



EB 2023/026

Resolución 110/2023, de 15 de junio, 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 EXCURSIONES JAI ALAI, S.L. frente a los pliegos de los contratos de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/027/2022), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de febrero de 2023 EXCURSIONES JAI ALAI, S.L. ha interpuesto un recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos de los contratos de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/027/2022), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El 7 de febrero 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 recibió en este Órgano el día 7 de marzo.

TERCERO: El procedimiento de adjudicación y el plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados en dicho procedimiento de





adjudicación se hallan suspendidos por la Resolución B-BN 09/2023, de 16 de febrero, de la Titular del OARC / KEAO.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.G.G., 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. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1) El antecedente del contrato ahora impugnado es el expediente C02/003/2021, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO, con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver las Resoluciones 209, 210, 211, 212 y 213/2021). En ejecución de las citadas resoluciones se tramitó el expediente C02/008/2022, cuyos pliegos fueron



anulados por este OARC / KEAO con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación por la Resolución 151/2022, de 17 de octubre.

2) Según reiterada doctrina de este Órgano (ver, entre otras, las Resoluciones 151/2022 y 152/2022, ambas de 17 de octubre, y las que en ellas se citan), aunque los pliegos ahora recurridos rigen un nuevo procedimiento de adjudicación y son, en principio, susceptibles de ser recurridos en el plazo legalmente establecido, lo cierto es que admitir la impugnación sobre aspectos que ya pudieron ser puestos de manifiesto con ocasión del recurso contra los pliegos anteriores con el mismo objeto sería tanto como desvirtuar el carácter preclusivo de los plazos de interposición del recurso especial.

3) El citado carácter preclusivo es parte fundamental del sistema de recursos establecido en la LCSP y en el Derecho de la UE que ésta incorpora (ver las Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y el apartado 51 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, así como las que en él se citan), de modo que la completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada) y los objetivos de la compra pública se verían comprometidos si se permitiera impugnar una a una las diversas irregularidades de los pliegos, obligando al poder adjudicador a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos estimados. Esta circunstancia podría convertir el recurso especial en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

4) A la vista de estas consideraciones, no cabe admitir la impugnación de la cláusula 5 del PPT por referirse a un contenido que ya figuraba en el PPT del expediente de contratación numerado como C02/008/2022, respecto de la cual nada opuso AUTOBUSES JAI ALAI en el recurso que interpuso frente a dichos pliegos y que fue resuelto por este OARC / KEAO en su Resolución 156/2022.



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

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

- a) Vulneración del principio de no discriminación, igualdad y libre competencia de los licitadores al imponer como condición especial de ejecución el uso del euskera en la cláusula 28 de las condiciones generales del contrato del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP). Esta cláusula ha sido anulada por la sentencia nº 66/2023, de 17 de febrero del TSJPV por la que se estima parcialmente el recurso planteado por EXCURSIONES JAI ALAI frente a la Resolución 211/2021 del OARC / KEAO.
- b) Vulneración del principio de no discriminación, igualdad y libre competencia de los licitadores al omitir en las fichas técnicas de los itinerarios determinadas limitaciones o restricciones que afectan a la prestación del servicio o inciden en la explotación del contrato.
- c) Vulneración del deber de informar sobre la naturaleza y / o contenido de cada una de las partidas presupuestarias que inciden en la explotación del servicio y defectuosa preparación de las licitaciones teniendo en cuenta los costes considerados al establecer los presupuestos base de las mismas. Se alega incumplimiento del artículo 100.2 y 101.2 de la LCSP. En particular:
 - En lo referente al método de cálculo, se ciñe a recoger la fórmula para el cálculo, pero no explica de donde se obtiene la cifra que compone la fórmula.



- En cuanto a la determinación de los costes, éstos se han referenciado a enero de 2022 cuando el IPC en el País Vasco a diciembre de 2022 se situó en el 5,4 % y, lo más importante, no se ha respetado el incremento del 24,1 % que el Departamento de Educación se comprometió a aplicar al transporte escolar para compensar la subida de costes como el de la subida del precio de la gasolina. Además, se plantean las siguientes cuestiones: (i) los precios de adquisición de los vehículos que han sido tomados como referencia, (ii) que el pliego no especifica cuál es el recorrido ni los kilómetros asociados y (iii) en lo relativo a los costes salariales, cuál es el convenio colectivo sectorial aplicable y tomado en consideración y lo que se entiende por “personal a bordo”.
- Sobre el grado de imputación de determinados costes que es necesario conocer, como los costes de personal y los vehículos.
- Otros aspectos a tener en cuenta, como que en ningún momento se especifica si en el cálculo ha sido tomado en consideración el vehículo de reserva. Igualmente, el PPT indica que el número de alumnos es orientativo, pero no especifica de qué fuente obtiene el número de alumnos recogido en las fichas.

d) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La nulidad de los pliegos y demás documentos complementarios por vulnerar los principios de igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad, seguridad jurídica y libre concurrencia.
- La nulidad de los pliegos y demás documentos complementarios por vulneración del deber de información sobre la naturaleza y contenido de cada una de las partidas presupuestarias que inciden directamente en la explotación.

e) Con fecha 1 de marzo, el recurrente presentó unas alegaciones complementarias en las que solicitaba la nulidad de la cláusula 28 de las condiciones generales del PCAP y último párrafo de la cláusula 4 del PPT como



consecuencia de la sentencia número 000066/2023, de 17 de febrero del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estima la nulidad de ambas cláusulas.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La sentencia nº 66/2023, de 17 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha estimado parcialmente el recurso contencioso – administrativo planteado contra la Resolución 211/2021, de 22 de diciembre, del OARC / KEAO, anulando la cláusula 28 de las condiciones generales del contrato, ahora también impugnada.
- b) El motivo de impugnación referido a la omisión por el Órgano de contratación en las fichas técnicas de determinadas limitaciones o restricciones fue resuelto por la Resolución 215/2021, en la que se estimó parcialmente el recurso, anulando las limitaciones de anchura y longitud que afectaban a los lotes 6, 10, 86, 93, 95, 116, 121 y 158. En consecuencia, los pliegos objeto del presente recurso no incluyen las referidas limitaciones de anchura y longitud.
- c) El deber de informar sobre la naturaleza y / o contenido de las partidas presupuestarias fue examinado por el OARC en la Resolución 156/2022, de 20 de octubre. El PCAP que ahora se recurre sigue los mismos criterios que el expediente del que trae causa para calcular el PBL. En lo que respecta a la alegación adicional de que la cláusula 5.4 del PCAP excluye la revisión de precios, se apunta que ello no es más que la opción del legislador, que en contratos como el que nos ocupa no permite la revisión periódica y predeterminada de los precios.

OCTAVO: 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.



a) Sobre la cláusula 28 de las condiciones generales del PCAP y último párrafo de la cláusula 4 del PPT

La sentencia número 000066/2023, de 17 de febrero del tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimó parcialmente el recurso contencioso – administrativo interpuesto por excursiones JAI ALAI, S.L. contra la Resolución 211/2021 del OARC / KEAO y acordó la anulación de la cláusula general 28.1.A) del PCAP y último párrafo de la cláusula 4 del PPT que, al igual que en los pliegos ahora impugnados, dicen lo siguiente:

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.

4.- MEDIOS HUMANOS:

(...)

Los/as conductores/as de los vehículos objeto de este contrato, no podrán circular con una **tasa de alcohol** en sangre superior a 0,0 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,0 miligramos por litro.

Consecuentemente, procede estimar la pretensión de la anulación de estas cláusulas de los pliegos actuales.

b) Sobre la eliminación de las limitaciones



Se alega que la omisión de las limitaciones en los códigos de itinerario B071 (Lote 6), B1003 (Lote 9), B1005 (Lote 10), B3902 (Lote 49), B3903 (Lote 50), B5809 (Lote 86), B6501 (Lote 93), B6902 (lote 100), B7301 (Lote 116), B9920 (Lote 158) y B9948 (Lote 182), vulnera el principio de no discriminación, igualdad y libre competencia de los licitadores.

Se debe partir de que en la Resolución 215/2021 de este OARC / KEAO se acordaba la anulación de las limitaciones de anchura y longitud que afectan a los lotes 6, 10, 43, 86, 93, 95, 116, 121 y 158 del contrato. Habida cuenta del carácter inmediatamente ejecutivo que tienen las decisiones de este Órgano (artículo 59.2 de la LCSP), mientras no recaiga una sentencia anulatoria contra dicha resolución o se suspenda su ejecutividad el Órgano de contratación ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución y, consecuentemente, no introducir en los pliegos prescripciones técnicas no justificadas desproporcionadas que limiten la concurrencia.

En cualquier caso, debe recordarse que el servicio demandado ha de ser realizado por operadores económicos que han acreditado su competencia profesional para el transporte por carretera de viajeros y, por consiguiente, son quienes mejor conocen o deben conocer los requisitos y limitaciones que definen el ejercicio de la profesión, debiendo preparar su oferta en atención adecuada a la información que facilita el poder adjudicador sobre itinerarios, eventuales paradas y número de alumnos a transportar y que el recurrente no cuestiona que sea insuficiente o inadecuada para la preparación de una oferta competitiva.

c) Sobre la adecuación del PBL al mercado

El recurrente alega que el precio contractual y el PBL no se ajustan al mercado, como piden los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP. Esta impugnación debe ser desestimada por los siguientes motivos:



1) El recurrente se vale de argumentos similares a los utilizados para impugnar el PBL de los pliegos precedentes a estos que nos ocupan, que fueron todos ellos desestimados en la Resolución 156/2022. Los pliegos ahora impugnados son una ejecución de dicha Resolución, por lo que los razonamientos contenidos en ella son plenamente aplicables. Entre éstos figuraba el de la tendencia a la baja del precio del carburante, circunstancia que se ha mantenido de forma acusada desde la adopción de dichas Resoluciones¹.

