



Expediente: 46/2021

ACUERDO 61/2021, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SOCIEDAD DE AUTOMÓVILES DEL RÍO ALHAMA, S.A. frente al pliego regulador del contrato “*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*”, licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 10 de mayo de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*”.

La publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 11 de mayo.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de mayo SOCIEDAD DE AUTOMÓVILES DEL RÍO ALHAMA, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública contra los pliegos del citado contrato, alegando lo siguiente:

1<sup>a</sup>. Que se impugna la cláusula 28<sup>a</sup> de las bases, en donde se dispone que “*no procede la subrogación de personal trabajador*”, por resultar contraria al artículo 67.1 de la LFCP, que de forma taxativa impone la obligación de subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato.

Obligación que se impone también en los artículos 20 y concordantes de la resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor.

Que *“Es asimismo contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato que se recogen en el artículo 2.1 LCSP, toda vez que, partiendo de la premisa insoslayable de que la subrogación se producirá por ministerio de la ley, lo digan o no las bases, se priva a los licitadores -no adjudicatarios actuales- de una información esencial para poder conformar sus ofertas, cual es el personal a subrogar y su coste. De esta forma, los actuales adjudicatarios de los distintos lotes dispondrán de una información de la que no disponen el resto de licitadores, lo que les confiere una ventaja competitiva contraria a los reseñados principios”*.

2ª. Que la sola lectura de la base 11.2.2, donde se regula el sistema de valoración de las ofertas de cada lote, *“permite apreciar que se trata de un sistema absolutamente ininteligible, que admite muchas y muy variadas interpretaciones, lo que deja a los licitadores en una total situación de incertidumbre en cuanto a la forma en que sus respectivas ofertas van a ser valoradas. Así, dado que no se explica la forma en la que se interrelacionan el contenido de cada oferta y el orden de prelación fijado para cada lote, resulta imposible saber qué parámetros concretos determinan la mejor oferta de cada lote.*

*Dicho de otra forma, nos encontramos nuevamente ante una base contraria al principio de transparencia que se recoge en el artículo 2.1 LCSP, ya que no se puede calificar de transparente una cláusula que regula un sistema de valoración de ofertas que no resulta comprensible para los licitadores.”*

3ª. Que *“El Anexo XIII de las bases recoge las tarifas aplicables a los servicios, menores o mayores en función de que estos se presten en la zona 1 (mínima), zona 2 (intermedia) o zona 3 (máxima), respectivamente. Actualmente, Tudela se halla incluida en la zona C (intermedia), como se acredita en el documento nº 3 que aportamos. Sin embargo, el Anexo IX de las bases incluye ahora ese municipio en zona 1 (mínima), lo*

*que conlleva una notable bajada de tarifas (como se observa contrastando el Anexo XIII con el documento n° 3).*

*Esta modificación no se motiva en absoluto, lo que permite presuponer que la tarifa de partida es antieconómica e inviable en lo que respecta a la zona de Tudela. Y es que, si la tarifa correcta hasta ahora para la zona de Tudela era (es) la correspondiente al nivel intermedio, no se comprende cómo es posible que, sin que dicho municipio haya sido objeto de traslado, ahora la tarifa sea otra menor.*

*En consecuencia, procede estimar esta reclamación y anular el Anexo IX de las bases impugnadas en cuanto que incluye la zona de Tudela en la zona tarifaria mínima, por ser contrario a los artículos 40 y 42.4 LFCP.”*

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la anulación de dichas bases y la suspensión del procedimiento de licitación como medida cautelar.

TERCERO.- Con fecha 20 de mayo, este Tribunal cursó un oficio tanto al reclamante como al órgano de contratación, informándoles que con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado, conforme al artículo 124.4 de la LFCP, y, con ella, la del propio procedimiento de adjudicación del contrato, sin que proceda resolver expresamente sobre la solicitud de paralización del expediente formulada.

CUARTO.- Con fecha 24 de mayo el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, manifestando lo siguiente:

1ª. Subrogación.

Que la base 28ª de las bases reguladoras del contrato contempla la improcedencia de subrogación del personal trabajador, de conformidad con lo establecido en el artículo 67.1 de la LFCP y del artículo 19 del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor.

Que el artículo 1 del citado Acuerdo marco estatal, relativo al ámbito territorial, determina que *“el presente Acuerdo marco estatal sobre materias en el Sector de Transporte de Viajeros por Carretera se formaliza al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores y afectará a todas las empresas de transporte de viajeros por carretera en todo el territorio español con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el Conductor (en adelante, Acuerdo marco), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores en orden a eventuales concurrencias por la existencia de ámbitos de negociación que cuenten con sus propias normas convencionales de conformidad con las reglas que, a tales efectos, se incluyen en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva en el sector.”*

Que, asimismo, el artículo 2, referido al ámbito personal, establece que *“el presente Acuerdo será de aplicación a todos los trabajadores, excluidos aquellos que, en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, no prestan relación de carácter laboral o ésta sea una relación de carácter especial de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º de la mencionada norma.”*

Que, en cuanto al ámbito funcional, el artículo 3 señala que será de aplicación a todas las empresas de transporte de viajeros por carretera que presten servicios de transporte regular permanente de uso general, ya sea urbano o interurbano, regulares temporales, regulares de uso especial, discrecionales y turísticos. Será de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de otro trámite o negociación.

