que los actos administrativos de ejecución de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de noviembre de 2016, nº 516/16, ECLI:ES:TSJPV:2016:3721, no han mencionado la posibilidad de prórroga prevista contractualmente, que no ha recibido comunicación alguna sobre la prórroga o no prórroga de la vigencia del contrato adjudicado en virtud de la sentencia, que se le ha discriminado respecto a otras empresas que sí han visto prorrogados sus contratos, lo cual parece una venganza por haber acudido a los tribunales, y que, en definitiva, la incorporación del itinerario objeto del contrato y de la sentencia a los pliegos impugnados es contraria a Derecho y a la propia sentencia.



En su Resolución 062/2017, este OARC / KEAO ya inadmitió a trámite un recurso de una Unión Temporal de Empresas en la que se integra ALUSTIZA y cuya pretensión era que se obligara al poder adjudicador a ejecutar correctamente la sentencia 516/16; el motivo fue que, según los artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso – administrativa, la potestad de ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente al órgano judicial competente. Por la misma razón, la resolución del presente recurso no puede entrar a valorar la pretensión de ALUSTIZA (la nulidad de pleno derecho de los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales) en todo lo que se refiera a reclamar la adecuada ejecución de una sentencia.

b) Mediante la Resolución 008/2017, este OARC / KEAO anuló los pliegos de un contrato cuyo objeto (Expediente SE/07/16) era sustancialmente igual al del ahora impugnado; es decir, el actual procedimiento es consecuencia de la ejecución de la citada resolución y el contenido de los pliegos es muy similar al del anterior. Por ello, el carácter preclusivo del plazo para interponer el recurso especial impide que pueda reabrirse a propósito de un acto que es mera reproducción de otro que no fue recurrido en tiempo y forma (ver, por ejemplo, la Resolución 390/2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Con más razón, no es admisible que el recurso verse sobre cuestiones que ya fueron resueltas en la Resolución 008/2017 (la llamada “cosa juzgada administrativa”), contra la que, además, no consta que se haya interpuesto recurso contencioso administrativo. A la vista de estas consideraciones, se observa que, por referirse a aspectos que ya figuraban en los pliegos objeto de la Resolución 008/2017 y no fueron impugnados o lo fueron con el resultado de su desestimación, no cabe admitir las alegaciones de los recurrentes en relación con el criterio de adjudicación que valora los sistemas de retención infantil, la ausencia de un precio mínimo por debajo del cual no sean aceptables las ofertas de los licitadores, la consideración de que los criterios establecidos enmascaran una adjudicación basada solo en el precio, la clasificación solicitada como medio alternativo de prueba de la



solvencia, el sistema de puntuación del criterio de adjudicación “Plazas autorizadas del vehículo preferente” y el régimen tarifario a aplicar en caso de modificaciones contractuales.

Consecuentemente, a continuación se expondrán y valorarán únicamente los demás motivos de los recursos, únicos que pueden admitirse a trámite.

OCTAVO: Los motivos que fundamentan los recursos son, en síntesis, los siguientes:

A) Recurso EB 2017/069: interpuesto por ALUSTIZA

a) Denuncia que no hay en el expediente un estudio de costes que justifique el mantenimiento de las tarifas del contrato desde los años 2012 – 2013, y afirma que ello tiene una nuclear importancia para los licitadores a la hora de ofertar.

b) El apartado 33 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), sobre apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas, no permite garantizar que se excluya una baja de licitación insostenible para las PYMEs pero que sí pueden asumir las grandes empresas en razón de su tamaño; ello supone, a la larga, que se elimine competencia y se busque solo reducir el presupuesto asignado al contrato.

c) El compromiso de adscripción de medios que exige el PCAP perjudica al recurrente, que no puede saber si va a contar con dichos medios hasta que no se resuelva el recurso que interpuso con anterioridad a éste.

B) Recurso EB 2017/72: interpuesto por A.A.T.

