



EB 2024/062

EB 2024/077

Resolución 127/2024, de 9 de julio, 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por EXCURSIONES JAI ALAI 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 Bizkaia”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han presentado en el registro electrónico del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los siguientes recursos especiales interpuestos por EXCURSIONES JAI ALAI S.L., en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicios que tiene por objeto el servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos con una capacidad superior a nueve plazas, incluida la de conductor/a, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Dpto. de Educación, de la Administración General de la CC.AA de Euskadi, sitos en el territorio histórico de Bizkaia”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación):

- Con fecha 19 de abril se ha presentado el recurso contra los pliegos que ha sido registrado con el número EB 2024/062.





- Con fecha 20 de mayo el recurso contra la Resolución de fecha 26 de abril de 2024, dictada por el Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Educación por la que modifican los pliegos y se retrotraen las actuaciones, registrado con el número EB 2024/077.

SEGUNDO: Remitidos los recursos al poder adjudicador se le han solicitado, además de los expedientes de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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). La citada documentación se ha recibido en las siguientes fechas:

- Con fecha 17 de mayo, la relativa el recurso registrado con el número EB 2024/062.
- Con fecha 27 de mayo, la relativa al recurso EB 2024/077.

TERCERO: Mediante la Resolución Resolución B-BN 014/2024, de 28 de mayo, la Titular del OARC / KEAO acordó:

- La acumulación de los recursos especiales EB 2024/062 y EB 2024/077, interpuestos por la empresa EXCURSIONES JAI ALAI, S.L.
- Suspender el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios, pero no el plazo de presentación de ofertas.

CUARTO: Con fecha 17 de junio EXCURSIONES JAI ALAI ha aportado al expediente EB 2024/062 alegaciones complementarias al recurso, así como el “Informe pericial económico” elaborado por BAL PARTNERS, S.L.

QUINTO: No constan en los expedientes de recurso especial interesados distintos del recurrente y del poder adjudicador.



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 los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

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 de la recurrente en ambos recursos son los siguientes:

a) Se han vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia y proporcionalidad exigible en los procesos de licitación, al incluir como motivo de adjudicación encubierta la acreditación y/o disposición a fecha de formalización de la oferta de TODOS aquellos medios técnicos de los que se servirá el licitador para la ejecución del contrato y sobre los que se cuantifica la puntuación de sus ofertas. Así, el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) exige que el licitador no sólo debe acreditar a la fecha de presentación de la oferta la identidad de las matrículas de los vehículos que serán adscritos a la ejecución del contrato, sino que si desea ser el adjudicatario debe definir su antigüedad, que es un criterio de adjudicación puntuable (Clausula específica 22.3 del PCAP), así como identificar la clasificación medioambiental de los mismos conforme a los parámetros de la DGT, segundo de los tres criterios de adjudicación también puntuable (Clausula específica 22.2 del PCAP). Todo ello supone:

- restringir el número de licitadores que puedan concurrir al proceso, en la medida que no todos cuentan con una capacidad económica que les permita adquirir a “fondo perdido” medios acordes a la naturaleza de aquellas rutas a la que deseen concurrir.
- condicionar la puntuación de los licitadores a unos criterios de adjudicación (antigüedad y categoría medioambiental) que dependen directamente de la acreditación efectiva de disponibilidad a fecha de formalización de la oferta, constituye una clara discriminación de unos licitadores frente a otros.
- establecer como condición de viabilidad o continuidad en el proceso, la adscripción de tales medios a una Organización empresarial por el simple



hecho de querer participar en un proceso de licitación, además de restrictivo resulta desproporcionado,

- sólo se dispone del plazo que media entre la fecha de publicación del anuncio y la fecha de formalización de la oferta para obtener los medios necesarios

b) Vulneración de los principios de igualdad de trato, claridad y transparencia exigible a los Pliegos de Condiciones en relación con:

