



EB 2023/025

Resolución 109/2023, 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 la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES 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)”, tramitados 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 la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (en adelante, ANETRA) 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 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), tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4QMQ-4GB2 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-T4QMQ-4GB2 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



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: Mediante la Resolución B-BN 09/2023, de 16 de febrero, la Titular del OARC / KEAO adoptó la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación y la del plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados en dicho procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.P.M., 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. Se recurre en ambos procedimientos de contratación información sustancialmente similar



sobre la base de los mismos argumentos, por lo que el examen de las cuestiones planteadas cabe ser efectuado en un único pronunciamiento.

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:

- Con relación al Territorio histórico de Bizkaia:
 - el expediente C02/003/2021, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación por las Resoluciones 209, 210, 211, 212 y 213/2021, todas ellas de 22 de diciembre y Resolución 215/2021, de 23 de diciembre.
 - 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.
- Con relación al territorio Histórico de Araba:
 - el expediente C02/001/2021, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación por las Resoluciones 197, 198 y 201/2021, todas ellas de 16 de diciembre, Resolución 204/2021, de 17 de diciembre y Resolución 206/2021, de 20 de diciembre.
 - en ejecución de dichas resoluciones se instruyó el expediente C02/006/2022, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación por la Resolución 152/2022, de 17 de octubre.



2) Tal y como se ponía de manifiesto en las Resoluciones 151/2022 y 152/2022, ambas de 17 de octubre, que resolvían recursos especiales interpuestos por ANETRA a los pliegos del procedimiento de contratación precedente al que nos ocupa, es reiterada la doctrina de este Órgano (citada en las mencionadas resoluciones) 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 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 los siguientes motivos de impugnación por referirse a cláusulas o contenidos que ya figuraban en los pliegos de los contratos anteriores de igual objeto:

- El referido a la duración del contrato.



- Nulidad del criterio de adjudicación sujeto a fórmula “Calidad ambiental de la flota”.
- Incumplimiento del Programa de Compra y Contratación Verde de Euskadi 2030, que es un documento publicado el año 2021.
- La impugnación al criterio de adjudicación “Formación en conducción eficiente”.
- 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, así como al desajuste entre el número de plazas y el módulo, deben ser inadmitidas. Además, una impugnación de la recurrente análoga a esta última, si bien únicamente circunscrita a los módulos de autobuses de 10-25 plazas, fue desestimada en la Resolución 197/2021 de este OARC / KEAO).

Consecuentemente, el resumen de las alegaciones de los interesados 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) Incumplimiento del requisito necesario para la tramitación anticipada de las licitaciones, pues no consta en el expediente de contratación el documento “A” validado por la Oficina de Control Económico, tal y como exige el artículo 4.3 puesto en relación con el 3.3, ambos de la Orden de 26 de abril de 2007 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública.

b) Falta de motivación en la preparación de las licitaciones habida cuenta de las circunstancias económicas, de mercado y sociales actuales. El hecho de que estos procedimientos puedan ser unas meras reproducciones de las anuladas por el OARC / KEAO no exonera de la obligación de motivarlas. En particular, se alega la carencia de justificación de la licitación y del presupuesto base de licitación que viene a neutralizar el mecanismo de control de las ofertas anormales.

c) 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 100.3 de la LCSP. En particular:

- El presupuesto base de las licitaciones (PBL) es inferior al precio de mercado en el vigente curso 2022-2023.
- El PBL se ha corregido respecto a la anterior generación de licitaciones por debajo del incremento de la inflación y de los costos salariales.
- Licitaciones prematuras, sin esperar a que Observatorio del Transporte (OTEUS) del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes del Gobierno Vasco publique un nuevo informe sobre costes actualizado a enero de 2023.
- Se atribuyen puntos a la oferta de vehículos eléctricos e híbridos, pero los PBL no dan la posibilidad de ofertar dichas tecnologías.
- No se tiene en cuenta el absentismo del personal, ni las horas de formación del conductor ni del tiempo destinado al reconocimiento médico. A este respecto se alega la STSJN nº 13/2023.
- El PBL no es de mercado en febrero de 2023.



d) Se ha eliminado la información relativa a las limitaciones y ello impide preparar la oferta y puede generar graves problemas en la ejecución que hagan inviable la oferta.