2) En particular, se observa lo siguiente:

- i. El recurrente pretende calcular el PBL según sus propios tiempos y cálculo de costes de forma parcial e interesada, pretendiendo que el poder adjudicador suprima el riesgo y ventura al que se somete todo operador económico que actúa en el mercado ofreciendo servicios.
- ii. El Órgano de contratación no se encuentra vinculado u obligado a mantener lo establecido en contratos anteriores (ver la Resolución 175/2021 de este OARC / KEAO) y, por ello, la metodología para el cálculo del PBL o el precio de contratos anteriores no tiene por qué determinar la forma de configurar el PBL de futuras licitaciones. Se trata éste de un argumento insuficiente para acreditar un uso incorrecto de la discrecionalidad técnica por el poder adjudicador, pues los pliegos impugnados rigen un contrato diferente.
- iii. Algunas cuestiones planteadas en relación con el PBL han sido resueltas en la Resolución 151/2022, como las referidas al coste

1

<https://energia.gob.es/petroleo/Informes/InformesMensuales/DatosBibliotecaConsumer/2023/Abri%202023.pdf>



de los vehículos de reserva, la amortización de los vehículos o la aplicación al contrato del artículo 131 del RGLCAP.

- iv. Las alegaciones efectuadas por el recurrente en relación con la revisión de los precios del contrato han de ser desestimadas porque es opción del legislador (artículo 103 de la LCSP) que en contratos como el que nos ocupa no se permita la revisión periódica y predeterminada de los precios (ver, en este sentido la Resolución 151/2022 de este OARC / KEAO).
 - v. En resumen, no se observa alteración de las circunstancias que en su momento condujeron a la desestimación de este motivo de impugnación, alegado con argumentos iguales en el recurso a los pliegos precedentes al que ahora nos ocupa. En concreto, no se aprecia que con el PBL impugnado sea inviable la ejecución del contrato o no sea esperable una concurrencia suficiente.
- 3) Como se expuso en la Resolución 156/2022 de este Órgano, en este contrato es especialmente difícil concluir la inadecuación del PBL, más allá de las vicisitudes del mercado, del margen de apreciación atribuido al poder adjudicador y de la propia naturaleza estimativa de cualquier valoración previa (no debe olvidarse que, en última instancia, el efectivo precio de mercado solo se determina por las transacciones realmente producidas en él; ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO). En primer lugar, uno de los componentes más significativos del coste de la prestación, el combustible, es un producto cuyo precio tiene un alto grado de volatilidad que hace difícil predecir cambios al alza o a la baja en el mismo respecto a la estimación inicial (de hecho, últimamente parece tender a la baja).² En segundo lugar, la vigencia máxima del contrato asciende a 40 meses de ejecución efectiva (además de los meses de julio y agosto, en los que se

2

<https://energia.gob.es/petroleo/Informes/InformesMensuales/DatosBibliotecaConsumer/2023/Abri1%202023.pdf>



suspende la ejecución de la prestación), lo que aumenta la dificultad de prever las oscilaciones en dicho periodo del coste del combustible, del de otros componentes e incluso la misma evolución de la inflación; así, es posible que en un periodo tan prolongado se sucedan fases con costes más o menos altos, y que todas ellas se compensen total o parcialmente en cómputo global al finalizar el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2022 del OARC / KEAO).

d) Sobre la práctica de la prueba

El recurrente propone la práctica de las siguientes pruebas: (i) la prueba documental adjuntada al recurso, (ii) el informe pericial sobre el cálculo del PBL, (iii) la comparecencia del perito autor del informe y (iv) que se requiera por este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales al Departamento de Educación certificación del precio de los itinerarios que integran el contrato de transporte escolar para el curso 2022 – 2023 tras la 32 subida pactada en septiembre de 2022 para la prórroga de los contratos y fijada en el 24,1% respecto a las tarifas anteriores.

Este Órgano considera que no es necesaria la apertura de un periodo de prueba por entender suficiente el contraste de las alegaciones de las partes sobre la adecuación del PBL. Téngase en cuenta que no existe controversia sobre los hechos sino sobre su alcance y efectos en el procedimiento de adjudicación, lo cual es una cuestión de análisis jurídico.

e) Conclusiones

Lo expresado en los apartados anteriormente supone la estimación parcial del recurso, acordando la anulación de la cláusula 28.1.1.a) de las condiciones generales del PCAP y último párrafo de la cláusula 4 del PPT.



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 EXCURSIONES JAI ALAI, S.L. frente a los pliegos de los contratos de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/027/2022), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos especificados en el apartado e) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.

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

TERCERO: La suspensión del procedimiento de adjudicación y la del plazo de presentación ofertas se han levantado en la Resolución 109/2023, de 15 de junio de este OARC / KEAO.

CUARTO Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko ekainaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de junio de 2023