- el deber de motivar las “tareas críticas” que impiden la subcontratación. Además, permitir subcontratar vehículos y no conductores resulta contrario a la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT) y resulta cuando menos poco clara la restricción de la subcontratación y, a su vez, la exigencia de delimitación de la parte de la explotación del servicio que se desea subcontratar.
- el régimen de penalidades (Cláusula específica 13.1 y 31 de las Condiciones Generales), que no garantiza los mencionados principios debido a que:
 - el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución llega a penalizarse de hasta 3 formas diferentes a lo largo del Pliego.
 - la demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales es inaceptable si tenemos en cuenta que estamos ante un contrato de servicios, cuyo objeto es el transporte escolar para diversos itinerarios y no puede ser más que el incumplimiento del horario establecido para cada centro a que hace referencia la Cláusula específica 13.1.
 - la tipificación como graves de la falta de diligencia a la hora de ejecución del objeto del contrato, las ofensas verbales o faltas de respeto a cualquier persona relacionada con el servicio de transporte, cualquier conducta que ponga en riesgo la salud y seguridad del alumnado, no garantizan su aplicación adecuada excluyendo la arbitrariedad.



c) Se omite el deber de garantizar el equilibrio económico del presupuesto base de licitación (PBL), pues se aprecia:

- falta de claridad del cálculo para determinar el PBL.
- ausencia de información relevante y suficiente, como los datos de absentismo.
- el PBL no se ha calculado sobre los kilómetros reales y efectivos.

d) Finalmente, solicita

- declarar la nulidad de los pliegos y demás documentos complementarios
- subsidiariamente, de no atender lo anterior, declarar la nulidad de las cláusulas 14 y 18.3 así como, la cláusula específica 13 y cláusula 31 de condiciones generales del PCAP.
- y, finalmente, que se declare la nulidad de los pliegos y demás documentos complementarios por vulneración del deber de garantizar el equilibrio económico que, a resultas de las exigencias contenidas en el artículo 270 LCSP se presume de todo PCAP.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega los argumentos que se resumen a continuación:

a) Los pliegos inicialmente impugnados (recurso EB 2024/062) se modificaron por Resolución de 26 de abril de 2024 del órgano de contratación en el sentido de

- suprimir la conducta considerada como incumplimiento grave número 2 de la cláusula específica 13.1 del PCAP, relativa a las penalidades, y
- dar nueva redacción y justificación a la tarea crítica que no puede ser objeto de subcontratación contenida en la cláusula específica 18.3 del PCAP.



b) En lo que respecta a la disponibilidad de medios:

- corresponde a los licitadores, en función de los criterios de selección establecidos y de la solvencia y medios materiales y humanos de los que disponga, la decisión de presentar o no oferta o de decidir a cuántos lotes puede optar.
- en el criterio de adjudicación “Calidad ambiental de la flota”, se valora la del vehículo preferente.
- corresponde a cada empresa en función de su propia solvencia y medios materiales y humanos determinar si le resulta procedente presentar o no oferta y a cuantos de los itinerarios puede postularse.
- esta licitación es consecuencia de anteriores licitaciones fallidas y la acreditación de manera efectiva de la disponibilidad de los medios ahora recurrido figuraba en la anterior licitación de este mismo contrato (que quedó desierta por no presentarse ofertas).
- el OARC / KEAO ya se ha pronunciado en su Resolución 209/2021, de 22 de diciembre, sobre la necesidad de contar con los vehículos desde la presentación de la oferta.

c) Sobre la posible vulneración de los principios de igualdad de trato, claridad y transparencia:

- la modificada cláusula específica 18.3 del PCAP considera como tarea crítica la ejecución del transporte escolar del alumnado mediante la propia organización empresarial y los vehículos adscritos a la autorización para la realización de los diferentes trayectos, es decir, se refiere a la propia organización empresarial, abarcando dicha tarea crítica tanto a los vehículos como a los conductores.
- en cuanto al régimen de penalidades:
 - en la Resolución de 26 de abril de 2024, del Viceconsejero de Administración y Servicios, de modificación del PCAP y retroacción de



actuaciones, se ha suprimido la conducta considerada como incumplimiento grave número 2.

- el artículo 193.3 de la LCSP prevé la posibilidad de acordar la inclusión en el PCAP de penalidades distintas.
- en la cláusula 31.2 de las Condiciones Generales del PCAP ya se establece el procedimiento para la imposición de las penalidades.
- el artículo 191.2 de la LCSP no impone específicamente una tipificación en leves y graves, sino que lo que señala es que deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento.

d) Con el motivo de impugnación relativo al equilibrio económico del PBL se vuelve a utilizar un argumento recurrente en licitaciones anteriores de este mismo contrato de transporte escolar.

- La alegación relativa a la “Ausencia de información relevante y suficiente” fue planteada en uno de los recursos planteados en el expediente C02/003/2023 correspondiente al transporte escolar del Territorio Histórico de Gipuzkoa, y que fue desestimada por la Resolución 127/2023 del OARC-KEAO.
- En el ANEXO I.1, se establece el cálculo del PBL

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión.

