



EB 2022/091

Resolución 167/2022, de 28 de octubre, 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 la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE frente a los pliegos del contrato “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”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de junio de 2022 la AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE (en adelante, AAT) 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 frente a los pliegos del contrato “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”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El mismo día 3 de junio 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 entre los días 13 de junio y 28 de julio.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T43BW-C6E0 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T43BW-C6E0 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 17/2022, de 1 de junio, la Titular del OARC / KEAO adoptó la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de junio, se han recibido, el 27 de junio, las alegaciones de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE (ANETRA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.S.C.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 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 C02/002/2021, que fue objeto del recurso especial EB 2021/145, interpuesto por la ahora recurrente; el procedimiento de recurso finalizó con la Resolución 133/2021 del OARC / KEAO, que declaró concluso el procedimiento por pérdida sobrevenida de su objeto al haberse desistido de su adjudicación. Tal y como se señalaba en la propia Resolución, en el caso de que el poder adjudicador optara por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, la recurrente podría reiterar su pretensión y el órgano de contratación no podría oponer válidamente la excepción de acto firme (la denominada “cosa juzgada administrativa” (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 129/2014, 137/2015, 29/2019 y 116/2021) por no haberse entrado a analizar en la presente Resolución el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso. A juicio de este Órgano, ello supone que deben admitirse los motivos de impugnación referidos al compromiso de adscripción de medios materiales y la adscripción de medios humanos, que ya figuraban en el recurso EB 2021/145.
- 2) No obstante, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 3/2022), aunque los pliegos ahora recurridos rigen un nuevo procedimiento de adjudicación y son, en principio, susceptibles de ser recurridos en el plazo legalmente establecido, admitir la impugnación sobre aspectos que ya pudieron ser puestos de manifiesto con ocasión del recurso contra los pliegos anteriores con el mismo objeto (y que, sin embargo, no se impugnaron) 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 entre 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 del contrato anterior con el mismo objeto:

- Confusión procedimental (Cláusula 13.1.8 PCAP).
- Penalización potencialmente improcedente (Cláusula 13.1.13 PCAP).

Consecuentemente, el resumen de las alegaciones de los interesados y las apreciaciones del OARC / KEAO se referirán únicamente a los motivos de recurso admisibles, que son los dos expresados en el apartado 1) anterior y al de la inadecuación del Presupuesto Base de Licitación (PBL) y el precio.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico del poder adjudicador, 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) Los pliegos exigen la presentación de un vehículo preferente y otro de reserva, pero no se permite que el autobús de reserva sea empleado para la prestación del servicio, salvo con autorización previa en caso justificado de avería o fuerza mayor, bajo amenaza de penalidad; carece de sentido que, en casos de avería súbita o fuerza mayor, deba estarse pendiente de una autorización previa. El recurrente alega que la penalidad prevista en el apartado 13.1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) debe suprimirse, y el apartado 13.1.5, matizado y corregido. Además, el apartado 13.1 considera como conducta grave la unión de diferentes itinerarios en un mismo vehículo, lo que no es razonable ni asumible por las empresas del sector.
- b) Los pliegos establecen el requisito de una antigüedad tanto de permiso de conducción como de experiencia en servicios de conducción de transporte colectivo de un año. El recurrente estima que este requisito es discriminatorio, pone en duda el proceso de obtención del carnet de conducir “D” y vulnera el derecho al trabajo.
- c) El Presupuesto Base de Licitación (PBL) incumple el mandato de ajustarse al mercado y se basa en precios de costes por kilómetro que no se ajustan a la realidad que soportan actualmente las empresas de transporte (alta inflación, incremento del coste de las materias primas); se alega que todo el expediente está viciado por la falta de equilibrio en la relación contractual. Debe tenerse en cuenta que los cálculos se basan en datos de 2020, que el contrato puede prorrogarse y que no hay revisión de precios. Tampoco se han tenido en cuenta los costes derivados del cumplimiento de medidas de seguridad y prevención que puedan establecer en cada momento las autoridades sanitarias para la contención del coronavirus, ni la disponibilidad de un vehículo de reserva.



