



Recurso nº 30/2023 C. Valenciana 9/2023

Resolución nº 170/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. S. R. , en representación de la FEDERACIÓN PROVINCIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE LA PROVINCIA DE ALICANTE, contra los pliegos para la licitación del contrato de “*Servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de titularidad de la Generalitat Valenciana para los cursos 2023-2024, 2024-2025, y 2025-2026.*”, con nº Expte. CMAYOR/2022/06Y02/195 y convocado por la Consellería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Valenciana; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consellería de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de diciembre de 2022, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 391.740.309,56 euros, cuyo objeto está dividido en 18 lotes.

El anuncio se rectificó posteriormente mediante anuncio de rectificación del 28 de diciembre de 2022, que rectifica el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, elevando este último a 400.151.501 euros. Con la rectificación se amplía el plazo de presentación de ofertas.

Consta en la Plataforma de Contratación que los Pliegos se publicaron el 28 de diciembre de 2022, y la memoria justificativa el 10 de enero de 2023.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos, se interpone recurso especial en materia de contratación por la FEDERACIÓN PROVINCIAL TRANSPORTE INTERURBANO DE LA PROVINCIA DE ALICANTE con fecha de entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda el día 9 de enero de 2023.

En el recurso, de manera muy resumida, se alega:

En primer lugar, que el PCAP no justifica el cálculo del presupuesto base de licitación, que es incongruente y no estima los costes salariales del personal de conducción en base a los convenios colectivos de aplicación, ni establece la información necesaria para el cálculo de los costes directos e indirectos.

En segundo lugar, se dice que se calcula de manera incorrecta el valor estimado del contrato, pues en la información consignada en el anexo I, apartado E, al que se remite la cláusula 7.2 del PCAP, no hay rastro de los costes laborales, el beneficio industrial y los gastos generales.

En tercer lugar, se dice que el apartado T del anexo I recoge un régimen de penalidades en la ejecución del contrato, donde la mayoría de las infracciones están tipificadas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su reglamento de desarrollo, correspondiendo a los Servicios Territoriales de Transporte la tramitación de los procedimientos, según lo previsto en el artículo 16.2 de la Orden 2/2021, de 16 de marzo, de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad. Por lo que el órgano de contratación es incompetente para determinar la infracción e imponer penalidades, pudiendo incurrirse en una vulneración del principio “non bis in ídem”.

En cuarto lugar, y último lugar, se afirma que no se ha corregido la memoria justificativa publicada el 19 de diciembre de 2022, tras la rectificación de errores en el presupuesto base de licitación.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación sobre los trámites seguidos en el expediente de contratación, en el que se defiende que el PCAP se ajusta a la LCSP y se rechazan las alegaciones recogidas en el recurso de acuerdo con los razonamientos que se recogerán en los fundamentos de derecho de esta resolución.

Quinto. La Secretaría del Tribunal no ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, al no haber finalizado el plazo de presentación de ofertas y no haber remitido el órgano de contratación una relación de los licitadores que presentaron sus ofertas.

Sexto. La Secretaria General del Tribunal -por delegación de éste-, dictó resolución de 19 de enero de 2023 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Autónoma Valenciana, el 25 de mayo de 2021 (BOE de 2 de junio de 2022).

Segundo. Se recurre el pliego que ha de regir la licitación del contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000 de euros, por lo que el contrato y el acto recurrido son susceptibles de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero. La entidad recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o*

colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Según el artículo 2ª de los estatutos remitidos por la entidad recurrente, la FEDERACIÓN PROVINCIAL TRANSPORTE INTERURBANO DE LA PROVINCIA DE ALICANTE, se integra por la fusión de las Asociaciones Provinciales de Empresarios de Transporte Discrecional de Viajeros de Alicante, y de Transportes Regulares, pudiendo pertenecer a la misma cuantas Asociaciones relacionadas con el transporte lo deseen voluntariamente. Entre sus fines, de acuerdo con su artículo 7, figuran los de la defensa de los intereses peculiares determinados por la actividad económica o especialidad profesional de quienes la constituyen, así como la de ostentar la representación del transporte de viajeros en autobús, ya sea este regular discrecional, ante toda clase de Organismos.

Por tanto, a la vista de los estatutos se ha de reconocer legitimación a la federación recurrente, pues, como hemos señalado en diversas resoluciones, la peculiaridad de la actuación en el procedimiento de las organizaciones o asociaciones empresariales reside en que la intervención de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses comunes de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (Resolución 502/2022 de 30 de abril).

Cuarto. Es preciso examinar si el recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo de quince días previsto en el artículo 50.1 LCSP, el cual señala:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.”

