



Recursos nº 946/2014 CA Valenciana nº 118/2014

Resolución nº 26/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. ^a T. N. H., en representación de la sociedad AUTOCARES CAPAZ S.L, contra los Pliegos para la contratación del servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana, número de expedientes: CNMY14/CD00D/50, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea publicó el 5 de noviembre de 2014 el anuncio de licitación del procedimiento abierto para la contratación de servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad -de conformidad con la copia que se incluye en el expediente de 7 de noviembre de 2014-. El anuncio fue remitido a la oficina de publicaciones del DOUE el 31 de octubre de 2014.

Asimismo el Boletín Oficial del Estado publicó, el 17 de noviembre de 2014, la Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte por la que se hace pública la licitación mediante procedimiento abierto del servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana.

El Diario Oficial de la Comunidad Valenciana publicó el 17 de noviembre de 2014, la licitación número CNMY14/CD00D/50. Servicio de transporte escolar en centros públicos de la Comunidad.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado



por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y normas estatales y de la Comunidad Autónoma de desarrollo.

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente respecto del recurso.

Han presentado alegaciones tres asociaciones, la UNIÓN VALENCIANA DE TRANSPORTISTAS DE VIAJEROS EN AUTOCAR, la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS DE ALICANTE y la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA, así como la mercantil AUTOCARES ALBEBÚS S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el Art. 41.4, del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 17 de abril de 2013).

Segundo. La impugnación del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas, de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP, sólo será susceptible del recurso especial en materia de contratación si estos pliegos tiene por objeto la celebración de a alguno de los contratos enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP.

El órgano de contratación en su informe al recurso califica el contrato, al igual que el PCAP en la cláusula 3.1, como un contrato de servicio de transporte escolar. El Pliego califica el contrato a través de la codificación (CPV) prevista en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, como de servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera, (60130000-8) -cláusula 3.2 del PCAP-. La publicación del anuncio de licitación en el DOUE califica el contrato en la categoría de servicio nº 18, correspondiente a servicios de transporte por ferrocarril. No obstante, esta no es la categoría adecuada, considerando las prestaciones del contrato, éste se corresponde con la categoría nº 2 del TRLCSP -como hace la cláusula 7.2 del PCAP-, por lo que entra en el ámbito de competencia del Tribunal, de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.



Se advierte una disparidad en la codificación CPV utilizada en el anuncio en el DOUE y en el BOE. La codificación CPV publicada en el DOUE, 60000000, se refiere a los Servicios de transporte (excluido el transporte de residuos), mientras que el CPV publicado en el BOE, 60130000-8, es más específico, alude a Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera.

La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS DE ALICANTE y la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA solicitan la inadmisión del recurso, considerando que el recurrente califica el contrato en presencia de gestión de servicios públicos cuyo plazo de duración no es superior a cinco años. No obstante, el Tribunal estima, como se fundamenta en este recurso, que el contrato es de servicio de transporte.

Tercero. El acto recurrido son los pliegos siendo estos susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se interpuso ante el Tribunal el día 21 de noviembre de 2014. El 5 de noviembre de 2014, los pliegos recurridos fueron anunciados en el DOUE, permitiendo acceder a su conocimiento a través del perfil del contratante señalado en el anuncio de licitación -apartado I.1 del anuncio-. Consecuentemente, debe estimarse interpuesto el recurso en el término fijado en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

El recurso fue anunciado al órgano de contratación el día 21 de noviembre de 2014, de acuerdo con el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha interpuesto en representación de la empresa AUTOCARES CAPAZ, S.L, quien afirma cumplir los requisitos de legitimación exigidos en el artículo 42 del TRLCSP. Este artículo establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La escritura pública de poder que se acompaña al escrito de interposición del recurso administrativo expresa que la empresa recurrente tiene por objeto social la explotación de autobuses de servicio público en líneas regulares y servicio discrecionales; la explotación de vehículos de gran turismo y taxi; la explotación de locales de negocio comerciales



relacionados con el transporte; la explotación de estaciones de carburantes líquidos; y alquiler de vehículos sin conductor.

A la vista de este objeto social y el objeto del contrato que la Generalitat Valenciana pretende celebrar, en consideración a la doctrina mantenida por el Tribunal en cuanto al reconocimiento de legitimación para recurrir los pliegos de contratación, se estima que la empresa AUTOCARES CAPAZ, S.L está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación objeto de este expediente.

Sexto. La recurrente, como primer argumento, del recurso pone de manifiesto la incorrecta calificación del contrato. El PCAP califica el contrato de servicio de transporte escolar a los centros docentes públicos no universitarios, por el contrario la empresa AUTOCARES CAPAZ, S.L considera que el contrato es de gestión de servicio público.

Como recuerda la jurisprudencia de manera constante, los contratos se han de calificar según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000-y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010-, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-), o, en palabras del Informe del Tribunal de Cuentas nº 620, de 27 de enero de 2004 (pág. 29), *“la naturaleza de un contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la calificación que le haya dado el órgano de contratación, sino en consideración a su verdadero objeto y finalidad.”*

Las Resoluciones 366/2014, de 9 de mayo y 149/ 2014 de 21 de febrero, reiteran la doctrina sobre la distinción entre el contrato de servicio y el contrato de gestión de servicio público; así: *“(…) Decíamos en nuestra resolución 346/2013 que la Ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite separar nítidamente ambos conceptos en algunos casos. Tampoco la Directiva 18/2004CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio, tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales*



europeas. En nuestro país contamos con experiencia en la caracterización de las concesiones administrativas e incluso la Administración española ha sido receptiva a la evolución del derecho comunitario al deslindar el contrato de servicios de la concesión de servicios públicos. La cuestión es trascendente porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley.

Este Tribunal ha venido tomando como referencia este informe de la JCCA, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, para señalar que "Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta



definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anteriores es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura....”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho



de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio". Este criterio ha sido mantenido también en informes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.

En el mismo sentido, y en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que "El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios". Parece patente que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre la que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. Este criterio es notoriamente compartido tanto por las recurrentes como por el órgano de contratación, por lo que nos sirve de premisa para valorar los pliegos ahora recurridos. Del mismo modo que acontecía en los recursos 370 y 371, en el caso que ahora nos ocupa, el elemento central que nos permite determinar si se ha producido la transmisión del riesgo no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión alguna que recuperar. Por ello, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el



concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

En nuestra resolución 346/2013 declarábamos que en los pliegos anulados por este Tribunal se establecía una contraprestación fija para el adjudicatario que se percibiría mediante abonos a buena cuenta, y que la única posible variación de la retribución dependería de la calidad con la que se prestase, lo que no podía considerarse como una asunción voluntaria de los riesgos derivados del contrato.”

En la Resolución 215/2014, 14 de marzo, recogimos la jurisprudencia comunitaria acerca del riesgo que asume el contratista en el contrato de gestión de servicios públicos, señalando: *“En el esquema del legislador comunitario, la concesión de servicios públicos es un contrato de servicios en el que la retribución del contratista tiene lugar, en todo o en parte, mediante la explotación del servicio (cfr.: Informe 32/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa); ello, a su vez, lleva consigo, como elemento esencial del contrato, la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (cfr.: SSTJCE de 27 de octubre de 2005 -asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 -asunto C-382/05-, 10 de septiembre de 2009 -asunto C-206/08-). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: STJCE 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09).*

B.-Como no podía ser de otro modo, el legislador español se ha hecho eco de tales postulados, y así, por un lado, el artículo 277 a) TRLCSP identifica la concesión de servicios públicos como la modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos en la que el empresario gestiona éstos “a su propio riesgo y ventura” y, por otro, el artículo



281.1 TRLCSP establece que la retribución del contratista incluirá “para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Con base en ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha enfatizado la asunción del riesgo por el concesionario como elemento definitorio de la concesión de servicios públicos (cfr.: Informes 4/2008 y 65/2008), bien entendido que ello no significa que la retribución haya de provenir necesariamente de los usuarios, sino que ésta debe depender del rendimiento de la explotación, de manera que el resultado de la gestión entrañe un grado de incertidumbre que no permita garantizar, de antemano, los ingresos del concesionario (cfr.: Informe 22/2009). De esta suerte, si la retribución se establece de un modo cierto e independiente del grado de utilización del servicio por parte de los usuarios, no estaremos en presencia de una verdadera concesión de servicios públicos (cfr.: Informe 12/2010).