Que, respecto a su vigencia, el artículo 4 prevé que estará vigente hasta el 31 de diciembre del año 2023.

Que el artículo 5, referido a la eficacia, determina que *“el presente Acuerdo marco ha sido negociado y suscrito al amparo del artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, de ahí que pretenda articular la negociación colectiva del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera en torno al mismo.”*

*Las materias aquí tratadas serán de aplicación obligatoria e inmediata y, sin necesidad de que sean incorporadas en los Convenios Colectivos de ámbito inferior – incluidos los Convenios de empresa– que no contengan regulación propia sobre estas materias, no siendo posible ulterior negociación sobre las materias contenidas en el presente Acuerdo al haber quedado agotadas en este ámbito estatal. (...)*”

Que resulta de gran importancia la previsión contenida en el artículo 7, referido a la concurrencia, cuyo primer párrafo determina que *“al amparo de lo previsto en el artículo 84, en relación con el 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, la concurrencia de Convenios Colectivos de ámbito inferior se resolverá, salvo disposición expresa de este Acuerdo, aplicándose el contenido del Convenio de ámbito inferior hasta la finalización de su vigencia natural, en cuyo momento será de aplicación el presente Acuerdo en los términos fijados en su articulado, y respetando lo señalado en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los Convenios de Empresa y respecto de las materias relacionadas en el mismo. El Título IV relativo a sucesión convencional y subrogación, al tratarse de materia reservada al presente Acuerdo marco, será de aplicación obligatoria, sin necesidad de su incorporación a los Convenios Colectivos de ámbito inferior, desde el momento de su firma, con independencia de su publicación en el «BOE», y si algún Convenio Colectivo de ámbito inferior tuviera regulación sobre esta materia, desde el momento de la finalización de su vigencia pactada.”*

Que el artículo 19, al que hace referencia la base 28ª de los pliegos y que figura incluido dentro del Título IV “Sucesión convencional y subrogación”, establece en su apartado 1º que *“lo previsto en el presente título será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios. (...)*”

Que, como ya se ha expuesto con anterioridad, el Acuerdo marco se aprobó de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (del anteriormente vigente Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), pronunciándose en idénticos términos el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores vigente:

*“1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.*

*2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.*

*Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

*3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.”*

Que, una vez analizadas las previsiones contenidas en el Acuerdo marco, y confirmado su carácter de convenio colectivo atribuido por el Estatuto de los Trabajadores, procede determinar si en Navarra existe un convenio colectivo de ámbito inferior que resulte de aplicación.

Señala, a este respecto, que el Convenio Colectivo del sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra perdió su vigencia el 31 de diciembre de 2020, no habiendo un nuevo convenio colectivo en Navarra, por lo que al convenio colectivo

sectorial que hay que acudir en aplicación del artículo 67.1 de la LFCP es el ya citado Acuerdo marco estatal.

Respecto al citado artículo, señala que sí existe un convenio colectivo de aplicación, así como que este sí regula la subrogación en su Título IV, siendo el propio Acuerdo marco estatal el que determina que exclusivamente procederá la subrogación en el caso de servicios de transporte regular permanente de uso general. Asimismo, señala que el Acuerdo marco establece que el citado título es una materia reservada al mismo, que será de aplicación obligatoria, sin necesidad de su incorporación a los convenios colectivos de ámbito inferior.

Alega que el transporte escolar es un transporte público regular de uso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por lo que no le resulta de aplicación el Título IV del Acuerdo marco.

Que, sobre la subrogación del personal en el transporte escolar, ya se pronunció con anterioridad este Tribunal en la anterior licitación del año 2017, aprobando el Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, en el que estimó la reclamación referida a la subrogación puesto que el Convenio del Sector del Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra establecía la siguiente previsión en su artículo 33:

*“Artículo 33. Subrogación empresarial.*

*En materia de subrogación se aplicará lo acordado en el Título IV (artículos 19 a 24) del Acuerdo Marco Estatal sobre Materias del Transporte de Viajeros por Carretera mediante Vehículos de Tracción Mecánica de más de Nueve Plazas incluido el Conductor firmado el día 22 de diciembre de 2014.*

*No obstante, con el objeto de ampliar la garantía de subrogación respecto de lo establecido en el Acuerdo Marco Estatal, se establecen las siguientes cláusulas de refuerzo:*