A la vista del expediente, se observa que los Pliegos se publicaron el día 28 de diciembre de 2022, consignando los enlaces por medios de los cuales los licitadores pueden obtener los documentos que lo conforman, y, visto que el recurso especial se interpuso ante el registro electrónico del órgano de contratación el día 9 de enero de 2023, se estima que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado en aplicación de los artículos antes reseñados.

Quinto. Entrando en el fondo del recurso, con carácter previo, y en relación con el primer grupo de alegaciones del recurso, debe recordarse la doctrina seguida por este Tribunal, sobre la discrecionalidad de la que gozan los órganos de contratación a la hora de elaborar los Pliegos que han de regir la licitación de un contrato administrativo, y en particular, a la hora de fijar el precio del mismo, al ser este un elemento de carácter eminentemente técnico.

Así, en la resolución 1454/2022, de 17 de noviembre, en el fundamento de derecho séptimo, se recopilaban los pronunciamientos más recientes dictados sobre este punto del siguiente modo:

“Pues bien, respecto de ello, hemos señalado con carácter general, p. ej. en nuestra reciente Resolución 1037/2022, que la fijación del precio constituye una materia de carácter

eminentemente técnico, "...en el que, por tanto, resultan relevantes tanto los informes que obren en el expediente como, al fin y al cabo, la discrecionalidad del órgano de contratación, materia como recuerda la Resolución del Tribunal 360/2022:

"Como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el órgano de contratación disfruta de un amplio grado de discrecionalidad técnica en los aspectos referentes a la determinación del precio del contrato. A título de ejemplo, en la Resolución nº 1394/2021, de 15 de octubre de 2021 (Recurso nº 1317/2021), se señaló que «así lo ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, como en las Resoluciones 964/2020 de 11 de septiembre, 712/2020 de 19 de junio, 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras, explicando que "la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica". Más concretamente, en la Resolución 237/2017, de 3 de marzo, se dijo que: "... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas..." De acuerdo con las anteriores consideraciones, habría que partir del principio de discrecionalidad técnica y de la presunción de acierto que tiene la determinación del precio por parte del órgano de contratación y por ello, de la estimación del valor estimado. El informe remitido a estos efectos por el órgano de contratación debe prevalecer sobre lo alegado por la recurrente»".

La discrecionalidad técnica determina un ámbito exento del juicio de este Tribunal, aunque no de modo absoluto. Como hemos señalado (entre otras muchas) en nuestra Resolución 920/2022 de 21 de julio:

“Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración, siendo éste el caso en las presentes actuaciones, en las que se discuten concretas y específicas vicisitudes técnicas que escapan por tanto de nuestra esfera de control (...).”

Negando adicionalmente que pueda discutirse el precio fundándose en meras aseveraciones no probadas del recurrente. Así, decíamos allí que “La incorporación de datos erróneos al modelo de cálculo de costes puede, evidentemente, determinar que las magnitudes referidas no se ajusten a los precios de mercado, pero con base en la discrecionalidad técnica de la Administración debe exigirse a quien lo sostenga, (i) que tales errores sean probados y (ii) que quede acreditado que como consecuencia de ellos el presupuesto base de licitación no responde a los precios de mercado.”

Y, en nuestra Resolución 1188/2022, de 6 de octubre, sintetizábamos la doctrina sentada sobre la aplicación de los artículos 100, 101 y 102 LCSP de la siguiente manera:

“Por ello, este Tribunal entendió en estas resoluciones que cabe basarse, para el análisis de estas cuestiones, en tres premisas:

1) La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a precios de mercado opera no como un suelo sino como un techo, pues tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes, así como la ausencia de enriquecimiento injusto, y la viabilidad de las prestaciones.

2) La determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico, gozando de discrecionalidad en tanto no quede acreditada la existencia de error en su apreciación.

3) Debe reconocerse el mayor protagonismo conferido a los convenios colectivos a la luz de la redacción de los artículos 100.2 y 102. 3 LCSP, cuyos términos económicos habrán de ser necesariamente considerados tanto en la determinación del presupuesto base de licitación como en la del precio.

Pues bien, sobre estas premisas, entiende este Tribunal que la fijación del presupuesto base de licitación y del precio del contrato resulta correcta y suficientemente motivada, basada en parámetros objetivos, y el recurso no ha puesto de manifiesto ningún error de apreciación en su determinación.”