- a) Sobre la procedencia de la disposición de los vehículos para la ejecución del contrato

El recurrente alega que la exigencia de que el licitador identifique con su matrícula los vehículos para su valoración es una medida que vulnera los



principios de igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia, además de ser desproporcionada.

PCAP

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: Sí

(...)

2.- Calidad ambiental de la flota. Puntuación: (0-20 puntos).

(...)

En los casos en los que se presente un número de bastidor, se hará constar en el contrato de compraventa el distintivo que corresponda al vehículo adscrito en la oferta y recogido en el contrato.

3.- Antigüedad del vehículo preferente. Puntuación: (0-35 puntos)

En los casos en los que se presente el contrato de compraventa con un número de bastidor en lugar de una matrícula, en aras a determinar la antigüedad, la fecha a valorar será la del último día del plazo de presentación de ofertas.

24.2.- SOBRE B: OFERTA EVALUABLE AUTOMÁTICAMENTE A TRAVÉS DE FÓRMULAS.

En este sobre debe/n presentarse el/los siguiente/s documento/s:

1. Oferta económica con arreglo al modelo que figura en el **ANEXO III.1.**
2. **ANEXO PT/II** del Pliego de Prescripciones Técnicas, relativo a la flota de vehículos. En caso de que se oferten vehículos nuevos todavía no matriculados, se deberá presentar en el sobre B el correspondiente contrato de compraventa del vehículo.

(...)

El ANEXO PT/II, el ANEXO PT/III, la acreditación de la clasificación ambiental y, en su caso, el contrato de compraventa para vehículos no matriculados, se unificarán en un solo fichero PDF que será el que se incorpore al apartado correspondiente de la plataforma electrónica.

PPT

(...)

ANEXO: PT/II

(...)



OBSERVACIONES

El máximo de vehículos a valorar es de cuatro, por lo que se limita al mismo el número de vehículos a incluir en este anexo.

En el caso de vehículos que no hayan sido objeto de matriculación en el momento de la presentación de la oferta deberá indicarse el número de bastidor en el apartado "matrícula" y acompañar una copia del contrato de compraventa. A efectos de la valoración del criterio de la calidad ambiental de la flota, se estará a la clasificación ambiental que se indique en el propio contrato de compraventa. A efectos de la valoración del criterio de la antigüedad del vehículo preferente se tomara como fecha de antigüedad el último día del plazo de presentación de ofertas

Un motivo de impugnación sustancialmente similar al que nos ocupa fue planteado por ANETRA y resuelto en sentido desestimatorio en la Resolución 209/2021. No obstante, en el recurso ahora analizado se impugna una cláusula con una redacción diferente y la argumentación que en la citada Resolución 209/2021 llevaba a desestimar el recurso ahora lleva a estimarlo por las siguientes razones:

- 1) La diferencia entre la cláusula analizada en la Resolución 209/2021 y la ahora impugnada es que la primera no exigía la propiedad del vehículo, pudiéndose acudir a otras formas de disponibilidad de este, a diferencia de la cláusula ahora impugnada que, en el supuesto de presentar número de bastidor, exige la presentación del contrato de compraventa.
- 2) Para la obtención del título administrativo habilitante para la realización del transporte público de viajeros por carretera se deben acreditar unas condiciones, entre las que se encuentra la de disponer de uno o más vehículos matriculados en España (artículo 43.1.d) de la LOTT). Esta disposición no implica que el licitador deba gozar de la propiedad del vehículo ofertado, pues puede acreditar la disposición de vehículo a través de otras fórmulas jurídicas como el arrendamiento financiero o al arrendamiento ordinario (artículo 54.2 de la LOTT).
- 3) Se alega que el mencionado criterio es contrario al principio de igualdad y desproporcionado, pues se requiere que los licitadores tengan los vehículos matriculados en el momento de presentación de la oferta. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 27