Esta doctrina, que hace de la asunción del riesgo de explotación el criterio identificador de la concesión de servicios públicos, ha sido acogida igualmente por este Tribunal, que, en su Resolución 80/2013, contrapuso la esencia de la concesión y del contrato de servicios, señalando que:

“La gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.”

De acuerdo con la doctrina expuesta a la cuestión suscitada por el recurrente y las asociaciones que presentan alegaciones al recurso es necesario analizar los Pliegos que definen la prestación para encontrar en ellos la asunción o no por el contratista de los riesgos en los términos descritos.

A. En cuanto al derecho a la explotación, característico del contrato de gestión de servicios público, a cambio de una remuneración, los Pliegos prevén:

1. La cláusula 4.5 del PCAP, el precio total del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo, incluyendo como partica independiente el IVA.

En la cláusula 4.4, al determinar el precio del contrato describe los precios de licitación unitarios máximos diarios sobre los que han de presentarse las ofertas económicas.

En ningún caso se podrá ofertar un precio unitario superior a los precios unitarios y porcentaje máximo de licitación detallados en la cláusula 4.4. Esta cláusula distingue entre:

- Precio diario del autobús de 0 a 20 plazas.
 - Precio diario del autobús de 21 a 30 plazas.
 - Precio diario del autobús de 31 a 55 plazas.
 - Precio diario del autobús de más de 55 plazas.
 - Incremento en porcentaje de los precios unitarios para el autobús adaptado.
 - Precio diario del acompañante en autobús ordinario.
 - Precio diario del acompañante en autobús adaptado.
 - Precio por kilómetro en distancias superiores a 100 km en una ruta.
2. La cláusula 15 del PCAP, prevé: *“el importe de adjudicación que corresponda a cada lote se dividirá en cuarenta mensualidades iguales, facturándose de forma mensual excepto los meses de julio y agosto en que no se presta el servicio (duración del contrato 48 meses menos los 8 meses no facturables).”*

Asimismo, si el servicio se ve modificado a lo largo del curso escolar, de acuerdo a la cláusula 16 de este Pliego, se deberán realizar los correspondientes ajustes en la facturación, procediendo del siguiente modo:

Si la modificación arroja un saldo positivo, el importe correspondiente se facturará de manera independiente una vez finalizado el curso escolar, en el mes de junio.

Si la modificación arroja un saldo negativo, se minorará la facturación de la mensualidad de junio en el importe correspondiente, salvo situaciones excepcionales en las que el importe de la minoración del contrato sea superior al importe de la mensualidad de junio, en cuyo caso, dicha minoración se repercutirá en las mensualidades anteriores a junio que resulten necesarias para ajustar dichos importes.

En el caso de incumplimiento del contrato que dé lugar a una penalización, se procederá a hacer efectivo el descuento que proceda en cumplimiento del apartado 17º de la presente propuesta de condiciones, en el mes de junio, y si fuese necesario en los meses anteriores.

El pago de las mensualidades se realizará previa presentación de las correspondientes facturas ante la Dirección General de Centros y Personal Docente.

En los sucesivos cursos escolares en los que se desarrolle el contrato, se procederá de igual forma, partiendo del valor del contrato que para el curso correspondiente se determine tras el ajuste derivado de las modificaciones del curso anterior, al que se añadirá la pertinente revisión de precios aplicada desde el mes de septiembre.

Cualquier incidencia que surja durante la gestión del servicio del transporte escolar, que deba tener repercusión económica, se resolverá en la mensualidad de junio, previa comunicación de la misma por parte de la Dirección Territorial de Educación, Cultura y Deporte de la provincia correspondiente y audiencia a la empresa adjudicataria, lo que deberá quedar debidamente documentado en el expediente.

La facturación se efectuará una vez prestados los servicios mensualmente y consistirá en dos facturas por lote, una referida a servicios prestados en Centros de Enseñanza Primaria y la otra referida a Centros de enseñanza Secundaria.

3. La cláusula 16 del PCAP dispone que: *“el presente contrato se podrá modificar de acuerdo al artículo 106 del TRLCSP, estableciendo como alcance máximo de la modificación un 30% sobre el precio del contrato.”*

Será objeto de modificación del contrato cuando se dé alguna de las siguientes causas:

- Modificación del tamaño del autobús en función del alumnado transportado, así como la inclusión o supresión de acompañantes por necesidades especiales del mismo.
- Incorporación de nuevas rutas o eliminación de rutas en función de las necesidades del servicio.
- Modificación del itinerario de alguna ruta que comporte acortarla o alargarla, aun cuando afecte al punto de origen o destino.
- Necesidad de realizar o suprimir servicios adicionales (reiteraciones) debido a la variación de horarios en el centro.
- Otras que así lo considere el órgano de gestión, atendiendo a la especial dificultad y trazado de la ruta, así como a las necesidades específicas del servicio de transporte.

Para adaptar el transporte a las necesidades reales del servicio y asegurar la escolarización diaria de los alumnos, la Dirección Territorial de Educación, Cultura y Deporte, al inicio del curso escolar y durante éste, fijará los cambios necesarios en relación con el número de alumnos, rutas y paradas. Cuando estos cambios supongan modificaciones del contrato que deban formalizarse de acuerdo a la normativa vigente, la prestación del servicio se efectuará de manera inmediata, previa notificación expresa de la Dirección territorial al contratista. Se podrá modificar el contrato al finalizar el primer año de ejecución del contrato.

El expediente de modificación se iniciará por la Dirección territorial y la propuesta del mismo la gestionará la Dirección General de Centros y Personal Docente para posterior mente su traslado al Servicio de Contratación para su aprobación por el órgano de contratación.

Cuando derivado de una modificación se requiera de un nuevo vehículo, la documentación técnica correspondiente se deberá presentar ante el órgano de



contratación. Este nuevo vehículo deberá cumplir con las exigencias requeridas para atender la modificación y su antigüedad no debe ser superior a la media ofertada por la empresa adjudicataria.”

4. La cláusula 19 del PCAP prevé un sistema de revisión de precios, señalando que: *“Los precios serán revisados durante el periodo de vigencia del contrato con carácter anual, produciéndose la primera revisión transcurrido el primer año del contrato, en los términos establecidos en el artículo 90 del TRLCSP.*

Cada revisión se efectuará en el mes de septiembre de cada año, a partir del inicio del segundo año de vigencia del contrato, actualizando así los precios unitarios al inicio de cada curso escolar. Para ello se aplicará el 85% de la variación interanual que haya experimentado el IPC correspondiente al subgrupo de transporte de la Comunitat Valenciana, publicado en el mes de junio del año correspondiente a cada revisión (referencia M05).”

5. El PPT dispone que: *“En caso de huelgas no imputables al transportista, tales como las efectuadas por profesores o alumnos, que vengán a impedir el normal funcionamiento del centro docente, el transportista tendrá derecho al abono del precio correspondiente a los días de duración de la huelga. Cuando se trate de huelga del sector, los días de duración no generarán derecho a percepción alguna por parte del transportista. En cualquier otro supuesto, se estudiará la incidencia en la prestación del servicio.”*
6. El PPT prevé: *“El adjudicatario tiene derecho a percibir las contraprestaciones económicas determinadas en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato”.*
7. También el PPT dispone que: *“Durante la ejecución de los correspondientes contratos y de acuerdo con los cambios que se produzcan en el número o el domicilio del alumnado, las citadas rutas podrán variar en recorrido o en cuanto a los medios materiales adscritos a las mismas, incluso ser suprimidas algunas y creadas otras nuevas.*

Cuando los cambios descritos originen una modificación del contrato, la misma se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

con la consiguiente repercusión económica según los precios unitarios de adjudicación.”