*1. En lo referente a la tipología de servicios en los que aplicará la subrogación, se establece que además de a los servicios enumerados en el artículo 19.1 del Acuerdo Marco Estatal, la subrogación se aplicará, en los términos establecidos en el Título IV del citado Acuerdo Marco, a los servicios de transporte escolar con vehículos de*

*tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del conductor prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas indirectas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público y/o normativa foral correspondiente, y ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte, o de la industria o los servicios.*

*Regulándose la subrogación de estos servicios en lo referente a exclusiones, condiciones, personal a subrogar, obligaciones y efectos por lo establecido en el Título IV del Acuerdo Marco Estatal con las cláusulas de refuerzo establecidas en el presente convenio. (...)*”

Que este convenio de Navarra ya no está vigente y, por lo tanto, no resulta de aplicación esta previsión.

Que conviene reproducir una parte del citado Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre:

*“Efectivamente, tal y como sostiene la entidad contratante, el Acuerdo Marco Estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, regula en su Título IV la “Sucesión convencional y subrogación”, disponiendo en su artículo 19.1 que “Lo previsto en este Título será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios.*

*Lo dispuesto en el presente Acuerdo marco no prejuzga la aplicación, cuando proceda, de lo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en orden a la sucesión de empresas”.*



*Así pues, el citado Acuerdo Marco restringe su aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor; categoría donde no tiene encaje el transporte escolar, habida cuenta que la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su artículo 67 dispone que “Los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser: b) Por su utilización, de uso general o de uso especial.*

*Son transportes públicos regulares de uso general los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado.*

*Son transportes públicos regulares de uso especial los que están destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares”.*

Que, sin embargo, la reclamación fue estimada por la previsión contenida en el artículo 33 del convenio colectivo de Navarra, que ya no resulta de aplicación por no estar vigente.

Señala, asimismo, que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres regula en sus artículos 73 a 75 la subrogación del personal trabajador, si bien dichos artículos se incluyen en la sección primera del capítulo II, relativa a “los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general”, mientras que en la sección segunda de dicho capítulo, relativa a los “transportes regulares temporales y de uso especial” (entre los que se incluye el transporte escolar), no se regula la subrogación, siendo la única referencia que podría hacerse la del siguiente párrafo del artículo 89: “*Cuando el transporte sea contratado por alguno de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, el contrato deberá atenerse, en cuanto no se encuentre expresamente previsto en esta ley y en las normas dictadas para su desarrollo, a las reglas contenidas en la legislación sobre contratos del sector público.*”

Alega que dicha ley sí regula la subrogación para el transporte de uso general, y que si hubiera tenido voluntad de que se aplicara también en el transporte de uso especial, lo hubiera incluido en el artículo 89, lo cual no hace, remitiéndose, en nuestro

caso, a la LFCP, que a su vez se remite a los convenios colectivos sectoriales, que en el caso del transporte, en coherencia con la previsión de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, únicamente contempla la subrogación para el transporte de uso general.

Concluye que, en aplicación del artículo 67.1 de la LFCP, debemos acudir al convenio colectivo sectorial de aplicación, es decir, el Acuerdo marco estatal, que regula la subrogación en su Título IV, no procediendo esta puesto que única y exclusivamente está prevista para el transporte regular permanente de uso general.

## 2ª. Sistema de valoración.

*Alega que “Esta cuestión ha sido reclamada en parecidos términos en procedimientos de contratación anteriores ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra e incluso se ha pronunciado sobre la misma la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (sentencia 323/2018, de 11 de octubre de 2018) validando el sistema previsto en las bases.”*

Asimismo, señala que el Acuerdo 11/2021, de 3 de febrero, de este Tribunal, se pronunció sobre esta cuestión y determinó que no apreciaba en dicha cláusula *“oscuridad o falta de claridad alguna, pues tal previsión no puede analizarse de manera aislada, sino teniendo en cuenta el resto de cláusulas del pliego relacionadas con el diseño de los lotes a que anteriormente hemos hecho referencia.*

*Efectivamente, ninguna confusión genera el mecanismo de las rondas subrayado por la reclamante, pues cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que la cláusula segunda del pliego regulador, tras indicar que el número de lotes al que un mismo licitador puede presentar oferta es el que le sea posible según su solvencia, dispone que el número máximo de lotes de los que un mismo licitador puede resultar adjudicatario serán los que pueda ejecutar según tal solvencia, de forma que es precisamente en el caso de que un mismo licitador realice la mejor oferta para un número de lotes que precisen un número de vehículos superior a los disponibles cuando entra en juego la aplicación de la cláusula 11.2; de ahí la exigencia de indicar el orden de prelación*

*para la adjudicación de los lotes ofertados y el mecanismo de las rondas que se ha expuesto.”*

