



EB 2023/097

Resolución 128/2023, de 30 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 DIREBUS frente a los pliegos del contrato 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 Gipuzkoa” (C02/003/2023), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de abril de 2023 DIREBUS interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Gipuzkoa” (C02/003/2023), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El mismo día 26 de abril 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 5 de mayo.





TERCERO: El procedimiento de adjudicación, así como el plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, se halla suspendido por la Resolución B-BN 17/2023, de 26 de abril, la Titular del OARC / KEAO acordada en el procedimiento de resolución del recurso especial EB 2023/092.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.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 de los pliegos ahora impugnados son los siguientes expedientes:



- El expediente C02/002/2021 contra cuyos pliegos interpuso la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA) el recurso EB 2021/141, al que corresponde la Resolución 132/2021 del OARC / KEAO que declaraba concluso el procedimiento de recurso por desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato por el órgano de contratación.
 - El expediente C02/001/2022 contra cuyos pliegos interpuso ANETRA el recurso EB 2022/084, que fue desestimado por la Resolución 155/2022, de 20 de octubre del OARC / KEAO.
 - El expediente C02/001/2022 contra cuyos pliegos interpuso la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE el recurso EB 2022/091, que fue estimado en parte por la Resolución 167/2022, de 28 de octubre del OARC / KEAO.
- 2) Tal y como se puso de manifiesto en la Resolución 155/2022, de 20 de octubre (que resolvía un recurso especial interpuesto por ANETRA a los pliegos del procedimiento de contratación precedente al que nos ocupa), al igual que en la Resolución 109/2023, de 15 de junio, de este OARC / KEAO (que resuelve el recurso especial interpuesto por ANETRA 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) y “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 Araba (C02/028/2022)”), es reiterada la doctrina de este Órgano (citada en la mencionada resolución) según la cual, 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 de aspectos que ya



podrían 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 los siguientes motivos de impugnación por referirse a cláusulas o contenidos que ya figuraban en los pliegos de los contratos anteriores de igual objeto:

- Cláusula específica 16 del PCAP relativa a la modificación del contrato.
- La impugnación del criterio de adjudicación “Formación en conducción eficiente”.
- La cláusula específica 21.6 del PCAP relativa a los requisitos del personal adscrito al contrato que realice las tareas de conducción del transporte escolar.
- Cláusula 3.e) del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).
- El criterio de adjudicación sujeto a fórmula “Calidad ambiental de la flota”.
- Cláusula 2.2 del PPT relativa al vehículo de reserva.



- La estructura de los datos de las fichas técnicas de los itinerarios ha permanecido inalterada en los pliegos de los procedimientos de adjudicación sucesivamente impugnados en los relativo a que todas contienen una descripción del itinerario, el módulo de autobús requerido, el número aproximado de alumnos a transportar y número de asientos solicitados. Por lo tanto, las alegaciones referidas a la no identificación de las paradas, el desajuste entre el número de plazas y el módulo, así como el número de servicios, deben ser inadmitidas.

Consecuentemente, el resumen de las alegaciones de las partes y las apreciaciones del OARC / KEAO se referirán únicamente al resto de los motivos de recurso.

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) Infracción del artículo 100 LCSP. Los presupuestos base de licitación (PBL) fijados en la licitación para los ejercicios 2023-24, 2024-25 y sus posibles prorrogas son inferiores a las abonadas en el presente curso escolar 2022-23, siendo inadecuados a los precios de mercado actuales. Basándose en las conclusiones de un informe pericial que adjunta, alega en particular:

- El presupuesto base de la licitación (PBL) es inferior al precio de mercado en el vigente curso 2022-2023.