Considera que no es correcta la tramitación por urgencia del procedimiento de adjudicación; afirma que, en contratos sujetos a regulación armonizada, la reducción de plazos de presentación de proposiciones no cabe en los



procedimientos abiertos y que no le consta que el expediente contenga justificación para la tramitación urgente; considera que el plazo de presentación de ofertas tendría que haber sido 29 días desde el envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), de acuerdo con los artículos 112.2 b) y 159.1 del TRLCSP; estima que no cabe hablar de necesidad inaplazable en un contrato periódico y cuando el anuncio se publica el 24 de abril de 2017, casi cinco meses antes del inicio de la prestación y a la vista de que los nuevos pliegos son casi idénticos a los anteriores y han mediado tres meses entre la Resolución 008/2017 y la publicación de la nueva licitación, siendo todo ello constitutivo de desviación de poder.

NOVENO: A.A.T. apoya en sus alegaciones el contenido del recurso EB 2017/069.

DÉCIMO: El poder adjudicador se opone a los recursos con la argumentación que a continuación se resume:

A) EB 2017/069: interpuesto por ALUSTIZA

a) No hay exigencia legal de poner a disposición de los licitadores un estudio económico sobre el presupuesto del contrato, y en el contrato constan los requisitos legales (presupuesto base, valor estimado, precio cierto...).

b) Las observaciones sobre la cláusula sobre apreciación de la temeridad, que es ajustada al TRLCSP, no se basan en argumentos jurídicos.

c) Los problemas que el recurrente pueda tener para suscribir el compromiso de adscripción de medios no son asunto del órgano de contratación.

d) Solicita la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP por considerar que la interposición del recurso demuestra mala fe y temeridad



del recurrente, habida cuenta de la falta de argumentos jurídicos de la impugnación.

B) EB 2017/072: interpuesto por A.A.A.

En el expediente constan una memoria y una resolución del órgano de contratación (páginas 13, 17 y 18) que justifican la tramitación urgente y la opción de los 22 días de margen entre el envío al DOUE y el final del plazo de presentación de ofertas, ya que de otro modo no es posible llegar al principio del curso escolar; la elaboración de la documentación contractual requiere conocer los datos de prematriculación, que se cierran el 23 de febrero de 2017; el artículo 159.1 del TRLCSP establece la posibilidad de establecer un plazo de 22 días si se ha enviado anuncio previo, el cual consta en el expediente; el expediente ha requerido de un intenso trabajo del Departamento de Educación y de la participación de otros órganos de la Administración (Consejo de Gobierno, Oficina de Control Económico...); además, el uso del Documento europeo único de contratación facilita la presentación de las ofertas al limitar la documentación a aportar en el momento de la presentación de las ofertas.

UNDÉCIMO: Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos de recurso alegados son las siguientes

A) EB 2017/069: interpuesto por ALUSTIZA

a) No existe en el TRLCSP ninguna exigencia de que en el expediente de contratación deba constar un estudio económico sobre los costes del contrato; tan solo se requiere que el presupuesto del contrato sea ajustado al mercado (artículo 87.1 TRLCSP), mandato legal cuyo incumplimiento debe demostrar el recurrente, probando que el fijado por el órgano de contratación es insuficiente para promover una concurrencia adecuada o para ejecutar normalmente el contrato (ver, por todas, la Resolución 116/2015 del OARC / KEAO). En este



caso, en el recurso no hay la más mínima argumentación o cálculo tendente a dicha demostración, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse.

b) No puede aceptarse la afirmación del recurrente impugnando la fórmula de apreciación de la temeridad, pues se basa en señalar que perjudica a las PYMEs frente a las grandes empresas, pero no se concreta infracción legal alguna ni se explica en qué consiste dicha supuesta discriminación, más allá del mayor peso económico de las segundas, circunstancia natural del mercado que no depende de la cláusula impugnada ni está creada por el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 018/2015 del OARC / KEAO). Por otro lado, hay que añadir que la cláusula es tan solo una presunción de anormalidad o desproporción que, en todo caso, puede desvirtuarse en el procedimiento que necesariamente debe tramitarse con la oferta sospechosa (apartados 3 y 4, del artículo 152 del TRLCSP), y que su objetivo es verificar si la proposición puede ser normalmente cumplida y no, como piensa ALUSTIZA, identificar prácticas anticompetitivas.

c) Por lo que se refiere al compromiso de adscripción de medios, el recurrente no hace ninguna alegación jurídica en su contra, sino que se limita expresar sus dificultades para satisfacerlo, cuestión que nada tiene que ver con su validez, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse.

d) Finalmente, aunque la pretensión del recurrente haya sido íntegramente desestimada o inadmitida, el recurso no carece de argumentos jurídicos en lo que se refiere a la incorrecta ejecución de la sentencia 516/16 del TSJPV.