De las prescripciones anteriores consignadas en los Pliegos y transcritas en este fundamento resulta que al contratista se le garantiza una remuneración fija mensual que será abonada exclusivamente por la Generalitat por la prestación de los servicios previstos en los pliegos con independencia del uso más o menos intenso que hagan los usuarios. Aunque, sin perjuicio de que ante la eventualidad de que durante la ejecución del contrato no resultara necesario el servicio, la ruta pueda ser modificada, ésta llevará aparejado el correspondiente ajuste económico.

Asimismo, durante la ejecución del contrato se prevé la revisión del precio.

B. A mayor abundamiento, en cuanto a la organización del servicio como elemento configurador del riesgo que asume el contratista.

Las características de las prestaciones que se describen en los Pliegos dejan un escaso margen a la empresa adjudicataria para modular la organización del servicio. Así, las rutas que deben ofertar los licitadores, kilómetros, paradas, tipo de autobús y antigüedad y la necesidad de acompañante estará previamente determinadas al inicio de la prestación y las modificaciones de estos elementos con repercusión económica, tendrán incidencia en el precio a percibir por el contratista, tal y como ya se ha advertido.

Por lo expuesto debe confirmarse la calificación del contrato como de servicios y no un contrato de gestión de servicios públicos en el que no se produce la transmisión significativa del riesgo inherente a la explotación del servicio al contratista.

Por otro lado, no resulta admisible el argumento del recurrente en el que pretende reconocer el riesgo propio del contrato de gestión de servicios en las inversiones necesarias para prestar el servicio, tales como las derivadas de la disposición de los vehículos y la contratación del personal. Tampoco se aprecia el riesgo en el número de usuarios pues éste está determinado inicialmente a través del tipo de autobús que en los anexos a los pliegos se señala para realizar la ruta correspondiente y, si fuera necesario cambiar el tipo de autobús, la modificación lleva consigo la adecuación del precio al tipo de autobús necesario.

Séptimo. El recurso estima infringido el artículo 22.1 del TRLCSP toda vez que no se justifica el cambio de tipo de contrato incurriendo en arbitrariedad, desviación de poder e ilegalidad.

El artículo 22.1 del TRLCSP dispone que: *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”*

Con carácter previo a resolver la cuestión que la recurrente plantea debe delimitarse el ámbito objetivo del artículo 22.1 del TRLCSP, en cuanto que éste tiene por fin que la Administración contratante acredite la necesidad de contratar y no la necesidad o idoneidad del tipo de contrato elegido por la Administración para cubrir la necesidad justificada.

El artículo 109.1 del TRLCSP prevé que esta declaración exista al inicio del expediente de lo que parece deducirse que debería ser previa a la elaboración de los pliegos, al disponer que: *“la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.”*

Las exigencias del artículo 22 del TRLCSP en cuanto a la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, constituyen un trámite previo al procedimiento de adjudicación, sobre el cual el Tribunal no puede entrar a conocer.

Los actos del procedimiento sujetos a revisión, de acuerdo con la redacción del artículo 40.2 del TRLCSP, se limitan a los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, sin mencionar más actos del

expediente de contratación que los pliegos y documentos contractuales que hagan sus veces. En este sentido el Tribunal ya se ha manifestado en otras resoluciones, como la Resolución 347/2014, de 4 de septiembre.

No obstante, se advierte que entre la documentación remitida a este Tribunal como expediente administrativo no se encuentra la justificación de la necesidad del contrato para el cumplimiento de los fines de la Administración, más allá de las menciones que en los pliegos se hace en relación al objeto del contrato. Así, de la cláusula 3.1 del PCAP como la cláusula 1 del PPT, al definir el objeto del contrato, podría deducirse las necesidades a satisfacer. El PPT dispone que: *“el contratista se obliga a transportar a todo el alumnado autorizado en las diferentes rutas recogidos en los lugares establecidos, a las horas señaladas y durante todos los días lectivos del curso escolar para su traslado a los centros docentes y viceversa (...)”*.

Por otro lado, la empresa AUTOCARES CAPAZ, S.L estima que debería justificarse el cambio de tipo de contrato en la nueva licitación toda vez que sin producir un cambio en las circunstancias que determinan el actual modo de gestión del servicio a través de un contrato de gestión de servicio público, mediante la nueva licitación se pasará a un contrato de servicio público.

Sobre este punto debe afirmarse que el órgano de contratación podrá acudir a la satisfacción de sus necesidades a través de la contratación, seleccionando el tipo de contrato de conformidad con las necesidades que tengan que ser atendidas. Particularmente, en el caso del contrato de gestión de servicios públicos y de gestión de servicios, como se ha indicado en el fundamento anterior, son dos modalidades contractuales que permiten atender a las mismas necesidades con la opción, para la Administración contratante, de decidir que los riesgos de explotación del servicio deban o no ser transmitidos al contratista, cuestión que se logrará mediante la definición de las prestaciones de las partes.

La configuración de las prestaciones del contrato corresponde al órgano de contratación, a través de los pliegos, tanto de condiciones administrativas particulares como de prescripciones técnicas. El PCAP, de acuerdo con el artículo 115 del TRLCSP, incluirá los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato. De acuerdo con el artículo 116 del TRLCSP el PPT contiene las prescripciones técnicas



particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. Ambos pliegos son aprobados por el órgano de contratación, con los requisitos previstos en la ley. En definitiva, el órgano de contratación define las prestaciones del contrato que se pretende celebrar, para atender las necesidades a satisfacer con la contratación, ejerciendo una competencia que le corresponde. Así, el órgano de contratación pone en relación las prestaciones del contrato que se quiere celebrar con las necesidades que se pretenden satisfacer, quedando en el ámbito de la potestad discrecional de la Administración decidir si en riesgo característico de un contrato debe pasar a contratista mediante un contrato de gestión de servicio público, o bien mantenerse en la Administración contratante, a través de un contrato de servicio.

Sobre el reproche que hace el recurrente debe recordarse que no es competencia del Tribunal entrar a conocer acerca de la decisión administrativa de configurar un contrato como de gestión de servicio público o simplemente de servicios, sino si la configuración de las prestaciones, según resulta de los pliegos, se ajusta a la calificación jurídica hecha por el órgano de contratación.

Octavo. El tercer argumento del recurso se refiere nuevamente a la licitación en relación a los contratos vigentes de gestión de servicio público, estimando que si estos están vigentes no se ha justificado la necesidad de la contratación.

La recurrente, hace valer en su fundamento el criterio de la Resolución 719/2014, de 26 de septiembre. No obstante, los fundamentos de esta resolución motivan la desestimación del argumento de AUTOCARES CAPAZ, S.L.

En la Resolución citada el Tribunal señalamos que: *“En relación con la argumentación esgrimida por el recurrente como fundamento de su impugnación, la persistencia de un contrato anterior con el mismo objeto del licitado es una situación previa al procedimiento de adjudicación, sobre el cual, como hemos reiterado numerosas veces, el Tribunal no puede entrar a conocer al impugnarse los actos de licitación del nuevo contrato. En efecto, con la redacción del artículo 40.2 del TRLCSP, los actos del procedimiento sujetos a revisión se limitan a los “actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación”, sin mencionar más actos del expediente de contratación que los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que hagan sus veces. Item mas, si el órgano de contratación tiene un contrato con determinado objeto con una empresa y, durante la vigencia del*



mismo, decide suscribir un nuevo contrato cuyo objeto coincida, total o parcialmente, con el primero, y deja de encargar a la primera empresa los servicios correspondientes para encargárselos a la segunda, nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por parte de la Administración contratante, con las consecuencias que la legislación de contratos específicamente establece al efecto; cuestión que, una vez más, excedería de la competencia de este Tribunal que carece de competencia para el examen de las distintas incidencias que puedan acaecer en fase de ejecución de un contrato.”