Por otro lado, y dado que la determinación del presupuesto base de licitación se ha hecho en base a precios unitarios, debemos citar nuestra Resolución 80/2022, de 20 de enero, en la que sobre decíamos lo siguiente:

“Procede reproducir nuestra doctrina sobre el desglose del presupuesto, cuando este se determina por precios unitarios, recogida en nuestra Resolución 633/2019:

“Con carácter previo a pronunciarnos sobre la concreta alegación formulada por la recurrente, es preciso efectuar ciertas precisiones sobre el sentido del mandato contenido en el artículo 100. 2, en particular el último inciso de su párrafo único, que determina lo siguiente: «2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia». Ese precepto viene a determinar que, en la elaboración del presupuesto del contrato, es decir, el importe máximo de gasto que podrá suponer para el OC el contrato, impone su ajuste a precios de mercado y el desglose del mismo con indicación de los coste directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Obviamente, si el precio de mercado se determina a ex

artículo 102.4 en términos unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o de las distintas prestaciones parciales que integran el objeto del contrato o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es evidente que el presupuesto podrá, e incluso deberá, formarse y desglosarse por unidades de precio de mercado que entreguen o ejecuten hasta el número máximo previsto en el PCAP, sin necesidad ni obligación de desglosar en todo caso los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos en que incurra el suministrador o el prestador del servicio, en cuanto son innecesarios si se demandan por el órgano de contratación en la licitación en la forma de unidades a precio unitario, y no de prestaciones según costes de prestación”.

En paralelo sentido, la Resolución nº 177/2020 señala:

“[...] la prevención referida a que en la fijación del presupuesto se desglose el presupuesto en el PCAP o en el documento regulador del contrato indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, se cumple en nuestro caso, porque al tratarse de precios unitarios por informe según precios unitarios de mercado, el órgano de contratación al elaborar el presupuesto no calcula nada porque no tiene que hacerlo, ni costes directos e indirectos ni gastos eventuales para determinar unos precios por informe cuyos importes le vienen dados y determinados por los de mercado; pero sí cumple la exigencia legal pues el presupuesto se determina e integra por esos precios unitarios por unidad de ejecución y por el número de dichas unidades de ejecución. Ampara la anterior afirmación el párrafo primero del artículo 309 de la LCSP, en cuanto prevé diversos sistemas de determinación del precio en los contratos de servicios, algunos de los cuales determinan el precio total a pagar en unidades de ejecución, a tanto alzado cuando no es posible o conveniente su descomposición, mediante tarifas o una combinación de varias de esas modalidades, lo que hace que se cumpla la norma de fijación de un presupuesto suficiente a precios de mercado y su descomposición, aunque no se efectuó siempre en términos de costes directos e indirectos, lo cual solo procede en aquellos casos en que el precio a pagar se estime en relación a los diversos componentes de la prestación”.

Por tanto, en los contratos donde el precio se determina como unitario, como es el caso que nos ocupa, el desglose del presupuesto habrá de ser por las unidades de precio, sin

necesidad de desglosar costes directos, indirectos y otros. En el PCAP el precio unitario se configura atendiendo al estudio de precio del mercado sobre los productos objeto de contrato y volumen de consumo en los centros dependientes del Sistema Nacional de Salud y en otros contratos públicos a nivel nacional, definiendo la tarifa máxima unitaria por sesión, de forma que no es necesario el desglose de costes.

En cuanto a las alegaciones relativas al valor estimado, el artículo 101.2 de la LCSP prevé que “en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.”

A diferencia del supuesto anterior, la LCSP no exige un desglose de costes, sino que insta al órgano de contratación a tenerlos en cuenta en el cálculo del valor estimado. El órgano de contratación sostiene en su informe que “estos costes, si bien no se encuentran detallados expresamente en el PCAP, han sido efectivamente tenidos en cuenta, toda vez que se ha partido de los precios unitarios aplicados en otros servicios de salud análogos, incluido el recientemente finalizado Servicio de Diálisis del Servicio Cántabro de Salud”, sin que por parte del recurrente se aporte ningún argumento que conduzca a pensar en sentido contrario. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo”.

Sexto. Pues bien, partiendo de lo anterior, deben examinarse en primer término las críticas formuladas en el recurso al presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.

A.- En relación con el cálculo del presupuesto base de licitación, se dice que este no está justificado, pues es incongruente y no estima los costes salariales del personal de conducción en base a los convenios colectivos de aplicación, ni establece la información necesaria para el cálculo de los costes directos e indirectos.

El recurso reproduce elementos del informe justificativo del valor estimado del contrato, que se contiene en la memoria justificativa que adjunta al recurso, y concluye que no hay rastro en la tabla 6 de los costes salariales o eventuales previstos por incrementos de alumnos, a pesar de que en la explicación del presupuesto se prevé extender el servicio al alumnado escolarizado en otros niveles de enseñanza.