*Manifiesta que “Con este sistema de valoración previsto en la Base 11.2.2 se permite a las empresas licitar a diferentes lotes, aunque no tengan la solvencia técnica para ejecutar la totalidad de los lotes a los que presenten oferta, todo ello en aras de favorecer la concurrencia y la competitividad. Así, se requiere únicamente que las empresas tengan como mínimo un número de vehículos suficientes e idóneos para la ejecución del lote ofertado que en conjunto requiera más vehículos y/o capacidad. De esta forma las empresas licitadoras tienen la posibilidad de presentarse a varios lotes con lo que se favorece la competitividad en la licitación. Siendo necesario, por otra parte, que para resultar adjudicatarios de varios lotes, cada licitador tenga la solvencia técnica necesaria para la ejecución de los mismos.”*

### *3ª. Tarifas.*

Alega que para la presente licitación se ha efectuado un estudio de costes y de rutas que figura en el expediente de contratación, donde se han establecido tres zonas que se determinan de la siguiente forma:

*“Zona 1 - “Mínima”: se corresponde con el ámbito geográfico que integra las rutas que no cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del Servicio, en las que por tanto no es necesario prever incrementos de cuantía en alguno o todos los conceptos de coste calculados en la estimación de tarifas, pudiendo considerar que se trata de la zona con costes unitarios de base o “mínimos”*

*Zona 3 – “Máxima”: se corresponde con el ámbito geográfico que integra las rutas que cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del Servicio, bien por contar con una orografía accidentada, bien por la existencia en las mismas de unas características y recorridos en el trazado viario que hacen que la circulación de los autocares resulte significativamente menos eficiente que la que se produce en el resto de zonas, y por último, por presentar situaciones meteorológicas adversas estacionalmente que dan lugar a incrementos en determinados*

*conceptos de coste para garantizar la seguridad del transporte. Se considera como la zona de costes unitarios “máximos”.*

*A efectos del cálculo de tarifas aplicables por tramos y vehículos a dicha Zona se considera: (i) un incremento del 10% de los “costes temporales”<sup>21</sup> respecto a la cuantía calculada para dichos costes en la Zona 1 y (ii) un incremento del 100% de los “costes kilométricos”<sup>22</sup> respecto a la cuantía calculada para dichos costes en dicha Zona.*

*Zona 2 – “Intermedia”:* se corresponde con un ámbito geográfico intermedio entre las Zonas 1 y 3.

*A efectos del cálculo de tarifas aplicables por tramos y vehículos a la Zona 2 se ha considerado la cuantía media de los “costes temporales” aplicados en las Zonas 1 y 3, así como la cuantía media de los “costes kilométricos” aplicados en las Zonas 1 y 3.”*

Concluye que el Departamento de Educación, dentro de su potestad de definir los servicios objeto de licitación, ha considerado la zona de Tudela enmarcada en la zona 1, puesto que esas rutas no cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del servicio.

Finalmente, se informa que a fecha de aportación del expediente no se había presentado ninguna oferta, y se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los pliegos de contratación aprobados por una entidad sometida a la misma.

SEGUNDO.- La reclamación interpuesta se fundamenta en las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación

del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- El reclamante se encuentra legitimado para la interposición de la reclamación conforme a lo exigido por el artículo 123.1 de la LFCP, por cuanto su objeto social tiene relación con el objeto del contrato, realizando la actividad de transporte terrestre de pasajeros.

QUINTO.- A través de la interposición de la presente reclamación especial se impugnan las cláusulas 28, 11.2.2 y el Anexo IX de las Bases reguladoras para la contratación del servicio de transporte escolar en vehículos de más nueve plazas para el curso 2021/2022, interesándose su anulación.

Siguiendo el orden establecido por la reclamante en el escrito de interposición de la reclamación, en relación con la impugnación de la cláusula 28 relativa a la subrogación del personal por infracción del artículo 67.1 LFCP, debemos advertir que ha tenido lugar la desaparición sobrevenida del objeto de la reclamación en este concreto extremo, toda vez que dicha base ha sido anulada por este Tribunal con ocasión de la resolución de sendas reclamaciones que han sido formuladas, con idéntico fundamento, frente a la misma.

Efectivamente, en nuestro reciente Acuerdo 55/2021, de 21 de junio, resolvimos la anulación de la cláusula 28 de las bases reguladoras del contrato al que se contrae la presente reclamación, por infracción de lo dispuesto en los artículos 66 y 67 LFCP, razonando, en síntesis, que *“la vigente LFCP ha ido mucho más allá en lo que a la regulación de este extremo se refiere, contemplando de manera imperativa en su artículo 67.1 la obligación de subrogar el personal no sólo cuando lo prevea el convenio colectivo en las condiciones que éste regule, sino también cuando éste no exista o no regule tal circunstancia; previsión que no tiene otra finalidad u objetivo que garantizar en mayor medida las finalidades expuestas en la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, relativas a la exigencia del mantenimiento del empleo en los supuestos de*