e) La decisión de no licitar Gipuzkoa supone una grave discriminación.

f) En la licitación correspondiente a Araba existe una contradicción entre la cláusula específica 22.2.2.3 del PCAP y la cláusula 2.1 del PPT en relación con la antigüedad del vehículo preferente.

g) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La práctica de las siguientes pruebas:
 - La prueba documental adjuntada al recurso.
 - El informe pericial que se entregará no más tarde del día 24 de febrero.
 - La comparecencia del perito autor del informe.
 - Testifical pericial de Dña. A. U. A para que explique cómo ha elaborado la memoria económica.
 - Careo entre Dña. A. U. A. y el perito
- La anulación del anuncio y los pliegos impugnados y la cancelación de los procedimientos de adjudicación.
- Que se ordene al poder adjudicador que prepare unas nuevas licitaciones en las que no incluyan los aspectos que han sido anulados.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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



a) En relación a la solicitud de la apertura de un período de prueba se opone que (i) los hechos relevantes para la resolución del recurso constan en el expediente y que la controversia se centra en la interpretación jurídica de la norma, (ii) se considera innecesaria la prueba testifical así como el careo y (iii) los criterios de elaboración y cálculo del PBL han sido informados por el OARC con ocasión del recurso numerado como EB 2022/086, resuelto con carácter desestimatorio por la Resolución 156/2022.

b) El documento contable “A” que se reclama no es objeto de publicación al tratarse de un documento interno de gestión de contabilidad presupuestaria. Este documento no figura entre los relacionados en el artículo 63.3 de la LCSP relativo a la información que ha de publicarse en el perfil de contratante.

c) Los pliegos ahora impugnados tienen su origen en dos anteriores. Las estipulaciones de los contratos ahora impugnados se han mantenido invariables a excepción de las cláusulas anuladas por el OARC / KEAO, que han sido suprimidas o modificadas. En lo que respecta al PBL, (i) se ha incrementado porque, atendiendo a la petición del sector, se ha elaborado conforme a los costes previstos en la última publicación del Observatorio de Transporte, publicados en el año 2022 y, argumentos como manifestar que se debe esperar a los del año 2023 denotan una flagrante voluntad por parte de las actuales prestatarias de paralizar y / o retrasar las licitaciones perpetuando la situación irregular (ii) el hecho de que no se prevea la revisión de precios no es más que la opción del legislador (iii) la actualización del precio en función del incremento del coste de diésel acordado en septiembre de 2022 obedeció a una situación anómala, generada por las empresas del sector, que abocó al órgano de contratación a una contratación directa del servicio a pocos días de comienzo del curso tras una tensa negociación marcada por la imperiosa necesidad del servicio, debido a la incesante interposición de recursos frente a los pliegos lo cual imposibilitó la adjudicación del contrato con tensión competitiva por lo que, el precio del curso 2022-2023 difícilmente puede decirse que reflejara el precio del mercado, (iv) la oferta de vehículos eléctricos o híbridos no es un requisito



necesario para poder participar en la licitación, sino un criterio de adjudicación, (v) el Departamento de Educación asume todos los costes salariales que se exponen en los pliegos, incluso los que no le corresponden por lo que, recurrir que no se ha contemplado el absentismo ni los reconocimientos médicos es una afirmación desproporcionada, ya que se asumen otro tipo de gastos, (vi) finalmente, se recuerda lo manifestado por este OARC / KEAO en su Resolución 151/2022 en lo relativo al PBL del servicio de transporte escolar de Bizkaia anteriormente impugnado.

d) El contrato de transporte escolar del Territorio Histórico de Gipuzkoa se está tramitando. La razón de su retraso es la falta de colaboración de las actuales prestatarias del servicio en facilitar los datos relativos a los contratos de trabajo de los trabajadores respecto de los que existe obligación de subrogación conforme a lo establecido en el Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de Gipuzkoa.

e) La incongruencia entre dos cláusulas observada en la licitación de Álava es un error material que ha de ser objeto de corrección, no de anulación.

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 falta de motivación de los diversos aspectos del contrato

El recurrente alega la falta de justificación de la preparación de la licitación y del PBL. Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ya ha señalado (ver su Resolución 215/2021) que la LCSP no exige que todas y cada una de las cláusulas de los pliegos esté debidamente justificada en el expediente; tal requerimiento solo es



aplicable a los concretos supuestos en los que la Ley así lo pide expresamente (ver, en especial, el artículo 116.4 de la LCSP).

