



Expediente: 47/2021

ACUERDO 74/2021, de 5 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET) 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 la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (en adelante ANET) interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública contra los pliegos del citado contrato, alegando lo siguiente:

1ª. No han podido tener acceso al estudio económico del contrato, pero, en cualquier caso, los precios de la licitación no se ajustan a los costes necesarios

Alega que el 11 de mayo solicitaron al órgano de contratación el acceso al informe económico del contrato justificativo de los precios de licitación fijados para

cada ruta, habiéndosele privado de la posibilidad de evaluar el mismo, lo que le coloca en una posición de indefensión proscrita por el artículo 24 de la CE y resulta contrario al principio de transparencia previsto en la LFCP.

Solicita, por ello, la concesión de un plazo para poder evaluar el informe económico de la Administración y poder ampliar la reclamación o, en su caso la apertura de un periodo probatorio a través del cual poder discrepar con mayores garantías acerca de los precios y costes del servicio licitado.

Señala que, sin perjuicio de lo anterior, y conforme se acredita a través del informe económico pericial que se adjunta, los precios de licitación no se ajustan a los costes si se comparan con los precios de la anterior licitación (año 2017) y con el suplemento que el Departamento de Educación está abonando actualmente a las empresas de transporte escolar por los gastos añadidos que traen causa del COVID-19, dado que los de la actual licitación resultan inferiores a los de aquella. Lo que le lleva a concluir que no se contemplan todos los costes y que los precios de licitación no se ajustan a mercado en los términos definidos en los artículos 42 y 43 de la LFCP, concluyendo el informe pericial que adjunta lo siguiente: *“Los precios máximos establecidos para la licitación de los servicios de transporte escolar convocada por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra en mayo de 2021 son inferiores a los de la licitación de 2017 incrementada en los gastos de las medidas anti-COVID para 150 de las 192 rutas en que puede realizarse la comparación, lo que supone un 78,12% de dichas rutas”*.

2ª. El modo de acreditación de la solvencia técnica resulta discriminatoria y contraría los principios de concurrencia y de igualdad de trato

Alega que no se alcanza a comprender porqué la base 8ª de las bases reguladoras, relativa a la solvencia técnica y profesional, acepta el compromiso de disposición de vehículos de otros operadores, pero, por ejemplo, no el compromiso de disponer de un vehículo que está en proceso de compra o, incluso, en periodo de matriculación. Señala que esta restricción incide en la concurrencia y conduce a un resultado discriminatorio y contrario al principio de igualdad previsto en el artículo 2 de

la LFCP, dado que en la presente licitación la solvencia coincide, en realidad, con los vehículos que serán adscritos a la ejecución del contrato.

3ª. El modo de acreditación del kilometraje de los vehículos en los criterios de adjudicación es erróneo y contrario al principio de igualdad de trato, no permitiendo evaluar las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Alega que el modo de acreditación contemplado en las bases reguladoras resulta completamente erróneo y no permite conocer en modo alguno cuál es el kilometraje real de los vehículos al tiempo de presentación de la oferta, ya que lo único que certifica la Dirección General de Tráfico son los kilómetros de la última ITV, pero no los reales del vehículo en el momento de la licitación, que, en vehículos de transporte de viajeros de menos de cinco años pueden llegar a suponer los kilómetros realizados durante un año.

Adjunta un certificado de la DGT de un vehículo de su propiedad y una fotografía del cuentakilómetros a 19 de mayo, constando en aquél 134.349 kilómetros y en esta 135.675 kilómetros.

Señala que, a lo anterior, debe añadirse que la DGT hace constar en sus documentos que *“no se hace responsable de la veracidad de las lecturas del kilometraje reflejadas en este informe ya que han sido facilitadas por entidades ajenas a la DGT”*.

Concluye que dicha base infringe el artículo 64.1.c) de la LFCP, que exige que los criterios *“garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”*, con afección directa a los principios de igualdad de trato y de efectiva competencia, por lo que el único medio que debiera contemplarse para acreditar el kilometraje es el tique del tacógrafo.

4ª. No hay disponibilidad de vehículos “cero emisiones”, por lo que el criterio de adjudicación de carácter ambiental no reparte todos los puntos.

Alega que en el mercado no hay vehículos que sean CERO EMISIONES, o que los que hay (de hasta 19 plazas), están sin homologar, por lo que el criterio no puede otorgar los 15 puntos, lo que vulnera el artículo 64.1, apartados a) y b), de la LFCP.

Señala que lo anterior se deduce de la comunicación enviada por el Secretario General de la Asociación Española de fabricantes de Automóviles y Camiones (ASCABUS).

5ª. Manifiesta infracción del artículo 67 de la LFPC en relación con la subrogación del personal.

Alega que, al contrario de lo dispuesto en la cláusula 28ª de las bases reguladoras, sí procede la subrogación conforme al artículo 67.1, no existiendo convenio colectivo en vigor desde el 31 de diciembre de 2020.

6ª. Incoherencia del coste del acompañante: nueva infracción de los precios de la licitación y del coste de prestación del servicio.

Alega que el coste del acompañante es diferente en el caso de los vehículos de la categoría A+ respecto al resto de tipos de vehículos, lo que carece de todo fundamento, dado que debiera ser el mismo. Señala que en aquel tipo de vehículos la tarifa se calcula incrementando en un 12% la de los vehículos tipo A, lo que carece lógica a la vista de que el coste es el mismo para los tres tipos de vehículos P, M y A, infringiéndose los artículos 42 y 43 de la LFPC.

7ª. Existencia de rutas que requieren más de 175 días de servicio.

Alega que la cláusula 29.4 señala que *“Las certificaciones por los servicios realizados se abonarán por meses vencidos. La certificación de los servicios se calculará multiplicando el importe de adjudicación del precio/ruta día por el número de días realizados, siendo el máximo 175 días para todo el curso escolar”*, cuando lo cierto es que existen rutas cuyo servicio excede de 175 días, concretamente en algunas de aquellas en las que se acude a centros de diferentes municipios en los que los días festivos no son coincidentes, lo que no es admisible y supone un evidente enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

8ª. Exigencia de posicionamiento GPS: protección de datos e infracción del precio de licitación en cuanto a precio no ajustado a mercado.

Alega que la cláusula 18ª establece como obligación que el licitador remita el posicionamiento GPS de los vehículos durante el transcurso del servicio, utilizando alguna de las alternativas especificadas en el anexo XII, lo cual conlleva la geolocalización del conductor y, en su caso, del acompañante, comprometiéndose su intimidad y la protección de sus datos personales, no estableciendo las bases ninguna garantía que permita el cumplimiento de la normativa reguladora de esta última materia.

Señala que *“tal como se expone en el Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes del Grupo de Trabajo del Artículo 29, este tipo de dispositivos no pueden servir para seguir el comportamiento o el paradero de los conductores, añadiéndose en el Dictamen 2/2017, sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29, que es necesario adoptar en todo caso las oportunas cautelas como defensa de los legítimos derechos que asisten a los trabajadores en materia de protección de datos, tales como la realización de una evaluación de impacto antes de implementar tecnologías de geolocalización o asegurarse y asegurar que los datos recogidos a través de esta vía se traten a un fin específico y que no cuentan con un propósito más amplio que permita la observación continua del trabajador, o su trazabilidad vital o patrones de conducta, que forman parte de su intimidad personal”*.

Alega, asimismo, que no es lícito exigir al conductor la obligación de proporcionar medios personales, como su propio móvil, para facilitar la geolocalización, como señala la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 136/2019, de 6 de febrero, que declaró que es contrario al derecho a la protección de datos exigir a la persona trabajadora comunicar al empresario una dirección de correo electrónico y disponer de un teléfono móvil con conexión a internet para instalar una aplicación de geolocalización.

Señala que, además, es altamente posible:

“Que el órgano de contratación no haya considerado en su estudio de costes del contrato que las empresas adjudicatarias van a tener que hacer frente a nuevas adquisiciones de móviles y dispositivos, lo que, nuevamente, sería constitutivo de infracción a los artículos 42 y 43 de la LFCP, relativos a la necesidad de que el precio de licitación sea adecuado a mercado y contemple todos los costes de prestación del servicio.

Que el órgano de contratación no haya considerado que cuando no hay acompañante es el propio conductor quien va a tener que manejar la aplicación, con el riesgo a la seguridad que ello implica.

Que la aplicación APP del Departamento de Educación solo es válida para dispositivos ANDROID, con la consecuente obligación de adquirir móviles de esta compañía.”

9ª. No es admisible que en determinados días de servicio no se abone precio alguno: enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

Alega que las cláusulas 17ª, 19ª y 29ª establecen los supuestos en que no se abonará el precio por día, así como que esta última cláusula señala que “La empresa adjudicataria no facturará aquellos días lectivos en los que todos los alumnos transportados en un mismo vehículo no asistan al centro educativo y, por lo tanto, no se haya realizado la ruta. Si se ha realizado solo la ruta de ida, o la de vuelta, se facturará el 50% del importe (precio/día de adjudicación)”.

Señala que esta exigencia no responde a los artículos 42 y 43 de la LFCP, concurriendo un manifiesto enriquecimiento injusto a favor de la Administración, ya que los transportistas están obligados a disponer durante todo el curso escolar del vehículo, del conductor y, en su caso, del acompañante, además del resto de costes del servicio, de administración, servicios generales, etc., propios de una empresa.

Concluye que procede equiparar estos supuestos a la no prestación del servicio por causa de fuerza mayor o por inclemencias meteorológicas, donde se abona el 50%

del importe del precio/día del contrato, puesto que las circunstancias son exactamente las mismas.

10ª. Numeroso compendio de errores en las bases reguladoras que las invalidan de todo punto.

Alega que, tal y como se analiza con detalle en el anexo nº 12, *“las bases adolecen de numerosos errores de servicio, de previsiones, de vehículos necesarios según plazas y rutas, de kilometrajes calculados, rutas que presentan problemas para maniobrar en pueblos, previsión de más plazas del vehículo solicitado que alumnos han de ser recogidos pero que no están previstos, falta de servicios en pueblos en los que existen alumnos, olvido de la necesidad de acompañantes en algunas rutas y un largo etcétera que incide, como es evidente y se explica por sí mismo, en las condiciones económica y técnicas del servicio”*. Señala que todos esos errores conducirán a la necesaria modificación de los servicios, lo que no es admisible, máxime cuando en todos los casos reflejan un menor valor de la licitación en su conjunto, observándose también reducciones de tarifa en alguna zona que antes tenía una tarifa superior.

Asimismo, alega que faltan alumnos de algunas poblaciones, no aportándose los horarios de entrada y salida de cada centro escolar, siendo esta información imprescindible para poder elaborar la oferta, siendo posible que los servicios dobles no lleguen a tiempo a realizar el segundo servicio.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la nulidad del anuncio de licitación y de la documentación que lo acompaña, así como la consecuente nulidad del procedimiento de contratación. Asimismo, solicita la medida cautelar de suspensión de dicho procedimiento.

TERCERO.- Con fecha 21 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 suspensión del procedimiento formulada.

CUARTO.- Con fecha 20 de mayo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 25 de mayo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el mismo 25 de mayo el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito alegando lo siguiente:

1ª. Precios de licitación

Alega que la solicitud de ANET de acceso al estudio de costes se realizó a través del Registro General y no a través del Portal de Contratación, siendo esta la vía prevista en el artículo 49 de la LFCP para el acceso a la información de la licitación.

Señala que se ha efectuado un estudio de costes y rutas, así como que el cálculo de las tarifas es el resultado de la suma de los diferentes costes estimados que se producen en la prestación del servicio en cada una de las rutas, de los gastos generales de estructura y del beneficio industrial. Considera que los costes y tarifas se ajustan a lo exigido por el artículo 42.2 de la LFCP, estando los costes debidamente justificados en el expediente, así como que no deben tenerse como referencia los de la licitación del curso 2017-2018, puesto que los lotes, rutas, zonas, tipos de vehículos, tramos de kilómetros, etc., son distintos.

2ª. Modo de acreditación de la solvencia técnica

Con cita del artículo 17 de la LFCP, señala que la mejor manera de acreditar la disponibilidad de los vehículos es ostentar la titularidad de los mismos, si bien, también se permite la cesión de uso de los vehículos ya matriculados, dado que de esta manera también se puede comprobar el cumplimiento de sus exigencias técnicas.

3ª. Modo de acreditación del kilometraje de los vehículos

Señala que el único informe oficial posible que refleja el número de kilómetros recorridos es la certificación emitida por la DGT, en la que se expresan los kilómetros de los vehículos de la última ITV. Manifiesta que la posible variación existente entre estos kilómetros y los recorridos al momento de presentación de las ofertas ya ha sido tenida en consideración para la asignación de los puntos, y más teniendo en cuenta que la ITV de los vehículos de menos de cinco años se pasa anualmente y la de más de cinco años cada seis meses, de conformidad con el Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos.

4ª. Criterio de carácter ambiental

Señala que la clasificación medioambiental viene determinada por el anexo II-E del Real Decreto 2822/1998, del Reglamento General de Vehículos, siendo evidente que el Departamento debe incluir como criterio a valorar todas las categorías de clasificación ambiental reguladas en el citado Real Decreto, incluida la de cero emisiones.

5ª. Subrogación

Señala que la base 28ª 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.

6ª. Coste acompañante

Alega que el estudio de costes que consta en el expediente establece un método de cálculo específico para todos los tipos de vehículos que tiene en cuenta los conceptos de coste directos e indirectos, tomando para ello, entre otras referencias, la del Observatorio de costes de transportes de viajeros en autocar del Ministerio, a la vez que define criterios para su formulación por zonas y modalidades de prestación acordes a la realidad de las necesidades del servicio en la Comunidad Foral de Navarra, utilizando información directa y actualizada de fuentes de los distintos sectores que sirven de soporte a los componentes que posibilitan la prestación del servicio: autocares, neumáticos, seguros, combustibles, talleres, etc.

Señala que la prestación del servicio por cada uno de los vehículos posibles da lugar a unos costes totales distintos entre los mismos, a los que se aplica el beneficio industrial y el IVA para obtener la tarifa de licitación.

Manifiesta que, debido a las circunstancias especiales que le afectan, se concluye un cálculo de la tarifa para el vehículo A+ a partir de los costes totales correspondientes al vehículo A, incrementados en un 12%.

Señala que la explicación de los costes del personal acompañante en los vehículos P, M y A coinciden, es muy simple, y sirve de igual forma para el coste del personal conductor, siendo así que se trata de un coste temporal, que se obtiene a partir

del coste unitario de la hora de servicio por parte de dicho personal y que no varía en función del vehículo. Alega que las variaciones de costes sólo se producen por la necesidad de un mayor o menor número de horas empleadas en los distintos tramos de recorrido, de las zonas y de las necesidades de prestación de las rutas, no por cambios en el coste unitario del personal.

7ª. Rutas de más de 175 días de servicio

Señala que los días lectivos de un curso escolar son 175, ciñéndose el objeto de licitación a los días lectivos de los centros escolares, así como que, en todo caso, se abonarán los días de servicio efectivamente prestados a lo largo del curso escolar. Manifiesta que las propias bases ya determinan los casos excepcionales en los que se comparten rutas o las mismas van a dos centros con diferente calendario por días festivos, en los que se abonará el 80% del importe del precio día del contrato.

8ª. GPS

Señala que, conforme al anexo XII de las bases reguladoras, hay dos sistemas para proporcionar la posición GPS de los vehículos: una APP móvil y un sistema de transmisión de datos a través de un servicio web; así como que, en ambos casos, el sistema de autenticación se hace a nivel de empresa y no se identifican los datos del personal.

En la app móvil se da un usuario/contraseña por empresa y, en todo caso, aun existiendo la posibilidad de generar distintos usuarios para distintas rutas, en ningún momento es posible conocer ni en qué dispositivo se está utilizando, ni el dueño del mismo. Señala que la información que solicita la aplicación es el usuario/contraseña (empresa o usuario sin datos personales), matrícula del vehículo y ruta (estos dos últimos elegidos por el usuario de la aplicación). No se exige que la aplicación se instale en el teléfono personal del conductor, ni en el de los cuidadores, pudiendo instalarse en un teléfono proporcionado por la empresa. Asimismo, manifiesta que la aplicación la puede utilizar el conductor, puesto que sólo se necesita actuar en el dispositivo antes de comenzar la ruta y al finalizarla, cuando el vehículo está detenido.

Igualmente, como se ha señalado, como alternativa a la app, también se da la posibilidad de que se integre mediante un servicio web en un dispositivo GPS en los vehículos que dispongan del mismo.

Concluye que el fundamento principal de exigir el “sistema de posicionamiento” de los vehículos es el necesario control de la ejecución de los servicios contratados, lo cual constituye un deber para la Administración, así como que, con las dos alternativas expuestas, se facilitará esta labor al poder controlar los recorridos, los tiempos, los horarios y las incidencias en los servicios que se presten.

9ª. No prestación de servicio

Señala que la previsión del último párrafo de la cláusula 19ª responde principalmente al final del curso escolar, donde el alumnado de educación secundaria obligatoria termina sus clases a finales de mayo o principios de junio, y a partir de ese momento ya hay muchas rutas que decaen porque no van alumnos. Manifiesta que esta circunstancia se notifica por parte del centro escolar y no se realiza el servicio de transporte, por lo que obviamente no se abona el mismo.

10ª. Errores en las rutas

Niega que se existan los errores que se alegan y señala que las rutas, los recorridos, el tipo de vehículo, la zonificación, las tarifas, etc., son novedosas en la presente licitación, habiéndose establecido después de un estudio muy detallado para conseguir la máxima eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios, por lo que no cabe su comparación con los servicios de transporte escolar realizados hasta el momento.