No obstante, sin querer entrar en las competencias que corresponden a los órganos jurisdiccionales, no debe ser extraño si se quiere mantener la continuidad del servicio de transporte iniciar la licitación durante la vigencia del contrato anterior que pretende ser sustituido.

Noveno. La recurrente considera que la forma de licitar los servicios a través de tres lotes que comprenden el transporte escolar en la provincia de Castellón, Valencia y Alicante supone una infracción de los principios de libre concurrencia e igualdad de acceso a las empresas a la prestación del servicio. La acumulación en un solo contrato de todo el transporte escolar de la Comunidad Autónoma Valenciana, aun dividido el procedimiento en tres lotes, correspondientes a las tres provincias, va a impedir la presentación de ofertas y la participación en el contrato de todos los pequeños y medianos transportistas favoreciéndose con ello la adjudicación a las grandes empresas del sector. El pliego desincentiva la participación en la licitación de pequeñas y medianas empresas infringiendo así los preceptos que tiene por objeto promover la participación de estas en la contratación pública.

En las alegaciones al recurso presentadas por la UNIÓN VALENCIANA DE TRANSPORTISTAS DE VIAJEROS EN AUTOCAR, la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTISTE DE VIAJEROS DE ALICANTE y la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA, ninguna de ellas estima que se produzca la limitación de la competencia denunciada por la recurrente.

En el informe del órgano de contratación al recurso se defiende la división en tres lotes, toda vez que no limita la concurrencia, sino que por el contrario permite que todo tipo de empresas puedan participar en la licitación. Una gran pluralidad de lotes hace que aunque pequeñas empresas puedan adjudicarse alguno de ellos, ante la más pequeña

contrariedad deje de prestar el servicio sin poder dar respuesta y cumplir las obligaciones del contrato lo que llevaría a una resolución del mismo con la consiguiente prohibición de contratar y por ende la muerte de la empresa.

La formación de lotes en un procedimiento de contratación está prevista en el artículo 86.3 del TRLCSP, según éste: *“3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. (...)”*

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2”.

En la reciente Resolución 803/2014, de 31 de octubre, el Tribunal resume la doctrina que en relación a la división en lotes de los contratos venimos manteniendo, así: *“Tanto la resolución de este Tribunal 520/2013 como la 148/2012 entre otras se refieren a la distribución en lotes, pero podemos traer a colación la más reciente, la número 756/2014, de 15 de octubre, que señala: “Séptimo. En relación con los alegatos deducidos por la actora, debe tenerse presente (seguiremos en este punto el hilo argumental de la resolución 652/2014, en la que se abordó una impugnación pareja referida a esta misma licitación) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él. Pues bien, el primero de los preceptos citados parte de la regla general de no división del objeto del contrato, si bien en su apartado 3,*



cuando el objeto admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. Por su parte, el artículo 117.2 establece que “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. Sobre estas normas tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado, declarando la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias carecen de todo fundamento. En particular, cabe traer a colación la Resolución nº 214/2013 en la que analizando un supuesto en el que también se debatía la conveniencia de realizar otra distribución por lotes de los productos a suministrar señalaba lo siguiente: “Sin entrar a considerar si la división en lotes propuesta por la entidad recurrente que consiste en la creación de un lote nuevo en el contrato para las “Vacunas inactivadas preparadas en cultivos celulares” es la más razonable o no desde el punto de vista de las necesidades que pretende satisfacer el Acuerdo Marco proyectado, lo cierto es que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por la recurrente en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en su ejecución. En efecto, como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.” Asimismo, como también ha quedado expuesto, en la regulación de los contratos públicos hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual, además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y



no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”. Por otra parte, del transcrito artículo 1 del TRLCSP se desprende, como ha señalado este Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia -“eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal-, principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte- lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. No obstante, no cabe perder de vista que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.”



Expuesta la doctrina, debe llevarse al caso objeto de recurso. El PCAP en su cláusula 3.1 en la que se define el objeto del contrato, dispone en relación a los lotes en los que se divide: *“El objeto de este contrato admite fraccionamiento y se prevé la realización independiente de cada una de las partes mediante su división en 3 lotes, lote A1 para la provincia de Alicante, lote C2 para la provincia de Castellón y lote V3 para la provincia de Valencia. Cada uno de estos lotes atiende a las localidades de la correspondiente provincia, asimismo cada lote está compuesto por diferentes rutas que se detallan en el Anexo Lotes/Rutas adjunto.”*

En el Anexo al PCAP denominado “Lotes/Rutas” en cada lote se describen las rutas que deben realizar los adjudicatarios en las provincias de Alicante, Castellón y Valencia, en relación con los centros escolares establecidos en ellas. Los tres lotes agrupan más de doscientas rutas en las provincias de Valencia y Alicante y cerca de ciento cincuenta en la provincia de Castellón.

De un simple análisis de la prestación objeto del contrato, el transporte escolar en la Comunidad Autónoma Valenciana, así como de la configuración de los tres lotes por provincias, en los que se integran más de quinientas rutas de transporte, resulta evidente que el contrato es susceptible de división. Esta división se ha producido en consideración al ámbito territorial en el que se han de desarrollar el transporte de los alumnos. No obstante, la recurrente, si bien no hace una propuesta de división en más lotes, estima que la agrupación de las rutas que se desarrollan en la provincia resulta contraria a la norma.

Para resolver esta controversia, debe partirse del principio de indivisión de las prestaciones del contrato, aceptándose la división que discrecionalmente decida el órgano de contratación.

Analizando la división hecha en los pliegos recurridos, mediante lotes por provincias, se advierte la posibilidad de hacer más divisiones, probablemente hasta licitar tantos lotes como rutas que se pretenden satisfacer, en lo que podría ser el mínimo de división posible. Serían más de quinientas rutas a las que los licitadores deben dar servicio, por lo que es ajustado a un principio de eficacia en la gestión la agrupación de estas rutas en lotes, toda vez que resultaría de difícil gestión para la administración contratante la ejecución de más de quinientos contratos, afectando negativamente los aspectos que justifican la unificación de las prestaciones a los que se alude en la resolución transcrita (*incremento*



de la eficacia, mayor eficiencia y coordinación en la ejecución, aprovechamiento de las economías de escala y la optimización de la ejecución global del contrato).

Por el contrario, la división de las rutas en provincias se justifica como un ámbito territorial de ejercicio de las competencias de la Administración contratante.

Décimo. La recurrente considera que exigir la máxima clasificación posible para la licitación en este contrato determina una forma jurídica rechazada por la Comisión Nacional de Competencia en su Guía sobre contratación pública y competencia.

La Asociación de Transporte de Viajeros de Alicante alega que la clasificación exigida no es novedosa en este tipo de contratos. La Asociación Empresarial de Transporte de Viajeros por Carretera estima ajustada la clasificación que aun dividiendo en más lotes el contrato sería la clasificación exigible.

La cláusula 8.2.1 del PCAP prevé que: *“para acreditar la solvencia las empresas licitadoras deberán presentar certificación de clasificación en el Grupo R, Subgrupo 1, Categoría D, que no hayas perdido su vigencia (...).”*

La clasificación exigida se refiere a servicio de transporte; subgrupo, transporte general. La Categoría D, se prevé cuando la anualidad media sea igual o superior a 600.000 euros, de acuerdo con las reglas del artículo 39 del Reglamento que desarrolla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre.