También se impugna que el PCAP no haya tenido en cuenta el convenio colectivo de aplicación para el cálculo de los costes laborales, indicándose que, habiéndose hecho constar que el convenio colectivo de aplicación es el del transporte de viajeros de la provincia correspondiente a cada lote, para el personal de conducción no hay referencia a la forma en la que se realizan los cálculos, ni tampoco se indica el convenio aplicado para realizar estos cálculos, al contrario de lo que sí se hace para el personal auxiliar en ruta., ni el número del personal de conducción, figurando únicamente una partida de personal de conducción con importe determinado.

Frente a estas alegaciones, el órgano de contratación informa que el recurrente está utilizando los datos anteriores a la rectificación de errores aprobada por la Resolución de 26 de diciembre de 2022, por lo que los datos de la argumentación son erróneos.

Se señala que, sobre la determinación de los precios que componen el presupuesto base de licitación, se ha tenido en cuenta la información contenida en el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, como resultado de los trabajos del Departamento de Viajeros del Comité Nacional del Transporte y del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Documento publicado por este Ministerio y que se ha realizado por un grupo de trabajo integrado por diferentes entidades relacionadas con el sector del transporte por carretera, como son el Comité Nacional del Transporte por Carretera, Confederación Española de Transporte en Autobús, y Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocares.

Partiendo de estas bases, en relación con los costes salariales, se informa que se ha diferenciado entre el personal conductor, cuyo coste salarial está incluido en los costes directos de los autocares, tal y como establece el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, quedando así reflejado en el informe justificativo del valor estimado del contrato. Y que el único coste directo que no se incluye por el Observatorio sería el del personal auxiliar en ruta, que se ha añadido como otros costes salariales, con referencia expresa al Convenio Colectivo de la provincia de Castellón, el cual no incluye en sus tablas salariales los costes de dicho personal, y se determina como una media de las retribuciones que viene percibiendo en las provincias de Valencia y Alicante.

Y en cuanto al número de los alumnos transportados y su posible incremento, se indica que este no afectará al adjudicatario, pues el precio unitario es el mismo, sea cual sea el número de alumnos que se transporta.

Pues bien, tomando en consideración lo alegado por el recurrente y lo informado por el órgano de contratación, se constata que, si se examina el expediente, obra en este el informe justificativo del valor estimado ya rectificado, documento nº 28, y que en este documento se dice:

“Para la determinación del coste del contrato se han tenido en cuenta distintos parámetros, entre ellos, los precios actuales del contrato de transporte escolar vigente en el curso 2022/2023, en función del número y tipo de vehículo, ajustando los precios de licitación del contrato mencionado, según las características de los vehículos utilizados, a los actuales precios de mercado para cada tipología de vehículo. En este sentido, los costes directos e indirectos se han establecido en base a los precios publicados en el Boletín nº 36 del Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, (Julio 2022), publicado por la Dirección General del Transporte Terrestre, dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Cabe señalar que para la aplicación de dichos cálculos se han excluido los costes correspondientes a las dietas, mientras que por el contrario se han tenido en consideración los costes de la actual coyuntura de aumento sostenido de los precios del combustible, que según los datos del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana supone del orden del 30% de los costes de explotación.

Asimismo, para el cálculo del presupuesto base de licitación del servicio se ha considerado el volumen actual de autobuses afectos al servicio en la actualidad y la posibilidad de un eventual incremento del número de alumnos beneficiarios del servicio, superior al actual, debido al interés por parte de la administración educativa de extender este derecho al alumnado escolarizado en otros niveles de enseñanza (como, por ejemplo, el alumnado de Bachillerato).

Además, para el cálculo de otros costes salariales, se han añadido los costes de los auxiliares en ruta, según convenio aplicable y del número actual de acompañantes (y su

posible incremento), cuyos convenios laborales de referencia son los de las correspondientes provincias:

- Valencia: Convenio Colectivo de trabajo del sector de transporte de viajeros por carretera, código 46000665011981 (tablas salariales publicadas en el BOP Valencia n.º 53, de 15/03/2019).

- Castellón: Convenio Colectivo de trabajo del sector de transporte de viajeros por carretera y urbanos, código 12000645011978 (publicado en el BOP de Castellón n.º 68, de 06/06/2020).

- Alicante: Convenio Colectivo Sectorial del transporte de viajeros por carretera, código 03000935011982 (tablas salariales publicadas en BOP de Alicante n.º 7, de 12/01/2022).

Cabe mencionar que el Convenio Colectivo de la provincia de Castellón no incluye en sus tablas salariales los costes de los auxiliares en ruta y remite a una futura comisión para su estudio. En consecuencia, el coste se ha determinado como una media de las retribuciones que viene percibiendo el colectivo en las provincias de Valencia y Alicante.

En dichos convenios no se establecen diferencias retributivas por razón de género ni existe en la normativa aplicable una distribución por géneros del concreto personal mínimo exigido que ha de adscribirse a la ejecución de las prestaciones del contrato. Los Convenios Colectivos aplicables no prevén diferencias salariales en función del género, sino una única retribución por categoría profesional, de modo que esta diferenciación no afecta al presupuesto total de licitación.