Señala que la previsión de plazas es, precisamente, una previsión, puesto que todavía no se conoce la matriculación real del alumnado para el curso 2021-2022, así como que, en las rutas que se indican en la reclamación en las que la previsión de plazas es mayor que el tamaño del vehículo exigido, se ajustará el número real de alumnos cuando se conozca la matriculación.

Manifiesta que la planificación conjunta del transporte comprende tanto esta licitación de vehículos de más de nueve plazas, como la licitación de vehículos de hasta nueve plazas (taxi), que actualmente está en fase de preparación, circunstancia que explica que haya localidades cuyo alumnado se transporte en taxi y no en autobús.

Alega que al Departamento no le consta ningún informe o prueba relativa a la imposibilidad de realizar los recorridos licitados o la imposibilidad de maniobrar en las rutas.

Respecto al horario y calendario de los centros, señala que la cláusula 4ª establece que *“el plazo de ejecución del contrato será el periodo comprendido desde el primer día hasta el último del curso 2021-2022. Las fechas exactas de iniciación y de terminación del servicio vendrán determinadas por el Departamento de Educación en función del calendario escolar de cada centro. Estas fechas serán comunicadas con la suficiente antelación al inicio del servicio. Cualquier modificación puntual de días lectivos será comunicada al adjudicatario de cada lote con, al menos, 15 días naturales de antelación”*, y el punto segundo de la cláusula 29ª que *“el servicio de transporte escolar se acomodará obligatoriamente al calendario escolar previsto para cada centro, ajustándose a posibles variaciones de horario además de las que previsiblemente deberán producirse en junio y septiembre, y atendiendo, en su caso, a necesidades extraordinarias, previa comunicación del Departamento de Educación”*.

Señala que anualmente se aprueban por el Departamento de Educación las instrucciones para la elaboración del calendario y horario escolar por parte de los centros educativos, dado que son ellos los competentes para su configuración, e insiste en que el calendario escolar se comunicará a las empresas con la suficiente antelación para que adopten las medidas organizativas necesarias.

Concluye señalando que el calendario escolar y el horario exacto no están determinados para el curso 2021-2022, cambiando cada curso, como ha venido sucediendo en todos los procedimientos de contratación de este 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.

QUINTO.- Atendiendo a la solicitud del reclamante relativa a la ampliación de su reclamación una vez pudiera acceder al informe económico del contrato, con fecha 26 de mayo se le concedió motivadamente un trámite de alegaciones complementarias, habiendo aportado el 31 de mayo un nuevo escrito en el que alega lo siguiente:

1ª. El coste total del protocolo COVID de Educación no está incluido en los precios de licitación

Alega que el punto 6 de la página 10 del informe hace mención a los costes derivados del COVID (mascarillas, gel hidroalcohólico y limpieza-desinfección diaria), incluyéndose en el cálculo de la tarifa únicamente los de menor coste, pero imputándose las limpiezas-desinfecciones en un apartado, el de los costes indirectos, que los propios estudios utilizados para la realización del informe ya reconocían dentro de las estructuras de coste de manera previa a la pandemia, por lo que este coste no se está teniendo en cuenta, siendo dicha limpieza-desinfección obligatoria según el plan de contingencia curso 2020-2021 del propio Departamento.

Asimismo, alega que el informe de costes no contempla la situación actual, en la que los recursos de las empresas se vienen dedicando, casi en exclusividad, al transporte escolar, al ser la única actividad que se ha mantenido después del estado de alarma inicial, y que tiene visos de ser la principal actividad para mantener la flota de autobuses. Señala que el reparto del cómputo de jornada sobre 221,25 jornadas para los costes temporales no refleja la situación actual, en la cual las empresas están imputando la totalidad de los costes temporales e indirectos a los 175 días del servicio. Manifiesta que esto es significativo en el cálculo de los kilómetros de los distintos tipos de vehículos, que contemplan los 40.000 o 45.000 km anuales para el reparto de costes kilométricos. Señala que la Resolución 103/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía establece la obligación de dar cobertura a estos costes, por lo que entiende necesaria una partida presupuestaria independiente como en el curso 2020-2021.

2ª. Costes laborales no incluidos correctamente

Alega que el informe sobre el cálculo de las tarifas no tiene en cuenta el absentismo del personal, ni las horas de formación del conductor y el tiempo del reconocimiento médico, señalando lo mismo respecto al personal acompañante.

Señala que, igualmente, se obvia la existencia de un coste adicional del 80% del seguro colectivo del convenio, regulado en el artículo 18 del convenio colectivo extinto, pero que, como derecho de los trabajadores, queda contractualizado a 31 de diciembre de 2020, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de diciembre de 2014, recurso de casación 264/2014).

Asimismo, señala que sorprende la reducción del 50% del coste salarial del personal acompañante, así como la no inclusión de igual antigüedad que la del conductor, determinándose que sea un tercio de la de esta. Concluye que deberían contemplarse los costes del personal subrogado en cada una de las rutas.

3ª. Imputación de costes a los vehículos adaptados

Alega que los gastos temporales e indirectos de los vehículos adaptados deben ser imputados al 100%, dado que es imposible su utilización en otros servicios, lo que no se tiene en cuenta, aplicándose un criterio injustificado de incremento del precio tarifa de referencia del 10%, obviando además que la aplicación de dichos costes a los 175 días del calendar escolar de dichos centros, con el criterio de 221,25 jornadas como clave de reparto, es injusto e insuficiente para este tipo de servicios.

4ª. Criterio erróneo de los costes indirectos

Alega que los costes indirectos se imputan a los costes temporales y kilométricos proporcionalmente a su cuantía respecto de la suma de ambos, cuando, según el Observatorio de Costes del Ministerio de Transportes, están vinculados a la figura del autocar y no a los costes de la prestación directa del servicio. Asimismo, señala que las bases del pliego establecen que los días que no haya niños, por motivos no imputables a la empresa de transporte, no se liquidará cantidad alguna, por lo que el Departamento debería abonar la cuantía de costes temporales e indirectos, para cada una de las rutas,

dado que la empresa pone a su disposición toda su estructura (vehículos, conductos, administración) para esos 175 días.

5ª. Falta de justificación de los criterios de zonas y kilómetros y rutas dobles

Alega que en las páginas 23 y 24 del informe económico se determinan unos criterios subjetivos para incrementar los costes kilométricos para las zonas 2 y 3, partiendo de la zona 1, que no se justifican con ningún dato de referencia, lo que genera una gran indeterminación en la tarifa de las rutas de esas zonas.

Asimismo, señala que el incremento de 15 minutos por cada 20 kilómetros para la imputación del componente temporal en los distintos tramos, supone que la velocidad comercial es de 80 km/hora, la máxima para circular con menores por las carreteras limitadas a 90 km/hora, por lo que se obvian las paradas y las entradas y salidas a las poblaciones, en las que se circula a menor velocidad.

Señala que, en cuanto a la aplicación en tarifa de este criterio, en su cálculo, manifiesta un error a comprobar, dado que no se aplica un incremento de 0,25 horas por los 15 minutos de tiempo, sino 0,15 horas, que en el ámbito decimal de aplicación no son 15 minutos.

Por último, señala que la simplificación en el cálculo de las rutas dobles, que se anuncia en la página 26 del informe, a un criterio de incremento del 20% en las cuales la dedicación del componente temporal debe ser mayor, por entre otros, los tiempos de espera entre servicios.

6ª. Sobrecoste en el ámbito urbano no contemplado en costes kilométricos

Alega que en la página 24 del informe se considera que la Zona 3 – Máxima se aplica cuando las circunstancias son de reducción de la velocidad y con un consumo menos eficiente, aplicándose este criterio en carreteras de orografía complicada, pero no en el ámbito urbano-interurbano, donde el consumo y el tiempo son mayores, por lo que la compensación del coste kilométrico y temporal no compensa estos. Asimismo, señala que en los tramos más cortos no se compensa de manera correcta el mantenimiento

mínimo de los vehículos, y no se contempla dentro de los costes kilométricos ninguna cuantía económica que refleje los kilómetros hasta el posicionamiento en cabecera de salida de los servicios.

Por último, solicita que se plantee una fórmula de actualización de tarifas que permita mantener la prestación del servicio en mejores condiciones.

SEXTO.- Asimismo, el Departamento de Educación presentó el 3 de junio un nuevo escrito de alegaciones frente a las realizadas por el reclamante:

1ª. Coste protocolo COVID

Señala que el coste de la limpieza y desinfección se incluye en el capítulo de costes indirectos porque no es específica de este servicio, sino que es un gasto general necesario para la prestación de los servicios de transporte de viajeros, conforme a lo determinado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Por el contrario, los costes de mascarillas y gel hidroalcohólico sí se incluyen como gastos directos.

Alega que los importes que ANET indica se establecieron en un expediente de emergencia para el curso 2020-2021, de forma independiente a la prestación de los servicios de transporte escolar adjudicado en 2017-2018, actualmente prorrogado, sin que resulten vinculantes para la licitación de los servicios en el curso 2021-2022 y siguientes.

Señala que el estudio de costes se realiza en base a los distintos costes en que se incurre en la prestación del servicio de transporte escolar, a los que se suma el beneficio aplicado a dicha actividad, no habiéndose diseñado el servicio ni las tarifas para soportar los costes de otros servicios públicos o privados que prestan las empresas del sector, ni tampoco para asumir las pérdidas que se deriven de otras actividades. Alega, a este respecto, que el servicio se corresponde con las 175 jornadas lectivas del calendario escolar, y no con las 221,25 jornadas del convenio colectivo del sector, no estableciéndose limitación alguna para que, tanto en las jornadas no lectivas, como en el horario que queda fuera del servicio de traslado del alumnado, las empresas puedan

dedicar sus recursos a otros servicios públicos o privados, como viene ocurriendo, es decir, no se contrata la exclusividad o la disposición plena de las empresas y sus recursos durante todo el año.

Alega que el Departamento de Educación no es el competente para asumir responsabilidades o habilitar soluciones respecto al impacto económico que la pandemia ha causado a las empresas del sector, en ámbitos de servicio distintos al transporte escolar.

Concluye que los costes añadidos por la situación COVID han sido incluidos, como se explica en el estudio de costes.

2ª. Costes laborales

Señala que la identificación y metodología del cálculo de los costes de personal quedan suficientemente reflejados en los distintos apartados que integran el capítulo 2 (Metodología) del estudio de costes que figura en el expediente.

Alega que, tal y como se señala en el mismo, dado que el convenio del sector “ha caducado sin que haya sido sustituido por un nuevo Convenio”, el cálculo se ha realizado tomando en consideración los conceptos básicos y relevantes de coste – retribuciones por categorías, antigüedad, cotizaciones, etc. –, aplicando unas hipótesis y coeficientes de actualización anual que cubren sobradamente aquellos conceptos que no se han considerado específicamente, dada la dificultad de comprobación de su implementación real en el propio sector de Navarra y que, en cualquier caso, resultan irrelevantes a efectos de coste (como, por ejemplo, 5,5 horas de formación anual del conductor para 175 jornadas lectivas).

Señala que, para el caso del coste por antigüedad laboral, para el que tampoco existen datos específicos para el sector en Navarra, se han aplicado supuestos de antigüedad media elevados respecto a lo que se ha considerado en alguno de los estudios de referencia (por ejemplo, tres veces más que el estudio de costes de transporte discrecional de viajeros en autocar realizado para la actualización del

Observatorio), lo que permite compensar también los costes no especificados por su irrelevancia y limitada información.

Respecto al coste asociado al acompañante, señala que la función de este se inicia cuando se recoge al primer alumno y finaliza cuando lo deja en su destino, dado que entonces ya no hay alumnado que acompañar, así como que se trata de un puesto de trabajo con mucha mayor movilidad laboral que la del conductor, por lo que se considera excesivo considerar una antigüedad equivalente a la de este. Alega que, en cualquier caso, ninguna de las referencias utilizadas para el estudio de costes considera los costes de acompañamiento para el cálculo de los costes de personal, sino que tan sólo consideran los del conductor. Por último, insiste que no procede la subrogación del personal trabajador.

3ª. Costes de vehículos adaptados

Señala que no se considera que el “autobús adaptado” requiera una dedicación exclusiva al servicio de transporte escolar, ya que existen otros servicios donde se puede utilizar, no sólo para transportar viajeros con algún tipo de discapacidad, sino también sin ella, dado su tamaño. Asimismo, señala que no comparte la afirmación de imputar los costes generados en las 221,25 jornadas, en lugar de las 175 jornadas lectivas, al servicio de transporte escolar.

4ª. Costes indirectos

Señala que, al contrario de lo alegado por ANET, el estudio de costes define y calcula los costes indirectos de la misma forma que lo hace el Observatorio del Ministerio de Transportes y, más concretamente, los cuantifica en el 12,5% de la cuantía de los costes directos para cada tipo de autocar que, a su vez, son el resultado de la suma de la cuantía de los denominados costes por tiempo y costes kilométricos.

Manifiesta que en la estructura de costes del Observatorio no se incluyen, dentro de los costes temporales, los costes por protocolo COVID, y para el cálculo de los costes kilométricos no se consideran las dietas.

Señala que la consideración del estudio de costes de establecer los costes unitarios temporales y kilométricos incluyendo, en cada caso, la parte proporcional de los costes indirectos no modifica en ningún caso estos últimos a la hora de su repercusión en las tarifas finales.

Concluye que, en relación a los posibles criterios de agrupación de costes y su conceptualización en términos de costes unitarios, hay que advertir que los documentos de referencia para su revisión y adaptación al presente servicio (el Observatorio de costes del transporte de viajeros en autocar y el Estudio de Costes del transporte discrecional de viajeros en autocar) utilizan y razonan en base a criterios distintos, lo que no permite calificarlos de erróneos.

5ª. Zonas y kilómetros

Alega que la definición de las zonas, rutas, vehículos, lotes, etc., es potestad de la Administración con base en el principio de autoorganización administrativa en la prestación de los servicios públicos.

Señala que la asignación de 3,5 horas de partida – en la base inferior: rutas de hasta 20 km – para cada tramo de la zona 1, de 3,85 horas para los tramos de la zona 3 y de 3,67 horas para los de la zona 2, incluye, entre otros, la consideración de los tiempos de parada para la recogida y entrega del alumnado en los destinos, así como las entradas y salidas a las poblaciones, en las que se circula a menor velocidad.

Asimismo, señala que las tarifas de cada tramo se calculan para un supuesto de ejecución del servicio en el límite kilométrico temporal y superior del mismo; es decir, una tarifa para el tramo 20-40 km se calcula en base a los costes temporales y kilométricos que se producirían para una prestación del servicio de 40 kilómetros, independientemente de que se opere sobre una distancia inferior, y para un tiempo máximo de las denominadas “horas de partida”, más el incremento temporal considerado en el tramo independientemente anterior y la aplicación del incremento previsto para el nivel superior del tramo en el que se opera, independientemente de que el tiempo real de prestación sea inferior para las distancias inferiores del tramo.

6ª. Ámbito urbano

Alega que la asignación de horas de partida a las que alude en el apartado anterior sirve para compensar el “menor rendimiento” en el ámbito urbano.

Concluye señalando que el estudio de costes elaborado es completo y que las tarifas están suficientemente justificadas, teniendo en cuenta todos los costes necesarios para la realización de los servicios, conforme a los artículos 42 y 43 de la LFCP. Asimismo, señala que ANET pone en duda los criterios establecidos por la Administración, pero en ningún momento justifica ni acredita que los costes reales de las empresas actualmente adjudicatarias sean superiores a las tarifas de licitación o que impidan realizar los servicios. Igualmente, hace referencia de manera constante a los precios de la licitación del curso 2017-2018, si bien dicha licitación no debe servir de referencia puesto que ha sido cuestionada la participación de varias empresas y de la propia asociación reclamante por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Señala que en la última licitación realizada en el mes de diciembre de 2020 con 14 rutas de autobús, a la que se presentaron empresas pertenecientes a ANET, las ofertas rebajaron una media de un 20% el precio teórico de licitación de las tarifas de 2017-2018, con los gastos COVID incluidos, por lo que se evidencia que los costes de mercado están por debajo de las tarifas de la licitación de dicho curso.

Por último, señala que se ha previsto aplicar un 18% de beneficio industrial, precisamente, con el fin de que las empresas puedan hacer frente a las pequeñas incertidumbres sobre la variabilidad de los costes y tengan margen de crecimiento posible en los años previstos de servicio, como se indica en la página 40 del estudio de costes.

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.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme al artículo 123.1 de la LFCP, que señala que esta *“podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

Tal y consta en el artículo 3 de sus Estatutos, ANET es una institución que *“tiene como misión la representación mayoritaria del sector en todos los ámbitos y frentes, defendiendo los intereses legítimos y comunes de sus miembros asociados”*. Asimismo, su artículo 4.a) señala entre sus fines *“la tutela y defensa de los intereses económicos y profesionales comunes de sus miembros ante cualquier organismo y jurisdicción”*.

La legitimación de esta asociación para interponer reclamaciones frente a pliegos de contratos de servicios de transporte ya ha sido examinada y admitida por este Tribunal con anterioridad, tal y como se alega en la reclamación, en los Acuerdos 25/2017, de 25 de mayo, 56/2017, de 25 de septiembre, y 89/2020, de 9 de octubre, entre otros.

QUINTO.- La reclamante alega, en primer lugar, que se le ha colocado en una situación de indefensión y que se ha vulnerado el principio de transparencia por falta de acceso al informe económico del contrato.