*cambio de contratista - que incluso se extiende a los supuestos de modificación en la forma de prestación del servicio por asumirlo directamente la Administración -, y que en el supuesto analizado obliga a entender que, finalizada la vigencia del convenio colectivo sectorial, y ante la ausencia de previsión al respecto en el Acuerdo Marco Estatal, la obligación de subrogar surge de la LFCP y se aplica a todos los trabajadores, por ser ésta, como decimos, la finalidad perseguida por el legislador foral al establecer tal obligación en los artículos 66 y 67 LFCP que es obligado tener en cuenta en su aplicación.*

*Interpretación que, además, se acomoda al principio de jerarquía normativa proclamado en el artículo 9.3 CE, pues en modo alguno resultaría admisible que la aplicación de una norma convencional tuviese como resultado la infracción de una obligación impuesta en una norma con rango de ley formal como es la LFCP; siendo ésta precisamente la consecuencia alcanzada con la interpretación postulada por la entidad contratante, cuando, como se ha dicho, dicha Ley Foral impone la obligación de subrogación del personal en los contratos de servicios como el que nos ocupa”; advirtiendo que, alcanzada la conclusión relativa a la procedencia de subrogación del personal, el nuevo pliego deberá recoger la información que sobre este extremo exige el artículo 67.2 del mismo cuerpo legal.*

Siendo esto así, la base impugnada mediante la presente reclamación ya ha sido anulada por una resolución anterior de este Tribunal directamente ejecutiva, resultando que en aras del principio de seguridad jurídica no cabe sino concluir que ha tenido lugar la desaparición sobrevenida del objeto de la reclamación en este punto; pronunciamiento que encuentra su amparo en lo dispuesto en los artículos 21.1 y 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria al presente procedimiento de reclamación conforme a lo indicado en el artículo 124.7 de la LFCP.

SEXTO.- En segundo lugar, cuestiona la reclamante la adecuación a derecho de la cláusula 11.2.2 de las Bases reguladoras relativa a la propuesta de adjudicación, por infracción del principio de transparencia, alegando al respecto que se trata de un sistema de valoración ininteligible que admite diversas interpretaciones, resultando imposible conocer qué parámetros concretos determinan la oferta más ventajosa.

Sobre este particular, opone la entidad contratante que esta cuestión ha sido reclamada en parecidos términos en procedimientos de contratación anteriores ante este Tribunal, que en su Acuerdo 11/2021, de 3 de febrero, determinó que no apreciaba en dicha cláusula oscuridad o falta de claridad alguna; habiéndose pronunciado sobre la misma la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (sentencia 323/2018, de 11 de octubre de 2018) validando el sistema previsto en las bases.

Expuestas de manera sucinta las posiciones de las partes, y a los efectos de resolver sobre el motivo de impugnación invocado debemos acudir a lo dispuesto en la cláusula 11.2 de las Bases reguladoras que, en relación con la propuesta de adjudicación, tras disponer que la Mesa de Contratación valorará, en primer lugar, la totalidad de las ofertas y analizará la existencia de ofertas anormalmente bajas, señala en su apartado segundo que *“11.2.2 Para valorar las ofertas, la mesa de contratación atenderá, en cualquier caso, a las ofertas más ventajosas (iniciales o resultantes) de cada lote. Para la realización de las propuestas de adjudicación se utilizará el siguiente procedimiento:*

*En primera ronda se propondrá adjudicatarios a las mejores ofertas de cada lote, teniendo en cuenta su orden de prelación (anexo III) y las características y el número de los vehículos inicialmente disponibles.*

*En rondas sucesivas, se propondrá adjudicatario a las mejores ofertas resultantes en cada lote, teniendo en cuenta asimismo el orden de prelación establecido por las empresas y los vehículos disponibles en cada ronda.”*

Sentado lo anterior, asiste razón a la entidad contratante cuando afirma que la cuestión relativa a la oscuridad de la regulación transcrita ya ha sido resuelta por este Tribunal con ocasión de la resolución de otra reclamación interpuesta frente a la licitación que de este servicio se ha sustanciado en ejercicios anteriores; procedimientos cuyas bases tenían idéntico el tenor literal que el de la cláusula ahora controvertida. Pronunciamiento que, por elementales razones de seguridad jurídica, adelantamos ya, vamos a reiterar en este caso, máxime a la vista de la escasa fundamentación en la que la reclamante sustenta su impugnación, pues se limita a indicar que no se explica la forma en que se interrelaciona el contenido de cada oferta y el orden de prelación fijado para cada lote.