Resultando que el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar diferencia los autocares por tamaño, se ha hecho un cálculo de los costes directos e indirectos aplicando dicha diferencia, y teniendo en cuenta el volumen de medios afectos actualmente al servicio y los previstos durante la ejecución del contrato. Para la determinación de los costes directos e indirectos, el Observatorio de Costes incluye en el coste del autocar como costes directos los conceptos de:

- Amortización del vehículo

- *Financiación del vehículo*
- *Personal de conducción*
- *Seguros*
- *Costes fiscales*
- *Combustibles*
- *Consumo disolución de urea*
- *Neumáticos*
- *Reparaciones / conservación*

Los importes que asigna el observatorio a tales conceptos son lo que se establecen a continuación en las tablas adjuntas, en función del tamaño de los autocares. [...]

Por consiguiente, y en base a lo expuesto, las primeras críticas planteadas en el recurso deben ser desestimadas, pues queda acreditado que el órgano de contratación ha tomado en consideración tanto el coste salarial del personal conductor, por vía los costes calculados por el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar, como los posibles incrementos en el número de alumnos que reciban el servicio de transporte.

Además, el órgano de contratación informa que en el informe justificativo del valor estimado se han incluido cuatro tablas “*referentes a los costes directos e indirectos de los autocares en función del tamaño de los mismos, y al número de unidades previsto para la ejecución del contrato. Teniendo en cuenta que hay un conductor por cada autocar, podemos concluir que queda meridianamente claro el número de conductores tenidos en cuenta para la determinación del valor estimado del contrato. Es decir, 1 autobús = 1 conductor.*

Además, en el mismo informe justificativo del valor estimado figura la tabla resumen de autocares por tamaño y provincia a la cual ha hecho referencia el recurrente en el Apartado A. del recurso, donde hace referencia a los autocares previstos para la ejecución del

contrato y, en consecuencia, del número de conductores. Por tanto, carece de fundamento la afirmación del recurrente de que no se hace referencia al número de personal de conducción que se ha tenido en cuenta”.

La entidad recurrente se ha limitado a criticar la omisión de toda referencia a los costes que son relacionados en su escrito, sin embargo, no se puede llegar a esta conclusión si se examina el expediente, sino todo lo contrario. Además, la recurrente ni alega, ni ha calculado, que se haya incumplido con lo exigido por los artículos 100 y 102 LCSP, esto es, que los costes salariales considerados incumplan los Convenios de aplicación. Por lo que la alegación, una vez comprobado que no existe el defecto formal que se denuncia, debe ser rechazada, sin que el recurso haya mínimamente desvirtuado la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación al calcular el presupuesto base de licitación, que como ya se ha dicho, es un elemento técnico del Pliego y frente al cual no se le imputa ningún error.

A lo dicho debemos añadir que, de acuerdo con lo razonado en la Resolución nº 80/2022 citada en el fundamento de derecho anterior, al estar determinado en el PCAP el precio del contrato por precios unitarios con arreglo al artículo 102.4 LCSP, y haberse desglosado el presupuesto base de licitación en función de los costes directos e indirectos del contrato, el presupuesto así calculado se ajusta a lo exigido por la LCSP, pues, como decíamos *“en los contratos donde el precio se determina como unitario, como es el caso que nos ocupa, el desglose del presupuesto habrá de ser por las unidades de precio, sin necesidad de desglosar costes directos, indirectos y otros”.*

Sobre la determinación del presupuesto en base a precios unitarios en este contrato no debe haber duda alguna, pues el apartado E.1 del anexo I rectificado del PCAP, establece: *“el sistema de determinación del precio de este contrato es por precios unitarios”,* y, *“en este sentido, los licitadores presentarán sus ofertas ofertando los precios unitarios correspondientes en relación con el presupuesto base de licitación establecido, de conformidad con el Anexo 1.a) de precios unitarios máximos”.*

Así lo reconoce también la recurrente en su recurso, al utilizar de manera reiterada la expresión “precio unitario”.

Por consiguiente, la justificación y desglose del presupuesto cumple de manera más que sobrada con lo exigido por la LCSP y por ello las alegaciones del recurrente deben ser desestimadas.

B.- Sobre el presupuesto de base de licitación, alega también la Federación recurrente que, por el desglose y explicación del presupuesto, puede parecer que el contrato no se ha dividido en lotes, pues solo se hace, o un cálculo total, o bien se divide por provincia, siendo 18 los lotes que se licitan y distribuyen de manera desigual entre las provincias de la Comunidad. De tal forma, que no está justificado el cálculo del presupuesto para cada uno de los lotes.