Esta cuestión fue examinada durante la tramitación de la reclamación con objeto de la presentación el 11 de mayo de 2021 de una solicitud por parte de la reclamante de acceso a dicho informe económico. El secretario del Tribunal recordó al órgano de contratación que debía remitir dicho informe a la reclamante mediante escrito de 25 de mayo de 2021. Efectivamente, se había producido una negativa injustificada al acceso al informe económico del contrato, razón por la que se estimó su solicitud de realización de alegaciones complementarias, las cuales fueron presentadas el 31 de mayo. Tras ello, se le concedió idéntico trámite al órgano de contratación, a fin de salvaguardar el principio contradictorio, habiendo formulado estas nuevas alegaciones el 3 de junio. Por lo tanto, el derecho de defensa del reclamante y de audiencia de las partes se ha visto satisfecho.

SEXTO.- En segundo lugar, la reclamante indica que los precios de licitación no se ajustan a los costes por comparación a los precios de la anterior licitación acontecida en el año 2017 y por comparación a los gastos que el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra abona actualmente a las empresas de transporte escolar por los gastos añadidos a causa del COVID-19.

El reclamante alega que el precio de licitación no es el de mercado, con infracción de los artículos 42 y 43 de la LFCP, aportando a efectos probatorios un informe económico que compara los precios de la presente licitación con los del servicio correspondiente al curso 2017-2018, para concluir que, en la mayoría de las rutas (más del 78%), el precio de aquella es inferior al precio de dicho curso, más los gastos derivados del COVID-19.

El órgano de contratación, por su parte, señala que los precios se encuentran justificados en el expediente, siendo los de los costes, más los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, señala que no puede tomarse como referencia los costes de la licitación del curso 2017-2018, dado que los lotes, las rutas, las zonas, los tipos de vehículos y los tramos de kilómetros, son distintos.

Respecto al precio de los contratos, el artículo 43.1 de la LFCP señala que “1. *Los contratos tendrán un precio cierto y adecuado al mercado, que se abonará al*

contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.

2. En los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.

3. Siempre que en el texto de esta ley foral se haga alusión al importe de los contratos, se entenderá que en los mismos no está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario.

4. Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados al alza o a la baja, en los términos previstos en esta ley foral si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

5. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellas adjudicaciones en los que se deba calcular los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos del convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente de aplicación en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar.

6. Cuando su naturaleza y objeto lo permitan, los contratos podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación.

7. *Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.*

8. *En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, sin rebasar el importe de la licitación, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:*

a) *El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.*

b) *Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.*

c) *Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.*

9. *Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que ésta u otra Ley lo autorice expresamente”.*

También el artículo 42, al regular el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, impone que el mismo se realice teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, exigiéndose en el artículo 138.3 de la misma norma que el informe razonado de la unidad gestora que inicia el expediente de contratación justifique, entre otros extremos, el valor estimado de las prestaciones objeto del contrato y su adecuación al precio del mercado. Así regula el método para calcular el valor

estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición indicando: *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta:*

a) El importe de la licitación, que comprenderá como mínimo los costes derivados de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales de aplicación y normativa laboral vigente, otros costes que se deriven de la ejecución material del contrato, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

b) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

c) Las primas o pagos a participantes.

d) La totalidad de las modificaciones al alza previstas calculadas sobre el importe de la licitación.

(...)”

La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes.

La Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid insiste en que *“hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado”*, e igualmente incide en el informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la *“primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”*.

Expuesto el marco legal aplicable a la cuestión objeto de debate, debemos comenzar recordando que, según reiterada doctrina de este Tribunal, la determinación del precio forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, con las limitaciones que de ello derivan en lo que a su fiscalización por parte de este Tribunal se refiere. Así, en nuestro Acuerdo 10/2021, de 3 de febrero, señalamos lo siguiente: *“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.”

En el mismo sentido, expusimos en nuestro Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero, que *“En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 23/2018) en relación con el presupuesto del contrato establece lo siguiente: “Y este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto 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”.*

Interesa recordar también que la cláusula 4ª de las bases reguladoras del contrato establece el precio de licitación (10.929.434,10 euros IVA excluido) y el valor estimado del contrato (54.647.170,45 euros), estableciéndose en el anexo XIII las tarifas del

servicio (precio máximo de licitación diario, ida y vuelta, IVA incluido), y en el anexo IX las rutas, lotes y precios (trasladándose las tarifas del anexo XIII).

De igual modo obra en el expediente de contratación tramitado por el Departamento de Educación un informe económico de 3 de mayo de 2021, así como un informe sobre el cálculo de las tarifas de abril de 2021.

Al respecto discute el reclamante el precio de licitación, alegando que son inferiores a la suma de los precios de la licitación del servicio para el curso 2017-2018, sumados a los gastos derivados del COVID-19, adjuntando a efectos probatorios un informe económico en donde se realiza la comparación para concluir que, la circunstancia antes señalada, se produce en el 78,12% de las rutas.

Sin embargo, resulta evidente que la comparativa que se realiza y la alegación que en esta se sustenta no son admisibles, dado que el servicio licitado, si bien es el mismo, ha sufrido importantes variaciones que pueden repercutir en el precio de licitación. Esta circunstancia se advierte ya en el informe propuesta del contrato, de 27 de abril de 2021, en donde se señala que *“Se han estudiado las rutas escolares, modificando en algunos casos las que actualmente se realizan. También se han adaptado las categorías de los vehículos, las zonas de referencia y los tramos de kilometraje para calcular las tarifas, así como las propias tarifas de precios. Con todo esto se ha logrado una optimización de los recursos públicos, así como un mayor y un mejor servicio al alumnado con derecho al transporte escolar”*.

Igualmente, los informes económicos que obran en el expediente de contratación señalan las fuentes utilizadas, tanto para la determinación de los conceptos de gasto como de su importe, cuestión que incluso es objeto de un anexo específico en el informe sobre el cálculo de las tarifas de abril de 2021 (páginas 42 a 46), mientras que, por el contrario, el informe aportado por el reclamante señala que la documentación examinada son los pliegos del servicio correspondientes a los cursos 2017-2018 y 2021-2022, y los costes de las medidas sanitarias contra el COVID-19. Dicho informe, además, reconoce que han variado los tipos de vehículos, los tramos kilométricos y las zonas, razón por la que adopta como criterio realizar medias. Con la aportación de dicho informe, por lo tanto, lo único que se justifica es que el precio de licitación ha variado,

si bien no se acredita que el precio del servicio ahora licitado no se ajuste al mercado ni sea suficiente para prestar el servicio.

Por lo tanto, resolvemos que esta primera alegación debe ser desestimada.

SÉPTIMO.- También en relación al precio, la reclamante indica que los costes derivados del protocolo COVID no se incluye en los precios de licitación, dado que el coste de las limpiezas-desinfecciones se incluye como gasto indirecto, siendo así que los estudios utilizados para la realización del informe económico del contrato ya reconocían los costes indirectos dentro de las estructuras de coste de forma previa a la pandemia. Asimismo, señala que el informe no contempla la situación actual, en la que los recursos de las empresas se vienen dedicando casi en exclusividad al transporte escolar, por lo que la totalidad de los costes se imputa a los 175 días de servicio, y no a 221,25 días, y cita la Resolución 103/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que, según señala, establece la obligación de dar cobertura a estos costes. Concluye que, por ello, es necesaria una partida presupuestaria independiente, como se hizo en el curso 2020-2021.

Al contrario de lo que se alega, el coste de las limpiezas-desinfecciones de los autobuses sí se ha tenido en cuenta para el cálculo del precio de licitación, dado que, como señala el informe sobre el cálculo de las tarifas, el mismo se incluye como coste indirecto, en el apartado de gastos generales, por ser un gasto de limpieza del autocar que es obligatorio para poder prestar el servicio en base al protocolo de limpieza y desinfección para el transporte público de viajeros por carretera del Ministerio de Transportes (Apartado 2, punto 6 del Informe económico). Los costes indirectos se fijan en el 12,5% de los directos, no acreditando el reclamante su incorrección o insuficiencia.

Por otra parte, tal y como alega el órgano de contratación, el precio de licitación debe ser el adecuado para prestar el servicio, siendo su finalidad retribuir el servicio, y no compensar las pérdidas que las empresas del sector pueden estar sufriendo en la actualidad, por lo que la imputación de costes debe realizarse exclusivamente respecto a los días en que aquel se presta (las 175 jornadas lectivas del curso escolar), y no las

221,25 jornadas previstas en el convenio del sector (que no está vigente desde el 31 de diciembre de 2020).

Tampoco la doctrina contenida en la Resolución 103/2021, de 25 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, a la que alude el reclamante, resulta aplicable, por cuanto la misma hace referencia a un contrato de concesión de servicio de transporte donde el estudio de viabilidad se elaboró previamente a la pandemia, por lo que los gastos derivados de la misma no se contemplaron. Situación esta diametralmente opuesta a la actual, donde además de lo señalado respecto a la limpieza-desinfección de los autocares, el informe económico sobre las tarifas contempla los costes de mascarillas y gel hidroalcohólico. Debe por tanto desestimarse esta pretensión.

Por último, respecto a la petición de una partida presupuestaria independiente, a modo de lo que se hizo en el curso 2020-2021, aclara el órgano de contratación que en dicho curso se tramitó un expediente de emergencia dadas las circunstancias sobrevenidas del COVID-19. En este caso, sin embargo, no concurren dichas circunstancias sobrevenidas, por cuanto el coste relativo a las medidas de protección, limpieza y desinfección ya se han contemplado para calcular el precio de licitación, por lo que no ha lugar a la solicitud del reclamante.

OCTAVO.- La reclamante alega que existen costes laborales que no se han incluido en el estudio de los costes, por lo que el precio de la licitación no se ajusta a los costes necesarios. Se indica por la reclamante que se ha omitido el coste del absentismo del personal, las horas de formación del conductor y del acompañante, el tiempo del reconocimiento médico, y el seguro colectivo del convenio. Asimismo, se discute el criterio aplicado al personal acompañante en cuanto a la reducción del 50% de su coste salarial, y la no inclusión de igual antigüedad que la del conductor. Por último, se alega que el coste de personal debe contemplar la subrogación.

Respecto a la falta de consideración del coste de absentismo del personal, la reclamante alega la Resolución 210/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), que señala lo siguiente: *“Sumado, además, a que en este tipo contratos, donde el*

componente humano es fundamental, existen una serie gastos necesarios para garantizar una adecuada ejecución del objeto contractual, tales como absentismo, control de presencia, desplazamiento, coste de la oficina en la provincia objeto del contrato (cláusula 9 del PPT), etc., que limitan a los licitadores a la hora de establecer los mecanismos de economía de escala que estimen convenientes para la correcta prestación del servicio, y ello, eso sí, sin perjuicio de lo dispuesto en relación a la subrogación de personal en el pliego”.

El caso que resuelve el TARCJA se refiere a un contrato de “*Servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la Provincia de Málaga*”. En el mismo se hace referencia a la naturaleza del servicio a prestar y que los costes de personal suponen un componente fundamental de la prestación correspondiente al contrato. Asimismo, el TARCJA considera acreditado la insuficiencia en los cálculos realizados por la entidad recurrente y en que no han sido rebatidos por parte del órgano de contratación. Cálculos que toman como referencia el coste hora y tiene en cuenta la estimación de horas anuales por lote y concluyendo el tanto por ciento de diferencia que supone respecto del precio de licitación. En dicha reclamación se alega la insuficiencia *en el cálculo de los costes laborales sumado a la repercusión de gastos generales y otros gastos derivados de la ejecución del contrato*. Y resulta de todos los costes no incluidos que el precio/hora fijado en el pliego se sitúa por debajo de lo establecido en el convenio.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resoluciones de 12 de marzo y de 27 de julio de 2018 resuelve sendas reclamaciones sobre el cálculo del precio del contrato en relación con el absentismo laboral. En la primera de ellas el TACRC indica que en el artículo 102 LCSP “*(...).....se reconoce un amplio margen de apreciación al órgano de contratación a la hora de establecer el precio del contrato; debiéndose reconocer la inexistencia de infracción de dicho precepto cuando se haya ofrecido justificación suficiente de los valores fijados en el pliego sin acreditación de su incorrección por parte de la recurrente.*”

En el mismo sentido se pronuncia, a su vez, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución de 2 de noviembre de 2017, indicando que: “Habiendo justificado suficientemente el órgano de

contratación la estimación de gastos respecto de los restantes conceptos planteados por el recurrente al ajustarse a lo determinado en el PPT, debe desestimarse el recurso por este motivo”.

Sentado lo anterior, debe hacerse notar que el asunto ahora controvertido la recurrente no aporta informes, ni razones concluyentes que demuestren que el precio del contrato es inadecuado, limitándose a señalar que, a su juicio, la determinación del precio debe declararse incorrecta por no haberse proporcionado información sobre los niveles de absentismo en la plantilla del anterior adjudicatario de este servicio. Sin embargo, se trata de un dato cuya exigencia no resulta del tenor literal del precepto invocado, ni de la doctrina jurisprudencial existente al respecto, y por la que se reconoce un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación en cuanto se refiere a la determinación del precio del contrato. Por todo lo cual, este motivo no puede ser estimado.”

Resulta, por tanto, que, como anteriormente hemos apuntado, la determinación del precio queda en el marco de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, 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.

Pues bien, examinado el expediente, en el presente caso, el coste por absentismo no ha sido considerado en el Informe sobre el cálculo de las tarifas, sin embargo, el órgano de contratación ha justificado de manera detallada y suficiente en dicho Informe de costes la estimación de gastos respecto de los restantes conceptos. La recurrente alega que en el estudio de costes del transporte discrecional de viajeros en autocar se indica que el absentismo laboral en Navarra fue del 5,5% en el año 2019 y del 5,2% en el año 2017 no obstante estas cifras no demuestran que el precio del contrato fijado por el órgano de contratación es inadecuado.

En este sentido, como señalamos en nuestro Acuerdo 6/2017, de 25 de septiembre, con cita de la Resolución 322/2016 de 29 abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“Una impugnación de la adecuación del precio*

debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.»

En todo caso, se ha incidido en varios aspectos: hemos reconocido al órgano de contratación discrecionalidad en su fijación (así, Resolución 358/2015), hemos afirmado que el control del gasto debe presidir la interpretación del artículo 1 del TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como "suelo", sino como "techo" (Res. 336/2015); hemos indicado en la Resolución 166/2015 que "solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente"; y en varias Resoluciones, como en la última citada, se desestimaba el recurso al venir el precio establecido en el PCAP "suficientemente justificado en el expediente".

Un resumen de todo lo dicho sería:

- Se reconoce la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para fijar el precio del contrato; si bien, como límite para evitar que incurra en arbitrariedad, y como justificación de que ha tenido en cuenta los criterios o pautas del artículo 87 del TRLCSP, debe motivarse en el expediente la determinación del precio del contrato.

- Tal motivación debe hacerse (por imperativo del artículo 87 del TRLCSP por referencia al precio de mercado, que actúa como techo máximo; si bien debe motivarse, en caso de desviación manifiesta del mismo (por ejemplo, por inexistencia de tal precio de mercado, en el sector de que se trate), que se asegura la viabilidad de la ejecución del contrato y la existencia de concurrencia.

- Al quedar la evaluación de los extremos anteriores dentro de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, solo una constatación manifiesta y probada de que el precio fijado impide totalmente la concurrencia o hace inviable la ejecución del contrato permite anular el precio fijado. (...)

Tanto el estudio económico-financiero cuestionado como el informe del órgano de contratación razonan y motivan ampliamente los precios establecidos, por lo que, con independencia de que los resultados de los estudios y análisis de los precios alcanzados pertenecen al ámbito de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, siendo revisables únicamente en caso de error manifiesto, desviación de poder u otros defectos de entidad análoga, el Tribunal entiende que se ha respetado el artículo 87 del TRLCSP y que no se ha acreditado que haya una desviación notoria o grosera de los valores de mercado, siempre respetando al tiempo el objetivo de buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible (...)”.

En el supuesto analizado, el órgano de contratación indica en sus alegaciones que dado que el Convenio del Sector ha caducado y no ha sido sustituido por uno nuevo ha realizado el cálculo *“tomando en consideración los conceptos básicos y relevantes del coste –retribuciones por categorías, antigüedad, cotizaciones, etc.- aplicando unas hipótesis y unos coeficientes de actualización anual que cubren sobradamente aquellos conceptos que no se han considerado específicamente, dada la dificultad de comprobación de su implementación real en el propio sector de Navarra”*. La mera alegación de la ausencia de la consideración del coste por absentismo en los costes, máxime teniendo en cuenta el escaso alcance de la misma, no resulta suficiente para acreditar que dicho elemento repercute de tal manera en el precio que impide la concurrencia o hace inviable la ejecución del contrato por lo que debe desestimarse esta alegación.

Por las mismas razones debe desestimarse la alegación relativa a los costes de la subrogación del personal dado que los costes laborales ya están contemplados en el Informe de costes y la simple alegación de la omisión no acredita su transcendencia en relación a la inviabilidad de la ejecución del contrato.

Respecto a los costes por formación y por el tiempo del reconocimiento médico, también por cuanto las propias horas que señala el reclamante como ausentes del precio de la licitación, el órgano de contratación indica que esos dos costes no considerados específicamente *“resultan irrelevantes a efectos de coste (p.ej.: 7 horas de formación anual del conductor para las 221,25 jornadas, o sea 5,5 horas en el conjunto de las 175*

jornadas lectivas en el caso de que el conductor prestara la totalidad de las 8 horas de su dedicación diaria a la jornada lectiva prestando el servicio del transporte escolar). ”

Dada la escasez de horas referidas, el Tribunal entiende que su coste tendría una mínima repercusión en el precio de licitación, no acreditándose por ello que este no resulte adecuado al mercado.

En cuanto al seguro colectivo el artículo 18 del convenio colectivo del sector de Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra, regula el seguro colectivo, estableciendo que *“Las empresas, a solicitud de sus trabajadores, suscribirán una Póliza de Seguro que cubra las siguientes contingencias, siempre que se deriven de accidente de trabajo (...)”*, así como que el coste de las primas se abonará entre empresa y trabajador. Dicho convenio colectivo dejó de estar vigente el 31 de diciembre de 2020, si bien la reclamante considera que su coste debe formar parte del precio de licitación al haberse incorporado como derecho de los trabajadores, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014.