- 2) El artículo 116.4 de la LCSP no obliga al órgano de contratación a justificar en el expediente de contratación la configuración del contrato ni las prescripciones técnicas (ver, en este sentido, la Resolución 102/2023 de este OARC / KEAO).
- 3) El PBL está desglosado y explicita la metodología usada para su cálculo. De hecho, el recurrente se ha basado en dicha información para interponer sucesivos recursos relativos a su suficiencia.

b) Sobre el documento contable “A”

Alega la recurrente que no consta el documento contable “A” validado por la Oficina de Control Económico. Este argumento debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Según figura en la cláusula específica 3.3 de los de dos PCAP impugnados, los contratos son de tramitación anticipada, constando que las aplicaciones presupuestarias contenidas en el proyecto de presupuestos para 2023 de la Comunidad Autónoma de Euskadi con cargo a la cual se financian los contratos son las siguientes:

	CENTRO GESTOR	POSICION PRESUPUESTARIA	ELEMENTO PEP
BIZKAIA:	1000711007	1.42311.24501	2022/001225
	CENTRO GESTOR	POSICION PRESUPUESTARIA	ELEMENTO PEP
ARABA:	1000711007	1.42311.24501	2022/001225

Asimismo, se observa que en ambos pliegos (cláusula general 5.3) consta la siguiente condición suspensiva: En el supuesto de que el expediente sea de **tramitación anticipada** según la cláusula 3.3 de cláusulas específicas del contrato, la adjudicación del contrato queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio económico correspondiente.



Finalmente, se han incorporado al expediente de contratación y se han publicado en la plataforma de contratación los acuerdos del Consejo de Gobierno, ambos de fecha 22 de diciembre de 2022, por los que se autoriza el gasto de ambos contratos con la siguiente literalidad:

- «Autorización de un contrato de gasto superior a 5.000.000,00 euros, por un importe de Dieciocho millones, seiscientos treinta y cuatro mil, novecientos cuarenta y cuatro con veinticuatro céntimos de euros (18.634.944,24€), en concepto de “SERVICIO DE TRANSPORTE ESCOLAR PARA DIVERSOS ITINERARIOS, CON VEHÍCULOS DE UNA CAPACIDAD SUPERIOR A NUEVE PLAZAS, A LOS CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA SITO EN EL TERRITORIO HISTÓRICO DE BIZKAIA (Exp. Nº C02/027/2022)”. Esta autorización llevará aparejada la del gasto, incluido el correspondiente a las eventuales modificaciones y prórrogas previstas en los pliegos. La imputación contable es en la siguiente posición presupuestaria: 1000711007-4.42311.24501-2022/001225 CRÉDITO DE COMPROMISO 2024».
- «Autorización de un contrato de gasto superior a 5.000.000,00 euros, por un importe de Diez millones, seiscientos noventa y dos mil setecientos cincuenta y seis con treinta y seis céntimos de euros (10.692.756,36€), en concepto de “SERVICIO DE TRANSPORTE ESCOLAR CON VEHÍCULOS DE UNA CAPACIDAD SUPERIOR A NUEVE PLAZAS INCLUIDA LA DEL CONDUCTOR, A LOS CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA DEPENDIENTES DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN, SITOS EN EL TERRITORIO HISTÓRICO DE ARABA (Exp. Nº C02/028/2022)”. Esta autorización llevará aparejada la del gasto, incluido el correspondiente a las eventuales modificaciones y prórrogas previstas en los pliegos. La imputación contable es en la siguiente posición presupuestaria: 1000711007-4.42311.24501-2022/001225 CRÉDITO DE COMPROMISO 2024».