Se critica, también, que el precio se ha determinado en precios unitarios, y que luego se determina un precio unitario máximo para cada uno de los lotes, y diferente para cada uno de ellos, lo que es una contradicción con el desglose y explicación del presupuesto base de licitación, que no distingue entre lotes. Las diferencias entre los precios de cada lote y sus precios unitarios no estarían justificadas.

Y, finalmente, alega el recurrente que no hay información sobre los kilómetros a realizar y que se han considerado para la determinación del presupuesto base de licitación, sin que en cada uno de los lotes se haga un desglose de los kilómetros adaptados a cada ruta, lo que impide conocer con exactitud los datos que necesitan para poder hacer los cálculos necesarios para presentar las ofertas.

Frente a este argumento, el órgano de contratación informa que el cuadro al que alude el recurrente es del apartado F, anexo I, sobre presupuesto base de licitación por lotes, y su información se limita al contenido del mismo. Mientras que en el anexo 1.b), sobre “Cálculo de determinación del precio”, es donde se incluyen todos los cálculos realizados para la determinación del Presupuesto Base de Licitación de cada uno de los 18 lotes. En este anexo se incluye una tabla por cada lote, donde se detalla el número de autocares, cada tipo de autocar según tamaño, y precio diario correspondiente. Se realiza el mismo cálculo para el personal auxiliar con sus peculiaridades, y con un sumatorio de ambos conceptos (autocares y auxiliares en ruta) resultan los importes diarios, por curso escolar (multiplicado por 181 días), y el correspondiente a 3 cursos escolares (multiplicando a su vez, ésta última

cantidad, por 3). Con todo, el resultado final de la suma es el que figura en la columna “BASE IMPONIBLE” de la tabla del Apartado F del Anexo I, referente al presupuesto base de licitación por lotes.

En cuanto a los precios unitarios máximos, se dice que el fundamento principal de la diferencia que existen entre los precios unitarios de los lotes obedece, precisamente, a las características de las rutas que conforman cada lote actualmente en servicio. A tales efectos, consta como Anexo al PPT el Anexo B, “Detalle rutas-paradas”, donde si bien no existe una parametrización kilométrica de cada ruta, sí que figura individualizado el detalle de cada una de las rutas incluidas en cada uno de los lotes, con sus correspondientes paradas. Además, las empresas representadas por la entidad por la que el recurrente actúa son conocedoras del detalle de las paradas, puesto que se encuentran actualmente prestando el servicio en sus correspondientes zonas.

Y, la relación de rutas se ha elaborado de acuerdo con las rutas correspondientes al curso escolar 2021-2022. Por tanto, son una mera previsión, debido a que, el proceso de escolarización del alumnado está permanentemente sujeto a cambios al inicio de cada curso escolar, y consecuentemente, modificando las rutas y las paradas en función del alumnado transportado.

Sobre esta alegación, debe decirse que, de acuerdo con lo informado, y la documentación obrante en el expediente administrativo, este motivo también debe ser desestimado, pues se constata que la justificación del presupuesto base de licitación por cada lote viene detallada y relacionada en el anexo I. b) del Pliego (documento 33 del expediente), el cual no es examinado ni criticado en el recurso. En este anexo se identifica como se ha calculado la “base imponible” de cada lote, o lo que es lo mismo, el importe total de los tres cursos escolares a los que se extienden cada uno de los 18 lotes.

Nuevamente, la única crítica que hace el recurso es la falta de justificación del presupuesto base de cada lote, no invocando que se haya incurrido en algún error en su cálculo, por lo que la alegación estaba abocada al fracaso desde el momento en el que se comprueba que en el expediente sí se ha justificado el cálculo realizado y que, de modo incorrecto, se dice omitido.

En cuanto a los precios unitarios y la falta de indicación de los kilómetros, hay que decir que la justificación del precio unitario, que es diferente para lote, vendría determinada por la descripción de las rutas en el PPT, sobre la que nada dice el recurso, por lo que el trato diferenciado ya tendría la explicación racional que no es criticada por la recurrente.

Y, que el número de kilómetros de cada ruta, aunque su magnitud no venga dada, pueden ser conocidos por las empresas por medio de la descripción de las rutas que se hace, con el detalle de sus paradas, en el anexo B del PPT. A partir de esta información el número de kilómetros de cada lote es fácilmente calculable para las empresas licitadoras, no solo por medio de los sistemas de navegación que actualmente se disponen, como puede ser un GPS o una aplicación informática, sino, también, porque este es un dato conocido al estar en ejecución actualmente el servicio.