d) Finalmente, se solicita la estimación de la impugnación y que se dicte resolución en la que se modifiquen los pliegos en los términos referidos en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de ANETRA

ANETRA se abstiene de cualquier manifestación para no incurrir en fraude procesal y mantener la posición responsable adoptada en sus propios recursos especiales.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

- a) Se alega que los pliegos no exigen una autorización previa para usar el vehículo de reserva; la finalidad de la penalización impugnada es que la adjudicataria informe y motive el cambio de vehículo por cualquier canal, lo que no requiere la atención 24 horas al día del Departamento de Educación.
- b) En cuanto al requisito de antigüedad, se alega que la experiencia exigida es en transporte colectivo y que la Resolución 204/2021 del OARC / KEAO desestimó un motivo de recurso similar al ahora planteado.
- c) Por lo que se refiere a las bases del cálculo del precio contractual y el PBL, el poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:
 - La recurrente no aporta cálculos que prueben la inadecuación del presupuesto fijado.
 - Para la determinación de los costes de combustible se han tenido en cuenta los estudios de costes del servicio basados en los últimos datos



disponibles (enero de 2020) del Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros por carretera en la CAE, conforme al Real Decreto 1225/2006; para calcular el PBL, se ha utilizado para todos los itinerarios los costes de los vehículos del módulo 56-65, sin tener en cuenta el tamaño de módulo de los vehículos de cada itinerario. De ello se deduce que para 142 de los 145 itinerarios (incluidos en módulos 10-25, 26-35 y 36-55), el cálculo compensa ampliamente el coste adicional imputable al incremento del precio del combustible o a la inflación.

- La justificación de las tarifas se basa en la Orden de 30/6/2010, del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, que detalla la fórmula aprobada para las tarifas máximas para el transporte público regular de uso especial de viajeros. En dicha fórmula se tiene en cuenta el número de plazas del autobús, si bien el poder adjudicador ha calculado el PBL teniendo en cuenta la capacidad máxima de cada módulo; asimismo, se ha tenido en cuenta generalizadamente un mínimo de 115 kilómetros por día en concepto de viajes o recorridos. Todo ello indica que estos costes también se han calculado con criterios que absorben la inflación y el incremento del coste del combustible.
- En cuanto a la repercusión de los costes de las medidas sanitarias para la lucha contra el COVID, se alega la Resolución 204/2021 del OARC / KEAO, que establece que no es obligatorio que el poder adjudicador detalle todos y cada uno de los gastos del contrato.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones de este Órgano sobre los motivos de impugnación contenidos en el recurso son las siguientes:

- a) Sobre la penalización por uso de un vehículo de reserva no señalado en el documento contractual



La recurrente alega que no se puede penalizar la utilización de un vehículo de reserva no señalado en el documento contractual, aunque este cambio hubiese sido autorizado por la Administración, al no haber dispuesto la misma de tiempo suficiente para denegarla sin que el servicio se viese afectado, como hace el apartado 5 de la cláusula específica 13.1 del PCAP. Este motivo de recurso debe aceptarse con base en los argumentos ya utilizados por este Órgano en su Resolución 151/2022 para una cláusula idéntica; los citados argumentos son los siguientes:

- 1) No cabe que la Administración penalice al contratista por una conducta que ella misma ha autorizado. Esta conclusión es independiente de que el poder adjudicador haya o no dispuesto de “tiempo suficiente” (concepto que no se concreta y cuyo alcance queda en manos de la arbitraria voluntad de la Administración) para adoptar la autorización, cuestión que para nada atañe al contratista.
- 2) No es coherente la mención a la necesidad de la continuidad del servicio; si para garantizar dicha continuidad al poder adjudicador le parece aceptable autorizar el uso de un vehículo de reserva no contratado, no puede luego sancionarse dicho uso.

b) Sobre la experiencia del personal de conducción

Este motivo de impugnación es sustancialmente idéntico a uno de los resueltos en la Resolución 213/2021 del OARC / KEAO, por lo que al presente caso le son de aplicación los mismos argumentos, que se reproducen a continuación. ´

- 1) El apartado 4 del PPT en el epígrafe de “Medios humanos”, requiere que el personal que preste el servicio goce, como mínimo, de 1 año de experiencia en servicios de conducción de transporte escolar. Por su parte, 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”.

