



EB 2022/086

Resolución 156/2022, de 20 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 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: Con fecha 27 de mayo de 2022 la empresa EXCURSIONES JAI ALAI 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, 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).

SEGUNDO: El mismo día 27 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 31 de mayo y 28 de julio.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T42K9-5D6D bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T42K9-5D6D en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



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

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de junio, se han recibido, el día 29 de junio, las alegaciones de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (en adelante, ANETRA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO: Solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la finalización de un procedimiento contencioso administrativo sobre un contrato anterior con el mismo objeto

Con carácter previo, debe decidirse sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la finalización de un procedimiento judicial.

a) Alegaciones de EXCURSIONES JAI ALAI

EXCURSIONES JAI ALAI alega que impugnó ante el OARC / KEAO el contrato antecedente del que ahora es recurrido (recurso EB 2021/154). Dicho Órgano estimó parcialmente el recurso en su Resolución 211/2021, la cual ha sido objeto de un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), actualmente en tramitación (número de procedimiento ordinario 131/2022). Dado que las cuestiones cuya legalidad se analizará en el procedimiento judicial se reproducen en el nuevo expediente, EXCURSIONES JAI ALAI entiende que se da una causa de prejudicialidad que obliga al OARC / KEAO a no resolver el recurso. En particular, se considera que la decisión que resulte del procedimiento ante el TSJPV puede influir en las cuestiones de fondo planteadas en el presente recurso especial; además, se podría producir una interferencia indebida en la competencia revisora del TSJPV y en los efectos de



su fallo. Por todo ello, se solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato impugnado hasta que se resuelva el procedimiento contencioso administrativo.

b) Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la solicitud señalando que el artículo 59.2 de la LCSP establece que, sin perjuicio de la interposición de un recurso contencioso administrativo, las resoluciones de los órganos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación son inmediatamente ejecutivas; alega también que no hay una suspensión automática aparejada a la presentación de dicho recurso, la cual paralizaría la contratación pública y problemas presupuestarios y de concurrencia.

c) Apreciaciones del OARC / KEAO

Tal y como se expone en el Antecedente de Hecho tercero de esta Resolución, el procedimiento de adjudicación ya está suspendido en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la LCSP. Sin embargo, esta medida provisional debe levantarse, como muy tarde, en la Resolución del OARC / KEAO que ponga fin al procedimiento de recurso (artículo 57.3 de la LCSP). La solicitud que ahora se analiza tiene un alcance mayor, ya que parece pedirse la suspensión de dicho procedimiento de adjudicación hasta que finalice el procedimiento contencioso administrativo ante el TSJPV; no obstante, el recurso es confuso en este punto, pues también señala que "...desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso administrativa, la existencia de dicha causa de prejudicialidad obliga a este Órgano Administrativo a no resolver el recurso", por lo que, aunque es claro que la suspensión finalizaría coincidiendo con el fallo del TSJPV, cabe la duda de si se quiere la suspensión del procedimiento de adjudicación (que es lo que interpreta este Órgano) o la del procedimiento de resolución del recurso.

En cualquier caso, esta pretensión no es aceptable. Téngase en cuenta que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad del



pronunciamiento futuro del órgano judicial o administrativo que resolverá el asunto principal, evitando que una posible decisión favorable a la pretensión deducida quede desprovista de eficacia (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994, de 18 de julio). Consecuentemente, la competencia para acordar la medida solicitada correspondería, en su caso, al TSJPV, que es quien conoce del litigio en cuyo ámbito habrá de dictarse la hipotética sentencia cuya efectividad pretende garantizarse.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de la mercantil VALLEON ASESORES LEGALES S.L.P, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:



- 1) Tal y como se ha expuesto en el Fundamento jurídico previo, la recurrente ha impugnado en vía contencioso administrativa el contrato antecedente del que ahora se analiza. La pretensión del presente recurso incluye varias cuestiones que este Órgano ya resolvió en sentido desestimatorio en su Resolución 211/2021, en concreto la valoración de la formación en conducción eficiente, el uso del euskera, la prohibición de que los vehículos de reserva sean preferentes en otros itinerarios y el grado de alcoholemia del conductor.
- 2) A la vista de lo señalado en el apartado 1) anterior, este Órgano estima que deben reiterarse los argumentos por los que se desestimaron los citados motivos de recurso por los argumentos ya contenidos en los apartados d), e), g) e i) del Fundamento jurídico noveno de la Resolución 211/2021 del OARC / KEAO.
- 3) El antecedente del contrato ahora impugnado es el expediente C02/003/2021, cuyos pliegos fueron anulados por este OARC / KEAO, con la consecuencia de la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver las Resoluciones 209, 210, 211, 212, 213 y 215/2021). 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. 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 lo señalado en el apartado 3) anterior, no cabe admitir el motivo de impugnación basado en la falta de determinada información relevante en las fichas técnicas sobre las limitaciones que afectan a la circulación de las vías, omisión que ya figuraba en los pliegos del contrato precedente del ahora impugnado.
- 5) Por último, el motivo de recurso referido a la mención en parte de las fichas de los itinerarios a los sistemas de retención infantil carece ya de objeto porque las cláusulas afectadas por él ya han sido anuladas por este OARC / KEAO en la Resolución 151/2022.