2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, se observa que la impugnación carece de sustento, pues Consejo de Gobierno ha «autorizado» el gasto, entendido éste como el acto por el cual se acuerda su realización por importe cierto o aproximado con cargo a un determinado crédito de pago reservando a tal fin la totalidad o una parte disponible del mismo (artículo 111.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen presupuestario de Euskadi y se regula el régimen presupuestario aplicable a las fundaciones y consorcios del sector



público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 24 de mayo). El documento que reclama el recurrente consiste únicamente en el reflejo contable informático de esta decisión (artículo 3.3 de la Orden de 26 de abril de 2007, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula la tramitación anticipada de expedientes de gasto con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

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 y 102.3 de la LCSP. Esta impugnación debe ser desestimada por los siguientes motivos:

- 1) Los mismos argumentos que ahora utiliza el recurrente para impugnar el PBL son de los que se valió para las impugnaciones de los pliegos precedentes a estos que nos ocupan, siendo desestimados todos ellos por las Resoluciones 209/2021, 197/2021 151/2022 y 152/2022 de este OARC / KEAO. 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. 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, de forma parcial e interesada. Prueba de ello es que ahora solicita

1

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



que se espere a la publicación de los datos proporcionados por el Observatorio de Transportes de Euskadi (en adelante, OTEUS) correspondientes al año 2023, cuando en recursos precedentes ha considerado que los datos proporcionados por dicho organismo son insuficientes para realizar un cálculo adecuado del PBL (ver resoluciones 197/2021 y 152/2022 de este OARC / KEAO).

- ii. Se aprecia un esfuerzo por parte del recurrente en buscar costes no expresados en el desglose efectuado por el poder adjudicador para mantener abierta la impugnación al PBL, de tal manera que el debate sobre la forma en la que se efectúa su cálculo no pueda quedar cerrado. Así, en las impugnaciones precedentes se ha alegado que no se incluía el coste de los dispositivos obligatorios, ni el de la disposición de los vehículos preferentes y de reserva, ni el beneficio industrial, mientras que en la impugnación ahora efectuada se centra en resaltar la ausencia de ciertos costes de personal (su absentismo, horas de formación del conductor y de reconocimiento médico), cuya ausencia no había sido alegada con anterioridad. No obstante, es relevante recordar que el informe OTEUS, observatorio en la que participa la recurrente, incluye en su estructura de costes, como coste indirecto, el de personal de a bordo².
- iii. 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.

² https://www.euskadi.eus/appcont/simuladorTransportes/aa97a/documentos/InformeAnual_c.pdf



- iv. 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 a los que ahora nos ocupan. En concreto, no se aprecia que el PBL sea inviable ni que quepa esperar falta de concurrencia. A este respecto, resulta relevante que el poder adjudicador ha incrementado el PBL de ambos contratos respecto de los precedentes. Así, en Bizkaia se ha pasado de un PBL de 18.028.189,08 € al actualmente impugnado de 18.634.944,24 € y en Araba de un PBL de 10.344.620,88 € al actual de 10.692.756,36 €.
- 3) Mediante estos contratos la Administración pretende satisfacer un servicio de interés general como es el transporte de los escolares a sus centros de enseñanza y el Órgano de contratación es quien mejor conoce las necesidades a satisfacer a través del contrato, por ello, la preparación y adjudicación del procedimiento de contratación no puede quedar al arbitrio o mejor conveniencia de la recurrente. En particular, carecen de fundamento alguno las apreciaciones del recurso sobre la precipitación en la preparación del contrato y convocatoria de la licitación o que se haya de esperar a la publicación de los datos de OTEUS, habida cuenta de que estos pliegos han sido impugnados en dos ocasiones precedentes por diversas asociaciones profesionales y empresas del sector, habiéndose depurado de esta manera los eventuales errores, incongruencias e ilegalidades en los que hubieran podido incurrir.
- 4) En resumen, 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).

- 5) El recurrente ha adjuntado un nuevo informe pericial que este OARC / KEAO considera que no cabe aceptar por no concurrir el presupuesto de hecho exigido legalmente para que se reciba el recurso a prueba, que es la necesidad de acreditación de hechos relevantes para la decisión del recurso. Téngase en cuenta que se han aportado por este mismo perito con ocasión de las impugnaciones precedentes a la que nos ocupa resueltos en sentido desestimatorio por las Resoluciones 209/2021, 151/2022 y 152/2022 de este OARC / KEAO informes periciales que plantean discrepancias similares que han sido desestimadas.