El informe sobre el cálculo de las tarifas del órgano de contratación señala que no se ha considerado, entre otros, la existencia de seguro colectivo, por cuanto no concurren las circunstancias de aplicación en el servicio de transporte escolar (página 17), sin explicar cuáles sean estas.

No obstante, el convenio colectivo establece dicho seguro colectivo como una posibilidad que debe verificarse en cada empresa, y no como un gasto real de todas las empresas del sector, por lo que no consideramos que su no inclusión en el precio de licitación vulnere los artículos 42 y 43 de la LFCP.

Finalmente, en relación al criterio aplicado al personal acompañante, se discute la reducción del 50% de su coste salarial, y la no inclusión de igual antigüedad que la del conductor.

En relación a la primera cuestión, la página 26 del Informe sobre el cálculo de las tarifas se señala que se computa en los denominados “costes temporales” el 50% del

coste de acompañante, al considerar que sólo es necesario cuando el autocar viaja con el alumnado, pero no cuando lo hace vacío.

Las funciones del acompañante, conforme a la cláusula 29.5 del pliego, se relacionan en todo caso con los alumnos, es decir, el tiempo de servicio comprende únicamente el momento en que el autobús traslada a los estudiantes. Este criterio en relación al coste del acompañante se refiere al cómputo de los servicios en la jornada laboral, que ha sido adoptado por el órgano de contratación en el ejercicio de su discrecionalidad técnica ante la ausencia de regla contemplada en el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra para el personal afecto a dicho Convenio.

Aplicando la doctrina señalada más arriba al cálculo del coste del acompañante, se concluye que la reclamante se limita a manifestar su sorpresa por esta decisión del órgano de contratación sin acreditar que éste afecta al precio fijado de tal manera que impide la competencia o hace inviable la ejecución del contrato; por lo que debe desestimarse esta alegación.

Con respecto a la antigüedad del personal acompañante, la página 17 del informe señala que *“Para la persona auxiliar en ruta el cálculo la aplicación se realiza sobre la hipótesis de computar un periodo de años equivalentes a 1/3 de los aplicados al conductor”*, es decir, se computa 1/3 de la antigüedad de este. Alega el órgano de contratación que no existen datos específicos para el sector en Navarra al objeto de calcular el coste por antigüedad laboral, y que la antigüedad media aplicada supera la considerada en alguno de los estudios de referencia. Por ello, debe considerarse un criterio válido de cálculo de la antigüedad del personal acompañante dado que sí parece contemplar el 100% de su coste; desestimándose, por tanto, también esta alegación.

NOVENO.- Por otro lado, alega la reclamante que los vehículos adaptados no pueden utilizarse para otros servicios, que deben dedicarse exclusivamente al servicio objeto de licitación porque requieren una configuración interior específica para transportar varias sillas de ruedas a la vez. Entiende por ello que su coste debe imputarse íntegramente al contrato y, en cualquier caso, teniendo en cuenta el criterio de imputación de las 221,25 jornadas, en lugar de los 175 días del calendario escolar.

Pese a que estos vehículos se adaptan para transportar personas con discapacidad, no aclara el reclamante por qué no pueden utilizarse en otros servicios, ya sea servicios dirigidos específicamente a dichas personas o servicios donde, además de este tipo de usuarios, existan otros sin discapacidad. Además, en el informe (página 42) se indica que se han considerado los costes de estos modelos adaptados a personas con diversidad funcional. Por lo tanto, resolvemos que esta alegación debe ser igualmente desestimada.

DÉCIMO. - En relación a los costes indirectos, la reclamante alega que éstos se imputan proporcionalmente a los costes temporales y kilométricos, cuando, según el Observatorio de Costes del Ministerio de Transportes, están vinculados a la figura del autocar, y no a los costes de la prestación directa del servicio. Además, considera que los costes indirectos deben abonarse durante los 175 días y no únicamente, como indica el pliego, los días en que no haya alumnos no se liquidará cantidad alguna.

Respecto de la imputación de los costes indirectos, tal y como establece el informe de cálculo de las tarifas (página 13), los costes indirectos se calculan mediante la aplicación de un 12,5% respecto a la suma de los costes directos, dividiéndose estos en costes temporales y kilométricos. Esta forma de cuantificación y su porcentaje son acordes a lo dispuesto por el Observatorio de costes del transporte de viajeros en autocar (Nº 33, enero de 2021). La reclamante alega que según el Observatorio de costes los costes indirectos se definen como el coste total aula de los costes indirectos de la empresa repercutibles a un autocar, y en efecto, debe ser así dado que el informe alegado del Observatorio presenta los costes actualizados a fecha 1 de enero de 2021 de varios tipos de autocares y no del servicio de transporte de pasajeros (página 6 del Observatorio), por lo que debe considerarse que su cuantificación es correcta.

En cuanto a la previsión de las bases de que los días que los niños no acudan al centro escolar no se liquidará cantidad alguna de los costes indirectos, la reclamante alega que el Departamento debiera de abonar la cuantía de los costes temporales e indirectos para cada una de las rutas dado que empresa pone a disposición del departamento su estructura para esos 175 días.

Dado que los costes indirectos, tal y como se indica en la página 7 del informe de costes, son los no vinculados directamente a la propia administración del servicio entendemos que no procede su abono cuando no se presta el mismo; por lo que procede la desestimación de esta alegación.

DECIMOPRIMERO.- Por otro lado, la reclamante alega la falta de justificación de los criterios de zonas y kilómetros y las rutas dobles.

Alega, respecto del incremento de los costes kilométricos y temporales para las zonas 2 y 3, partiendo de la zona 1 que se basan en criterios subjetivos y que no se justifica con ningún dato de referencia su cuantía. En cuanto al incremento de 15 minutos por cada 20 kilómetros para la imputación del componente temporal indica la reclamante que supone que la velocidad será la máxima permitida obviando para dicho cálculo que existen paradas y que en las entradas y salidas a las poblaciones se circula a menor velocidad. Igualmente, señala que existe un error dado que 15 minutos suponen un incremento de 0,25 horas y no de 0,15 horas. Finalmente, alega que los tiempos de espera entre servicios hace que el incremento del 20% en el componente temporal para el cálculo de las rutas dobles sea insuficiente. Y concluyendo el motivo de impugnación que los criterios utilizados para la aplicación zonal, el incremento de los tramos kilométricos y la determinación del incremento para las rutas dobles están injustificados.

En relación a la primera cuestión, en las páginas 23 y 24 del informe se alude a la zonificación del servicio, habiéndose previsto tres zonas: Zona 1 Mínima; Zona 3 Máxima; y Zona 2 Intermedia. Esta zonificación responde a las dificultades geográficas y de accesibilidad de las rutas, a la orografía del terreno y las situaciones meteorológicas. Respecto a la zona 3 se señala que se calcula un incremento del 10% de los costes temporales respecto a la cuantía calculada en la zona 1, y un incremento del 100% respecto a los costes kilométricos de esa misma zona. Para la zona 2 se considera una cuantía media en ambos tipos de costes respecto a las zonas 1 y 3.

Las razones que llevan a establecer los porcentajes para la zona 3 se hacen constar en sendas notas a pie de página (21 y 22):

“21 En dicha zona se produce una reducción de la velocidad del vehículo en la ruta por razones de seguridad en el tránsito que afecta a los denominados costes temporales, dado que dicha velocidad conlleva un incremento del tiempo necesario para la realización de la ruta respecto a rutas con un mismo kilometraje en zonas que no presentan dicha problemática, como es la Zona 1.

22 Al igual que sucede con los costes temporales, aunque con un impacto sobre el conjunto distinto a aquellos, la necesaria reducción de la velocidad y también el trascurso de los recorridos por zonas con elevadas pendientes dan lugar a una conducción menos eficiente en el consumo de recursos en los viajes (p.ej. combustibles y urea). Por su parte, las circunstancias meteorológicas ocasionales pueden llevar a una peor situación en las carreteras originando un tránsito en el que se produce un mayor desgaste del equipamiento de los autocares (p.ej. neumáticos que sufren un mayor desgaste o previsión de neumáticos de invierno que deben ser montados y desmontados periódicamente, mayor posibilidad de averías y mantenimiento, etc.). Todo ello justifica la hipótesis de aplicar a la suma un incremento de los costes kilométricos en un 100% respecto a los considerados para la Zona 1.”

Por lo tanto, si bien es cierto que no se alude a fuente documental alguna y que no se precisa los cálculos que llevan al incremento del 100% para los costes kilométricos y 10% para los temporales, las razones que justifican el incremento se contienen en el informe, por lo que sí que está motivado el incremento y la concreta cuantía, a falta de un criterio alternativo que la reclamante no indica no parece irracional. Por tanto, debe considerarse que la justificación es suficiente.

En relación al incremento de 15 minutos por cada 20 kilómetros para la imputación del componente temporal indica la reclamante que éste supone que la velocidad será la máxima permitida, obviando que existen paradas y que en las entradas y salidas a las poblaciones se circula a menor velocidad, concluyendo que existe una falta de justificación de los criterios aplicados por el órgano de contratación. Igualmente, señala que existe un error dado que 15 minutos suponen un incremento de 0,25 horas y no de 0,15 horas.

A este respecto hay que señalar que la página 36 del informe afirma que, para la asignación de los costes temporales se tiene en cuenta, entre otras, la asignación por zonas:

“- A cada tramo de la Zona 1 “Mínima” se le asignan 3,5 horas de partida.

A medida que se escala en el tramo de recorrido se incrementa en 15 minutos el tiempo asignado respecto al tramo inmediatamente anterior, justificado por el incremento de costes temporales que se produce con cada 20 kilómetros añadidos de recorrido.

- Para el cálculo de tiempos asignados a los tramos de recorridos en la Zona 3 “Máxima” se aplica el fijo asignado a la Zona 1 incrementado en un 10%, o sea, 3,85 horas.

Para la escalada por tramos no hay modificación respecto al criterio utilizado en la Zona 1, es decir, a medida que se escala el tramo de recorrido se incrementa en 15 minutos el tiempo asignado al tramo inmediatamente anterior.

- El cálculo de tiempos asignados a los tramos de recorridos en la Zona 2 “Intermedia” se obtiene a partir de la consideración de una hipótesis intermedia entre las Zonas 1 y 2, es decir un incremento del 5% respecto al fijo de 3,5 horas considerado para la Zona 1, o sea un fijo de 3,67 horas y una escalada por tramo con incrementos de 15 minutos respecto al tramo inmediatamente anterior.”

Alega el órgano de contratación, respecto a la insuficiencia del incremento de 15 minutos por tramo de 20 kilómetros, que para la asignación de las horas de partida ya se han considerado los tiempos de parada y la reducción de velocidad en las poblaciones. Asimismo, alega que las tarifas se han calculado teniendo en cuenta el límite kilométrico y temporal superior de cada tramo, con independencia de que el número de kilómetros realizados o el tiempo empleado sea, en realidad, inferior a dicho tope.

Por tanto, este Tribunal considera justificado el criterio adoptado y correcto el precio calculado.

Respecto al error en la conversión en horas del incremento de 15 minutos, cabe indicar que el reclamante señala que es un error a comprobar. La reclamante se refiere a sus cálculos sin especificar el concreto punto del error. Parece que se refiere a la asignación por zonas de la página 36 del informe, sin embargo, no se aclara el error concreto. Por tanto, consideramos que la comprobación del mismo corresponde, en todo caso, a quien lo alega, y no a este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 56/2019, de 19 de junio.

Y finalmente, en relación a que los tiempos de espera entre servicios hace que el incremento del 20% en el componente temporal para el cálculo de las rutas dobles sea insuficiente, en las páginas 25 y 26 del informe se alude a estas rutas dobles para definir las como aquéllas que son las que incluyen dos rutas en un mismo tramo de recorrido. Se señala respecto a los costes temporales que *“Dada la variedad de casos se considera a efectos de cálculo un incremento medio del 20% en los costes temporales de las rutas dobles en cada tramo en el que se produzcan”*. Alega ANET que el incremento debe ser mayor dados los tiempos de espera entre servicios. Frente a esto, el propio informe ya justifica el citado incremento: *“en el caso de los denominados “costes temporales” el hecho de duplicar la ruta conlleva siempre incurrir en un coste añadido para la segunda ruta que tiene que ver con las maniobras de aparcamiento del autocar y descarga del alumnado en el centro educativo en el viaje de ida y, viceversa para el viaje de vuelta, maniobras aparcamiento y recogida de alumnado en el centro y descarga en los pueblos, y aún más cuando las rutas no coinciden”*. Por lo tanto, motivado dicho incremento, no se acredita error en el mismo.

En último lugar, se alega que el sobrecoste producido en el ámbito urbano no ha sido contemplado en los costes kilométricos.

Alega ANET que la compensación del coste kilométrico y temporal previsto en la página 24 del informe, a diferencia de lo previsto para la zona 3-máxima, no compensa el mayor consumo en rutas con ámbito urbano, donde tanto el consumo como el tiempo son mayores, que en los tramos más cortos no se compensa de manera correcta el mantenimiento mínimo de los vehículos. Por otro lado, alega también que en el coste kilométrico se contempla cuantía alguna que refleje los kilómetros hasta el posicionamiento en cabecera de salida de los servicios.

Respecto a la primera cuestión, el órgano de contratación alega que para cada tramo de la zona 1, 2 y 3 incluye en la asignación de las horas de partida, entre otros, la consideración de los tiempos de parada para la recogida y entrega del alumnado en los destinos, así como las entradas y salidas a las poblaciones.

Por tanto, dado que, como ya se ha indicado, el coste kilométrico y temporal está calculado para el tope máximo de cada tramo, con independencia de que el servicio no cubra la totalidad de kilómetros del mismo, debe considerarse que el sobrecoste que se alega en vías urbanas se considera compensado.

Respecto a la segunda, la reclamante se limita a señalar que en los tramos más cortos no se compensa de manera correcta el mantenimiento mínimo de los vehículos, prescindiendo de razonar el motivo que fundamenta dicha afirmación, ni en qué medida se produce dicha falta de compensación.

Por último, el anexo XIII de las bases reguladoras señala que “El tramo km de cada ruta se obtendrá a partir del número de kilómetros que haya desde el centro educativo hasta la primera parada de cada ruta (trayecto en vacío), más los kilómetros que tenga la ruta en todo su recorrido (trayecto con alumnado), multiplicado por dos (número de viajes diarios, ida al centro y regreso a casa)”. Dado que lo que se retribuye es la prestación del servicio de transporte escolar, y este se presta entre los centros educativos y las distintas paradas donde se recoge y se deja a los alumnos, resulta correcto calcular el kilometraje de las rutas desde el centro, no computando el kilometraje hasta el mismo (o hasta el posicionamiento en cabecera de salida de los servicios, como lo denomina el reclamante). A este respecto, en el Acuerdo 65/2021, de 20 de julio, señalamos:

“Tampoco puede tener favorable acogida la alegación relativa a que el cálculo de los kilómetros de las rutas se realice desde la ubicación donde se encuentren las naves cada empresa adjudicataria y no desde el centro educativo correspondiente; pues tal posición nos conduce al absurdo, en la medida en que en tal supuesto el pliego no podría determinar la configuración de las rutas pues lógicamente en el momento de su elaboración no pueden conocerse las licitadoras que van a prestar los servicios pues tal

selección es, precisamente, la razón de ser de la tramitación del procedimiento de adjudicación.

Es por ello que resulta del todo razonable que para el cálculo del kilometraje se tome como referencia el centro educativo donde comienza a prestarse el servicio, siendo también más que razonable que el recorrido desde la ubicación de la nave de la empresa hasta el punto de recogida de los alumnos en ningún caso forme parte de la ruta como tal del transporte escolar, y así lo prevé el anexo XIII (Tarifas) que indica que “El tramo km de cada ruta se obtendrá a partir del número de kilómetros que haya desde el centro educativo hasta la primera parada de cada ruta (trayecto en vacío), más los kilómetros que tenga la ruta en todo su recorrido (trayecto con alumnado), multiplicado por dos (número de viajes diarios, ida al centro y regreso a casa)”. De hecho, acoger el argumento de la reclamante, supondría que el kilometraje de cada ruta y, por lo tanto, la tarifa a abonar, dependiera, no del servicio a prestar, sino del lugar donde cada persona adjudicataria tenga ubicada sus naves, con evidente indeterminación en lo que al precio del contrato se refiere, pues se haría depender el mismo una circunstancia de las propias licitadoras y no del servicio que se presta, con infracción del precitado artículo 43.1 de la LFCP”.

Por último, ANET solicita que se plantee una fórmula de actualización de tarifas que permita mantener la prestación del servicio en mejores condiciones.

Esta última solicitud parecer venir referida a la inclusión en las bases reguladoras del contrato de una fórmula de revisión de precios.

En este sentido interesa recordar que la cláusula 4ª de las bases reguladoras del contrato señala que en las prórrogas del contrato “no se admitirá revisión de precios en el presente contrato, salvo las que provengan o deriven de una norma imperativa aplicable (como, por ejemplo, la modificación del Impuesto sobre el Valor Añadido)”.

A este respecto, cabe advertir que el artículo 109.1 de la LFCP regula esta de una forma restrictiva, al señalar que “Los precios de los contratos públicos celebrados por las entidades sometidas a esta ley foral solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este artículo. Se entenderá por precio

cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

La revisión de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de equipamiento de las Administraciones Públicas, los contratos de suministro de combustibles y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, previa justificación en el expediente.

Para llevar a cabo la revisión de precios será requisito imprescindible que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización, excepto en los contratos de suministro de combustibles.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial”.