Consecuentemente, el resumen de las alegaciones de los interesados y las apreciaciones del OARC / KEAO se referirán únicamente al motivo de recurso basado en la inadecuación del Presupuesto Base de Licitación (PBL).

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 son los siguientes:

El PBL incumple la obligación de equilibrio presupuestario y el deber de información sobre el valor de los costes de todas y cada una de las partidas presupuestarias afectas a la explotación del servicio; en particular, se afirma lo siguiente:

- El método de cálculo del precio unitario (importe / día máximo de licitación) se ciñe a recoger la fórmula para el cálculo de la tarifa, sin que se sepa de dónde se obtienen las cifras que figuran en ella.
- Para los costes, hay una remisión a los datos del Observatorio del Transporte, sin que se facilite el correspondiente documento o el modo de acceder a él.
- No consta cómo se han determinado las partidas de costes de amortización y financiación (precios de adquisición de los vehículos tomados como referencia, vida útil, valor residual, etc.), ni cómo se han calculado los costes por kilómetro.
- No se conoce el grado o porcentaje de imputación de determinados costes, como los de personal (jornada completa, parcial en un porcentaje, etc.) o los costes directos de los vehículos (amortización, seguros, financiación...).
- No se ha especificado si en el cálculo del PBL y el precio unitario se han tomado en consideración los costes del vehículo de reserva.
- No hay previsión de beneficio industrial

El recurrente adjunta un informe pericial del que se deduce que el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de las prestaciones ni puede atraer una concurrencia idónea. Concretamente, los cálculos del informe concluyen en que el PBL debiera incrementarse en 2.225.157,66 euros, hasta los 20.475.862,50



euros (es decir, en un porcentaje del 13,58%). Para ello, se han utilizado los datos de los observatorios de costes de transportes de viajeros en autocar de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agencia Urbana, así como a las variaciones del Índice de Precios al Consumo del País Vasco publicadas por el Instituto Nacional de Estadística.

SÉPTIMO: Alegaciones de ANETRA

Por su parte, ANETRA alega lo siguiente:

- a) La recurrente fundamenta su recurso en el incumplimiento del mandato legal de adecuación del PBL al precio de mercado con base en un dictamen pericial, al igual que ANETRA en su recurso EB 2022/83. La alegante estima que la seguridad jurídica pide la acumulación de ambos recursos, teniendo en cuenta que ello no demoraría la resolución, ni perjudicaría los derechos de defensa de los interesados y es además la práctica habitual.
- b) Solicita la práctica de prueba para aclarar la opinión del perito que ha elaborado el dictamen de la recurrente y para que se produzca un careo entre dicho perito y el que elaboró el informe que fundamenta el recurso EB 2022/83; concretamente, interesa determinar:
 - (i) si la cuantificación realizada tiene alguna limitación,
 - (ii) contrastar el criterio de ambos peritos,
 - (iii) posibilitar que el autor del informe pericial aportado por la recurrente pueda pronunciarse sobre el desglose del PBL presentado por el órgano de contratación en el informe de respuesta al recurso y al margen del contenido de la memoria justificativa del expediente de contratación.
- c) Por lo que se refiere a los motivos de impugnación propiamente dichos, ANETRA señala que, dada su posición de coadyuvante en el procedimiento de revisión de un acto administrativo, y con la finalidad de no incurrir en fraude



procesal y mantener su posición manifestada en sus propios recursos, se abstiene de emitir cualquier manifestación al respecto.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega los argumentos que se resumen a continuación para defender la corrección del cálculo del PBL:

- No se ha aportado ningún cálculo que acredite que el PBL no es adecuado a los precios de mercado.
- Los costes de combustible se basan en los datos disponibles a enero de 2020 del Observatorio de Transporte de Viajeros por carretera en la Comunidad Autónoma de Euskadi, teniendo en cuenta los costes del módulo 56-65, aunque solo el 4,02% de los itinerarios del contrato se comprenden en dicho módulo (el de mayor capacidad); ello produce un margen respecto al resultado del cálculo si se hubieran utilizado los costes establecidos para cada uno de los módulos, y es suficiente para compensar la inflación y el incremento de los costes del combustible. También se ha incrementado el “margen de compensación” con la justificación de las tarifas, que se basa en la Orden de 30/6/2010, del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, que detalla la fórmula aprobada para las tarifas máximas para el transporte público regular de uso especial de viajeros. Los cálculos se han hecho con base en la capacidad máxima de cada uno de los módulos; lo mismo sucede con el número de kilómetros de vuelta. De todo ello se deduce un margen de beneficio del 32,38%.

NOVENO Apreciaciones del OARC / KEAO

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



a) Sobre la adecuación del PBL al mercado

El recurrente alega que el precio contractual y el PBL no se ajustan al mercado. 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 (que la LCSP no pide que consten en el expediente), 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), como hace el recurrente en el caso del vehículo de reserva.



- 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) 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, y en este caso, el órgano de contratación ha explicado que dicho beneficio se

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



deduce del exceso con el que se han calculado ciertas partidas de gasto y del análisis del precio máximo por itinerario.

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.

b) Conclusión

A la vista de lo expuesto en el apartado a) anterior, el recurso debe desestimarse. A juicio de este Órgano, no es necesaria la acumulación solicitada por la alegante porque los recursos se basan en motivos de impugnación, argumentos y situaciones procesales del recurrente diferentes.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto 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).

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

TERCERO: Habida cuenta de 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: 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 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de octubre de 2022