Así, en nuestro Acuerdo 11/2021, de 3 de febrero, al resolver una reclamación interpuesta frente al pliego de un contrato de servicio de transporte escolar para el curso 2020/2021, concluimos la adecuación a derecho del procedimiento contemplado en un pliego de igual regulación a la ahora impugnada poniendo de relieve la claridad del sistema previsto. En consecuencia, atendiendo, como decimos, a razones de seguridad jurídica y para mantener el principio de unidad de doctrina procede estar a lo allí declarado, en doctrina que es de plena aplicación al caso mutatis mutandi, y que ahora reproducimos:

*“QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial el anuncio de licitación y los pliegos reguladores del contrato del Servicio de Transporte Escolar (14 rutas) en vehículos de más de 9 plazas para el curso 2020/2021, interesándose su anulación con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:*

*a) Infracción de los principios de publicidad y transparencia, así como de eficiencia y adjudicación a la mejor oferta calidad precio y de concurrencia competitiva, derivada de la oscuridad y confusión de la cláusula 11.2.2 del pliego regulador. (...).*

*Se ocupa de la propuesta de adjudicación el apartado segundo de la cláusula undécima, señalando que “11.2.1 La mesa de contratación valorará, en primer lugar, la totalidad de los criterios cuantitativos de todas las ofertas y analizará la existencia de ofertas anormalmente bajas. En su caso, se solicitará la justificación de las ofertas así consideradas, excluyéndose aquellas que no estén debidamente justificadas, sean o no las ofertas más ventajosas de cada lote.*

*En el caso de que varias proposiciones obtuvieran la misma puntuación, se aplicarán los siguientes criterios de desempate en el orden señalado:*

*1. El mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33%, siempre que la empresa o profesional tenga en plantilla un porcentaje superior al 2% de trabajadores con discapacidad, en el momento de la acreditación de su solvencia.*

*2. El menor porcentaje de trabajadores eventuales, siempre que éste no sea superior al 10%.*

*En los casos en que en aplicación de los criterios anteriores fijados por el pliego persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo.*



11.2.2 Para valorar las ofertas, la mesa de contratación atenderá, en cualquier caso, a las ofertas más ventajosas (iniciales o resultantes) de cada lote. Para la realización de las propuestas de adjudicación se utilizará el siguiente procedimiento:

\* En primera ronda se propondrá adjudicatarios a las mejores ofertas de cada lote, teniendo en cuenta su orden de prelación (anexo III) y las características y el número de los vehículos inicialmente disponibles.

\* En rondas sucesivas, se propondrá adjudicatario a las mejores ofertas resultantes en cada lote, teniendo en cuenta asimismo el orden de prelación establecido por las empresas y los vehículos disponibles en cada ronda.

11.2.3 Para la valoración de la oferta económica serán tenidas en cuenta la totalidad de las ofertas admitidas a licitación sin atender a su posible exclusión por falta de solvencia en el lote del que se trate, salvo que sea considerada como anormalmente baja, en cuyo caso será excluida.

11.2.4 La Mesa de contratación comprobará específicamente la compatibilidad de los vehículos propuestos en el anexo IV-A y anexo IV-C para ejecutar diferentes rutas.

11.2.5 La retirada injustificada de la proposición en algún lote supondrá incurrir en causa de prohibición de contratar de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 1 j) de la Ley Foral de Contratos.”

(...)

SEXTO.- Comenzando por el primer motivo de impugnación alegado, sostiene la reclamante la oscuridad de la cláusula 11.2.2 del pliego, indicando al respecto que puede generar confusión en los licitadores. Asimismo, entiende que con arreglo a dicha cláusula existe una adjudicación “inicial” y simultánea de todos los lotes a la oferta más ventajosa, pero luego los ofertantes que hayan ofertado a más de un lote y hayan resultado en primer lugar o inicialmente como oferta más ventajosa, sólo resultarán como oferta más ventajosa resultante, por su orden de prelación, a los lotes que por los vehículos disponibles puedan llevar a efecto; vulnerándose así los principios de publicidad, igualdad, transparencia, así como oferta más ventajosa y concurrencia efectiva, por hacer depender todo ello del lote que se ha señalado primero (como prelación) y de a cuales se haya podido presentar dicho licitador que se presenta a distintas ofertas, es decir, de una aleatoriedad o azar ajena a los principios señalados.

Ceñiremos, en este momento, nuestro análisis a la denuncia realizada sobre la oscuridad de la referida cláusula del pliego regulador y la adecuación de la

*interpretación que de la misma expone la reclamante; pues, en caso de ser acertada tal interpretación, la cuestión relativa a si resulta ajustada a la legalidad está íntimamente relacionada con el segundo de los motivos de impugnación, y, por tanto, se analizarán conjuntamente.*

*Sobre la cuestión relativa a la interpretación de las cláusulas contenidas en los pliegos reguladores de los contratos, en nuestro Acuerdo 97/2020, de 23 de octubre, señalamos que (...).*