- No hay margen empresarial entre los costes anuales y el presupuesto base de la licitación, que coinciden.
- Durante el año 2022, el incremento de los costes ha sido continuo y muy relevante. Como no se ha tenido en consideración el ultimo observatorio de costes publicado el 1 de enero de 2023, se ha vulnerado el artículo 100 LCSP porque los precios no son de mercado.
- El Departamento de Educación rubricó una subida de un 24,1 % en fecha 7 de septiembre de 2022, fijando las condiciones en la prestación de los servicios de transporte escolar en adjudicación directa en los Centros Públicos para el curso 2022-2023.
- La Administración pretende que, con base en el observatorio de costes de enero de 2022, se ejecute un contrato para los cursos escolares, 2023-2024, 2024-2025 y, sus posibles prorrogas hasta el curso 2027-2028

b) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La apertura de la fase de prueba según art. 56.4 LCSP, sobre la documentación adjunta al recurso y requerir el expediente administrativo íntegro del expediente.
- Declarar nulos, revocando y dejando sin efecto el anuncio, pliego y las condiciones objeto de impugnación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) Los pliegos ahora impugnados tienen su origen en dos anteriores y el precio del contrato también fue controvertido en la anterior licitación (C02/001/2022), de modo que los criterios de elaboración y cálculo del PBL en el contrato de transporte escolar del Territorio Histórico de Gipuzkoa ya fueron objeto de informe remitido al OARC con ocasión de los recursos especiales en materia de



contratación interpuestos por ANETRA (EB 2022/084) y por la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE (EB 2022/091). Frente a ello entendió el OARC / KEAO que los recursos no acreditaron la irracionalidad del precio contractual ni que el poder adjudicador hubiera traspasado los límites que constriñen el ejercicio de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia (resoluciones 155/2022, de 20 de octubre, y 167/2022, de 28 de octubre). No obstante, el servicio promotor del contrato ha actualizado el presupuesto base de licitación, para lo cual se ha atendido expresamente a la petición del sector, que no era otra que su elaboración conforme a los costes previstos en la última publicación del Observatorio de Transporte, publicados en el año 2022

b) El hecho de que no se prevea la revisión de precios en la cláusula específica 5.4 del PCAP no es sino consecuencia de la 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.

c) El acuerdo al que se remite la recurrente ha de circunscribirse a una situación anómala generada -en parte- por las propias empresas del sector, en la que, debido a la incesante interposición de recursos frente a los pliegos que han de regir los contratos de transporte escolar, ha resultado imposible adjudicar los contratos por el procedimiento ordinario, y se ha optado por la adjudicación directa, dado que el servicio reviste carácter esencial para el sistema educativo y no puede paralizarse su prestación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El único motivo de impugnación que resta es el referido a la inadecuación al mercado del PBL. Este motivo ha sido ya alegado y analizado por este OARC / KEAO con ocasión de la impugnación de los pliegos precedentes al que ahora os ocupa por ANETRA (recurso EB 2022/084) resuelto en sentido desestimatorio por la Resolución 155/2022 y por la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE (recurso EB 2022/091) y resuelto en sentido desestimatorio en lo que a este motivo se refiere por la Resolución 167/2022. Los pliegos ahora



impugnados son una ejecución de dichas Resoluciones, por lo que los razonamientos que condujeron a la desestimación de los anteriores recursos son plenamente aplicables a los actuales. Asimismo, la inadecuación al mercado del PBL de los pliegos ahora impugnados ha sido alegada por ANETRA en su recurso EB 2023/092 y resuelto en sentido desestimatorio en la Resolución 127/2023.

a) Sobre la adecuación del PBL al mercado

El recurrente alega que el precio contractual y el PBL no se ajustan al mercado, como pide el artículo 100 de la LCSP. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) En relación con el mandato legal de que el precio del contrato o el PBL sean adecuados al mercado (ver, en especial, los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP), este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, la Resolución 113/2022) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinar ambas magnitudes, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar, más allá de las vicisitudes propias del mercado, que el cálculo de las condiciones económicas propuestas contiene errores graves, por lo que no cabe esperar una concurrencia suficiente ni está garantizada la correcta ejecución del contrato. En todo caso, el desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP es un instrumento para cumplir el mandato de adecuación al mercado, por lo que la prueba no se satisface con el mero reproche a las omisiones o a las opciones metodológicas de dicho desglose, especialmente teniendo en cuenta que tales cuestiones son irrelevantes, por sí solas, para el potencial licitador (que es precisamente quien mejor conoce los costes de sus productos y el mercado en el que opera) si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL (ver la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO). Igualmente, se ha señalado que, más allá de que el citado artículo 100.2 pida que el



desglose incluya ciertas partidas, no cabe exigir que se exponga pormenorizadamente todos y cada uno de los conceptos económicos que, a juicio del recurrente, afectan a la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2021 del OARC / KEAO).