Pero es que además, la solicitud realizada respecto a la revisión de los precios debió plantearse, en todo caso, en el escrito de interposición de la reclamación y no en el trámite de alegaciones complementarias que se concedió a la reclamante al objeto de que se pudiera examinar el informe económico. Y por tanto, al no tener e alegación relación con dicho informe, procede su inadmisión.

DECIMOSEGUNDO.- La reclamante alega que la cláusula 8ª de las bases reguladoras resulta limitativa de la concurrencia y discriminatoria, así como contraria al principio de igualdad, dado que la solvencia coincide con los vehículos que serán adscritos a la ejecución del contrato, por lo que debería admitirse el compromiso de adscribir vehículos que estén en proceso de compra y en periodo de matriculación.

El órgano de contratación alega que la mejor manera de acreditar la disponibilidad de los vehículos es ostentar la titularidad oficial de los mismos, aunque permite la cesión de uso de los vehículos ya matriculados a través de acuerdos de

compromiso entra las partes *puesto que de esta manera también se puede comprobar el cumplimiento de las exigencias técnicas de los mismos.*

La cláusula 8ª regula la solvencia técnica y profesional, exigiendo al respecto tanto experiencia en servicios anteriores como la disposición de vehículos, señalando en relación a esta última:

“b) Relación de vehículos: Para poder participar en la licitación de los diferentes lotes las empresas deberán tener a su disposición los vehículos que resulten suficientes e idóneos en número y características para ejecutar, en su caso, el lote ofertado que en conjunto requiera más vehículos/capacidad. Se entenderá que las empresas tienen a su disposición los vehículos, solo y exclusivamente en los siguientes supuestos:

** Si se ostenta la titularidad oficial de los derechos (propiedad) de los vehículos ofertados.*

** Si se aporta un documento de compromiso del titular oficial de los vehículos que determine la cesión de uso de los mismos en el supuesto de que resulte adjudicatario el licitador (no se aceptarán precontratos de compra-venta).*

El número de vehículos disponibles en el momento de presentación de ofertas, que pueden ser adscritos a la ejecución de los citados lotes, se presentará de acuerdo con el anexo III bis.”

El anexo III bis al que se refiere es una declaración donde el licitador *“declara que los vehículos disponibles en el momento de la presentación de la oferta, que pueden ser adscritos a la ejecución de los diferentes lotes son los siguientes: (...)”*, debiéndose identificar estos por su matrícula, indicando el número de plazas de cada uno.

Para el análisis de esta cuestión debemos partir de que la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, es el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están

capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

La forma elegida por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica o profesional resulta conforme al artículo 17.2.j) de la LFCP, cuestión respecto de la que la doctrina reconoce la discrecionalidad del órgano de contratación (por todos, el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo), discrecionalidad en la que opera como límite las exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias, y que exige en todo caso de motivación como forma de controlar su adecuado ejercicio. El Acuerdo 51/2021, de 7 de junio, señala: *“En este sentido conviene recordar también que corresponde al órgano de contratación la elección del medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional de entre los previstos en la LFCP, así, entre otras, se recoge en la Resolución n° 127/2021, de 12 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:*

“Así, este Tribunal ha venido declarando de forma constante que las condiciones mínimas de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica. En Resolución n° 252/2019 de 5 de marzo, afirmamos lo siguiente:

“Por tanto, es al órgano de contratación a quien corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación”.

En este sentido este Tribunal, en diversos Acuerdos, entre otros el 2/2020, de 8 de enero, ha señalado que corresponde a la entidad adjudicadora fijar en el pliego y en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, niveles mínimos

que deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato; así como los medios, de entre los recogidos en los artículos 16 y 17 LFCP, que mejor sirvan para acreditar la solvencia, pudiendo escoger uno o más de ellos. Preceptos que atribuyen al órgano de contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de competencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada”.

En el examen de la cuestión hemos de indicar, como razona la Resolución 86/2019, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que la condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Resolución 58/2014, de 1 de octubre, al apuntar que “*Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero, exige que*

toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada».

De igual modo, la Resolución 276/2020, de 24 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, nos recuerda que el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, al regular los criterios de selección, establece que “Los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional. Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (...) 5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés”. Poniendo de relieve que “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el único objetivo de los criterios de selección fijados en las Directivas es definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras

consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados (sentencia de 2 de diciembre de 1999 en el asunto C-176/98, Holst Italia). Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados. La necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto “Succhi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

Y es que no debemos obviar que la solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato. No hay, por lo tanto, como así indicó el Tribunal Administrativo de Contratos de Euskadi, en su resolución 85/2014, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un contrato concreto. Es por ello que el legislador comunitario especifica que los umbrales deben ser proporcionados al objeto del contrato, pues está pensando en que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en el procedimiento de adjudicación de cada contrato. La correcta exigencia de solvencia en cuanto a su proporcionalidad y su vinculación al objeto del contrato son capitales pues, de un lado aseguran la correcta ejecución del contrato y, de otro, garantizan que mediante la adecuada concurrencia se pueda seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Debe indicarse que el hecho de que los criterios de solvencia requeridos puedan impedir el acceso al procedimiento de las empresas que no los cumplan no es sino el efecto lógico de la finalidad que en la legislación contractual tiene la exigencia de una solvencia mínima, que es asegurar que los licitadores posean las características

económicas y técnicas que les permitan ejecutar con garantías la prestación contractual.(...)

Como bien apunta la Resolución 122/2020, de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, “no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación. En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que “Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo” y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que “en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido”.

Expuesta el marco legal y doctrinal aplicable a la cuestión que nos ocupa, debemos diferenciar, a nuestro entender, entre las alternativas propuestas por el reclamante, a fin de determinar si las mismas evidencian o no una vulneración de la concurrencia en la cláusula recurrida.

Así, en primer lugar, alega que debe admitirse como forma de acreditar la solvencia técnica o profesional el compromiso de disponer de un vehículo que está en proceso de compra. Sin embargo, cabe recordar que la solvencia técnica, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 de la LFCP, sirve para acreditar la capacitación del licitador para la adecuada ejecución del contrato por disponer de experiencia anterior en

contratos similares o por disponer del personal “y medios técnicos”; es decir, lo que se exige es que el licitador acredite que dispone de dichos medios técnicos en el momento de presentación de su oferta, permitiendo el artículo 55 de la LFCP, al que se refiere el reclamante, sustituir la acreditación de tal extremo por la presentación de una declaración responsable, y diferir su justificación al momento anterior a la formulación de la propuesta de adjudicación, en los términos previstos en el apartado 8º de dicho artículo. Por lo tanto, el licitador debe disponer de la solvencia en el momento de presentación de su oferta, no siendo admisible la sustitución de la misma por un compromiso de que la adquirirá en caso de que vaya a resultar adjudicatario, que es lo que plantea ANET en su reclamación, al solicitar que se admita como forma de acreditación de aquella el compromiso de disponer de vehículos que están en proceso de compra.

Cabe citar, a este respecto, el Acuerdo 18/2013, de 29 de julio, de este Tribunal: *“SEGUNDO.- En primer lugar, la empresa reclamante entiende que la cláusula 5 del PCAP no resulta ni adecuada ni proporcionada a lo exigido en los arts 14 y 15 de la LFCP en relación a la acreditación de los medios personales y materiales de que disponen los licitadores para acreditar la solvencia económica y técnica que precisa la licitación, en cuanto que en dicha cláusula se está exigiendo que dichos medios se posean anticipadamente por el licitador en el momento de presentación de su oferta, excluyéndose la posibilidad de que sean adscritos por dicho licitador en el momento de la ejecución del contrato para el caso de que resultara adjudicatario del contrato. (...).*

Pues bien, la correcta aplicación del señalado precepto exige reconocer que es imprescindible para acreditar la solvencia exigida, la existencia, en el momento de que el licitador presente su oferta, de una prueba efectiva de que dispone de esos medios para el correspondiente contrato de que se trata, sin que sea suficiente la existencia de compromisos genéricos de puesta a disposición de medios externos. Por ello, con anterioridad a la finalización del plazo establecido para la presentación de las proposiciones, de la documentación que debe presentar el licitador deberá inferirse que, en el momento de la ejecución del contrato, la licitadora va a disponer efectivamente de los medios que alega, ya sean medios propios o ajenos.

En definitiva, resulta claro que no se pueda considerar admisible la pretensión del reclamante en orden a que el PCAP pueda admitir la posibilidad de que los medios que acrediten la capacidad para contratar de un licitador se dispongan en el momento en que se inicie la ejecución o formalización del contrato y que este sea el compromiso exigido a los licitadores del contrato porque lo que el licitador debe acreditar para ser admitido a la licitación es su disposición, de una manera efectiva y para el concreto contrato, de esos medios externos que garantizan su capacidad para contratar, debiendo ser el compromiso de dicha puesta a disposición claro, incontrovertido y referido de manera específica al contrato para el que se ha licitado.

Por ello, como bien ha expuesto la entidad adjudicadora a través del informe emitido, corresponde a la misma comprobar que el licitador acredita que podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, sin que pueda presumirse esa disponibilidad porque de no ser así, existiría la posibilidad de que mediante actos posteriores se pudiera acreditar ex novo el requisito incumplido inicialmente, lo que vendría a vulnerar el principio de igualdad entre licitadores exigible en todo procedimiento de contratación.”

Por lo tanto, como concluimos en el Acuerdo transcrito, el compromiso de disposición de un vehículo que está en proceso de compra no sirve para acreditar la solvencia técnica o profesional, por cuanto no acredita su efectiva disposición en el momento de presentar la oferta; ni sirve, por tanto, para la consecución de la finalidad que subyace a tal exigencia.

Cuestión distinta es, a nuestro entender, el caso de los vehículos que, siendo titularidad de los licitadores, se encuentren en proceso de matriculación, dado que en este caso sí se acredita su efectiva disposición, a falta de dicho trámite. No obstante, no concreta el reclamante en qué medida la inadmisión como forma de acreditar la solvencia técnica de vehículos que todavía no están matriculados restringe la concurrencia o conduce a un resultado discriminatorio o contrario al principio de igualdad, más allá de alegar dicha circunstancia. Si bien la admisión de vehículos sin matricular pudiera posibilitar que más empresas pudieran presentarse a la licitación, ello no supone, a nuestro entender, una limitación arbitraria o injustificada de la concurrencia, en los términos previstos en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/14/UE

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que establece lo siguiente: *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.*

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.”

Efectivamente, como indica la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Andalucía 68/2021, de 25 de febrero, es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Cabe traer a colación, asimismo, lo dispuesto en la sentencia 348/2016, de 16 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en relación con el recurso interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicio de transporte, señala lo siguiente:

“Las cuestiones a resolver en el presente recurso se centran en determinar, con relación a las previsiones de los pliegos contractuales de que se trata, la conformidad jurídica o no de un lado de la obligación del licitador de disponer de los vehículos de transporte con anterioridad a la adjudicación provisional del contrato, y concretamente que dichos vehículos hayan de estar matriculados antes de la presentación de la oferta contractual, (...).

Con relación a la necesidad de disposición de vehículos y su matriculación las alegaciones actoras plantean en definitiva: que es un requisito de admisibilidad, o criterio de solvencia, de la oferta, como lo demuestra que el hecho de presentar la recurrente vehículos sin matricular haya producido la exclusión de su oferta y el apartamiento del proceso selectivo; que las características de un vehículo pueden acreditarse sin que el vehículo esté matriculado, con la ficha técnica del mismo, con un certificado del fabricante, o con una declaración jurada del licitador, por lo que no es necesario que el licitador disponga del vehículo antes de la finalización del plazo para presentar ofertas, pues cabe que el licitador venda los vehículos ofertados una vez presentada su oferta; que no existe motivo ni interés general alguno que impida al licitador que no pueda ofertar un vehículo de las características indicadas en el pliego, adquirirlo y/o matricularlo una vez se le adjudique o vaya adjudicar el contrato, por lo que el requisito es desproporcionado; que se exige al licitador asumir gastos de matriculación y seguros de vehículos que son innecesarios con anterioridad a realizar los servicios con los mismos, con pérdida de valor de tales vehículos en caso de no resultar adjudicatario del contrato, existiendo medios alternativos como la prestación de una garantía provisional y otros previstos en los pliegos; que las obligaciones reseñadas se contradicen abiertamente con lo dispuesto en la cláusula 13 del PCAP; y que la exigencia de que se trata atenta contra el Derecho europeo y la jurisprudencia aplicable según se argumenta en la demanda. (...).”

Dicha alegación es desestimada por el Tribunal en base al siguiente fundamento: “La exigencia de la disposición de los vehículos matriculados resulta más que razonable en orden a resultar acreditado que la empresa licitadora se encuentra en plena disposición y capacidad para prestar el servicio objeto de contratación con medios propios idóneos y adecuados. No puede obviarse que se está ante un concurso para la adjudicación de la prestación de servicio de transporte de personal, en el que, evidentemente, los vehículos que vayan a ser destinados a tal fin constituyen uno de los elementos esenciales, y en orden a la regulación de los mismos a efectos de la adjudicación, la Administración, en uso de las facultades que le otorga su discrecionalidad técnica, ha optado por exigir que las características técnicas de los autocares para la prestación del servicio se acredite por las empresas licitadoras mediante certificación de su matrícula, número de plazas y fecha de primera

matriculación, lo que además sirve para justificar que la antigüedad máxima de los vehículos ofertados sea de setenta y dos meses desde tal primera matriculación. Esta exigencia es perfectamente válida y comprensible, y no vulnera ningún principio básico en materia contractual, pues si bien cabían otras alternativas a los mismos efectos acreditativos, la opción aplicada por la Administración no resulta en modo alguno ilógica ni desproporcionada en atención a la finalidad perseguida, sin que choque frontalmente con el Derecho europeo y la jurisprudencia que se cita en la demanda, al referirse a supuestos distintos al ahora enjuiciado.”

Si bien es cierto que en el caso enjuiciado, la indicación del número de la matrícula se requería para acreditar las características técnicas de los vehículos, al objeto de aplicar criterios de adjudicación, lo cierto es que el Tribunal concluye que la exigencia de disposición de vehículos matriculados resulta razonable para que la empresa licitadora acredite la “plena disposición y capacidad para prestar el servicio objeto de contratación con medios propios idóneos y adecuados”, circunstancia que en nuestro caso, y atendiendo al artículo 17 de la LFCP, constituye un requisito de solvencia técnica.

Siendo esto así, tal requisito resulta coherente con la exigencia de acreditar la disposición de los vehículos como requisito de solvencia, pues la propiedad por el licitador o por terceros de dichos medios materiales y su disponibilidad la refiere el pliego como no puede ser de otra manera a la fecha de fin de plazo de presentación de ofertas, toda vez que lo que el licitador debe acreditar para ser admitido a la licitación es su disposición, de una manera efectiva y para el concreto contrato, en orden a garantizar, precisamente, su capacidad para contratar; Siendo razonable que ello precise, y por referencia a dicho momento, de la oportuna matriculación por ser ésta necesaria para poder circular y, por tanto, constituir un requisito cuya finalidad no es otra que la de garantizar la adecuada ejecución del contrato, esto es, el buen fin de la licitación mediante la disposición efectiva de vehículos aptos para la satisfacción de las necesidades cuya cobertura procura la contratación, garantizando así que quienes concurren reúnen las condiciones precisas que permitan garantizar o prever una correcta ejecución del contrato que pretende celebrar; resultando así justificada su exigencia, máxime si se tiene en cuenta, por otro lado, que dichos vehículos deben constar en el informe emitido por el Servicio de Inspección, Gestión, Ordenación de Transportes y

Movilidad del Departamento de Cohesión Territorial, relativo al cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente reguladora del transporte escolar y en particular al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores. Exigencia cuya adecuación a derecho se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de febrero de 2016, que confirmando en precitado Acuerdo de este Tribunal, indica que *“En este caso, la demandante impugna en primer lugar que se incorpore como criterio de solvencia en el sobre número 2 el compromiso firmado y sellado de utilizar vehículos con antigüedad no superior a 10 años y que no han superado 750.000 km a la fecha de finalización de la presentación de la instancia de participación en la licitación y se puntúa en la cláusula 9 dentro de los criterios de valoración de ofertas.*

Sin embargo, examinado el Pliego, se aprecia que este criterio no está incluido para acreditar la solvencia técnica del licitador, en el que únicamente se hace referencia a que no se podrán presentar vehículos que no cuenten con la documentación necesaria y obligatoria para poder circular por la red de carreteras de la Comunidad Foral de Navarra; sino que se recoge y se valora como criterio de adjudicación”.

Así pues, procede también la desestimación de este motivo de impugnación.

DECIMOTERCERO.- Respecto del motivo del recurso en relación al modo de acreditación del kilometraje de los vehículos como criterio de adjudicación, la reclamante alega que el certificado de la DGT acredita el kilometraje de los vehículos de última ITV, pero que esta ha podido variar en el momento de presentación de la oferta, por lo que debiera requerirse la presentación del tique del tacógrafo. Alude, asimismo, a que los certificados de la DGT señalan que esta *“no se hace responsable de la veracidad de las lecturas del kilometraje reflejadas en este informe ya que han sido facilitadas por entidades ajenas a la DGT”*. La reclamante, por ello, considera vulnerado el artículo 64.1.c) y los principios de igualdad de trato y competencia efectiva.

El órgano de contratación, por su parte, alega que dicho informe es el único oficial que certifica el número de kilómetros de los vehículos y que la posible variación

en el kilometraje ya ha sido contemplada para la asignación de la puntuación. Asimismo, señala que los vehículos de menos de cinco años pasan la ITV cada año y los de más de cinco años cada seis meses.