*La cláusula 11.2 del pliego regula, en los términos transcritos en el fundamento precedente, la valoración de las ofertas por la Mesa de Contratación y la realización de la propuesta de adjudicación en lo que califica como “rondas”, atendiendo a las mejores ofertas realizadas en cada lote, al orden de prelación señalado por los licitadores y a los vehículos de los que éstos disponen, que actúa como límite al número de lotes de los que pueden ser adjudicatarios. No apreciándose en esta cláusula oscuridad o falta de claridad alguna, pues tal previsión no puede analizarse de manera aislada, sino teniendo en cuenta el resto de cláusulas del pliego relacionadas con el diseño de los lotes a que anteriormente hemos hecho referencia.*

*Efectivamente, ninguna confusión genera el mecanismo de las rondas subrayado por la reclamante, pues cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que la cláusula segunda del pliego regulador, tras indicar que el número de lotes al que un mismo licitador puede presentar oferta es el que le sea posible según su solvencia, dispone que el número máximo de lotes de los que un mismo licitador puede resultar adjudicatario serán los que pueda ejecutar según tal solvencia, de forma que es precisamente en el caso de que un mismo licitador realice la mejor oferta para un número de lotes que precisen un número de vehículos superior a los disponibles cuando entra en juego la aplicación de la cláusula 11.2; de ahí la exigencia de indicar el orden de prelación para la adjudicación de los lotes ofertados y el mecanismo de las rondas que se ha expuesto.”*

En consecuencia, no cabe apreciar en la regulación contenida en la base 11.2.2 infracción alguna del principio de transparencia; lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- En tercer y último lugar, impugna la reclamante el Anexo IX de las Bases reguladoras con motivo de la modificación relativa a la inclusión de Tudela en la

zona 1 y no en la intermedia que es donde se encuentra en la actualidad; señalando, al respecto, que tal modificación carece de motivación y hace presuponer que la tarifa correspondiente resulta inviable.

De contrario, opone la entidad contratante que para la licitación, se ha efectuado un estudio de costes y de rutas, que figura en el expediente de contratación, donde se han establecido tres zonas; considerándose la zona de Tudela incluida en la zona 1 por cuanto las rutas correspondientes no cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del servicio.

Efectivamente, tal y como señala la reclamante, conforme al anexo IX (Rutas, lotes y precios) de las bases reguladoras, la ruta que incluye Tudela forma parte del lote 63 y se incluye en la zona 1; estableciendo el Anexo XIII los precios en función de las zonas, diferenciando entre Zona 1 Mínima, Zona 2 Intermedia y Zona 3 máxima.

Sentado lo anterior, cabe traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la discrecionalidad que asiste al órgano de contratación en lo que a la determinación del precio de los contratos se refiere, quien en ejercicio de tal facultad deberá garantizar que el mismo resulte adecuado al mercado; siendo, tal determinación un criterio técnico que sólo resulta revisable por este Tribunal, en contra de la discrecionalidad técnica de la Administración, en la medida en que se aprecie error, arbitrariedad o falta de motivación.

Así, en nuestro Acuerdo 10/2021, de 3 de febrero, pusimos de manifiesto que *“A este respecto, son numerosos los acuerdos de este Tribunal, en los que se establece que la fijación del precio constituye una facultad discrecional del órgano de contratación, por ser quien mejor conoce el interés público que busca satisfacer con el contrato. Baste citar el Acuerdo 100/2018, de 4 de octubre: “En ellos indicábamos que “es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la*

*contratación. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato.”*

Tal y como alega el órgano de contratación, consta en el expediente un informe sobre el cálculo de las tarifas de referencia para la licitación del servicio, de abril de 2021, en cuyas páginas 23 y 24 se motiva la división del servicio en zonas geográficas, en los siguientes términos: “(3) Zonas

*El Informe considera a efectos del cálculo de tarifas por tramos tres Zonas distintas:*

*Zona 1 - “Mínima”:* se corresponde con el ámbito geográfico que integra las rutas que no cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del Servicio, en las que por tanto no es necesario prever incrementos de cuantía en alguno o todos los conceptos de coste calculados en la estimación de tarifas, pudiendo considerar que se trata de la zona con costes unitarios de base o “mínimos”

*Zona 3 – “Máxima”:* se corresponde con el ámbito geográfico que integra las rutas que cuentan con especiales dificultades geográficas y de accesibilidad para la prestación del Servicio, bien por contar con una orografía accidentada, bien por la existencia en las mismas de unas características y recorridos en el trazado viario que hacen que la circulación de los autocares resulte significativamente menos eficiente que la que se produce en el resto de zonas, y por último, por presentar situaciones meteorológicas adversas estacionalmente que dan lugar a incrementos en determinados conceptos de coste para garantizar la seguridad del transporte. Se considera como la zona de costes unitarios “máximos”.