La clasificación exigible a un contrato está determinada por su importe. De acuerdo con los anexos al PCAP que contiene los lotes y las rutas correspondientes a cada uno, el lote del servicio para la provincia de Castellón tiene un importe de 3.798.852,64 euros, para el lote del servicio para Alicante se fija un importe de 7.855.202,08 euros y el lote de Valencia se fija en 9.085.785,28 euros. De acuerdo con estas cifras admitida la división en lotes la categoría D, para los servicios de transporte en general, prevista en el PCAP, es ajustada a derecho.

Décimo primero. Reprocha la recurrente la duración prevista para el contrato, en consideración con las inversiones a realizar y apreciando que el contrato no admite prorrogas superiores a 2 años.



De acuerdo con el PCAP, en su cláusula 5, prevé que *“el plazo de ejecución del contrato será de cuatro (4) años. Está previsto que la ejecución del contrato se inicie el 1 de enero de 2015 o el primer día lectivo del mes siguiente a la firma del contrato. No obstante, si la adjudicación se retrasase se efectuaría el oportuno reajuste de anualidades.*

Por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización del contrato, podrá prorrogarse el plazo de ejecución por periodos no superiores a dos (2) años (...).”

De acuerdo con el artículo 303.1 del TRLCSP *“Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.”*

De manera que la previsión del PCAP se estima ajustada a la norma aplicable, sin perjuicio de la reflexión que la recurrente hace respecto de la relación entre el coste de los vehículos para prestar el servicio y la duración del contrato para insistir en la necesidad de que el contrato se configure como un contrato de gestión de servicio público, cuestión que ya ha sido resuelta.

Décimo segundo. La empresa recurrente pone de manifiesto que el modelo consignado en el anexo XI del PCAP no respeta los derechos de los contratistas toda vez que no cabe la imposición por el pliego de un determinado documento o modelo para manifestar el compromiso de constituirse en UTE pues restringe la libertad de empresa.

La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS DE ALICANTE es contraria a la estimación de este argumento toda vez que se ajusta a la normativa aplicable puesto que el pliego exige el compromiso de constituirse en UTE.

El modelo al que se refiere el recurrente, es el compromiso de constitución de la unión temporal de empresas, al que se refiere el artículo 59 del TRLCSP y el artículo 24 del



Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Este argumento debe ser rechazado ya que el modelo del anexo XI facilita la forma de manifestar el compromiso previsto en los artículos citados. El modelo no exige la constitución de la UTE con anterioridad a conocer si las empresas interesadas son las adjudicatarias del lote o el contrato. El artículo 53.2, en su segundo párrafo, dispone la obligación de manifestar el compromiso de constitución de la UTE, así: *“A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato”*.

Décimo tercero. En cuanto a la exigencia del artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril de integración social de los minusválidos.

Como señala el recurrente la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. No obstante la previsión del artículo 38.1 de la primera norma sigue en vigor en la segunda, a través de su artículo 42.

Respecto de la exigencia de la citada declaración, debe recordarse la previsión de la Disposición adicional cuarta del TRLCSP, según la cual: *“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.*

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las



medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.”

Por todo lo expuesto, se estima que procede la corrección de la referencia a la Ley 13/1982, de 7 de abril, como un error material, para remitirse al artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Sin perjuicio de la vigencia, como indica el informe del órgano de contratación al recurso, del Decreto 279/2004 de medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat, en cuyo artículo 2 la obligación señalada en el párrafo anterior.

Décimo cuarto. El recurrente considera que la regulación de la baja anormal o desproporcionada en el PCAP restringe la competencia ya que los licitadores desde el principio conocen cual es la baja máxima que se permite sin incurrir en temeridad.

En la cláusula 11 del PCAP, relativa a los criterios de adjudicación y propuesta de adjudicación, se dispone que: *“Bajas anormales o desproporcionadas. Cuando el precio global del lote, resultante a partir de los precios unitarios ofertados, suponga una baja que exceda en 35 unidades, por lo menos, respecto a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones válidas presentadas podrá considerarse una oferta anormal o desproporcionada. En este caso se dará audiencia al licitador, de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP”.*

El TRLCSP al regular las ofertas con valores anormales o desproporcionados dispone en su artículo 152.2 para el caso, como ocurre en esta licitación, que no sea el precio el único criterio de valoración que: *”cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.”*



El PCAP fija la cuantía de la baja de la oferta a considerar desproporcionada cuando ésta suponga una baja que exceda en 35 unidades, por lo menos, respecto a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones válidas presentadas. De esta fórmula debe concluirse que la oferta anormal o desproporcionada sólo puede determinarse a través de un conocimiento del resto de las ofertas, tras la apertura de las mismas, y por tanto, sin que pueda conocerse a priori la cifra que determinará la calificación de oferta desproporcionada o anormal.

Décimo quinto. El recurso estima ilegal la forma de acreditar la antigüedad de los vehículos, así como la fórmula de cálculo de la antigüedad media de la flota. Siendo posible incluso que se atribuyan punto a ofertas que incluyen vehículos con una antigüedad superior a la prevista en la normativa aplicable.

El PCAP prevé dos criterios de adjudicación del contrato; la oferta económica y la edad media de la flota de autobuses ofertados.

El PCAP contiene un anexo XIII que ha de cumplimentarse por el licitador para cada lote para el que presento una proposición. En este anexo se contiene la relación de vehículos que el licitador presenta para prestar el servicio de transporte escolar para el lote correspondiente. En el mismo anexo se prevé que la empresa presente la documentación técnica de los vehículos de resultar adjudicataria. Asimismo, la cláusula 11 del PCAP se dispone que *“se aportará una copia de la documentación técnica referida a cada uno de los vehículos, únicamente antes de la firma del contrato en el caso de resultar adjudicatario. En el supuesto de no aportarla, éste podrá ser excluido de la adjudicación.”*

El artículo 146.4 del TRLCSP, al que se refiere el informe del órgano de contratación, dispone que: *“El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos (...).”*



En el apartado 1 del artículo 146 del TRLCSP no hace referencia, en la presentación de documentación sino a los datos relativos a la capacidad y solvencia pero no a los elementos de la oferta que constituyan criterios de adjudicación.

El argumento de la recurrente debe responderse a la luz de las previsiones de los artículos 150 y 151 del TRLCSP.

El artículo 150.2 del TRLCSP el que se refiere a estos criterios de adjudicación, estableciendo que: *“Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.”* Asimismo, el artículo 151 del TRLCSP prevé que: *“2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.*

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

El artículo 64.2 del TRLCSP se refiere a los medios materiales que el licitador debe adscribir a la ejecución del contrato, que en este caso son los vehículos necesarios para desarrollar el transporte escolar. En la cláusula 11, al referirse a la antigüedad de los vehículos alude a estos como los vehículos ofrecidos que se incluyen en el anexo XIII.



Por lo expuesto, debe concluirse que declarar los vehículos que se utilizarán en la ejecución del contrato mediante un modelo previsto en el PCAP es conforme a la normativa aplicable, sin perjuicio de que para prueba de su antigüedad mediante una copia de la documentación técnica de los vehículos puede asegurarse mediante la exigencia de la presentación de la documentación original en cumplimiento de las medidas de control del cumplimiento que competen a la Administración de la Generalitat, en ejercicio, de manera continuada y directa, de la inspección y vigilancia del servicio contratado. En este sentido se expresa el PPT al indicar que: *“el servicio de transporte escolar se prestará exclusivamente con los vehículos de la relación a que se refiere el anexo XIII requerido en el Pliego de Cláusulas Administrativas. No obstante, dicha relación podrá ser modificada o ampliada durante la vigencia del contrato por la incorporación de nuevos vehículos cuya edad no podrá superar la edad media de la flota ofertada inicialmente por la empresa, que cumplirán en todo momento los requisitos exigidos en el Real Decreto 443/2001, y respecto de los cuales la empresa deberá presentar la pertinente documentación técnica ante el órgano contratante”*.