B) 2017/072: interpuesto por A.A.A.

Por lo que se refiere a la impugnación de la tramitación urgente del procedimiento, el OARC / KEAO ha señalado que la tramitación de urgencia (artículo 112 TRLCSP) permite que el expediente de contratación se beneficie de especialidades que agilizan su tramitación, justificadas por ser necesarias para la satisfacción del interés público implicado en el contrato, el cual que no



se satisfaría con la tramitación ordinaria. Entre estas especialidades hay una relevante para las empresas interesadas en el contrato por afectar a su licitación, que es la reducción a la mitad del plazo de presentación de proposiciones. Dicha reducción supone un obstáculo para el acceso al contrato porque recorta el tiempo necesario para la elaboración de una oferta adecuada, tanto mayor cuanto mayor sea la complejidad técnica y económica de la prestación y de la documentación contractual; este perjuicio a la concurrencia solo puede aceptarse cuando se justifique por la imposibilidad de alcanzar de otro modo el interés público que el contrato pretende materializar, y solo si hay una proporcionalidad razonable entre la magnitud del perjuicio y la del citado interés. No basta, por lo tanto, con la mera invocación del interés general, el cual, por definición, existe en cualquier contrato del sector público (artículo 22.1 TRLCSP), sino que la declaración de urgencia deberá motivarse con la acreditación de necesidades que no pueden satisfacerse mediante el procedimiento ordinario, así como la proporcionalidad de la medida, debiendo ser todo ello coherente con el contenido del expediente y el desarrollo del procedimiento (ver, por ejemplo, la Resolución 047/2016 del OARC / KEAO).

Partiendo de esta base, lo primero que hay que señalar es que el motivo de impugnación debe analizarse en relación con la actual situación del procedimiento y de la necesidad que el contrato pretenda satisfacer, diferente de la que dio lugar a la estimación de otro recurso en este mismo punto en la Resolución 008/2017, con base en circunstancias procedimentales y fácticas diferentes, si bien las razones alegadas por el poder adjudicador son similares. La diferencia esencial es que el plazo para tramitar el contrato es considerablemente menor que el que existía en la licitación anterior con el mismo objeto, habida cuenta del momento en el que debe iniciarse la prestación (al principio del curso escolar, en septiembre); consecuentemente, la proporcionalidad entre la tramitación de urgencia y el interés público que ésta pretende asegurar es ahora clara, y la importancia relativa de la disminución del plazo de presentación de ofertas en la duración global del procedimiento es mayor. Asimismo, se observa que tanto la tramitación ya efectuada (diseño de



los itinerarios, solicitud de informes o autorizaciones, etc.) como la prevista son coherentes con la urgencia que se reclama (por ejemplo, a diferencia de lo que sucedía en el procedimiento anterior, se aprovecha la reducción de plazos en el plazo de apertura de las proposiciones desde el final del plazo de presentación de ofertas). Finalmente, debe señalarse que el plazo de 22 días para la presentación de ofertas es correcto, a la vista del artículo 159.1 del TRLCSP y de la publicación del anuncio de información previa, enviado el 9 de febrero de 2017 (ver, en este sentido, la Resolución 008/2017 del OARC / KEAO).

En consecuencia, el motivo de recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales interpuestos por la empresa ALUSTIZA BIDAIAK, S.L. y la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueva plazas, incluida la de conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi sitos en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia. Periodo: cursos escolares 2017-2018 y 2019”, tramitado por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco.



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

TERCERO: Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición de los recursos

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este OARC/KEAO en su Resolución B-BN 14/2017, de 2 de junio de 2017.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko ekainaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de junio de 2017