*A efectos del cálculo de tarifas aplicables por tramos y vehículos a dicha Zona se considera: (i) un incremento del 10% de los “costes temporales” respecto a la cuantía calculada para dichos costes en la Zona 1 y (ii) un incremento del 100% de los “costes kilométricos” respecto a la cuantía calculada para dichos costes en dicha Zona.*

*Zona 2 – “Intermedia”:* se corresponde con un ámbito geográfico intermedio entre las Zonas 1 y 3.

*A efectos del cálculo de tarifas aplicables por tramos y vehículos a la Zona 2 se ha considerado la cuantía media de los “costes temporales” aplicados en las Zonas 1 y 3, así como la cuantía media de los “costes kilométricos” aplicados en las Zonas 1 y*

3”. Informe que, frente a lo alegado de contrario, cumple las exigencias formales de motivación, pues conforme a lo preceptuado en el artículo 138.3 LFCP, la adecuación del precio del contrato a mercado debe justificarse en el informe razonado de la unidad gestora que inicia el expediente de contratación, como así sucede en este caso.

Dicho lo anterior, cabe también recordar que el criterio del órgano de contratación en la determinación del precio goza de presunción de acierto; presunción *iruris tantum* que traslada a la reclamante la carga de probar la concurrencia de un error en el mismo, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero; presunción de acierto que deriva de que la determinación de tal elemento del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal amparado por la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, limitándose así las posibilidades de su revisión de este Tribunal a los supuestos en que se aprecie error, arbitrariedad o falta de motivación.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 618/2020, de 14 de mayo, al señalar que *“(…) Pues bien, debemos comenzar recordando que, según reiterada doctrina de este Tribunal, la determinación del precio forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación. En efecto, en la resolución nº 47/2020 se decía:*

*“Este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones (si bien bajo la vigencia del derogado TRLCSP, cuyo artículo 87.1 contenía una prescripción similar al del actual artículo 102.3 LCSP) que “la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica” (por todas, Resolución nº 423/2017, de 12 de mayo) y, señalábamos en Resolución nº 237/2017, de 3 de marzo, que:*

*“(…) al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede*

*enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas (...)*”.

*Y continúa diciendo la Resolución nº 237/2017:*

*“[...] cuando se debaten por los licitadores las mismas, mediante argumentos escasamente acreditados o, como nos ocurre en el presente caso vacuas de norma prueba, y no estamos hablando de otra cosa que de la discrecionalidad técnica que acompaña a este tipo de valoraciones cualificadas por técnicos y efectuadas por los órganos competentes del ente que licita el contrato, frente a las que podrá alegarse en contra por los interesados, pero donde esas alegaciones carecerán, en principio de toda validez, cuando discutan cuestiones meramente técnicas sin acompañarse de prueba suficiente y salvo, lógicamente que quede acreditado un manifiesto error en la actuación desarrollada en este ámbito por el órgano de contratación, y con ello podemos remitirnos a las numerosas resoluciones dictadas por este Tribunal en materia de la discrecionalidad técnica que, como decíamos antes, debe acompañar también las decisiones adoptada en la elaboración del objeto contractual, la fijación de los precios y su reflejo en los documentos contractuales”.*

*En el mismo sentido se expresa la Resolución nº 1502/2019, con abundante cita. (...)*”

En el supuesto analizado, según indica la entidad contratante la inclusión de Tudela en la zona 1 obedece a la circunstancia de que no presenta especiales dificultades geográficas y de accesibilidad; estableciéndose en el apartado 4 del citado informe los criterios para el cálculo de las tarifas, en función de lo que denomina “costes temporales” y “costes kilométricos”, así como de las zonas, el tipo de rutas y la dotación de recursos humanos.

Así las cosas, la inclusión de Tudela en la zona 1 y la repercusión que ello conlleva respecto al precio a abonar en la ruta correspondiente, se encuentra justificada conforme a lo indicado en el informe técnico referido, sin que la mera alegación del precedente de otras licitaciones sin mayor sustento tenga entidad suficiente para desvirtuar la presunción de acierto de la que goza - pues bien pudiera suceder que precisamente la experiencia de anteriores licitaciones haya sido determinante para la modificación en la zona ahora contemplada -; no evidenciándose, de otro lado, error en

la apreciación de ausencia de dificultades geográficas y accesibilidad en dicha zona que han motivado su concreta ubicación en lo que a las tarifas se refiere. Circunstancias que determinan la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Declarar la pérdida sobrevenida del objeto de la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SOCIEDAD DE AUTOMÓVILES DEL RÍO ALHAMA, S.A. frente al pliego regulador del contrato “*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*”, licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación, en lo que a la impugnación de la base 28 se refiere por haber sido objeto de anulación mediante Acuerdo 55/2021, de 21 de junio, de este Tribunal; desestimándola en el resto.

2º. Notificar este acuerdo a SOCIEDAD DE AUTOMÓVILES DEL RÍO ALHAMA, S.A., a la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 14 de julio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Natividad Goñi Urriza.