Sin perjuicio de que del PCAP no se indique de forma expresa que el adjudicatario deba presentar la documentación técnica original del vehículo ofertado, este hecho no limita la facultad del órgano de contratación para exigir esta documentación, siendo recomendable para acreditar fehacientemente el cumplimiento del requisito de antigüedad, antes del inicio de la ejecución del contrato, evitando que se incurra en causa de resolución por incumplimiento. Este mecanismo de prueba de la realidad de la antigüedad de los vehículos queda a disposición del órgano de contratación.

Por lo expuesto se estima adecuada la forma de presentar la oferta de los licitadores así como la manera comprobar la antigüedad de los vehículos.

Décimo sexto. Reprocha el recurrente la fórmula de cálculo de la antigüedad media de los vehículos de la que se hace depender la atribución de puntos. Afirma la recurrente que si se puntúa la antigüedad media, es posible que los licitadores incluyan vehículos cuya antigüedad sea superior a la que permite la norma.

El PCAP dispone en el criterio de la edad media del total de los vehículos ofrecidos para cada uno de los lotes, de acuerdo a las características exigidas, se valore hasta un máximo de 10 puntos, según la siguiente baremación:



Edad media inferior a 7 años	10 puntos
Edad media igual o superior a 7 años e inferior a 8 años	8 puntos
Edad media igual o superior a 8 años e inferior a 9 años	6 puntos
Edad media igual a 9 años e inferior a 10 años	4 puntos
Edad media igual o superior a 10 años	No se valora

Mediante una interpretación literal de la cláusula del PCAP no parece que exista duda alguna sobre la fórmula de cálculo de este criterio toda vez que deberá hallarse la edad media de los vehículos ofertados y, una vez calculada, se procede a la atribución de puntos, considerando los tramos expresados en el criterio de adjudicación previsto en la cláusula 11 como se indica en este fundamento.

Evidentemente, mediante la aplicación del Real Decreto 443/2001, de 27 abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, no podrán ofertarse vehículos que no cumplan las medidas contempladas en él, entre otras la antigüedad, circunstancia que determinaría la exclusión de la oferta.

Por otro lado, la empresa AUTOCARES CAPAZ, S.L, en relación con el criterio de adjudicación de la edad media de los vehículos, estima que no resulta ajustado al principio de proporcionalidad que se valora de la misma forma a los vehículos cuya antigüedad media sea de 7 años y aquella oferta en la que, por ejemplo, siendo vehículos nuevos no tengan antigüedad por ser totalmente nuevos.

La UNIÓN VALENCIANA DE TRANSPORTISTAS DE VIAJEROS EN AUTOCAR manifiesta en sus alegaciones la razonabilidad de la ponderación hecha por la Administración. La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE DE VIAJEROS DE ALICANTE considera que una antigüedad media de 7 años supone un estándar alto de modernidad.

En este punto el artículo 150.4 del TRLCSP dispone que: *“Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a*



cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada”.

Corresponde al órgano de contratación determinar los criterios de adjudicación y su valoración, tal y como se prevé en el artículo 150.2 del TRLCSP. Asimismo el órgano de contratación está facultado para establecer, de acuerdo con el artículo 150.4 del TRLCSP, una banda de valores para atribuir una ponderación a cada criterio, siendo admisible que esta banda se aplique al valorar la puntuación en cada tramo en el que se puede dividir el específico criterio, con objeto de dotar de proporcionalidad a éste.

El órgano de contratación ha obrado en el pliego de la forma prevista por la norma y el Tribunal no aprecia que exista infracción del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad discrecional que corresponde a la Administración al determinar los tramos en los que se divide un criterio de adjudicación como es la antigüedad media de los vehículos ofertados para cumplir la prestación.

Décimo séptimo. Respecto de la posibilidad que ofertar vehículos que superen la antigüedad máxima normativamente autorizada. El PCAP dispone que *“los vehículos no podrán rebasar en ningún caso la antigüedad de dieciséis años, contados desde su primera matriculación al inicio del curso escolar”.*

Esta cláusula debe entenderse en relación con los límites contemplados en el artículo 3 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, que dispone: *“1. Como regla general, sólo podrán prestarse los servicios comprendidos en el párrafo a) del artículo 1, y adscribirse, en su caso, a las autorizaciones de transporte regular de uso especial, aquellos vehículos que no superen, al inicio del curso escolar, la antigüedad de diez años, contados desde su primera matriculación.*

No obstante, se admitirá la adscripción de vehículos de antigüedad superior, siempre que se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos:

1.º Que el vehículo no rebase la antigüedad de dieciséis años, contados desde su primera matriculación, al inicio del curso escolar.



2.º Que el solicitante acredite que el vehículo se venía dedicando con anterioridad a la realización de esta misma clase de transporte, o bien presente el certificado de desguace de otro vehículo que en el corriente curso escolar o en el anterior hubiese estado adscrito a una autorización de transporte regular de uso especial de escolares.

2. Los transportes objeto de este Real Decreto no podrán ser realizados por vehículos cuya antigüedad al comienzo del curso escolar, contada desde su primera matriculación o puesta en servicio, sea superior a dieciséis años.

3. A los efectos del cómputo de antigüedad se considerará el día 1 de septiembre como fecha de inicio del curso escolar.”

La previsión del pliego ha de entenderse siempre con respeto a los requisitos de antigüedad contenidos en el reglamento transcrito de manera que la regla general debe ser la antigüedad de diez años salvo que el vehículo supere esta antigüedad pero no pase de dieciséis años y acredite que el vehículo se venía dedicando con anterioridad a la realización de esta misma clase de transporte, o bien presente el certificado de desguace de otro vehículo que en el corriente curso escolar o en el anterior hubiese estado adscrito a una autorización de transporte regular de uso especial de escolares.

Décimo octavo. La recurrente considera que el PCAP no puede admitir en la oferta vehículos que se encuentren en proceso de matriculación en el momento de cierre del plazo de presentación de ofertas por estimar que no son idóneos para prestar el servicio.

Este motivo debe ser desestimado ya que el elemento determinante para la admisión de un autocar entre los propuestos es que los vehículos ofertados puedan prestar el servicio al inicio de la ejecución del contrato, facilitando la presentación de ofertas si la empresa posee vehículos o los adquiere durante el procedimiento de contratación y los incluye en su proposición a la espera de cumplir los trámites de matriculación.

Décimo noveno. La recurrente impugna la cláusula 8.4.3 del PCAP en cuanto a la forma de acreditar el cumplimiento de la obligación de proveer de cinturones de seguridad homologado de los vehículos que ofertados para el transporte.



En este punto el PCAP señala que: *“Asimismo, se exige un compromiso de la empresa licitadora de que todos los vehículos que vayan a ser utilizados en la prestación del servicio del transporte escolar estén provistos de cinturón de seguridad homologado.*

Solo en el caso de resultar adjudicatario, antes de la firma del contrato, deberá presentar una copia de esta documentación técnica y la acreditación de los cinturones de seguridad homologados ante el órgano de contratación, para posteriormente su traslado a la Dirección Territorial de Educación, Cultura y Deporte correspondiente, al objeto de la inspección y vigilancia del servicio contratado”.

También el PPT dispone en el número 6, a este respecto que: *“todos los vehículos que presten el servicio estarán provistos de cinturones de seguridad homologados y deberán cumplir los requisitos legales exigidos en cada momento, así como lo prescrito en los Pliegos de Licitación (...)”.*

No resulta contrario con la normativa de contratación la sustitución de la documentación prevista en el artículo 146.1 del TRLCSP por una declaración responsable, disponiendo la acreditación de las circunstancias objeto de esta declaración a un trámite anterior a la adjudicación, siendo exigibles sólo al adjudicatario.