La cláusula 11.1 de las bases reguladoras establece como criterio de adjudicación valorable con hasta 30 puntos el kilometraje, atribuyendo la puntuación según tres criterios:

- Opción 1: vehículos de 375.000 kilómetros o menos (30 puntos)
- Opción 2: vehículos de más de 375.000 y menos (o igual) de 750.000 kilómetros (15 puntos)
- Opción 3: vehículos de más de 750.000 kilómetros (0 puntos).

La cláusula 9.2 exige, para valorar este criterio, la presentación de un compromiso del licitador de que utilizará para la prestación del lote correspondiente vehículos con un kilometraje de una de las opciones señaladas, así como una certificación emitida por la Dirección General de Tráfico:

“Kilometraje (durante el plazo de presentación de ofertas): Los kilómetros de todos los vehículos se deberán documentar durante el plazo de presentación de ofertas mediante certificación emitida por la Dirección General de Tráfico. Si dicha certificación no fuera posible o si en la misma no constasen los kilómetros, la empresa licitadora deberá presentar una declaración responsable en la que consten los kilómetros de cada vehículo junto con un tique de impresión de las actividades diarias registradas en el tacógrafo digital (o en su caso, copia de los discos diagrama) de los vehículos, relativas en todo caso al plazo de presentación de ofertas”.

Debemos comenzar recordando la discrecionalidad de la que dispone el órgano de contratación en relación con la fijación de los criterios de adjudicación. Así, el Acuerdo 19/2021, de 24 de febrero, señala: *“Expuestas las posiciones de las partes, cabe recordar que los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la fijación de los criterios de adjudicación del contrato, dado que estos tienen por finalidad determinar cuál es la mejor oferta de las presentadas durante la licitación, siendo dichos órganos los que mejor conocen las necesidades a satisfacer a través del*

contrato. Así lo señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 25/2017, de 25 de mayo, donde razonamos que “La normativa citada atribuye, pues, al órgano de contratación una potestad discrecional en orden a la determinación de los criterios de adjudicación del contrato en la medida en que posibilitan la elección entre las dos opciones, ambas admisibles en el plano jurídico, siempre que no se incurra en arbitrariedad y en el bien entendido de que su ejercicio ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquélla se fundamenta - , tal y como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2006: “Es tajante el art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa”; doctrina reiterada, entre otras, en Sentencia de 27 de mayo de 2009.

Así pues, la elección de los criterios de adjudicación es discrecional para el órgano de contratación, si bien tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, ser objetivos; estar ponderados y figurar en el anuncio de licitación o en los pliegos.”

En el mismo sentido, el Acuerdo 45/2021, de 5 de mayo, establece: “De igual modo, cabe recordar que los criterios de adjudicación y sus reglas de ponderación deben ser definidos en los pliegos con suficiente precisión, a los efectos de que los licitadores conozcan de antemano las reglas de valoración de las ofertas, sin que sea posible introducir a posteriori reglas de ponderación o subcriterios al margen de los previstos en dicho documento contractual. Así lo pone de relieve, entre otras, la Resolución 370/2019, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando señala que “Hemos de comenzar recordando la necesidad de

que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad al órgano de contratación a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos del órgano de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.”

En ejercicio de su discrecionalidad, el órgano de contratación ha optado por exigir una certificación emitida por la DGT para la valoración de este criterio de adjudicación, certificación que, a la vista del artículo 2.1 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, parece además un documento apropiado para ello.

En cualquier caso, como se ha visto, las propias bases reguladoras permiten sustituir la presentación de dicha certificación por una declaración responsable, acompañada de la impresión de la actividad del tacógrafo, en caso de que “*dicha certificación no fuera posible o si en la misma no constasen los kilómetros*”.

Por otra parte, tal y como alega el órgano de contratación, el Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos, establece en su artículo 6 que los vehículos de motor concebidos y fabricados principalmente para el transporte de personas y su equipaje con más de ocho plazas, excluida la del conductor, deben pasar la ITV de forma anual si el vehículo tiene una antigüedad de hasta cinco años, y de forma semestral si su antigüedad es superior a los cinco años, razón por la cual estimamos que la diferencia del kilometraje que pudiera constar en la certificación de la DGT, que alude a la última ITV, y la que pueda derivar de la lectura del tacógrafo será mínima, y muy posiblemente de escasa o nula relevancia dada la amplitud de los tramos kilométricos establecidos en el criterio de adjudicación (375.000 kilómetros). Así, se aprecia, desde luego, en el propio ejemplo que trae a colación la reclamante, donde existe una diferencia de tan sólo 1.326 kilómetros. A lo anterior se une que la diferencia de kilometraje será todavía menor si, como alegaba ANET con anterioridad, la actividad de las empresas de transporte de pasajeros se limita prácticamente en la actualidad al servicio de transporte escolar.

La advertencia que se incluye en la certificación expedida por la DGT no resta valor probatorio al documento, dado que su única intención es advertir de que la lectura del kilometraje se ha hecho por la empresa concesionaria de la ITV, y no por la propia DGT directamente.

Resolvemos, por ello, que el criterio de adjudicación sí permite garantizar, al contrario de lo que alega el reclamante, la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Debe, por tanto, desestimarse esta alegación.

DECIMOCUARTO. – La reclamante alega que el criterio de adjudicación de carácter medioambiental no reparte todos los puntos previstos (15) porque no es posible ofertar ninguno que sea cero emisiones.

La reclamante alega que en el mercado no existen vehículos de cero emisiones, o que los que hay (de hasta 19 plazas) están sin homologar, por lo que no pueden atribuirse en ningún caso los 15 puntos con los que se valora este criterio. Adjunta a efectos probatorios un correo electrónico de ASCABUS y otro de SOLOBUS.

El órgano de contratación señala que han incluido como criterio a valorar las distintas clasificaciones medioambientales previstas en el anexo II-E del Real Decreto 2822/1998, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos.

La cláusula 11.1.3 de las bases reguladoras establece el siguiente criterio de adjudicación:

“3. Criterios de carácter medioambiental: hasta 15 puntos

Utilización de vehículos en función de los niveles de contaminación que emiten según la clasificación contemplada en el ANEXO 11-E del R.O. 2822/1998 por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos. Se asignarán los siguientes puntos:

- *15 puntos: Vehículos CERO EMISIONES*
- *12 puntos: Vehículos ECO*
- *9 puntos: Vehículos C*
- *6 puntos: Vehículos B*
- *0 puntos: vehículos A*

En el caso en el que los vehículos ofertados para un lote pertenezcan a distintas opciones, se calculará la puntuación a asignar realizando el promedio de las puntuaciones de los vehículos presentados.”

El Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, al que remite la cláusula anteriormente transcrita, incluye en su anexo II, apartado E, la clasificación de los vehículos por su potencial contaminante, en los siguientes términos:

“E. CLASIFICACIÓN DE LOS VEHÍCULOS POR SU POTENCIAL CONTAMINANTE

1. Todo vehículo matriculado en el Registro de Vehículos será clasificado en el mismo en relación a su nivel de emisiones y combustible empleado, de conformidad con las categorías creadas en el presente anexo. Asimismo, aquellos vehículos que

circulando por las vías públicas no dispongan de matrícula española, se podrán clasificar conforme a idénticos parámetros, a efectos de adecuar su circulación a las previsiones normativas emanadas de la autoridad competente.

2. Categorías de clasificación ambiental:

a) Vehículos 0 emisiones:

Vehículos L, M1, N1, M2, M3, N2 y N3 clasificados en el Registro de Vehículos como vehículos eléctricos de batería (BEV), vehículo eléctrico de autonomía extendida (REEV), vehículo de hidrógeno (HICEV), vehículo eléctrico híbrido enchufable (PHEV) con una autonomía mínima de 40 kilómetros (ciclo NEDC) o vehículos de pila de combustible.

b) Vehículos ECO:

Vehículos M1 y N1, clasificados en el Registro de Vehículos como vehículos híbridos enchufables con autonomía <40km (ciclo NEDC), vehículos híbridos no enchufables (HEV), vehículos propulsados por gas natural, vehículos propulsados por gas natural comprimido (GNC), o gas licuado del petróleo (GLP). En todo caso, deberán cumplir los criterios de la clasificación C.

Vehículos M2, M3, N2 y N3 clasificados en el Registro de Vehículos como híbridos enchufables con autonomía <40km, híbridos no enchufables (HEV), propulsados por gas natural comprimido (GNC), gas natural licuado (GNL) o gas licuado del petróleo (GLP). En todo caso, deberán cumplir los criterios de la clasificación C.

Vehículos L clasificados en el Registro de Vehículos como vehículos híbridos enchufables con autonomía <40km (ciclo NEDC) y vehículos híbridos no enchufables (HEV).

c) Vehículos C:

Vehículos M1 y N1 clasificados en el Registro de Vehículos como gasolina Euro 4/IV, 5/V o 6/VI o diésel Euro 6/VI.

Vehículos M2, M3, N2 y N3 clasificados en el Registro de Vehículos como gasolina Euro VI/6 o diésel Euro VI/6.

Vehículos L clasificados en el Registro de Vehículos como Euro 4 y Euro 3.

d) Vehículos B:

Vehículos M1 y N1 clasificados en el Registro de Vehículos como gasolina Euro 3/III o diésel Euro 4/IV o 5/V.

Vehículos M2, M3, N2 y N3 clasificados en el Registro de Vehículos como gasolina Euro IV/4 o V/5 o diésel Euro IV/4 o V/5.

Vehículos L clasificados en el Registro de Vehículos como Euro 2.

e) Vehículos A:

Todo vehículo a motor que por su clasificación en el Registro de Vehículos no cumple las condiciones o requisitos para la obtención de la clasificación 0 emisiones, ECO, C o B.”

Como documento probatorio, aporta el reclamante un correo electrónico remitido por el Secretario General de ASCABUS, en el que este señala que no hay disponibilidad de vehículos eléctricos puros (BEV) para cada uno de los tipos de vehículos, en cuanto a capacidad, que prevé el contrato (salvo en el caso de los vehículos con capacidad de hasta 22 plazas, donde se señala que una de las empresas asociadas dispone de aquellos hasta 19 plazas).

Sin embargo, el citado correo alude únicamente a uno de los tipos de vehículos que el anexo II E del Real Decreto 2822/1998 considera como vehículos de cero emisiones, como es el BEV, vehículos eléctricos de batería, sin que se haga ninguna

mención a los restantes vehículos incluidos en la clasificación del Registro de Vehículos como cero emisiones.

Asimismo, cabe cuestionar la validez probatoria de los correos electrónicos aportados, en los términos que señalamos en el Acuerdo 44/2021, de 5 de mayo, por cuanto no constan acreditados los términos en que se realizó la consulta, lo cual es necesario para atribuir validez a la respuesta. Asimismo, el correo electrónico de SOLOBUS (empresa especializada en la compraventa, comercialización, importación y exportación de vehículos, autobuses y autocares, según su página web), señala lo siguiente: *“Respondiendo a la consulta realizada en el día de hoy en relación al plazo de entrega de unidades de microbús eléctrico puedo decirles que tras consultar la producción con fabrica el plazo de entrega de unidades de nuestro modelo de microbús marca Car-Bus modelo e-SHUTTLE 100% ELÉCTRICO en la versión 16/19+C en la última quincena de diciembre de 2021 o primera de 2022”*. La consulta, por lo tanto, hace referencia al plazo de entrega de un microbús, vehículo de menos de 9 plazas que no se incluye en el servicio licitado, y se hace a una empresa concreta, lo que en modo alguno acredita que los vehículos estén sin homologar o que no estén disponibles hasta finales de este año o comienzos del siguiente, como alega el reclamante.

En definitiva, el criterio de adjudicación relativo a la clasificación medioambiental del vehículo previsto conforme a la propia clasificación que consta en el Reglamento General de Vehículos se considera conforme a Derecho dado que no ha quedado acreditada la imposibilidad de presentar ofertas con “Vehículos Cero emisiones”, sin que las alegaciones de la reclamante puedan ser estimadas.

DECIMOQUINTO.- En relación a la subrogación del personal, ANET alega que, en contra de lo dispuesto en la cláusula 28ª, sí procede la subrogación del personal en aplicación del artículo 67.1 de la LFCP, por cuanto no existe convenio colectivo aplicable.

El órgano de contratación opone que el Acuerdo marco estatal tiene tal naturaleza, y que sólo prevé la subrogación para los servicios de transporte de viajeros de uso general, no de uso especial, como es el transporte escolar.

A este respecto, hay que indicar que esta cláusula 28ª fue anulada por el reciente Acuerdo 55/2021, de 21 de junio, por lo que esta alegación ha perdido su objeto.

DECIMOSEXTO.- La reclamante alega la disparidad en el cálculo de los costes del servicio de acompañante dependiendo del vehículo. Así, señala que el coste de acompañante en los vehículos de tipo A+ es diferente al coste en los restantes tipos de vehículos, habiéndose calculado la tarifa incrementando en un 12% la de los vehículos tipo A, lo que carece de lógica y fundamento.

El órgano de contratación alude al estudio de costes que obra en el expediente, señalando que los costes del servicio dependen de la prestación del mismo en cada tipo de vehículo, así como que el coste del personal acompañante es un coste unitario (por hora de servicio), que varía en función del número de horas y no por cambios en dicho coste unitario. Por último, se refiere a las circunstancias especiales que afectan a los vehículos del tipo A+, que hacen que el cálculo de su tarifa se haga a partir de los costes del vehículo A, incrementados en un 12%.

En las páginas 31 a 34 del informe sobre el cálculo de las tarifas se contienen los resultados de la estructura de coste por tipo de vehículo, donde puede apreciarse que el coste del personal acompañante en los vehículos de tipo P, M y A coincide. Sin embargo, respecto al coste del vehículo A+ se señala lo siguiente:

“El reducido número de rutas en las que se ha venido utilizando este tipo de vehículo hace que el mismo tenga una presencia testimonial en la prestación del Servicio de transporte escolar por parte de las empresas licitadoras.

A diferencia de lo que sucede con los demás tipos de vehículos considerados en este Informe (“P”, “M” y “A”) el cálculo de los distintos costes para el vehículo “A+”, aun cuando cuenta con la misma estructura conceptual de costes que los anteriores, presenta una enorme dificultad derivada de su carácter abierto (>55 plazas), es decir una amplia casuística a la hora de concretar su cálculo, y las limitaciones que ofrece la información recopilada a la hora de proyectarla en el cálculo al conjunto del segmento-tipo de vehículo.

De esta forma, en lugar de realizar un cálculo pormenorizado de cada concepto de coste, tal y como se ha hecho para el resto de vehículos en los apartados anteriores, se ha optado por tomar como referente de cálculo la diferencia porcentual de los costes totales entre los autocares “de más de 55 plazas” y los autocares “entre 38 y 55 plazas” estimada por el Observatorio para las zonas con el coste de personal más alto.

Por tanto, los costes totales del vehículo “A+” son el resultado de aplicar a los costes totales del vehículo “A” un incremento del 12%. Dicho incremento se aplica por igual a las distintas categorías de costes unitarios.”

Asimismo, en la página 35 del informe se afirma que *“Para cada ámbito de referencia considerado para la licitación se ha detallado por tramo y tipo de vehículo la tarifa de licitación correspondiente a la jornada de prestación del Servicio, excepto para el vehículo “A+”, dada su escasa presencia. Su cálculo se determina a partir de la tarifa correspondiente al vehículo “A”, incrementada en un 12%, lo que se justifica tomando la referencia del “Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros por autocar “que estima un incremento similar de costes al pasar del tipo de vehículo de 38-55 plazas a vehículos mayores de 55 plazas, algo que no difiere mucho de las estimaciones realizadas para Navarra con la información recopilada al respecto”.*

Así pues, el informe obrante en el expediente pone de relieve la diferencia en el cálculo de tales costes respecto a los restantes vehículos, por lo que tal proceder se encuentra suficientemente motivado, pues expone las circunstancias que lo justifican. Sin que las alegaciones efectuadas por la reclamante tengan entidad suficiente en orden a desvirtuar la presunción de acierto de la que tal informe goza, habida cuenta que, si bien señala que tal conclusión carece de lógica aportando un cálculo alternativo, lo cierto es que no acredita la concurrencia de un error manifiesto en la decisión en tal sentido adoptada ni que el precio en la tarifa que resulta del mismo no se ajuste al precio del mercado, en los términos exigidos en los artículos 42 y 43 de la LFCP.

Procede, por tanto, la desestimación de este motivo de impugnación.

DECIMOSÉPTIMO.- La reclamante alega que existen rutas que requieren más de 175 días de servicio. Indica que la cláusula 29.4 “topa” el pago a un máximo de 175 días para todo el curso escolar, pero que existen rutas en que el servicio excederá de esos días, concretamente aquellas que incluyen centros de distintos municipios en los que los festivos no coinciden, por lo que se producirá un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

El órgano de contratación alega que el servicio se limita al curso escolar, que tiene 175 días lectivos, así como que las bases ya determinan los casos excepcionales en los que se comparten rutas o las mismas van a dos centros con diferente calendario por días festivos, en los que se abonará el 80% del importe del precio día del contrato.

La cláusula 19ª de las bases reguladoras señala que *“El pago se hará efectivo contra facturas expedidas mensualmente, correspondientes a los servicios prestados en dicho periodo de tiempo. El precio/día del servicio será el de adjudicación del contrato, e incluirá la totalidad de costes directos e indirectos asociados a la ejecución del mismo.*

En los casos en los que no se pueda realizar un servicio concreto de forma completa o parcial, por causa de fuera mayor, o por motivos de inclemencias meteorológicas, o de seguridad de los usuarios del transporte escolar, conforme a las circunstancias apreciadas por el órgano de contratación, la empresa adjudicataria percibirá el 50% del importe del precio/día del contrato, aunque no se hubiere prestado el servicio. En caso contrario, cuando el órgano de contratación no apreciará dichas circunstancias, la empresa adjudicataria no percibirá importe alguno por el servicio de referencia.