- 2) Como se expresó en la Resolución 155/2022, de 20 de octubre, de este OARC / KEAO en relación con los pliegos precedentes al que nos ocupa, en este contrato es especialmente difícil concluir en 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).¹ 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 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). Pues bien, esta tendencia a la baja del precio del carburante se ha mantenido de forma acusada desde la adopción de la citada Resolución 155/2022².

¹[Precios Carburantes \(energia.gob.es\)](https://energia.gob.es)

²<https://energia.gob.es/petroleo/Informes/InformesMensuales/DatosBibliotecaConsumer/2023/Abril%202023.pdf>



- 3) No se considera relevante, a los efectos del recurso, el hecho de que el desglose de costes del contrato no recoja una partida específica de beneficio industrial, exigencia que tampoco se deriva del artículo 100.2 de la LCSP. La exigencia del desglose de costes tiene un carácter instrumental para conseguir el objetivo de la adecuación del precio contractual al mercado; por ello, la omisión denunciada solo es relevante si ha llevado a la consignación de un precio inadecuado. En la Resolución 155/2022, de 20 de octubre, se consideró que el órgano de contratación había explicado que dicho beneficio se deduce del exceso con el que se han calculado ciertas partidas de gasto y del análisis del precio máximo por itinerario. Pues bien, a ello se ha de sumar que, según manifiesta el poder adjudicador, en los pliegos actuales se ha incrementado el PBL procediendo a su actualización conforme a los costes previstos en la última publicación del Observatorio de Transporte, publicados en el año 2022.
- 4) Los pliegos ahora impugnados no han modificado ni la metodología de cálculo ni la estructura de costes de los PBL de los pliegos precedentes al que ahora nos ocupa y que DIREBUS no impugnó, como tampoco recurrió su importe.
- 5) En la impugnación se alegan unas tasas de variación porcentuales desde enero de 2018 hasta diciembre de 2022 como demostrativas del incremento de los costes a las cuales se le puede oponer que los costes tomados en consideración por el poder adjudicador son los de OTEUS a diciembre de 2022.
- 6) 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, 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.

7) En resumen, no se observa alteración de las circunstancias que en su momento condujeron a la desestimación de este motivo de impugnación. En concreto, no se aprecia que el PBL sea inviable ni que quepa esperar falta de concurrencia.

8) Finalmente, cabe señalar que el recurrente no puede exigir al poder adjudicador que le asegure una rentabilidad mínima que le blinde frente a cualquier eventualidad que afecte al contrato y reduzca sus beneficios, pues eso sería tanto como desvirtuar el principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, confirmadas por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:91 y de 27/9/2018, nº 284/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:2725, así como la Resolución 112/2019 de este Órgano).

b) Sobre la práctica de la prueba

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. En lo que respecta a la aportación del expediente de contratación al de recurso especial, se ha de tener en cuenta que su remisión a este OARC / KEAO se trata de una obligación legal del poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP.



c) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial

En la actuación del recurrente se observan claros indicios de intención de dilatar el procedimiento de adjudicación del contrato interponiendo un tercer recurso especial sobre los mismos pliegos que utiliza argumentos

- (i) Que ya han sido analizados y desestimados por este Órgano con ocasión de los recursos contra pliegos relativos al servicio de transporte escolar que contenían cláusulas sustancialmente iguales u,
- (ii) otros que, pudiendo haber sido alegados en los recursos anteriores, no lo fueron.

Este Órgano ha manifestado con anterioridad que el acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable (Resolución 77/2019), pero en ningún caso debe ser utilizado como un instrumento para perseguir una finalidad distinta para la que se ha creado.

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo de 1.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, dado que no se han acreditado otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

d) Conclusiones

Lo expresado en los apartados anteriormente supone la desestimación del recurso.



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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DIREBUS interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Gipuzkoa” (C02/003/2023), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

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

TERCERO: Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP en cuantía de 1.000 euros.

CUARTO: Levantar la suspensión de los procedimientos 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, 2023ko ekainaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de junio de 2023