La equipación de los autocares con los que se pretende ejecutar el servicio con cinturones de seguridad es susceptible de ser calificada entre los elementos materiales exigidos por el órgano de contratación para prestar el servicio previstos en el artículo 64.2 del TRLCSP, artículo que regula entre las condiciones de solvencia y en una interpretación sistemática y lógica del artículo 146.1 del TRLCSP permite el uso de la declaración responsable de estas circunstancias cuya acreditación pueda hacerse con posterioridad y sólo al licitador que vaya a ser adjudicatario.

El artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regula la declaración responsable como sistema para acreditar los requisitos exigidos, en el ámbito de la normativa sectorial, sin perjuicio de las facultades de comprobación de la Administración de los hechos o requisitos que se pretenden acreditar.

Vigésimo. Es objeto de crítica por el recurrente la cláusula 20 del PCAP, que regula la subcontratación, por no fomentar la participación de las pequeñas y medianas empresas. El PCAP limita la subcontratación a un máximo del 15 por ciento de la prestación del



servicio, cuando puede alcanzar el 60 por ciento de acuerdo con la norma aplicable. Considera la recurrente que las limitaciones a la subcontratación son propias de un contrato de gestión de servicio público, pero en un contrato de servicios están totalmente injustificadas y por tanto es ilegal.

Asimismo estima el recurrente que no resulta imprescindible comunicar en el momento de presentar la oferta el nombre del subcontratista pues el ordenamiento permite identificarlo a través del perfil de la empresa.

La cláusula 20.2 del PCAP dispone que: *“El contratista podrá subcontratar con terceros la realización parcial del contrato, con un máximo de 15% de las prestación del servicio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 227 del TRLCSP.*

El licitador comunicará a la Administración la intención de subcontratar la prestación del transporte, así como el compromiso de subcontratar el servicio de acompañante, en su caso, lo que deberá incluirse en el sobre 1. La comunicación del licitador deberá señalar la parte de la prestación que pretende subcontratar, que no deberá sobrepasar el máximo previsto en el párrafo anterior, así como, la identidad del subcontratista.

El contratista adjudicatario deberá justificar suficientemente y con anterioridad a la formalización del contrato, la aptitud del subcontratista de la prestación principal (capacidad y solvencia/clasificación) en los términos previstos en el artículo 227.1.b) del TRLCSP, así como la cualificación profesional que se le requiera al acompañante, en su caso.”

El artículo 227 del TRLCP prevé, con carácter general que: *“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.*

2. *La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- a)** *Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a*



las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. (...)

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente. (...)

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación. (...)”

De la normativa expuesta resulta que la cláusula de subcontratación del PCAP se ajustada al TRLCSP ya que el órgano de contratación al definir la cláusula se ajustó a la norma limitando la subcontratación de acuerdo con la misma y en ejercicio de la facultad que ésta le reconoce.

Vigésimo primero. La recurrente reprocha la definición de la causa especial de resolución del contrato de incumplimiento de la finalidad del transporte escolar de alumnado de enseñanza obligatoria y no obligatoria, toda vez que resulta abstracta y abierta, no identifica la finalidad del transporte escolar.



La cláusula 17 dispone que: *“No obstante, también serán causas especiales de resolución de dichos contratos las siguientes: (...) El incumplimiento de la finalidad del transporte escolar por lo que se refiere al transporte de alumnado de enseñanza obligatoria y no obligatoria en la medida en que se haya producido la autorización expresa y para tal fin por el órgano competente de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, en los términos indicados en este pliego.”*

El artículo 223 del TRLCSP al regular las causas de resolución del contrato prevé en su letra f) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

El contrato de transporte tiene como fin o causa para el viajero el traslado de un lugar a otro, por lo que el incumplimiento de esta prestación caracterizada como esencial no es contrario a su calificación como obligación contractual esencial determinante de la resolución del contrato.

Vigésimo segundo. La recurrente estima que debe incluirse como condición especial del contrato la imposición de sanciones administrativas por infracciones firmes a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres por cuanto ha sido establecida como causa especial de resolución del contrato.

La cláusula 17 del PCAP prevé como causa especial de resolución del contrato: *“la imposición de sanciones administrativas por la comisión de infracciones, que sean firmes, de entre las definidas como tales en la normativa de ordenación del transporte, durante el plazo de vigencia del contrato y relativas al mismo de acuerdo con la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.”*

El recurrente reprocha al PCAP que se incluya una causa de resolución sin que sea definida como condición especial del contrato el hecho de no ser sancionado de acuerdo con la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

El artículo 223 del TRLCSP prevé entre las causas de resolución no sólo el incumplimiento de condiciones especiales del contrato sino otras que pudieran establecerse expresamente en el contrato, sin necesidad de fijarse como una obligación esencial del mismo.



Por otro lado resulta más adecuado a su concepto ya que la no comisión de una infracción es una obligación de contenido negativo, que se incluya como causa de resolución del contrato en lugar de una obligación esencial del mismo, aunque podría haber sido incluida como una obligación de no hacer un acto ilegal en la ejecución del contrato.

Vigésimo tercero. Respecto a la cláusula de confidencialidad prevista en el número 24 del PCAP, el recurrente considera que el PCAP no puede generalizar ésta de manera que impida el acceso al expediente de contratación y a los recursos, de forma que permita a los licitadores tener conocimiento de los datos suficientes para que puedan conocer las razones que han determinado la adjudicación.

La cláusula 24 del PCAP dispone que: *“De conformidad con lo previsto en el artículo 140 del TRLCSP, el órgano de contratación no podrá divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el Anexo VIII; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.*

Cuando en el desempeño de sus funciones, el personal dependiente de la empresa adjudicataria tuviera acceso a información de carácter confidencial o personal, quedan obligados al cumplimiento de la legislación vigente en materia de confidencialidad y protección de datos de carácter personal.”

La doctrina reiterada del Tribunal en relación a la cuestión planteada en este fundamento se resume en la Resolución 863/2014, de 20 de noviembre, en la que se dijo: *“Al principio de confidencialidad se refiere el TRLCSP, en lo que ahora interesa, en sus artículos 140.1 (“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”) y 151.4 (“Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153”).*

Este Tribunal viene entendiendo que en el conflicto entre el derecho de defensa de los licitadores descartados y el derecho a la protección de los intereses y secretos técnicos y



comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones nº 199/2011, de 3 de agosto de 2011, nº 62/2012, de 29 de febrero de 2012 y nº 288/2014, de 4 de abril de 2014).

A este respecto, el Tribunal considera que, en todo caso, esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que aquella obligación no debe perjudicar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a candidatos y licitadores, entre las que se encuentran incluidas las contenidas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución nº 45/2013, de 30 de enero de 2013) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.”

La cláusula impugnada ha de interpretarse de acuerdo con la doctrina expuesta sin perjuicio de los recursos que podrán, en su caso, interponerse por las personas legitimadas que estimen infringido su derecho de acceso al expediente y a la información necesaria para interponer los recursos procedentes.

Vigésimo cuarto. La recurrente considera que el PCAP debió prever la subrogación del nuevo contratista con empleador en las relaciones laborales de los antiguos.

El artículo 120 del TRLCSP dispone: *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”*

El informe del órgano de contratación al recurso indica que no existe personal a subrogar en el contrato que se pretende celebrar.



No se acredita por la recurrente que exista una obligación legal o convencional de subrogarse en los contratos de trabajo vigentes.

La doctrina que el Tribunal mantiene respecto del artículo 120 del TRLCSP se resume en la Resolución 879/2014, de 28 de noviembre, diciendo: *“Así se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la nº 321/2014: “La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución, interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: “la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status del trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social.” Pero, pese a ello, se decía que “aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación”, dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP. Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP-y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los*



contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.”