Si estas situaciones se producen en una ruta "doble", y solamente se puede realizar uno de los servicios, el abono será del 80% del importe del precio día del contrato, siempre y cuando la unidad gestora aprecie dicha circunstancia. En caso contrario no percibirá importe alguno.

Cuando se declaren inhábiles días que con arreglo al calendario escolar oficialmente aprobado tuvieran carácter lectivo se aplicará el mismo criterio

establecido en el párrafo anterior, salvo que el servicio suspendido se traslade a otro día. (...)”.

Por su parte, la cláusula 29.4 señala que *“Las certificaciones por los servicios realizados se abonarán por meses vencidos. La certificación de los servicios se calculará multiplicando el importe de adjudicación del precio /ruta día por el número de días realizados, siendo el máximo 175 días para todo el curso escolar”*.

Como se ve, esta última cláusula introduce una limitación en el pago que no aparece prevista en la cláusula 19ª y que, tal y como alega el reclamante, puede introducir un desequilibrio entre la prestación efectuada y la abonada, por cuanto pudiera darse el caso de que el número de días de prestación efectiva del servicio superase los 175 días lectivos del curso escolar, en cuyo caso, en virtud de la cláusula citada, los días que excedieran de aquellos quedarían sin abonarse. A lo anterior no obsta que, tal y como alega el órgano de contratación, la cláusula 19ª prevea que en algunos supuestos en los que no pueda realizarse el servicio de forma total o parcial se abone el 80% del precio/día, pues lo cierto es que la limitación impuesta por la cláusula 29.4 parece operar en todo caso. Por lo tanto, consideramos que, sin perjuicio de que el curso escolar tenga 175 días lectivos, el abono ha de realizarse atendiendo al servicio efectivamente prestado, conforme a lo exigido por el artículo 43.1 de la LFCP, que señala que *“Los contratos tendrán un precio cierto y adecuado al mercado, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado”*.

Por ello, resolvemos que este motivo de impugnación debe ser estimado.

DECIMOCTAVO.- La reclamante alega que la exigencia de remitir el posicionamiento GPS de los vehículos durante el transcurso de los servicios compromete la intimidad y la protección de los datos personales del conductor y, en su caso, del acompañante, no siendo lícito exigir a aquel su propio móvil para facilitar la geolocalización. Asimismo, alega que es altamente posible que este coste no haya sido considerado en el precio del contrato, especialmente teniendo en cuenta que la app del Departamento de Educación sólo es válida para dispositivos ANDROID, así como que,

cuando no hay acompañante, es el propio conductor quien va a tener que manejar la aplicación, con el riesgo a la seguridad que ello implica.

El órgano de contratación alega que el anexo XII prevé dos sistemas para proporcionar el posicionamiento GPS de los vehículos: una app móvil que no utiliza datos personales del usuario ni requiere su instalación en el móvil del conductor, pudiendo instalarse en un móvil proporcionado por la empresa, y que no requiere su uso sino al principio y al final de la ruta; y un servicio web en un dispositivo GPS en los vehículos que dispongan del mismo, donde la autenticación tampoco requiere de datos personales. Finalmente, alude a la finalidad de esta exigencia, como es controlar la prestación del servicio en lo relativo a recorridos, tiempos, horarios e incidencias.

La cláusula 18.b) de las bases reguladoras establece que *“El licitador remitirá el posicionamiento GPS de los vehículos, durante el transcurso de los servicios de transporte escolar, de todos los vehículos de los lotes de los que resulte adjudicatario y a lo largo de todo el periodo de ejecución del contrato, utilizando alguna de las alternativas que se especifican en el anexo XII”*.

Asimismo, el anexo XII (“Posicionamiento GPS en tiempo real”) señala que *“Será obligación de los adjudicatarios proporcionar al Departamento de Educación la posición GPS de los vehículos durante el transcurso de los servicios de transporte escolar. Para ello se habilitarán dos alternativas:*

Utilizar una app móvil de acompañante proporcionada por el Departamento de Educación.

En caso de que el adjudicatario prefiera emplear localizadores GPS instalados en sus vehículos deberá remitir los datos a través de un Servicio web específico proporcionado por el Departamento de Educación.”

A continuación, el pliego explica en qué consiste cada una de estas opciones y las funcionalidades de cada una de ellas. No se establece, al contrario de lo que alega la reclamante, y tal y como argumenta el órgano de contratación, que la utilización de ninguno de estos dispositivos requiera de la identificación del conductor ni del

acompañante, ni que se haga uso de sus datos personales. Asimismo, no se exige que la aplicación deba incluirse en el móvil personal del conductor.

Respecto al coste de esta obligación, el reclamante señala que *“siendo una condición que se impone por primera vez en este tipo de contratación escolar, es altamente posible: (...)”*, y formula a continuación reparos de tipo económico que no ha concretado, por lo que no consideramos que deban ser tenidas en cuenta. El Tribunal considera que la obligación de los reclamantes consiste en cuestionar el acto recurrido y fundamentar los motivos que justifican sus reparos, no en plantear posibilidades para que sea este Tribunal quien las compruebe a la vista del expediente. Por último, no se acredita un riesgo para la seguridad derivado del manejo de la aplicación, dado que, como señala el órgano de contratación, su uso sólo es necesario al iniciar y al finalizar la ruta, y no durante la misma, exactamente de la misma forma que en los GPS que se utilizan por los vehículos particulares. De esta forma, el sistema de localización únicamente constituirá un riesgo para la seguridad si se utiliza indebidamente.

Por ello, procede la desestimación de este motivo de impugnación.

DECIMONOVENO.- La reclamante impugna el hecho de que determinados días de servicio previstos (lectivos) no se abone precio alguno dado que esto supondría enriquecimiento injusto a favor de la administración. ANET señala que la cláusula 19^a establece que no se facturarán los días lectivos en los que todos los alumnos transportados en un mismo vehículo no asistan al centro educativo y, por tanto, no se realice la ruta, alegando que ello constituye un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, dado que las empresas transportistas sí tienen costes (conductor y, en su caso, acompañante, administración, servicios generales y otros costes propios de una empresa). Por ello, considera que procede equiparar estos supuestos a la no prestación del servicio por causa de fuerza mayor o por inclemencias meteorológicas, donde se abona el 50% del importe del precio/día del contrato, puesto que las circunstancias son exactamente las mismas.

El órgano de contratación alega que esta previsión del pliego alude a la situación que se produce al final del curso escolar, cuando los alumnos de ESO terminan sus

clases a finales de mayo o principios de junio, y muchas rutas decaen por falta de alumnos. Alega que si no se presta el servicio el mismo no debe abonarse.

La cláusula 19ª alude, como ya hemos visto, a situaciones en que se abonará un porcentaje del precio (el 50% ó el 80%). Sin embargo, el último párrafo de dicha cláusula contiene la siguiente previsión: *“La empresa adjudicataria no facturará aquellos días lectivos en los que todos los alumnos transportados en un mismo vehículo no asistan al centro educativo y, por lo tanto, no se haya realizado la ruta. Si se ha realizado sólo la ruta de ida, o la de vuelta, se facturará el 50% del importe (precio/día de adjudicación)”*.

Al igual que antes concluíamos que no resulta ajustado a la legalidad limitar el abono a los 175 días lectivos si el servicio se había prestado efectivamente durante un número superior a dichos días, consideramos que resulta correcto no abonar el precio en aquellos días en que el servicio no se presta por la razón de que no existen alumnos a los que transportar. El órgano de contratación alega que estos imprevistos pueden ser absorbidos por el beneficio industrial amplio fijado en el 18%.

Esto podrá ser así si consideramos que el beneficio industrial contemplado es del 18%, ya que existe una contradicción entre el “Informe sobre el cálculo de las tarifas de referencia para la licitación de la contratación del servicio de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el curso escolar 2021-2022” fechado en abril de 2021 y el posterior informe económico del expediente de contratación fechado el 3 de mayo de 2021, en el que consta la previsión de un 7% de beneficio industrial. Por tanto, los costes a los que alude la reclamante podrían ser absorbidos por el beneficio industrial calculado para el contrato en tanto se fije en un 18%, que efectivamente se considera amplio teniendo en cuenta, tal y como señala el informe sobre el cálculo de las tarifas, que el beneficio industrial considerado como razonable por el Observatorio es del 14,5%.

Asimismo, debe considerarse que la no necesidad del transporte es prevista por el centro escolar y notificada con antelación a la empresa; por tanto, no se aprecia la existencia de un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, ni la

vulneración de las reglas previstas para el cálculo del valor estimado y del precio de adjudicación del contrato en los artículos 42 y 43 de la LFCP.

Por lo tanto, se desestima esta alegación.

VIGÉSIMO.- La reclamante indica que las bases adolecen de numerosos errores que se identifican en el anexo n° 12, relativos a los vehículos necesarios, al kilometraje, a las rutas, necesidad de acompañantes, etc., errores, todos ellos, que repercuten a la baja en el precio de licitación. Asimismo, señala que alguna zona tiene una tarifa menor que la que antes tenía, que faltan alumnos de algunas poblaciones y que no se aporta el horario de entrada y salida de cada centro escolar, siendo esta información imprescindible para elaborar la oferta, siendo posible que los servicios dobles no lleguen a tiempo de realizar el segundo servicio.

El órgano de contratación niega los errores que se alegan y señala que la planificación del servicio (rutas, recorridos, tipo de vehículos, zonificación, tarifas, etc.) es novedosa en esta licitación, habiéndose establecido tras un estudio muy detallado, no cabiendo su comparación con los servicios de años anteriores. Asimismo, señala que la previsión de plazas no deja de ser una previsión, dado que no se conoce la matriculación real del alumnado para el curso 2021-2022, ni el calendario escolar, ni los horarios de los centros (cláusulas 4ª y 29ª). Señala que el alumnado de algunas de las localidades puede utilizar el servicio de taxi, y no el de autobús, así como que no existe informe o prueba alguna sobre la imposibilidad de realizar los recorridos o respecto a la dificultad para maniobrar.

El documento anexo n° 12 que presenta el reclamante es un documento Excel en donde se pone de manifiesto los errores que, a su parecer, existe en la configuración del servicio, en relación a algunas rutas. Sin embargo, no contiene los elementos fácticos suficientes para valorar la existencia del error alegado. Respecto a la modificación tarifaria de alguna de las zonas con respecto a la de contratos anteriores, ya en el Acuerdo 61/2021, de 14 de julio, señalamos que existe en el expediente de contratación un informe sobre el cálculo de las tarifas para la licitación del servicio, donde se justifica la división del mismo según zonas geográficas, informe que está motivado y que goza de presunción de acierto, sin que el simple hecho de que se haya modificado la

tarifa respecto a alguna zona en relación a contratos anteriores acredite que existe un error al respecto: *“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”*.

Respecto a la discrepancia de previsión de alumnos y su incidencia en la previsión de plazas del vehículo, el pliego (anexo IX y cláusula 29.b) ya advierte de la posible modificación en el número de alumnos, en función de la matrícula en cada centro.

La ausencia de alumnos de algunas poblaciones se justifica en la complementariedad de este servicio con el servicio de taxi, tal y como alega el órgano de contratación.

Respecto a la necesidad de conocer el horario de entrada y salida para elaborar la oferta, cabe recordar que en el Acuerdo 65/2021, de 20 de julio de este Tribunal señalamos:

“Efectivamente, tal y como alega el órgano de contratación, la cláusula 4ª de las bases reguladoras establece lo siguiente: “El plazo de ejecución del contrato será el periodo comprendido desde el primer día hasta el último del curso 2021-2022. Las fechas exactas de iniciación y de terminación del servicio vendrán determinadas por el Departamento de Educación en función del calendario escolar de cada centro. Estas fechas serán comunicadas con la suficiente antelación al inicio del servicio. Cualquier modificación puntual de días lectivos será comunicada al adjudicatario de cada lote con, al menos, 15 días naturales de antelación”.

Por su parte, cláusula 29ª de las Prescripciones técnicas, prevé que “El servicio de transporte escolar se acomodará obligatoriamente al calendario escolar previsto para cada centro, ajustándose a posibles variaciones de horario además de las que previsiblemente deberán producirse en junio y septiembre, y atendiendo, en su caso, a necesidades extraordinarias, previa comunicación del Departamento de Educación”.

Siendo esto así, no cabe apreciar vulneración alguna del principio de transparencia, pues lo cierto es que las fechas exactas de iniciación y de terminación del servicio se ven condicionadas por el calendario escolar que se apruebe en cada centro y que en el momento de la aprobación del expediente de contratación no ha tenido lugar; recogiendo las bases las prevenciones necesarias relativas a la comunicación a los adjudicatarios de los servicios con antelación suficiente. Circunstancias que conducen a la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado.”

En consecuencia, el servicio debe ajustarse al calendario escolar, también en lo relativo a la hora de entrada y salida de los centros, advirtiendo el pliego que este será comunicado con antelación suficiente al inicio de la prestación del servicio y sin que la reclamante justifique por qué para formular la oferta se requiere conocer los citados horarios.

En consecuencia, resolvemos que esta alegación debe desestimarse.

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 formulada por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET)

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 28ª se refiere, al haber sido objeto de anulación por el Acuerdo 55/2021, de 21 de junio.

2º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET) 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, anulando la cláusula 29.4 de las Bases reguladoras para la contratación del servicio de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el curso 2021/2022.

3º. Notificar este acuerdo a la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET), 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.

4º. 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, 5 de agosto de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Natividad Goñi Urriza.

VOTO PARTICULAR que formula la Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, doña Natividad Goñi Urriza al Acuerdo 74/2021, de 5 de agosto de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra dictado en el Expte. R 47/2021, correspondiente a la reclamación interpuesta por “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)” 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.

Tal y como manifesté durante la deliberación y con el máximo respeto hacia el parecer mayoritario disiento de la decisión adoptada en relación a, por un lado, la valoración de la proporcionalidad del requisito de solvencia técnica, abordada en el Fundamento decimosegundo y, por otro lado, la desestimación de la impugnación del cálculo del coste de la persona acompañante resuelta en el Fundamento decimoquinto. Mi discrepancia se basa en los siguientes fundamentos de derecho:

PRIMERO.- La discrepancia que refiero respecto al Fundamento decimosegundo cuestiona la valoración de la proporcionalidad en el ejercicio de la discrecionalidad que la LFCP otorga al órgano de contratación para establecer los requisitos de solvencia con el fin de respetar la libre concurrencia (art. 17.1 *in fine* LFCP).

La reclamante alega que la cláusula 8ª de las bases reguladoras resulta limitativa de la concurrencia y discriminatoria, así como contraria al principio de igualdad, dado que la solvencia coincide con los vehículos que serán adscritos a la ejecución del contrato, por lo que debería admitirse el compromiso de adscribir vehículos que estén en proceso de compra y en periodo de matriculación.

La reclamante afirma que la exigencia de identificar los vehículos a través del número de matrícula constituye una infracción del art. 2 LFCP ya que conduce a un resultado discriminatorio e impide o limita la presentación de ofertas por parte de empresas con plena potencialidad para la correcta ejecución del contrato.

Alega, asimismo, que en esta licitación este requisito de solvencia coincide con los vehículos que van a ser adscritos a la ejecución del contrato por lo que considera que debieran admitirse los mencionados compromisos de disposición de los vehículos en el momento de acreditar los requisitos para contratar, esto es considera que es suficiente acreditar la efectiva disposición de los vehículos mediante el procedimiento previsto en el art. 55.8 LFCP.

El órgano de contratación alega que la mejor manera de acreditar la disponibilidad de los vehículos es ostentar la titularidad oficial de los mismos, aunque permite la cesión de uso de los vehículos ya matriculados a través de acuerdos de compromiso entre las partes *puesto que de esta manera también se puede comprobar el cumplimiento de las exigencias técnicas de los mismos.*

La cláusula 8ª indica:

“b) Relación de vehículos: Para poder participar en la licitación de los diferentes lotes las empresas deberán tener a su disposición los vehículos que resulten suficientes e idóneos en número y características para ejecutar, en su caso, el lote ofertado que en conjunto requiera más vehículos/capacidad. Se entenderá que las empresas tienen a su disposición los vehículos, solo y exclusivamente en los siguientes supuestos:

** Si se ostenta la titularidad oficial de los derechos (propiedad) de los vehículos ofertados.*

** Si se aporta un documento de compromiso del titular oficial de los vehículos que determine la cesión de uso de los mismos en el supuesto de que resulte adjudicatario el licitador (no se aceptarán precontratos de compra-venta).*

El número de vehículos disponibles en el momento de presentación de ofertas, que pueden ser adscritos a la ejecución de los citados lotes, se presentará de acuerdo con el anexo III bis.”

El anexo III bis al que se refiere es una declaración donde el licitador *“declara que los vehículos disponibles en el momento de la presentación de la oferta, que pueden*

ser adscritos a la ejecución de los diferentes lotes son los siguientes: (...)”, debiéndose identificar estos por su matrícula, indicando el número de plazas de cada uno.

La forma elegida por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica o profesional resulta conforme al artículo 17.2.j) de la LFCP, cuestión respecto de la que la doctrina reconoce la discrecionalidad del órgano de contratación (por todos, el Acuerdo de este Tribunal 49/2021, de 28 de mayo), discrecionalidad en la que opera como límite las exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias, y que exige en todo caso de motivación como forma de controlar su adecuado ejercicio. Nuestro Acuerdo 51/2021, de 7 de junio, señala: *“En este sentido conviene recordar también que corresponde al órgano de contratación la elección del medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional de entre los previstos en la LFCP, así, entre otras, se recoge en la Resolución n° 127/2021, de 12 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:*

“Así, este Tribunal ha venido declarando de forma constante que las condiciones mínimas de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica. En Resolución n° 252/2019 de 5 de marzo, afirmamos lo siguiente:

“Por tanto, es al órgano de contratación a quien corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación”.