d) Sobre la eliminación de las limitaciones

Se alega que la omisión de las limitaciones en las fichas de los itinerarios reduce las posibilidades de presentar oferta, además de ir contra los actos propios del órgano de contratación. Esta impugnación se contradice con la efectuada por el recurrente en el recurso contra estos mismos pliegos que se desestimó por la Resolución 209/2021 de este OARC / KEAO, en la que, contrariamente a lo alegado ahora, se denunciaba la exigencia en los pliegos de limitaciones desproporcionadas de la longitud máxima de los vehículos en determinados itinerarios. Este Órgano considera que no cabe mantener inicialmente la necesidad de eliminar las limitaciones y, en un recurso posterior, abogar por su señalamiento en los pliegos. Esta conducta, contraria a la buena fe y a los actos propios del recurrente, conduce a la desestimación de la pretensión.

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, toda ella información más que suficiente para que un profesional diligente pueda presentar una oferta competitiva.

Asimismo, cabe señalar que son reiterados los pronunciamientos de este Órgano que manifiestan que las estipulaciones de procedimientos precedentes no vinculan al Órgano de contratación (ver, por ejemplo, la Resolución 006/2023). Finalmente, cabe recordar el carácter inmediatamente ejecutivo de las resoluciones emanadas de este Órgano y que la Resolución 215/2021 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.

e) Sobre la decisión de no licitar Gipuzkoa

Este Órgano ha manifestado reiteradamente la discrecionalidad que asiste al Órgano de contratación en la configuración del objeto del contrato y su clausulado sin que los operadores económicos o sus representantes puedan exigir una configuración de dicho objeto que les sea favorable (ver por todas la Resolución 40/2023). Consecuentemente, son aplicables los límites típicos de las potestades discrecionales, como son el respeto a los principios generales de la LCSP (especialmente, al principio igualdad de trato) y a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, que exige que el contenido del contrato se ajuste al interés público, al ordenamiento jurídico y al principio de buena administración y el recurrente no aporta argumento alguno que evidencie que se hayan traspasado dichos límites.

f) Sobre la contradicción

La contradicción entre la cláusula 2.1 del PPT y cláusula específica 22.2.2.a).3 del PCAP del procedimiento de adjudicación relativo al Territorio Histórico de



Álava, relativa a la exclusión de los vehículos anteriores a una determinada fecha de primera matriculación (31/12/2009 en el PPT y 31/12/2008 en el PCAP) es reconocida por el poder adjudicador. A juicio de este Órgano, ello se debe a un error material, pues del contenido de los pliegos precedentes, conocidos por el recurrente y los operadores económicos, así como los pliegos correspondientes al Territorio Histórico de Bizkaia, es claro que la verdadera voluntad del poder adjudicador es la contenida en la cláusula 22.2.2.a).3 del PCAP. Consecuentemente, procede su corrección (artículo 122.1 de la LCSP), sin que se trate de una irregularidad que conlleve la invalidez del acto impugnado. No obstante, según cuál sea el estado de la tramitación del procedimiento de adjudicación (actualmente suspendido), el órgano de contratación deberá, en su caso, ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas.

g) 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, (iv) testifical pericial de Dña. A. U. A para que explique cómo ha elaborado la memoria económica y (iv) careo entre Dña. A. U. A. y el perito.

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 particular, del resultado de la práctica de la testifical y careo propuesto no resultaría elemento decisivo alguno para la resolución del debate suscitado, consistente en probar la suficiencia o insuficiencia del PBL.

h) 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 recurso que utiliza argumentos

- (i) contradictorios con los esgrimidos en recursos precedentes
- (ii) reiterados, a pesar de haber sido desestimados con anterioridad, y
- (iii) otros que, pudiendo haber sido alegados en los recursos anteriores, no lo fueron.

Sin embargo, se considera que no procede la imposición de una multa por temeridad o mala fe porque la presente resolución aprecia una contradicción en los pliegos que debe dar lugar a su corrección, tal y como apunta el recurso.

i) Conclusiones

Lo expresado en los apartados anteriormente supone la desestimación del recurso, sin perjuicio de lo señalado en el apartado f) sobre la corrección del error material y la posible ampliación del plazo de presentación de proposiciones.

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 la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES contra los pliegos del “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), tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), si bien se ha de proceder a la corrección del error al que se refiere el apartado i) del Fundamento jurídico octavo de esta resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión de los procedimientos 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, 2023ko ekainaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de junio de 2023