EB 2022/085

Resolución 152/2022, de 17 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 ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES frente a los pliegos del contrato "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la de conductor/a, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitos en el Territorio Histórico de Araba", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de mayo de 2022 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 del contrato "Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la de conductor/a, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitos en el Territorio Histórico de Araba", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

Nahi izanez gero, J0D0Z-T426T-Y2HZ 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-T426T-Y2HZ en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

SEGUNDO: El mismo día 26 de mayo 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 10 de junio y 28 de julio.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 18/2022, de 14 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 8 de julio, se han recibido, el mismo día, las alegaciones de AUTOBUSES BARREDO, S.L.

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.

CUARTO: <u>Interposición del recurso en tiempo y forma</u>

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 C02/001/2021, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO, con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver las Resoluciones 197, 198, 201, 204 y 206 /2021).

2) 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, lo cierto es que admitir la impugnación sobre 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 del contrato anterior con el mismo objeto:

- Identificación indebida del objeto del contrato porque no se ha seleccionado un número de referencia CPV adecuado a la prestación contractual, cuyo contenido constaba en la cláusula 1.3 del PCAP del expediente C02/001/2021 y que la recurrente no impugno.
- Indefinición de las modificaciones contractuales previstas atendiendo a la iniciativa de modificación del Decreto 69/2015 para incluir en el transporte escolar a bachilleres y personas que cursen ciclos formativos de grado medio. Debe señalarse que la hipotética aprobación de la iniciativa legislativa de modificación del citado Decreto no es un hecho sobrevenido que altere la legalidad aplicable a la redacción de los pliegos que ya figuraba en el expediente anterior (cláusula 16 del PCAP), supuesto en el que sería admisible un nuevo recurso a pesar de la identidad entre ambas cláusulas (ver la Resolución 152/2018 del OARC / KEAO) porque, en todo caso, no sería sino uno más de los supuestos de incremento del número de alumnos a transportar, que es el supuesto del que trata la estipulación impugnada.
- La imposibilidad de aplicar el criterio de adjudicación “Formación en conducción eficiente” por falta de referencia del modelo de oferta al lote concreto al que va a adscribirse el conductor cuya formación se valora (anexo PPT/IV).

- La incoherencia entre la cláusula específica 24.2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Anexo PT/III del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).
- La falta de regulación en los pliegos del derecho del contratista a una compensación en el caso de resolución del contrato por imposibilidad de disponer de otro vehículo de distinta dimensión en el caso de que el operador no disponga en su flota de un vehículo de mayor antigüedad que el adjudicado en la licitación, siempre que la antigüedad del vehículo no sea tres años mayor que el vehículo preferente (cláusula 33.3 del PCAP del expediente C02/001/2021).
- La inadecuación de la penalidad prevista en el apartado 4 de la cláusula específica del PCAP 13.1, aunque no el mismo reproche pero referido a la prevista en la cláusula 5, novedosa respecto a los anteriores pliegos.
- La falta de regulación en el PCAP de la suspensión temporal del contrato y de la compensación que en su caso le correspondería al contratista que (cláusula 5 del PPT del expediente C02/001/2021).

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. Además, debe tenerse en cuenta que los contenidos impugnados de la cláusula específica del PCAP 13.1 ya figuraban en los pliegos anteriores, con excepción de la penalidad que ahora figura en el apartado 5 de dicha cláusula 13.1 (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).

La relevancia de ambas cuestiones para la pretensión del recurrente se analizará en las apreciaciones de este Órgano (Fundamento jurídico noveno).

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) Se infringe el artículo 28.4 de la LCSP porque no hubo anuncio previo de la licitación; se alega que el plan anual de contratación de 2022 recogió la licitación con el valor estimado de la licitación de 2021, que fue anulada.

b) El órgano de contratación ha actuado arbitrariamente al suprimir, sin justificación alguna, la limitación del número máximo de lotes que pueden adjudicarse a un mismo licitador.

c) El Presupuesto Base de Licitación (PBL) incumple el mandato de ajustarse al mercado, pues coincide con el establecido en diciembre de 2020 para la licitación del mismo servicio en 2021, cuando la situación económica era muy diferente. El recurrente alega también que no se ha adaptado el umbral de sospecha de anormalidad de las ofertas a la nueva coyuntura económica. A los efectos de este motivo de recurso, se adjunta un informe pericial cuyo contenido es, en síntesis, el siguiente:

- El poder adjudicador se ha basado, tanto en el expediente del año 2021 como en el ahora impugnado, en los datos proporcionados por el Observatorio de Transportes de Euskadi (en adelante, OTEUS), dependiente del departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras actualizado a 1 de enero de 2020; esta circunstancia es especialmente llamativa si se tiene en cuenta la evolución de la situación

económica de los dos últimos años (inflación, invasión de Ucrania, coste de la energía, etc.).

