



EB 2021/150

Resolución 210/2021, de 22 de diciembre, 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 CONFEBUS frente a los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de agosto de 2021 CONFEBUS interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El día 9 de agosto 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 remitió a este Órgano el día 13 de septiembre.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 29/2021, de 18 de agosto, de este OARC / KEAO se ha acordado adoptar la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 13 de septiembre, se han recibido alegaciones de ANETRA el 20 de septiembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.J.B.L. 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.



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

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

- a) La licitación se ha preparado de tal forma que no se cumple con el artículo 22.2 de la Ley 4/2019 del Parlamento Vasco, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dispone que los pliegos o instrumentos que se adopten para el otorgamiento o, en su caso, renovación de las licencias o concesiones administrativas deberán tener en cuenta que el 100 % de la flota de vehículos renovada habrá de utilizar combustibles alternativos a partir del año 2020. La estimación de este motivo debe llevar aparejada, (i) la necesidad de adaptar el presupuesto base de licitación (en adelante, PBL), (ii) necesidad de replantear el empleo de los criterios de adjudicación de calidad ambiental de la flota y antigüedad del vehículo preferente y (iii) la posibilidad de que los vehículos a adscribir se matriculen con posterioridad al momento de presentar la oferta.
- b) Se limita de manera innecesaria, arbitraria y, comparativamente entre los territorios históricos, de forma desproporcionada, el número de lotes de los que un operador puede resultar adjudicatario.
- c) Invalidez del criterio de asignación de los lotes teniendo en cuenta la limitación del máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados a un mismo licitador.



d) La limitación del número de lotes a adjudicar a un mismo licitador y el mecanismo de reparto generan gran inseguridad jurídica teniendo en cuenta que el servicio de transporte escolar se licita en tres procedimientos de adjudicación distintos (uno por Territorio Histórico).

e) Finalmente, solicita la anulación de los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones de ANETRA

ANETRA alega lo siguiente:

a) Considera que concurre la causa para que se acumulen los recursos interpuestos contra los distintos procedimientos de adjudicación del servicio de transporte escolar.

b) Considera que los motivos en los que se fundamenta el recurso carecen de fundamento alguno, puesto que se trata de medidas arbitradas por el Órgano de contratación legítimamente para evitar que los grandes operadores (asociados a CONFEBUS) disfruten de ventajas frente a operadores más modestos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) El artículo 22 de la Ley 4/2019, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca es aplicable al “servicio público de transporte de viajeros y viajeras por carretera” que se refiere a transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general, cuando el objeto del contrato impugnado es un contrato de servicios.



- b) La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador. Así, en las licitaciones recurridas lo que pretende el órgano de contratación es favorecer la concurrencia fomentando el acceso a la licitación pública de las PYME. Por su parte, la decisión de limitar el número de lotes a adjudicar se basa en la experiencia de anteriores licitaciones. Además, el recurrente, más allá de criticar esta decisión no ofrece argumentos que evidencien discriminación respecto de una empresa o grupos de empresas.
- c) La Resolución del TACRC 798/2018 citada como argumento para sustentar la invalidez del criterio de asignación de lotes se refiere a un criterio diferente del que figura en los pliegos ahora impugnados
- d) En relación con el argumento de que la licitación de lotes y el mecanismo de reparto generan una gran inseguridad teniendo en cuenta que el servicio de transporte escolar se licita en tres procedimientos de adjudicación distintos, se opone que la licitación en tres procedimientos distintos y en períodos distintos puede servir para dificultar cualquier tipo de acuerdo que se pudiera producir en relación con el objeto del contrato.

NOVENO: 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 en el recurso y contestadas por el poder adjudicador.

a) Sobre la procedencia de la no acumulación de recursos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, se



considera no conveniente proceder a la acumulación de los diversos recursos especiales interpuestos contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)” (identificados como EB 2021/146, EB 2021/150, EB 2021/154 y EB 2021/158), debido a que la extensión del número de motivos de impugnación alegados, así como el de recursos interpuestos, que no son coincidentes en todos ellos, aconsejan un análisis separado de cada recurso (ver la Resolución 134/2021 del OARC / KEAO). Además, el recurso EB 2021/153, debido a la abstención de la Titular del OARC / KEAO, ha de ser necesariamente resuelto de forma independiente.

b) Sobre la obligación de cumplir lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca

El recurrente alega que se ha infringido la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca, en concreto, lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 22, que dice lo siguiente:

Artículo 22. Vehículos de servicio público de transporte por carretera.