En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, cabe acudir a la resolución 471/2013, que señaló: *“El Tribunal debe resolver la cuestión planteada a la luz de la interpretación lógica de lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP. A tal fin, señalemos que el artículo 120 dispone la obligación de hacer constar en la documentación contractual (pliegos o documentación complementaria) la información precisa para “permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar en cualquiera de los documentos mencionados la relación de los trabajadores con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos.”*

Expuesta la doctrina que aplica el Tribunal, si el recurrente, a pesar de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso, estima que existe la obligación de subrogar podrá solicitar ésta al órgano de contratación que debería requerir al actual contratista para que se facilitara la información señalada en la resolución transcrita.

En la alegación de la UNIÓN VALENCIANA DE TRANSPORTISTAS DE VIAJEROS EN AUTOCAR manifiesta que en el actual Convenio del transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valencia no se contempla la obligación de subrogación.

En todo caso, siendo posible obtener la información sobre los contratos de trabajo afectados por el derecho de subrogación del trabajador a través de documentación complementaria, al margen de su mención o no en el pliego, no quedaría viciado de anulación el PCAP por el hecho de no prever la subrogación.

Vigésimo quinto. La recurrente impugna la cláusula del PCAP relativa a las modificaciones del contrato por no contemplar, en su procedimiento, la audiencia al



contratista ni la intervención del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en los casos del artículo 211.3.b) del TRLCSP.

Asimismo, la recurrente estima que se incumple en la cláusula de modificación del contrato el artículo 106 del TRLCSP, toda vez que éste prevé que los supuestos de modificación del contrato deben definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y el PCAP prevé una cláusula residual que permite la modificación cuando el órgano de gestión lo considere.

El artículo 106 del TRLCSP prevén en relación a la definición de las modificaciones en el PCAP que: *“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.*

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

En cuanto al primer reproche que hace la recurrente debe indicarse que el PCAP no es contrario, en cuanto al procedimiento de modificación, a la aplicación del artículo 211.3.b) del TRLCSP. El PCAP no regula todo el procedimiento para el ejercicio de la potestades administrativas en relación con el contrato sino, solamente, en relación con la modificación indica el órgano que tiene la iniciativa para determinar las necesidades del servicio que aseguren la escolarización de todos los alumnos, y si estas necesidades suponen una modificación del contrato, *“deben formalizarse de acuerdo con la normativa vigente”* -indica el PCAP-.

Del mismo modo el PCAP establece que: *“El expediente de modificación se iniciará por la Dirección Territorial y la propuesta del mismo la gestionará la Dirección General de Centros*



y Personal Docente para posteriormente su traslado al Servicio de Contratación para su aprobación por el órgano de contratación.” Esta cláusula no excluye la audiencia al contratista y los informes preceptivos exigidos por la norma de contratación, siendo inválida la modificación que omita alguno de los trámites previstos por la norma, sin necesidad de que el PCAP deba reproducir el TRLCSP.

En cuanto a la generalidad de los supuestos previstos en la cláusula del PCAP para la modificación del contrato, particularmente alude al último de los supuestos previstos en la cláusula 16; así: *“otras que así lo considere el órgano de gestión, atendiendo a la especial dificultad y trazado de la ruta, así como a las necesidades específicas del servicio de transporte.”*

El supuesto contempla dos circunstancias que anticipan la eventual modificación del contrato. La primera en consideración a la dificultad y trazado de la ruta y la segunda, a las necesidades específicas del servicio de transporte consideradas por el órgano de gestión.

Si bien la específica dificultad y trazado de la ruta cumple los requisitos de previsión clara, precisa e inequívoca, no se puede llegar a la misma conclusión en el caso de la referencia a las necesidades específicas del servicio de transporte. La referencia a unas necesidades específicas del servicio de transporte, durante la ejecución del contrato, admite todo tipo de circunstancias sin que se ofrezca un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta.

Por lo que procede estimar el recurso en este punto debiendo corregirse el PCAP en cuanto a la modificación del contrato en el sentido de determinar de la forma exigida en el artículo 106 del TRLCSP las necesidades específicas del servicio de transporte que permiten la modificación de éste. Se anula esta previsión de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con el artículo 33 del TRLCSP por infracción del artículo 106 de la misma norma.

Vigésimo sexto. AUTOCARES CAPAZ, S.L estima que es contrario a derecho exigir al contratista continuar la ejecución del contrato cuando éste haya sido resuelto, tal y como prevé la cláusula 14 del PCAP.

La cláusula 14.4 del PCAP prevé: *“Periodo transitorio. En los supuestos de periodo transitorio entre la finalización del contrato y la ejecución de la nueva contratación el*



contratista se obliga a seguir prestando el servicio en la misma forma y cuantía que se venía realizando, siempre y cuando la orden de inicio de la nueva contratación se haya producido antes de la finalización del contrato al que viene a sustituir.”

El órgano de contratación en su informe estima que esta cláusula estaría amparada por el artículo 303 del TRLCSP que regula la prórroga de los contratos de servicios.

El PCAP en la cláusula 5 dispone la duración del contrato, estableciendo un plazo de ejecución de cuatro años y disponiendo la posible prórroga del plazo por periodos no superiores a dos años. Asimismo, la cláusula 5.3 del PCAP establece que: *“en su caso, por razones de interés público, el adjudicatario estará obligado a seguir prestando el servicio hasta que finalice el plazo de transición, entendiéndose éste, con el inicio de la ejecución de la nueva contratación de dicho servicio.*

Dicha obligación se dará sólo en el supuesto de que con anterioridad a la finalización del contrato se haya iniciado ya el procedimiento de contratación del mismo servicio.”

El artículo 303.1 del TRLCSP dispone que: *“Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.”*

De conformidad con el artículo transcrito la duración del contrato no puede exceder de los límites previstos en el mismo bien a través del periodo de duración inicial o bien sus prórrogas, de manera que el recurso en este punto debe ser estimado anulando, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con el artículo 33 del TRLCSP, las cláusulas 5.3 y 14.4 del PCAP por ser contrarias al artículo 303 del TRLCSP.



Vigésimo séptimo. AUTOCARES CAPAZ, S.L en su recurso estima que es contrario a derecho que la Administración se exima de cualquier responsabilidad por la ejecución del contrato, cuando la normativa vigente atribuye a ésta la responsabilidad por los daños que sean consecuencia directa de sus órdenes e instrucciones. La recurrente considera que esta eximente de responsabilidad se encuentra en el PPT.

No obstante, en el recurso no se detalla el punto del pliego del que resulta esta eximente de responsabilidad.

El órgano de contratación en el informe al recurso niega que exista ninguna cláusula en los pliegos que exima de responsabilidad a la Administración en los casos en los que legalmente deba asumirla.

El PPT dispone que: *“La Consellería de Educación, Cultura y Deporte, como entidad contratante del servicio, no asumirá responsabilidad alguna como consecuencia de las infracciones cometidas por la empresa transportista o sus empleados o por los daños ocasionados o sufridos por ellos”*. Asimismo, *“el contratista será responsable de la calidad técnica del servicio realizado, así como de las consecuencias que se deriven para el órgano de contratación, o para terceros por las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.”*

Las citadas previsiones no resultan contradictorias con la eventual responsabilidad de la Administración en caso de que los daños y perjuicios tengan su causa en las órdenes e instrucciones de ésta, de conformidad con el artículo 214 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por recurso interpuesto por D. ^a T. N. H., en representación de la sociedad AUTOCARES CAPAZ, S.L, contra los Pliegos para la contratación del servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana, anulando la cláusula 16 del PCAP, en la parte y de conformidad

con lo expuesto el fundamento de derecho vigésimo quinto; y las cláusulas 5.3 y 14.4 del PCAP en la parte y de conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho vigésimo sexto; cláusulas que en la parte contraria a derecho se tendrán por no puestas.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.