C. Como segunda alegación, denuncia el recurso que se calcula de manera incorrecta el valor estimado del contrato, pues en la información consignada en el anexo I, apartado E, al que se remite la cláusula 7.2 del PCAP, y no hay rastro de los costes laborales, el beneficio industrial y los gastos generales.

Al respecto informa el órgano de contratación que en el contrato se ha considerado un presupuesto de 235.803.563,09 euros IVA incluido, de los que 195.073.856,74 euros se corresponden a costes directos, y, 19.293.018,80 euros, a costes indirectos, y el resto (el 10%) al IVA. De este modo los costes indirectos representarían el 9% del presupuesto base de licitación, y en los mismos se consideran *“todos los gastos asociados al ejercicio de la actividad por la empresa pero que no se relacionan directamente con la prestación del servicio. Concretamente, el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros por Carretera dispone que los costes indirectos representan el coste total anual de los costes indirectos de la empresa (costes de estructura, comercialización y otros) repercutibles a los autocares. En consecuencia, tales gastos generales de estructura y el beneficio industrial se encuentran contemplados en la dotación de los costes indirectos que se ha tenido en cuenta”*.

En relación con este motivo de impugnación, debemos volver a nuestra Resolución 80/2022, de 20 de enero, y recordar que al estar determinado el precio por precios unitarios,

el desglose en el presupuesto base de licitación de los costes directos e indirectos del contrato cumple sobradamente con lo exigido por la LCSP. Y, como se ha visto, el artículo 101 LCSP no exige que el valor estimado esté desglosado como si debe estar el presupuesto base de licitación al requerirlo expresamente el artículo 100.2 LCSP.

Ya decíamos en la resolución 1104/2021, de 9 de septiembre de 2021, donde resolvíamos sobre la conformidad a Derecho de los pliegos de un contrato de servicio de atención a domicilio, determinado el precio por precios unitarios por precio/hora:

“Por todo ello, la fijación del presupuesto base de licitación y el valor estimado de cada lote da satisfacción a las exigencias legales previstas en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, respondiendo el precio unitario por hora de servicio al precio del mercado, en contra de lo afirmado por la Asociación recurrente, por lo que procede sin más, la desestimación del recurso y, por ende, la confirmación de la legalidad de los pliegos impugnados. Además, el Tribunal considera que en los contratos en los que el precio se determina como “precio unitario”, el desglose del presupuesto puede ser por unidades de precio.”

Por tanto, el valor estimado se ha concretado de manera ajustada a Derecho, y la alegación debe ser desestimada.

Séptimo. Finalmente, deben examinarse las dos últimas alegaciones que se recogen en el recurso sobre las que nada dice el órgano de contratación en su informe.

Se alega en el recurso que no se ha corregido la memoria justificativa publicada el 19 de diciembre de 2022, tras la rectificación de errores en el presupuesto base de licitación, sin embargo, examinado el expediente se observa que en los documentos 25 a 31 obran diversos documentos referidos a la rectificación realizada en los pliegos. Así: informe explicativo del error (documento 25), informe de necesidad e idoneidad de contrato rectificado (documento 26), informe de justificación de criterios de solvencia rectificado (documento 27), informe sobre el valor estimado rectificado (documento 28), aprobación de inicio del expediente (documento 29), propuesta de gasto rectificada (documento 30) y resolución de rectificación de errores (documento 31).

Además, el 10 de enero de 2023, un día después de la interposición del recurso, se publicó en la plataforma de contratación la memoria justificativa, recogiendo los nuevos importes objeto de la rectificación. El contenido del documento recoge de manera integrada los informes que figuran en el expediente como documentos 26, 4 , 6, 27 y 28 del expediente.

Por consiguiente, se observa que sí obra en el expediente los informes que justifican los elementos que exige el artículo 116.4 LCSP, donde ya se recoge la rectificación que se realizó en el presupuesto base de licitación y el valor estimado. Y que se publicó con su rectificación la memoria justificativa. Por lo que la alegación del recurso debe ser desestimada.

Por último, alega la recurrente que el apartado T del anexo I recoge un régimen de penalidades en la ejecución del contrato, donde la mayoría de las infracciones están tipificadas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su reglamento de desarrollo, correspondiendo a los Servicios Territoriales de Transporte la tramitación de los procedimientos, según lo previsto en el artículo 16.2 de la Orden 2/2021, de 16 de marzo, de la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad. Por lo que el órgano de contratación es incompetente para determinar la infracción e imponer penalidades, pudiendo incurrirse en una vulneración del principio “non bis in ídem”.

En relación con las penalidades que se puedan prever durante la ejecución del contrato por el PCAP, hemos de partir de lo dicho por el artículo 192.1 LCSP, que señala:

“Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.