- No se contempla una partida de beneficio industrial que compense los riesgos de la actividad contratada; la recurrente propone, a estos efectos, un porcentaje del 6% sobre el PBL.
- No se contempla el coste de la disposición de los vehículos de reserva adscritos al contrato.
- No se contempla el coste de las medidas de prevención y seguridad establecidas por las autoridades sanitarias para la contención del COVID – 19.
- Se estima que el PBL del contrato impugnado debiera ascender a 14.263.664,78 euros, frente a los 10.344.620,88 euros que figuran en los pliegos (una diferencia del 38%), cantidad esta última con la que no cabe esperar ni una ejecución normal de la prestación ni una concurrencia suficiente al procedimiento de adjudicación.

d) Las penalidades especiales tipificadas en la cláusula específica 13.1 del PCAP incumplen el artículo 192.1 de la LCSP porque no son proporcionales a la gravedad del incumplimiento, en especial en relación con un PBL insuficiente y a la vista de los controles que ya ejerce la Diputación Foral; asimismo, se exceden las cuantías del 10% del precio del contrato (cada una de ellas) y del 50% del precio del contrato (en total). Además, no hay motivación suficiente para unas penalidades tan severas (artículo 193.3 de la LCSP).

e) La operativa del servicio contratado hace que sea muy difícil evitar la penalización si hay alguna avería en el vehículo “preferente”. A juicio del recurrente, ello hace que sea jurídicamente inaceptable la penalización de 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.

f) No se han ejecutado correctamente las Resoluciones del OARC / KEAO que anularon la exigencia de sistemas de retención infantil en el expediente anterior, pues la ficha técnica de numerosos itinerarios del contrato impugnado sigue señalando que “procede / dagokio” el sistema de retención infantil.

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 10 de junio
  - La comparecencia del perito autor del informe.

- La anulación del anuncio y los pliegos impugnados y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

- Que se ordene al poder adjudicador que prepare una nueva licitación del contrato en la que no incluyan los aspectos que han sido anulados en la licitación impugnada.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de AUTOBUSES BARREDO, S.L</u>

La alegante solicita que se celebre una vista para la aclaración del informe pericial propuesto por ANETRA.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

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

a) El plan anual de contratación es indicativo, no obliga a licitar todos los contratos o a hacerlo en las condiciones anunciadas y su ausencia no determina la invalidez de los pliegos.

b) La decisión de no limitar el número máximo de lotes al que puede adjudicarse a un mismo licitador es discrecional y no está condicionada por lo establecido en otros procedimientos anteriores con el mismo objeto.

c) El poder adjudicador alega que el PBL cumple las exigencias legales, que el recurrente no ha demostrado la inadecuación de los cálculos del órgano de contratación y que el umbral de temeridad es el mismo de la licitación anterior, que no fue recurrido. En particular, se alega la corrección de los cálculos sobre el coste del combustible (basados en los datos de OTEUS) y de las tarifas (basadas en las tarifas de referencia de los transportes públicos regulares de viajeros de uso especial). Por otro lado, se alega que los cálculos se han hecho con criterios generales para no repercutir negativamente sobre los transportistas que pudieran encontrarse en situación desfavorecida. En particular, se alega lo siguiente:

- Aunque los cálculos del PBL no parten de los datos del último informe de OTEUS, ello no tiene repercusión económica para la presupuestación del 97% de los itinerarios licitados; esta circunstancia tan solo afecta, en una desviación del precio del carburante del 2%, a un porcentaje mínimo de los lotes.
- Los cálculos de los costes se han efectuado a partir del módulo de tipo de autobús más grande (56-65 plazas), que solo es empleado en un porcentaje mínimo de los itinerarios; análoga situación se da para los recorridos estimados, pues se ha partido de un mínimo de dos vueltas por itinerario, equivalente a 115 kilómetros y dicha distancia está lejos de la realidad de los recorridos de transporte escolar en Euskadi. Esta metodología de cálculo ha generado un exceso en el importe de los costes.
- Para un análisis del beneficio debe tenerse en cuenta el precio máximo por itinerario y obtener el coste conforme al coste por kilómetro que se deduce de la simulación disponible en OTEUS; de esta operación resulta un beneficio neto del 32, 38%.