de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589, manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea, deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, de forma igual para todos los licitadores y sin diferenciar por sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o por el origen o procedencia geográfica de los bienes. Además, es relevante que el licitador debe disponer en su organización de uno o más vehículos para efectuar su actividad profesional. La normativa que regula la seguridad en la prestación de este servicio (LOTT y RD 443/2001) otorga especial importancia a la antigüedad de los vehículos que realizan el transporte escolar, hasta el punto de impedir que los de una determinada antigüedad lo efectúen, y el requisito (i) no impide a ningún operador económico la presentación de una oferta, pues todos ellos deben disponer para el ejercicio de su actividad de uno o más vehículos, y (ii) únicamente se configura como criterio de adjudicación, lo que posibilita la comparación de los vehículos permitiendo la selección de vehículos de menor antigüedad y mayor eficiencia energética. No obstante, la exigencia de que la valoración de los vehículos pendientes de matriculación se efectúe sobre el contrato de compraventa se considera desproporcionada, pues se excluye la posibilidad de poder ofertar la disponibilidad de vehículos mediante otras formas de disposición expresamente admitidas por la normativa sectorial (artículo 54.2 de la LOTT), como son el arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario.



b) Sobre la cláusula relativa a la imposibilidad de subcontratar conductores

Las estipulaciones del contrato que se refieren a la subcontratación son las siguientes:

PCAP

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

(...)

SUBCONTRATACIÓN.

14.1.- Se establecen limitaciones a la posibilidad de subcontratar: Sí. De conformidad con lo expuesto en la Cláusula 18.3 de Cláusulas Específicas del Contrato por tratarse de tareas críticas.

(...)

18.- CLÁUSULAS ADICIONALES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN OBJETO DEL CONTRATO.

(...)

18.3- Se exige que partes de la prestación o trabajos concretos sean realizados por la propia contratista de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.4 LCSP: Sí, se considera tarea crítica, debiéndose ejecutar directamente por la contratista, la ejecución del transporte escolar del alumnado mediante la propia organización empresarial y los vehículos adscritos a la autorización para la realización de los diferentes trayectos de las rutas escolares, al estar sometida a autorización administrativa especial para la realización del transporte regular de uso especial y otorgarse exclusivamente a las empresas que hayan contratado previamente la realización del transporte, de conformidad con lo establecido en el artículo 106 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), y con el artículo 54 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. A estos efectos, no se considerará subcontratación la disposición o aportación de vehículos amparada bajo las fórmulas establecidas en el artículo 38.2 del ROTT.

Además, se considera procedente que sea la propia organización empresarial que presenta su oferta y que acredita la disposición de todos los medios y habilitaciones necesarias para prestar el servicio la que ejecute por sí misma el transporte de un colectivo tan sensible y que debe ser protegido como es el de los escolares.

Este Órgano se ha pronunciado con anterioridad sobre la pertinencia de la cláusula que restringe la subcontratación de la conducción (ver, en este sentido la Resolución 209/2021) sobre la base de que la profesión de transportista, en general, así como la realización del servicio de transporte colectivo de menores por carretera, en particular, está fuertemente reglada y las infracciones del ejercicio de la profesión sujetas a un régimen sancionador. Así, para la



realización de transporte público de viajeros por carretera se debe obtener un título administrativo habilitante, debiéndose acreditar a tal efecto las condiciones previas de carácter personal establecidas en los artículos 42 a 56 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), entre las que se encuentra que quienes contraten una operación de transporte como portadores deberán llevarla a cabo a través de su propia organización empresarial (artículo 54.1 LOTT), y, en lo que a la impugnación se refiere, que el personal utilizado por el portador se encuentre encuadrado en su organización empresarial de conformidad con las reglas contenidas en la legislación social y laboral que resulten de aplicación y cuente con las habilitaciones, certificaciones, licencias o autorizaciones que, en atención a las funciones que desarrolle (artículo 54.2 LOTT), resulten exigibles en cada caso. Así, en el transporte regulares de viajeros de uso especial, como es el escolar, la única excepción que contempla la LOTT (artículo 89.2) a la realización del servicio por la propia organización del empresario es la referida a la insuficiencia de vehículos.

c) Sobre la procedencia de determinadas penalidades

Las cláusulas alegadas como contradictorias son las siguientes:

PCAP

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS

(...)

13.- PENALIDADES.

13.1.- Se establecen penalidades adicionales a las previstas en la Cláusula 31.1 de Condiciones Generales: Sí.

Podrán imponerse penalidades por los siguientes cumplimientos defectuosos e incumplimientos:

La Administración podrá penalizar aquellas conductas que dificulten el normal funcionamiento del servicio contratado, así como aquellas que sean contrarias a las instrucciones que emita con el fin de ordenar la ejecución de los trabajos.