1. El servicio público de transporte de viajeros y viajeras por carretera deberá prestarse por vehículos que utilicen combustibles alternativos, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en lo que reglamentariamente se desarrolle.

2. Los pliegos o instrumentos que se adopten para el otorgamiento o, en su caso, renovación de las licencias o concesiones administrativas correspondientes deberán tener en cuenta que el 100 % de la flota de vehículos renovada habrá de utilizar combustibles alternativos a partir del año 2020.

Debe descartarse el vicio invalidante alegado, ya que la obligación contenida en este precepto no se refiere a los contratos de servicios cuya adjudicación se regula por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), como el que nos ocupa, sino a las concesiones de servicios de transporte de viajeros, expresamente excluidos de la LCSP según lo dispuesto en su artículo 19.2.g).



Esta conclusión se desprende de los conceptos jurídicos utilizados en el precepto. Así, la mención al servicio público de transporte de viajeros en el apartado 1º seguida de la referencia a los pliegos o instrumentos que se adopten para el otorgamiento o, en su caso, renovación de las licencias o concesiones administrativas en el apartado 2º, alude a contratos de servicio público, esto es, a servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua, y no a contratos como el que nos ocupa, correctamente calificado como de servicios (artículo 17 de la LCSP) y cuyo procedimiento de adjudicación se somete a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, transpuesta por la LCSP.

c) Sobre la limitación del número de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario

La cláusula específica 20.4 del PCAP dispone lo siguiente:

20.4.- Información sobre la división en lotes: se debe tener en cuenta lo siguiente:

Existen limitaciones en cuanto a:

Lotes que pueden adjudicarse a una licitadora de conformidad con los siguientes criterios o normas:

- 1.- Las licitadoras podrán presentar oferta para uno, varios o todos los lotes.
- 2.- El número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicataria cada licitadora: **15 lotes en Bizkaia.**

El recurrente alega arbitrariedad y falta de proporcionalidad en esta limitación, pues no se ha aportado justificación alguna sobre la misma.

El artículo 99.4.b) de la LCSP permite limitar, en lo que al recurso interesa, el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Los requisitos que exige la norma son (i) que se justifique esta decisión debidamente en el expediente, (ii) que dicho límite se indique expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares y (iii) que se



incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego, debiendo ser estos criterios o normas objetivos y no discriminatorios.

Nos hallamos ante una decisión discrecional del poder adjudicador que, como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC/KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figura, por citar el elemento más relevante para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad, entre los que se encuentra la necesidad de la justificación de la decisión en el expediente. Este requisito ha de ser interpretado estrictamente, ya que nos encontramos ante una medida que impide que un licitador pudiera acceder a la adjudicación de algún lote, incluso aunque su proposición fuera calificada como la mejor a la vista de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos; es decir, se trata de una excepción que el propio legislador impone a un principio general básico de la contratación pública, como es el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP). A este respecto, se observa que ni los pliegos de la licitación, ni la información que obra en la plataforma de contratación contienen una justificación de las razones que han llevado a adoptar esta decisión. Al igual que lo manifestado por este Órgano en relación con la necesidad de justificar la no división del contrato en lotes (ver, entre otras, la Resolución 182/2019), la motivación de la decisión de limitar el número máximo de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario es un requisito preceptivo necesario para su válida adopción cuya omisión conlleva la invalidez del acto por suponer un vicio formal que impide al acto alcanzar su finalidad (ver los artículos 35.1 i) y 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), sin que pueda aceptarse, por extemporánea, la explicación aportada en el informe de oposición al recurso.



d) Sobre los criterios de ordenación de las adjudicaciones de los lotes

Critica el recurrente los criterios establecidos en el PCAP para la adjudicación de los diversos lotes del contrato. Dichas normas son las siguientes:

20.4.- Información sobre la división en lotes: se debe tener en cuenta lo siguiente:

(...)