- Se alega que el recurrente no plantea la imputación de costes proporcional al servicio, sino que imputa el 100% de las partidas de coste al servicio de transporte escolar (es el caso, por ejemplo, del vehículo de reserva, que no está a exclusiva disposición del poder adjudicador). Así, el recurso asume que se realizarían 75.000 kilómetros anuales en la ejecución del contrato, cuando en el Territorio donde más kilómetros se alcanzan solo hay alrededor de 30.000 kilómetros (y ningún autobús puede ser preferente en dos itinerarios); asimismo, los costes se calculan partiendo de la ejecución del contrato los doce meses del año (en realidad, son diez).
- Se cuestionan los criterios adoptados por el recurrente, como la omisión de las subvenciones al combustible o el cálculo del ajuste de los incrementos salariales.

d) La recurrente no especifica con qué penalidades de las que figuran en la cláusula específica 13.1 del PCAP está en desacuerdo por incumplir el artículo 192.1 de la LCSP, ni expone los cálculos que le llevan a señalar que se han superado los límites porcentuales fijados en dicha norma. La Administración sostiene que, según los cálculos que adjunta, dichos límites no se superan.

e) Los pliegos no establecen que la autorización para utilizar el vehículo de reserva (en el caso de que se cambie el vehículo preferente del itinerario) tenga que ser previa al uso del mismo, tan solo se requiere al contratista que informe y motive dicho cambio mediante el canal que considere oportuno.

f) Ninguna cláusula de los pliegos incluye referencias a los Sistemas de Retención Infantil, y las contenidas en las fichas técnicas aluden al alumnado de dos años, indicando “0” en el apartado correspondiente.

g) El procedimiento de adjudicación, incluyendo el plazo de presentación de ofertas, está actualmente suspendido por Resolución del OARC / KEAO; si finalmente se levantase la suspensión el poder adjudicador ampliaría el plazo de presentación de ofertas en dos días más.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

Son varias las cuestiones que se plantean en el recurso que se irán analizando en el orden en el que han sido expuestas y contestadas por el poder adjudicador:

a) <u>Sobre la infracción del artículo 28.4 de la LCSP</u>

La recurrente alega que la licitación infringe el artículo 28.4 de la LCSP, referido a la programación de la actividad contractual de las entidades del sector público y que establece que dichas entidades darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 de la LCSP que, al menos, recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

1) El anuncio de información previa recogido en el artículo 134 de la LCSP tiene carácter voluntario para el poder adjudicador, tal y como se deduce claramente de la literalidad de la norma nacional ("…podrán publicar…") y del artículo 48 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública ("…podrán dar a conocer…") y como confirma expresamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 26/9/200, asunto C-225/98, ECLI:EU: C: 2000:494, apartados 27 a 45. Consecuentemente, la ausencia de anuncio previo no implica la invalidez del contrato impugnado ni tampoco la concesión de plazo adicional para la presentación de ofertas; con menos motivo se puede atribuir virtualidad invalidante a la falta de coincidencia entre el anuncio previo y los términos del posterior anuncio de licitación (artículo 135 de la LCSP), pues solo el segundo expresa la voluntad contractual definitiva del poder adjudicador, mientras que el primero tiene siempre un contenido estimativo, no solo en el clausulado, sino en lo que se refiere a la intención misma de contratar.

2) La conclusión expresada en el número 1) anterior no está afectada por el hecho de que el artículo 28.4 de la LCSP establezca la obligación de publicar un anuncio previo. Esta norma recoge dicho anuncio como instrumento de planificación de la actividad contractual; en este sentido, se trata de un mandato para los poderes adjudicadores que no busca regular el procedimiento de adjudicación ni sus efectos en él de la omisión del citado anuncio.

b) Sobre la arbitrariedad de la supresión de la limitación del número máximo de lotes que pueden adjudicarse al mismo licitador.

ANETRA señala que el poder adjudicador ha actuado arbitrariamente al suprimir la limitación del número máximo de lotes que pueden adjudicarse a un mismo licitador (artículo 99.4 de la LCSP) sin justificación alguna. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

1) Este Órgano viene señalando que, para la configuración del contrato, el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad, constreñida únicamente por los límites que, en general, afectan a cualquier potestad discrecional, especialmente el respeto al fondo reglado de la misma y a los principios generales de la contratación pública (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO); en cambio, el órgano de contratación no está condicionado por el contenido de contratos precedentes (ver la Resolución 84/2017). Asimismo, es el recurrente quien tiene que acreditar la infracción de los citados límites, más allá de que la configuración elegida le sea más o menos inconveniente (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019).