Las siguientes conductas serán consideradas como incumplimientos **leves**:

1. El incumplimiento del horario establecido para cada centro.
2. El incumplimiento de las paradas establecidas para cada itinerario.



CONDICIONES GENERALES

(...)

31.- PENALIDADES

Sin perjuicio de la obligación de reparación de defectos e indemnización por daños y perjuicios que legalmente incumbe a la contratista; y de la posibilidad de resolver el contrato prevista en la LCSP o en la cláusula 38 de condiciones generales, el órgano de contratación podrá imponer a la contratista penalidades por las siguientes causas:

31.1.- Causas e importes.

(...)

- a) Demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales: importes señalados en el art. 193.3. y 193.4 LCSP, salvo que en la cláusula 13.2 de cláusulas específicas del contrato se indiquen otros.

El recurso debe ser desestimado en este punto por las siguientes razones:

- 1) Las cláusulas específicas 12.1 y 12.2 del PCAP han sido eliminadas del pliego que actualmente rige el procedimiento de adjudicación y así figuran en los pliegos corregidos que han sido publicados, por lo que la impugnación carece de contenido en lo que a estas dos cláusulas específicas se refiere.
- 2) No existe la contradicción entre la cláusula específica 13.1 y la cláusula general 31 del PCAP alegada por la recurrente, pues cada una de ellas se refiere a conceptos diferentes. Nos hallamos ante un contrato de servicios que se ha de ejecutar conforme a un calendario y sujeto a unos horarios concretos en el que la penalización del incumplimiento de los establecidos en el PPT para cada uno de los itinerarios se halla correctamente descrito en la cláusula específica 13.1 del PCAP, mientras que la cláusula general 31.1.b) del PCAP, penaliza la demora en el plazo total que, conforme a lo dispuesto en la cláusula específica 6 del PCAP (VIGENCIA DEL CONTRATO: DURACIÓN DEL CONTRATO O PLAZO DE EJECUCIÓN. PRÓRROGA) es de DIEZ (10) meses, sin contar los meses de julio y agosto en los que no se prestará el servicio, y el contrato no prevé



plazos parciales (cláusula específica 6.3). Es cierto que en un contrato como el que nos ocupa resulta improbable que pueda producirse la circunstancia contemplada en la cláusula general 31.1.b), pero, en cualquier caso, se trata de un incumplimiento diferente al descrito en la cláusula específica 13.1 del PCAP.

- 3) La alegación de que la penalidad descrita en la cláusula específica 31.1.7 del PCAP, relativa a “ofensas verbales o faltas de respeto a cualquier persona relacionada con el servicio de transporte” por falta de definición debe ser desestimada. Las “ofensas verbales” pueden ser objeto de despido disciplinario (artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores) y este precepto no contiene mayor especificación sobre dicho concepto, y la jurisprudencia entiende que entran dentro de la conducta sancionable con el despido las dirigidas a personas ajenas a la empresa, si bien dentro del ámbito del contrato laboral (ver, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 13.11.09 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21.02.17).
- 4) Ha de ser desestimada la alegación de que las penalidades contempladas en la cláusula general 31 del PCAP infringen el principio de tipicidad, que es uno de los principios que rigen la potestad sancionadora de las administraciones públicas (artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 2019, que resuelve recurso de casación nº 1372/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1689) manifiesta que las penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente y que su naturaleza se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Consecuentemente, no se precisa para su validez y eficacia que las conductas a penalizar consten calificadas como leves, graves o muy graves, si bien las impuestas deben



ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento (artículo 192.1 de la LCSP) y todo ello, con independencia de que el órgano de contratación decida graduar las penalidades en las bases de la licitación.

d) Sobre el deber de garantizar el equilibrio económico del presupuesto base de licitación (PBL)

A juicio de este Órgano, el motivo realmente planteado por la recurrente es el de la insuficiencia del PBL y no el del equilibrio económico del contrato, que es un concepto íntimamente ligado al contrato de concesión y, en concreto, a la fase de ejecución (artículo 270 de la LCSP). Por el contrario, de las alegaciones del recurso y del informe pericial en el que se sustentan, se desprende que la impugnación se dirige a la insuficiencia del PBL. Las consideraciones del OARC / KEAO que llevan a desestimar la impugnación son las siguientes:

- 1) Los pliegos ahora impugnados utilizan una metodología de cálculo y de estructura de costes del PBL igual a la utilizada en los procedimientos de adjudicación precedentes (más recientes (C02/003/2021, C02/008/22 y C02/027/2022), a excepción del coeficiente de corrección que en este contrato se ha fijado en un 4,098278 % y en los precedentes en un 0,9 %, 0,9 % y 3,8663 %, respectivamente. El PBL de estos tres procedimientos fue impugnado por la recurrente, sustentando su pretensión de inadecuación del precio en el primero de los procedimientos, en que no se habían incluido los gastos derivados de la implantación de las medidas higiénico sanitarias requeridas por el coronavirus y en los dos restantes, en el recálculo de los precios conforme a dos metodologías diferentes consistentes, en uno de ellos, en aplicar los costes actualizados de cada módulo y, en el otro, en efectuar un nuevo cálculo del PBL con un ajuste del coeficiente corrector, aportando a tal efecto dos informes periciales. Los tres recursos fueron desestimados por este Órgano por las Resoluciones 211/2021, 156/2022 y 110/2023. Si bien la Resolución 211/2021 fue impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa,



de la sentencia del TSJPV de 17 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJPV:2023:1065) no se desprende que se impugnara el motivo relativo a la suficiencia del PBL.

- 2) En el recurso que ahora nos ocupa se impugna la metodología que figura en la información contractual (Anexo I del PCAP) que, como se ha indicado en el apartado 1) anterior, es sustancialmente igual a la que figuraba en los otros tres procedimientos de adjudicación impugnados por la propia recurrente y propone un método de cálculo, basado en los kilómetros y duración del trayecto, alegando que es el derivado de su experiencia y las normas puestas en práctica en otras licitaciones. Es decir, el recurrente pretende calcular el PBL conforme a su propia metodología y cálculo de costes, necesariamente parciales e interesadas, siendo relevante a estos efectos que en sus anteriores recursos no se ha impugnado ninguna de estas variables y el recálculo de los precios de los itinerarios se ha efectuado por estar en desacuerdo con los costes o el coeficiente corrector utilizado, pero no con la metodología utilizada, que ha sido la misma que la de este contrato.
- 3) De la nueva metodología de cálculo del PBL propuesta, en la que se pretende que incluso se compensen los tiempos de vacío, espera e inactividad del autocar, se desprende una aspiración a eliminar el riesgo y ventura del contrato (artículo 197 de la LCSP). Debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador pretende comprar un servicio, el transporte por carretera de un concreto colectivo de viajeros, con unas determinadas especificaciones de calendario, horarios y frecuencias, y para ello acude al mercado en el que prestan sus servicios, en régimen de competencia, operadores económicos que organizan, dirigen y planifican su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado en el que operan y al que acuden todos los demandantes de dichos servicios, por lo que pueden completar los tiempos de inactividad del autocar con otros contratos. En resumen, el recurrente no solo pretende garantizarse



una rentabilidad mínima o una cobertura frente a cualquier evento perjudicial que se pudiera derivar del contrato impugnado, lo cual no procede por la aplicación del principio de riesgo y ventura (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), sino que pretende que se subvencione parte de su actividad.

- 4) En lo que concierne a la ausencia de algunos conceptos en el desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP, en concreto el relativo al absentismo, se observa que el desglose incluye los “Costes de personal a bordo” y los de “Dietas y otros complementos retributivos”. A este respecto, cabe señalar que no existe una obligación legal de recoger en una partida específica el concepto cuya omisión se alega. Como ya ha expresado este Órgano con anterioridad (ver, en este sentido, entre otras, la Resolución 128/2023) 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 de su insuficiencia 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 servicios y el mercado en el que opera) si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL. 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).



- 5) A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, este Órgano entiende que el recurso no acredita la irracionalidad del precio contractual ni que el poder adjudicador haya traspasado los límites que constriñen el ejercicio de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en el apartado a) anterior, el recurso debe ser estimado en parte anulando las referencias al “contrato de compraventa” que constan en las cláusulas específicas 22.2, 22.3 y 24.2 del PCAP y Anexo PT/II del PPT. La nulidad de esta mención, que afecta a la composición de la oferta, conlleva la de los pliegos.

Finalmente, no se ha considerado necesaria la apertura de un periodo de prueba por entender suficiente el contraste de las alegaciones de los interesados 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.

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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por EXCURSIONES JAI ALAI 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 Bizkaia”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos expresados en el apartado e) del Fundamento jurídico octavo de la presente Resolución.

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 para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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, 2024ko uztailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de julio de 2024