- 2) A la vista de lo expuesto, debe concluirse que hay una contradicción entre las cláusulas específicas contractuales, si bien el poder adjudicador admite que la mención se refiere a la experiencia en transporte colectivo y no específicamente en transporte escolar. Consecuentemente, dado que el principio de transparencia se opone a que los pliegos contengan información errónea, la mención a la conducción en transporte escolar debe anularse.
- 3) La alegación de que se limita el acceso a los conductores con licencia D 1 debe ser desestimada, habida cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2.I) del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, el permiso de conducción de la clase D1 autoriza para conducir automóviles diseñados y contruidos para el transporte de no más de dieciséis pasajeros además del conductor y el módulo mínimo de autobús requerido en el contrato es de 25 plazas, para lo que se requiere el permiso de conducción D.

c) Sobre el ajuste del PBL y el precio al mercado



El recurrente alega que el precio contractual y el PBL no se ajustan al mercado, como piden los artículos 100.2 y 102.3 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) 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).

3) A partir de lo expresado en los apartados 1) y 2) anteriores, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- (i) Más allá de alegaciones genéricas sobre la falta de ajuste del PBL a la actual realidad de las empresas de transporte o a la situación económica, el recurso no contiene cálculos concretos que acrediten y cuantifiquen la incorrección de dicho PBL en los términos expresados en el apartado 1) anterior. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el hecho de que no se haya tenido en cuenta, como una partida separada, el coste del vehículo de reserva exigido por los pliegos no invalida por sí solo el PBL, pues, como ya se ha señalado en el citado apartado 1), el poder adjudicador no está

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



obligado a desglosar el PBL con tal detalle. La misma observación es extensible a las medidas sanitarias contra el COVID 19, con el añadido de que, además, el recurso pretende que el PBL incluya no solo el importe correspondiente a las medidas en vigor, sino también el de las que, en cada momento, establezcan las autoridades sanitarias. Esta última pretensión es inaceptable por ser contraria al principio de riesgo y ventura, que impide que el contrato blinde al adjudicatario contra cualquier eventualidad perjudicial para él o le garantice una rentabilidad mínima, sin perjuicio de la posible indemnización por otras vías legales (“factum principis”, legislación especial, etc.).

(ii) Por otro lado, la respuesta del poder adjudicador al recurso contiene algunas alegaciones que refuerzan la presunción (no invalidadas por el recurrente) de la corrección del cálculo del PBL y de que el órgano de contratación no ha superado los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia. En particular, se argumenta que determinados costes se han calculado con criterios de suficiencia que permiten compensar las posibles omisiones genéricamente señaladas por la recurrente.

4) En definitiva, este Órgano entiende que la recurrente no ha acreditado la incorrección del precio y el PBL ni que el poder adjudicador haya traspasado los límites de la discrecionalidad técnica que le ampara en esta materia.

d) Conclusiones

A la vista de lo anterior, deben anularse los siguientes apartados de los pliegos:

- el apartado 5 de la cláusula específica 13.1 del PCAP desde “...aunque este cambio...” hasta el final.



- las menciones a “transporte escolar” en lo relativo 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 AGRUPACIÓN ALAVESA DEL TRANSPORTE contra los pliegos del contrato “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”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), anulando las estipulaciones señaladas en el apartado d) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución, y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este órgano de las medidas adoptadas

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



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, 2022ko urriaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de octubre de 2022