2) En este caso, el recurrente no prueba ni acredita, más allá de manifestaciones sobre la oportunidad de mantener la cláusula establecida en contratos anteriores, ninguna infracción legal. Por otro lado, debe señalarse que el artículo 99.4 de la LCSP exige la debida justificación expresa en el expediente de la decisión de limitar el

número máximo de lotes que pueden adjudicarse al mismo licitador, pero no pide dicha justificación para la opción de no establecer límite alguno.

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. 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) La respuesta del poder adjudicador ha discutido algunos aspectos de las alegaciones de la recurrente lo que, como mínimo, provoca dudas

[1] Ver Precios Carburantes (energia.gob.es)

razonables sobre su argumentación y, por el contrario, acredita que las opciones tomadas por el poder adjudicador para el cálculo del PBL no exceden los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia; es el caso, por ejemplo, de la omisión de las ayudas a la compra de combustible, de los criterios de imputación de los costes a la prestación contractual o del cálculo del ajuste de los incrementos salariales.

(ii) En particular, las alegaciones efectuadas por el recurrente sobre la insuficiencia de los importes económicos referidos a los medios materiales no pueden ser aceptadas. En concreto, para justificar el porcentaje de incremento en la partida de "amortización" se utiliza el argumento de la variación del IPC en los "valores de compra de cada tipología de autobús entre enero de 2020 y mayo de 2022", cuando las bases de la licitación no imponen a los licitadores la obligación de poner a disposición del contrato un autobús nuevo (únicamente se excluyen de la licitación aquellos cuya primera matriculación sea anterior al 31/12/2008), ni el vehículo ofertado tiene por qué ser destinado única y exclusivamente a la prestación del servicio. En lo que respecta a los costes de los vehículos de reserva, cabe realizar análoga observación, además de tener en cuenta que su disponibilidad está limitada a las averías o supuestos de fuerza mayor que afecten al vehículo preferente y que se puede solicitar su sustitución en cualquier momento de la ejecución del contrato (cláusula 2.2 y 2.3 del PPT).

(iii) La confrontación de la suma fijada como presupuesto del contrato con las apreciaciones de un informe pericial de parte, para ser eficaz no puede limitarse a expresar el punto de vista del técnico contratado al efecto que más allá de lo estrictamente cuantificador implique categorías jurídico – administrativas a veces voluntaristas y carentes de refrendo en las bases o en la legalidad administrativa contractual, como lo serían la necesidad de cuantificar un tasado "beneficio industrial" o unos "gastos generales" (ver, en este sentido, la STSJPV

de fecha 27 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TSJPA:2018:2725), o la exigencia de una revisión de precios del contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 131 del RGLCAP no es de aplicación automática al contrato de servicios por estar referido única y exclusivamente el contrato de obra.

(iv) No se considera relevante, a los efectos del recurso, el hecho de que el desglose de costes del contrato no recoja una partida específica de beneficio industrial, exigencia que tampoco se deriva del artículo 100.2 de la LCSP. Como ya se ha expresado, la exigencia del desglose de costes tiene un carácter instrumental para conseguir el objetivo de la adecuación del precio contractual al mercado; por ello, la omisión denunciada solo es relevante si ha llevado a la consignación de un precio inadecuado. En este caso, el órgano de contratación ha explicado que dicho beneficio se deduce del exceso con el que se han calculado ciertas partidas de gasto y del análisis del precio máximo por itinerario.

4) Finalmente, cabe señalar que las alegaciones efectuadas por el recurrente en relación con la revisión de los precios del contrato han de ser desestimadas porque es opción del legislador (artículo 103 de la LCSP) que en contratos como el que nos ocupa no se permita la revisión periódica y predeterminada de los precios.