3.- En caso de obtener la máxima puntuación en más de un lote, se establecen los criterios de ordenación:

- Se iniciará la ordenación en función del **volumen de ofertas presentadas en cada itinerario de menor a mayor**. Aquellos itinerarios en los que se hayan presentado menos ofertas son preferentes para ser adjudicados.
- En caso de empate, se ordenarán los itinerarios en función de la **tarifa de transporte de cada itinerario de menor a mayor**. Este precio viene determinado en la ficha técnica de cada itinerario. Con lo cual, aquellos itinerarios que tengan menor tarifa serán preferentes para ser adjudicados.
- Si aun así sigue el empate, se utilizará un **número aleatorio de seis cifras único** generado por la aplicación informática y asociado a cada itinerario, ordenándose de menor a mayor, y adjudicándose en este orden de preferencia de menor a mayor el itinerario.

4.- Cuando una empresa haya resultado adjudicataria para el máximo de los lotes, serán propuestas las licitadoras que hayan quedado en segundo lugar.

5.- No podrá renunciarse al lote para el que haya sido propuesta, para de esa manera ser propuesta en otro lote. Asimismo, si una licitadora no cumple el requerimiento establecido en el artículo 150.2 de la LCSP conforme a derecho, no se le adjudicará ese lote, y no tendrá derecho a acceder al otro lote. En ese caso, en el lote que haya dejado vacante se propondrá su adjudicación a quien haya quedado en siguiente lugar, efectuándose, en su caso, nuevas propuestas, y sin que la empresa que no ha dado cumplimiento al requerimiento del art 150.2 de la LCSP pueda acceder al otro lote.

Como excepción, en el caso de haber presentado oferta a mas lotes, aunque haya sido ya propuesta como adjudicataria en el máximo de lotes establecido, si no existe otra oferta o no hay otra licitadora que cumpla los requisitos, podrá ser propuesta como adjudicataria en más lotes.

En el momento en que se adjudique un vehículo en calidad de preferente, quedarán excluidas las restantes ofertas de la misma empresa en las que este vehículo conste como preferente.



El artículo 99.4 de la LCSP únicamente impone dos requisitos a los criterios o normas a aplicar cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego: que sean objetivos y no discriminatorios.

El recurrente alega genéricamente que se trata de “un mecanismo que no se ajusta a Derecho” y basa su impugnación en la Resolución 798/2018 del TACRC. Al margen de que nos hallamos ante un supuesto de hecho diferente al analizado por dicho tribunal, en el que, a diferencia de los pliegos analizados en esta Resolución, se traslada a la Mesa de Contratación la decisión de cuál de los lotes se adjudicará al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa en varios de ellos, lo cierto es que corresponde al recurrente alegar el motivo que fundamenta el recurso (artículo 51.1 de la LCSP) que, como no puede ser de otra manera, debe referirse a la concreta cláusula que se recurre, por lo que este motivo de impugnación ha de desestimarse.

- e) Sobre la inseguridad jurídica que ocasionan las decisiones de limitar el número de lotes a adjudicar a un mismo licitador, el mecanismo de adjudicación ideado y la existencia de tres procedimientos de adjudicación

El argumento impugnatorio utilizado es vago y genérico. Únicamente se habla de “efecto pernicioso” y a que las empresas con bases de operaciones próximas a los límites de los Territorios Históricos “se les restringe, de facto, la posibilidad de optar a contratos en más de un Territorio Histórico”, sin que el recurso extienda más este argumento. No obstante, a la vista de las alegaciones del poder adjudicador y a falta de mayor detalle en el recurso, ello no es así, ya que la licitadora podrá presentar oferta, dentro de los límites de su solvencia, en cualquiera de los tres procedimientos de adjudicación del servicio de transporte escolar, o en todos ellos. De hecho, el recurrente no alega ninguna prohibición o causa de exclusión que impida ser adjudicataria de lotes en más de uno de los procedimientos de adjudicación convocados.



f) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el motivo de recurso examinado en el apartado c) debe estimarse y anularse lo dispuesto en la cláusula 20.4.2. del PCAP. La falta de motivación sobre la limitación del número de lotes de los que un operador económico puede ser adjudicatario conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato, como es la configuración de su objeto; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos.

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 CONFEBUS frente a los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos previstos en el epígrafe f) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución.

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



TERCERO: Habida cuenta que no se han resuelto todos los recursos especiales interpuestos contra los pliegos del procedimiento de adjudicación impugnado, no se levanta la suspensión del procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con 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.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko abenduaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de diciembre de 2021