Como decíamos en nuestra resolución 778/2022, de 23 de junio, “es privativo del órgano de contratación y razonable establecer un régimen de penalidades que asegure la debida

ejecución del contrato”, debiendo únicamente las penalidades impuestas estar vinculadas al objeto del contrato y ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, tal y como decíamos en la resolución 1917/2021, de 22 de diciembre de 2021.

Como única crítica a este apartado del PCAP, la recurrente plantea que el órgano de contratación es incompetente para apreciar el hecho que suponga una infracción de las previstas en la LOTT, y que puede vulnerarse el principio del *“non bis in ídem”*. Por lo que la recurrente no cuestiona la falta de vinculación de las penalidades con el objeto del contrato, ni alega que sean desproporcionadas, lo que de por sí ya determina la desestimación de la alegación, pues estos son los únicos límites que la LCSP en su artículo 192.1 impone al órgano de contratación a la hora de definir las penalidades en el Pliego, siendo privativo del órgano de contratación fijar las penalidades que aseguren la razonable ejecución del contrato.

No obstante, en cualquier caso, debemos rechazar los motivos esgrimidos para impugnarlas en el recurso por falta de fundamento. En relación con la falta de competencia, el que las penalidades previstas en el apartado T del Anexo I (documento 33) estén también previstas como infracciones de la LOTT no priva al órgano de contratación de la competencia que le atribuye la LCSP de velar por la correcta ejecución del contrato, ostentando la facultad de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, con arreglo al artículo 190 párrafo segundo LCSP, y la facultad de determinar si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento en los contratos de servicios, de acuerdo con el artículo 311.3 LCSP.

Y en cuanto a la vulneración del principio *“non bis in ídem”*, no resulta el principio aquí de aplicación, pues es discutible que la penalidad tenga naturaleza sancionadora, ya que, es consecuencia de un incumplimiento parcial de un contrato, y se imponen con el fin de asegurar su correcta ejecución, lo que se asemeja a las *“cláusulas penales”* que, a modo de una obligación accesoria, están previstas para las obligaciones en el artículo 1152 y siguientes del Código Civil.

Sobre la cláusula penal dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 1999 (RJ 1999,36): *“procede entrar en el estudio de la cláusula penal que fue definida en la clásica Sentencia de 8 de enero de 1945 (RJ 1945\17): «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor» y más tarde, la de 16 de abril de 1988 (RJ 1988\3173) la definió como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual» .*

Aplicando los artículos 1152 y 1153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva - es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal . La Sentencia de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\4284) dice, en este sentido: «El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS. 28-6-1991 [RJ 1991\4463] , 7-3-1992 [RJ 1992\2007] , 12-4-1993 [RJ 1993\2994] y 12-12-1996 [RJ 1996\8976])».

En definitiva, considerando la penalidad como una cláusula penal, una obligación accesoria de naturaleza contractual, que está encaminada a garantizar el correcto cumplimiento de las prestaciones del contrato, no habría vulneración del principio *non bis in ídem*, pues al no tener carácter sancionador no habría lugar a aplicar los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora.



También debe decirse que, aún el hipotético caso que la penalidad tuviera carácter sancionador, no debe olvidarse que el principio “*non bis in ídem*” exige una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, con el fin de evitar que se vulnere la prohibición de sancionar dos veces a un mismo sujeto, por la misma conducta y con idéntico fundamento jurídico (STC de 30 de enero de 1981, FJ 4, (RTC 1981\2)). Así, desde un punto de vista formal, supone la prohibición de enjuiciar dos veces a un mismo sujeto, por una misma infracción y con idéntico fundamento, sin que quepa confundir esta situación con la de un concurso de infracciones, pues no se vulnera el bis in ídem si no existe identidad de hechos (concurso real) o no existe identidad de fundamento (concurso ideal) (STS de 4 de mayo de 2022, FD 3, (RJ 2022\167690)).

Por consiguiente, no habría vulneración del principio del “*non bis in ídem*” si una misma conducta fuera sancionada por suponer una infracción de las previstas por la LOTT, y, al mismo tiempo, un incumplimiento defectuoso del contrato, pues no habría identidad en el fundamento jurídico de la sanción administrativa y la penalidad que exija el órgano de contratación.

Por tanto, el último de los motivos alegados se desestima, y con él la totalidad del recurso interpuesto frente a las cláusulas específicamente impugnadas de los Pliegos que son ajustadas a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. S. R. , en representación de la FEDERACIÓN PROVINCIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE LA PROVINCIA DE ALICANTE, contra los pliegos para la licitación del contrato de “*Servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de titularidad de la Generalitat Valenciana para los cursos 2023-2024, 2024-2025, y 2025-2026.*”, con nº Expte. CMAYOR/2022/06Y02/195 y convocado por la Consellería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Valenciana.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.