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. La desestimación de este motivo de impugnación conlleva también la del motivo referido a la fijación del umbral de sospecha de anormalidad de la oferta, ya que el propio recurrente hacía depender esta última de la inadecuación del precio, que no se ha apreciado.

d) Sobre la ejecución de la Resolución 197/2021 del OARC / KEAO en lo relativo a los “sistemas de retención infantil”

El recurrente alega que los pliegos impugnados incumplen las Resoluciones del OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 197/2021) que anularon la exigencia de que los vehículos contaran con dispositivos de retención infantil porque las fichas técnicas de numerosos itinerarios (que no especifica) indican que “procede / dagokio” dichos sistemas. Si bien las cláusulas anuladas por este Órgano ya no figuran en los nuevos pliegos, las fichas técnicas de 47 de los 140 itinerarios que componen el contrato contienen la expresión “Sistemas de retención infantil / Haurrak lotzeko sistemak – procede / dagokio”. Consecuentemente, y con independencia de que este contenido se deba o no a un error, lo cierto es que se opone a la ejecutividad de las Resoluciones del OARC / KEAO, por lo que debe anularse.

e) Sobre la adecuación de las penalidades artículo 192.1 de la LCSP.

ANETRA alega que las penalidades de la cláusula específica 13.1 del PCAP 13.1 incumplen el artículo 192.1 de la LCSP por falta de proporcionalidad, exceder los límites porcentuales fijados en dicho precepto y no estar suficientemente motivadas. Este OARC / KEAO considera que este motivo de recurso debe desestimarse por lo siguiente:

1) Como ya se ha señalado en el Antecedente Cuarto, todas las penalidades que figuran en la cláusula ahora impugnada ya constaban en el contrato anterior, con excepción de la establecida en el apartado 5 (utilización de un vehículo de reserva no señalado en el documento contractual). Asimismo, ya constaban los mismos importes de penalización, calculados con base en los precios diarios de adjudicación y comunes para todas las infracciones del mismo tipo (leves o graves). Dicha estipulación no fue recurrida; consecuentemente, la preclusividad del recurso impone que este Órgano solo pueda pronunciarse sobre los reproches de falta de proporcionalidad y motivación en lo que se refiere a la única cláusula

novedosa, sin que quepa analizar si el importe de las sanciones supera o no los límites porcentuales fijados en el artículo 192.1 de la LCSP.

2) En primer lugar, debe señalarse que la LCSP no impone al poder adjudicador la obligación de motivar o justificar expresamente el establecimiento de una penalidad como la impugnada. En particular, esta exigencia no consta en el propio artículo 192, ni tampoco en el listado de extremos cuya justificación debe figurar en el expediente recogido en el artículo 116.4. El segundo párrafo del artículo 193.3 sí pide dicha justificación, pero únicamente para las penalidades por demora en el cumplimiento del plazo de ejecución total que el órgano de contratación decida incluir en los pliegos y que sean distintas de las establecidas en el primer párrafo del mismo precepto, lo que no es el supuesto analizado.

3) Por lo que se refiere a la supuesta falta de proporcionalidad de la penalidad establecida en la cláusula impugnada, el recurrente la funda en reproches genéricos y comunes a todas las penalidades contenidas en ella, referidos a la vigilancia del servicio que ya efectúa la Diputación Foral y a que se estiman excesivos los importes de las sanciones en relación con el PBL, que se considera inferior al precio de mercado. Estas alegaciones no son aceptables, y no solo por su carácter genérico. En primer lugar, nada tiene que ver el ejercicio de las competencias administrativas que corresponden a la Diputación Foral para supervisar la actividad de transporte público con las facultades asignadas al poder adjudicador para garantizar el cumplimiento del contrato, y tampoco guarda relación el PBL previsto en los pliegos con las penalidades, cuyo importe no se basa en dicho PBL, sino que se calcula como porcentaje del precio de adjudicación.

f) <u>Sobre la penalización por uso de un vehículo de reserva no señalado en el documento contractual</u>

ANETRA 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. La recurrente afirma que no puede castigarse al contratista por circunstancias que escapan de su control, ni por una vería o por la imposibilidad de que el poder adjudicador (por horarios o carga de trabajo), autorice a utilizar un vehículo de reserva. A juicio de este Órgano, esta alegación debe aceptarse por los siguientes motivos:

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.

g) <u>Conclusión</u>

Lo expresado en las letras d) y f) supone la anulación de:

(i) la mención de que "procede / dagokio" el sistema de retención infantil en las fichas de los itinerarios en los que figura
(ii) el apartado 5 de la cláusula específica 13.1 del PCAP desde "…aunque este cambio…" hasta el final.

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 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, incluida la de conductor/a, a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitos en el Territorio Histórico de Araba", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), en los términos señalados en el epígrafe g) del apartado noveno de esta Resolución, y cancelando la licitación.

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, 2022ko urriaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de octubre de 2022