En este sentido este Tribunal, en diversos Acuerdos, entre otros el 2/2020, de 8 de enero, ha señalado que corresponde a la entidad adjudicadora fijar en el pliego y en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, niveles mínimos

que deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato; así como los medios, de entre los recogidos en los artículos 16 y 17 LFCP, que mejor sirvan para acreditar la solvencia, pudiendo escoger uno o más de ellos. Preceptos que atribuyen al órgano de contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de competencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada”.

La motivación de las condiciones mínimas de solvencia exigidas para licitar no se encuentra en el anuncio, ni en los pliegos, tampoco se contiene en el expediente de contratación. El órgano de contratación alega en el recurso que mediante las formas de acreditación previstas en las bases reguladoras *“se puede comprobar el cumplimiento de las exigencias técnicas de los mismos”*.

La consecuencia de la cláusula 8ª y el anexo III bis es que no pueden participar en la licitación, realizando ofertas a un lote, las empresas que no puedan aportar, en ese momento, los documentos en él mencionados ya que no se aceptan ni precontratos de compraventa ni vehículos en periodo de matriculación.

La doctrina reconoce la discrecionalidad del órgano de contratación para elegir el medio para acreditar la solvencia técnica o profesional y no cabe duda de que el criterio de solvencia impugnado por la reclamante es uno de los previstos en la LFCP (art. 17.2, letra j). Sin embargo, lo que se cuestiona por la reclamante no es su adecuación o *idoneidad* sino su desproporción por considerarla restrictiva de la competencia.

La potestad discrecional de establecer los requisitos de solvencia debe ejercitarse respetando el principio de proporcionalidad con el fin de respetar el principio de la libre concurrencia (art. 17.1 *in fine* LFCP). Para comprobar si *el citado criterio es proporcional es necesario examinar si es adecuado para la realización del objetivo,*

pero no va más allá de lo necesario a esos efectos. (más adelante transcribimos la argumentación relevante de la Resolución 116/2015, de 20 de octubre del OARC).

En este caso, debe, por tanto, analizarse si el requisito de solvencia es proporcionado dado que, puede ser idóneo para garantizar que la empresa ejecute el contrato adecuadamente, pero pueden existir otros modos menos gravosos para conseguir ese mismo objetivo que la exigencia de poseer los vehículos en propiedad y matriculados en el momento de realizar las ofertas. El interés general perseguido en este caso es el aseguramiento de la capacidad de contratar de un licitador, garantizando que, de manera efectiva, pueda ejecutar el concreto contrato.

Para garantizar el correcto cumplimiento del servicio del transporte escolar el pliego exige distintos requisitos de solvencia:

En primer lugar, en relación a las empresas que pueden participar en la licitación, la cláusula 6ª de las bases reguladoras indica:

“Los licitadores deberán cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente reguladora del transporte escolar tanto respecto a la empresa como a los vehículos y en particular al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad del transporte escolar y de menores, así como la normativa vigente reguladora del transporte escolar.”

En segundo lugar, en relación a la solvencia económica y financiera la cláusula 7ª de las bases se establece:

“Las empresas licitadoras deberán acreditar la solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato mediante la presentación de la siguiente documentación:

Declaración sobre el volumen de negocios referido a los últimos tres ejercicios (entendiendo ejercicio como el periodo comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de agosto del año siguiente, según el anexo VII), del objeto similar al del presente contrato (transporte de viajeros), en el que por lo menos en uno de ellos se alcance un importe

igual o superior al 50% del presupuesto de licitación del lote mayor (en cuantía económica) al que presente oferta.

....”

En tercer lugar, en relación a la solvencia técnica y profesional, experiencia y medios, la cláusula 8ª indica:

“De acuerdo con el artículo 17 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, los licitadores acreditarán su solvencia técnica por medio de la aportación de los siguientes medios:

*“a) **Relación de servicios:** Relación de los principales servicios correspondientes al mismo objeto del presente contrato (entendiendo incluido en este concepto únicamente el transporte escolar), efectuados durante los 3 últimos ejercicios (del 1 de septiembre al 31 de agosto del siguiente año). A esta relación se deberá acompañar la presentación de certificados de buena ejecución sellados y firmados por las personas que ostente la representación de las entidades o empresas para las que se hubiera realizado el servicio, y en el que deberá constar la identificación del objeto del contrato, los importes y las fechas de ejecución de los servicios, que deberán coincidir con el periodo de los últimos tres ejercicios, por un importe igual o superior al 50% del presupuesto de licitación del lote mayor (en cuantía económica) al que presente oferta.*

Esta certificación no será necesaria para el caso en el que los servicios realizados para el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra alcancen las cantidades solicitadas, estando obligado en ese supuesto a identificar concretamente los contratos que le sirven como garantía del cumplimiento de este requisito y a identificar, en su caso, el nombre de la Unión Temporal de Empresas en la que el licitador formó parte como adjudicataria de dichos servicios así como el porcentaje de participación en la misma.

*“b) **Relación de vehículos:** Para poder participar en la licitación de los diferentes lotes las empresas deberán tener a su disposición los vehículos que resulten suficientes e idóneos en número y características para ejecutar, en su caso, el lote ofertado que en conjunto requiera más vehículos/capacidad. Se entenderá que las*

empresas tienen a su disposición los vehículos, solo y exclusivamente en los siguientes supuestos:

** Si se ostenta la titularidad oficial de los derechos (propiedad) de los vehículos ofertados.*

** Si se aporta un documento de compromiso del titular oficial de los vehículos que determine la cesión de uso de los mismos en el supuesto de que resulte adjudicatario el licitador (no se aceptarán precontratos de compra-venta).*

El número de vehículos disponibles en el momento de presentación de ofertas, que pueden ser adscritos a la ejecución de los citados lotes, se presentará de acuerdo con el anexo III bis.”

Por tanto, la exigencia de disponer de los vehículos en el momento de presentar las ofertas se añade a los otros tres requisitos de solvencia incluidos en el pliego: el primero es el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente reguladora del transporte escolar, tanto respecto a la empresa como a los vehículos y en particular al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad del transporte escolar y de menores, así como la normativa vigente reguladora del transporte escolar; el segundo es una declaración sobre el volumen de negocios referido a los tres últimos ejercicios en relación a actividades de transporte de viajeros, siempre que en uno de los contratos se alcance o supere el 50% del presupuesto de licitación del lote mayor al que se realice una oferta y el tercero es una relación de los principales servicios de transporte escolar ejecutados en los últimos tres ejercicios, por un importe igual o superior al 50% del presupuesto de licitación del lote mayor al que presente oferta, acompañada de certificados de buena ejecución firmados y sellados en los que debe constar la identificación del objeto del contrato, los importes de los contratos y las fechas de ejecución de los servicios. Esta última certificación no será necesaria si los servicios se han realizado para el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra y han alcanzado solicitadas.

Mi discrepancia se refiere al análisis de la proporcionalidad, no contemplado en el Acuerdo. El análisis de un criterio que exigía la operatividad de unos vehículos en el momento de presentación de las ofertas ha sido realizado en la ya mencionada

Resolución 116/2015, de 20 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) que afirma:

“ A continuación, procede comprobar si el citado criterio es proporcional, es decir, si es adecuado para la realización de tal objetivo, pero no más allá de lo necesario a estos efectos y, sobre este extremo, este OARC / KEAO considera que el criterio no es el adecuado para conseguir dicha finalidad pues la operatividad de los vehículos ofertados, con independencia de que en el momento de la presentación de las ofertas no se disponga de los mismos, está garantizada por el diseño que ha efectuado el órgano de contratación de un procedimiento de adjudicación menos discriminatorio y más adecuado para fomentar la concurrencia. Así, resulta ocioso y carente de justificación valorar la operatividad de las ambulancias en el momento de la presentación de las ofertas si, a la vista de lo expuesto en todas estas cláusulas contractuales, no se puede adjudicar el contrato más que aquel licitador que acredite la operatividad de la totalidad de las ambulancias antes de la adjudicación del contrato pues, de conformidad con la cláusula 26.8 del PCAP, de no cumplimentarse adecuadamente este requisito en el plazo señalado, se entenderá que el propuesto como adjudicatario ha retirado su oferta, procediéndose a recabar la documentación al licitador siguiente. En realidad, bajo una apariencia de criterio de adjudicación se está valorando un criterio de solvencia técnica o profesional pues el poder adjudicador lo que pretende asegurar es la disposición de medios materiales desde el inicio del contrato por diversas vías.

El criterio impugnado dificulta el acceso de las empresas al contrato pues exige que los licitadores tengan que realizar una inversión muy fuerte para poder obtener los 6 puntos correspondientes a este aspecto de la valoración de la oferta cuando el objetivo perseguido se cumple a través del diseño del procedimiento de adjudicación por lo que se está conculcando el art. 1 y 139 del TRLCSP. Por esta razón, el criterio de adjudicación debe ser declarado nulo y no por aplicación del artículo 32.d) del TRLCSP pues, habida cuenta que podrán disponer de vehículos operativos empresas que operen en el ámbito privado, el criterio debatido no da ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”

Sobre la proporcionalidad de un requisito de solvencia se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 27 octubre de 2005, C-234/03, *Contse, S.A., Viviso, SRL y Oxigen Salud, S.A. c. Ingesa*. El Tribunal analiza la proporcionalidad de un requisito que condiciona la admisión a la licitación de las empresas al hecho de que éstas dispongan previamente de una oficina abierta al público en la provincia. Esta sentencia indica en su apartado 43 al respecto de la proporcionalidad:

“Aun suponiendo que la existencia de tal oficina pueda considerarse adecuada para garantizar la salud de los pacientes, es preciso señalar que la obligación de disponer de ella a partir de la presentación de la oferta es manifiestamente desproporcionada.”

En nuestro caso, previéndose ya otros tres requisitos de solvencia para acreditar la aptitud de las empresas licitadoras para la correcta ejecución del contrato de transporte escolar, el juicio de la proporcionalidad requiere analizar si ésta justifica la carga que se les impone a las potenciales licitadoras a un lote de disponer del vehículo matriculado a título de propietario o de cesionario del titular en el momento de presentar las ofertas.

La adecuada prestación del servicio requiere, entre otras cosas, que los vehículos estén matriculados -y que cumplan con todos los requisitos del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril- para el inicio del curso escolar, pero este objetivo se consigue a través del diseño de la licitación que ha efectuado el órgano de contratación y que es muy adecuado para fomentar la competencia.

La cláusula 12ª indica que en el plazo máximo de 7 días naturales desde la comunicación por parte de la Mesa de Contratación de que el licitador va a ser propuesto como adjudicatario, el licitador debe presentar la relación de vehículos que se van a destinar a la ejecución de los lotes adjudicados (anexo VIII).

Dicho anexo ya requiere la adscripción de cada vehículo con su matrícula a la ruta y al lote. Además, advierte el punto 5 que *“En todo caso, los vehículos señalados deberán ser suficientes, adecuados e idóneos para prestar los servicios adjudicados de*

acuerdo con las especificaciones contenidas en el anexo IX de rutas, en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, y la normativa sobre tráfico y seguridad vial. “

La cláusula 12ª indica que la falta de aportación de la documentación mencionada, en plazo o tras el requerimiento de subsanación, supone la exclusión del procedimiento del licitador formulándose propuesta de adjudicación a favor del siguiente licitador por orden de puntuación en el lote de que se trate. Incluso, termina esta cláusula indicando que si en la falta de documentación en plazo media dolo, culpa o negligencia, la licitadora incurrirá en causa de prohibición de contratar (art. 22.1, letra j LFCP).

Se prevén soluciones que garantizan la operatividad de vehículos adecuados en caso de incidencias ya que el Anexo VIII indica que *“(En caso de adscripción de otros vehículos, estos deben ser de igual o mejor valoración global que los ofertados en cada lote)”* porque se prevé que éstos deben coincidir con los reseñados en el Anexo III bis, *salvo causa debidamente justificada apreciada por la Mesa de contratación.*

De modo que, el propio pliego, a través de la cláusula 12ª garantiza la plena disposición de los vehículos ofertados antes de la adjudicación de los lotes, con independencia de que el licitador sea el propietario o éstos no estén matriculados en el momento de presentación. El diseño del pliego efectuado por el órgano de contratación garantiza la plena operatividad de los vehículos para el transporte escolar.

El mecanismo de justificación de los requisitos del art. 55. 8 LFCP permite que se exija al licitador que, de manera previa a la adjudicación de cada lote, acredite la disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución, esto es los vehículos ya matriculados y la verificación del cumplimiento de todos los requisitos previstos en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad del transporte escolar y de menores, así como la normativa vigente reguladora del transporte escolar.

En consecuencia, se concluye que el aseguramiento de la correcta ejecución del contrato no justifica la carga que supone el requisito de solvencia establecido en la cláusula 8ª de las bases reguladoras y resulta, por desproporcionado y restrictivo de la

competencia contrario al art. 17.1 de la LFCP y a los principios de la contratación pública que, de manera más acertada, están expresados en el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

SEGUNDO.- El segundo punto de discrepancia se refiere a la impugnación del cálculo del coste de los vehículos tipo A+. La reclamante alega la disparidad en el cálculo de los costes del servicio de acompañante dependiendo del vehículo. Así, señala que el coste de acompañante en los vehículos de tipo A+ es diferente al coste en los restantes tipos de vehículos, habiéndose calculado por parte del órgano de contratación la tarifa incrementando en un 12% la de los vehículos tipo A, lo que entiende carente de lógica y fundamento.

El órgano de contratación alude al estudio de costes que obra en el expediente, señalando que los costes del servicio dependen de la prestación del mismo en cada tipo de vehículo, así como que el coste del personal acompañante es un coste unitario (por hora de servicio), que varía en función del número de horas y no por cambios en dicho coste unitario. Por último, se refiere a las circunstancias especiales que afectan a los vehículos del tipo A+, que hacen que el cálculo de su tarifa se haga a partir de los costes del vehículo A, incrementados en un 12%.

En las páginas 31 a 34 del informe sobre el cálculo de las tarifas se contienen los resultados de la estructura de coste por tipo de vehículo, donde puede apreciarse que el coste del personal acompañante en los vehículos de tipo P, M y A coincide. Sin embargo, respecto al coste del vehículo A+ se señala lo siguiente:

“El reducido número de rutas en las que se ha venido utilizando este tipo de vehículo hace que el mismo tenga una presencia testimonial en la prestación del Servicio de transporte escolar por parte de las empresas licitadoras.

A diferencia de lo que sucede con los demás tipos de vehículos considerados en este Informe (“P”, “M” y “A”) el cálculo de los distintos costes para el vehículo “A+”, aun cuando cuenta con la misma estructura conceptual de costes que los anteriores, presenta una enorme dificultad derivada de su carácter abierto (>55 plazas), es decir una amplia casuística a la hora de concretar su cálculo, y las

limitaciones que ofrece la información recopilada a la hora de proyectarla en el cálculo al conjunto del segmento-tipo de vehículo.

De esta forma, en lugar de realizar un cálculo pormenorizado de cada concepto de coste, tal y como se ha hecho para el resto de vehículos en los apartados anteriores, se ha optado por tomar como referente de cálculo la diferencia porcentual de los costes totales entre los autocares “de más de 55 plazas” y los autocares “entre 38 y 55 plazas” estimada por el Observatorio para las zonas con el coste de personal más alto.

Por tanto, los costes totales del vehículo “A+” son el resultado de aplicar a los costes totales del vehículo “A” un incremento del 12%. Dicho incremento se aplica por igual a las distintas categorías de costes unitarios.”

Asimismo, en la página 35 del informe se afirma que “Para cada ámbito de referencia considerado para la licitación se ha detallado por tramo y tipo de vehículo la tarifa de licitación correspondiente a la jornada de prestación del Servicio, excepto para el vehículo “A+”, dada su escasa presencia. Su cálculo se determina a partir de la tarifa correspondiente al vehículo “A”, incrementada en un 12%, lo que se justifica tomando la referencia del “Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros por autocar “que estima un incremento similar de costes al pasar del tipo de vehículo de 38-55 plazas a vehículos mayores de 55 plazas, algo que no difiere mucho de las estimaciones realizadas para Navarra con la información recopilada al respecto”.

El órgano de contratación indica en sus alegaciones que los costes del personal acompañante en los vehículos P, M y A coinciden porque se trata de un coste temporal, que se obtiene a partir del coste unitario de la hora de servicio por parte de dicho personal y que no varía en función del servicio en que se preste. Por tanto, ese mismo argumento puede aplicarse a los vehículos A+, de modo que el cálculo de las tarifas para este último vehículo a partir de los costes totales correspondientes al vehículo A incrementados en un 12% supone un incremento injustificado en el cálculo del coste para los vehículos A+. Este incremento afecta a 4 rutas de las previstas y, según el informe de costes de personal el coste por jornada en euros del acompañante es de 63.73€ (página 28 del informe). Por tanto, el 12% de incremento sin justificar supone un 7.6€ diarios que por 175 días de prestación de servicio son 1.330€ al año en cada una de

las rutas. El criterio utilizado es fácilmente corregible mediante la aplicación del 12% de incremento al coste temporal sin acompañante y, para las rutas que se requiera el acompañante sumarle el coste calculado, que como se indica es el mismo con independencia del vehículo utilizado. Por tanto, entiendo debía haberse estimado dicho motivo de recurso.

Y este es mi parecer respecto a estos dos fundamentos, que emito con pleno respeto a mis compañeras y al Acuerdo.

Pamplona, a 5 de agosto de 2021. LA VOCAL Natividad Goñi Urriza