**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 44/2021

ACUERDO 65/2021, de 20 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L. frente al pliego regulador del contrato "*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*", licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

SEGUNDO.- Con fecha 20 de mayo AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública contra los pliegos del citado contrato, alegando lo siguiente:

1ª. Que "*El objeto del contrato se divide en 81 lotes, siendo estos lotes de 1, 2, 3, o 4 rutas cada uno, hecho que va totalmente en contra de los principios de contratación pública y en concreto contra el artículo 2 de la LEY FORAL 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos. Dicho artículo en su punto 1 dice que las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando entre otros los principios de igualdad de trato y no discriminación. Además en su punto 3 dice que se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.*

*Si los lotes objeto del contrato estuviesen formados por una única ruta que a su vez se pudiera realizar con un único autobús, cualquier empresa, grande o pequeña,*

*incluso aquellas empresas que dispongan de un solo autobús, podrían licitar en igualdad de condiciones. En nada perjudica a la Administración que el objeto del contrato se divida en lotes de una sola ruta que puedan ser realizados con un único autobús, sino todo lo contrario, la Administración saldría beneficiada al haber mas competencia, ya que todas las empresas, grandes y pequeñas, incluso las que dispongan de un único autobús, tendrían la posibilidad de licitar a todos los lotes*".

2ª. Que "*El anexo IX de los pliegos no aporta la información necesaria para saber como realizar las rutas de los diferentes lotes. No aporta datos tan importantes como los horarios de inicio y finalización de las clases de los diferentes centros educativos, tampoco dice el orden en el que hay que dejar y recoger a los alumnos en aquellos lotes con más de un centro educativo y además en muchos casos el recorrido de las rutas resulta muy confuso (ejemplo: lote 1, ruta 0105).*

*El artículo segundo de las Prescripciones Técnicas dice que el servicio de transporte escolar se acomodará obligatoriamente al calendario escolar previsto para cada centro, ajustándose a posibles variaciones de horarios, además de las que previsiblemente deberán producirse en junio y septiembre. Sin embargo en los pliegos de la licitación no aparecen los calendarios escolares de los centros educativos ni los horarios de las clases de los mismos.*

*El artículo 2 de la LEY FORAL 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos dice que las entidades sometidas a esta ley la aplicarán respetando entre otros el principio de transparencia, cosa que no sucede en los pliegos de esta licitación.*

*A mi entender en el anexo IX de los pliegos se deberían de reflejar los horarios de las clases de cada uno de los centros educativos, además en aquellas rutas en las que hay mas de un centro de destino se debería de aclarar si a los alumnos se les deja en un solo centro educativo desde el cual irán andando al resto de centros o si hay que dejar a los alumnos en todos los centros que aparecen como destino*".

3ª. Que "*En el apartado p) del punto 18 de las bases reguladoras del pliego "OBLIGACIONES DEL ADJUDICATARJO" dice que el adjudicatario adoptará las medidas necesarias para hacer frente a la COVID-19, especialmente las indicadas tanto en el protocolo de limpieza y desinfección para el transporte público de viajeros por carretera del Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana como en el*

*Protocolo de Prevención y Organización para el desarrollo de la actividad educativa presencial del Departamento de Educación.*

*Con fecha 18 de agosto de 2020 todas las empresas adjudicatarias de lotes de transporte escolar del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra recibimos una carta correspondiente a la renovación para el curso 2020-2021 con un anexo en el que aparecían las rutas de transporte escolar incluyendo un gasto adicional para acometer el cumplimiento de las medidas sanitarias necesarias para evitar la propagación de la COVID.*

*El importe de este gasto adicional era de 33,51 euros en las rutas simples realizadas con microbuses de hasta 36 plazas, de 37,31 euros en las rutas dobles realizadas con microbuses de hasta 36 plazas, de 44,18 euros en las rutas simples realizadas con autobuses de 37 a 55 plazas, de 50,08 euros en las rutas dobles realizadas con autobuses de 37 a 55 plazas, de 50,17 euros en las rutas simples realizadas con autobuses de más de SS plazas y de 57,77 euros en las rutas dobles realizadas con autobuses de más de 55 plazas.*

*Si se comparan los precios de las rutas que aparecen en el anexo I del pliego de prescripciones técnicas del anuncio de licitación para la contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas durante el curso 2017.:.2018 publicado el 20 de diciembre de 2017 en el Portal de Contratación de Navarra con los precios de las rutas que aparecen en el anexo IX del anuncio de licitación de transporte escolar de los centros educativos no universitarios de Navarra, con vehículos de más de 9 plazas para el curso 2021-2022 publicado el 10 de mayo de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra, se comprobará que los precios de las rutas para la licitación del curso 2021-2022 en muchas ocasiones son inferiores a los precios de las mismas rutas más el importe adicional COVID, realizadas con el mismo tipo de vehículo, para la licitación del curso 2017-2018. Incluso hay ocasiones en las que los precios de las rutas de la licitación 2017-2018 son mayores que los precios de esas mismas rutas, realizadas con el mismo tipo de vehículo, para la licitación del curso 2021-2022, sin sumarles el importe adicional COVID. (...).*

*Si se comparan los precios que figuran en el anexo III del pliego de prescripciones técnicas del anuncio de licitación para la contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas durante el curso 2017 2018 con los precios el anexo XIII del anuncio de licitación de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas 2021-2022 se comprobará que los precios que figuran en el anexo XIII*

*del anuncio de licitación de transporte escolar para el curso 2021-2022 en algunos supuestos son menores que los precios que figuran en el anexo III del anuncio de licitación de transporte escolar para el curso 2017-2018 mas el importe adicional COVID. Esto sucede en los siguientes casos: (...).*

*Además en la licitación del curso 2017-2018 el primer tramo de kilometraje máximo era de 30 kilómetros y el segundo de 60 kilómetros, mientras que en la licitación del curso 2020-2021 el primer tramo de kilometraje máximo es 20 kilómetros, el segundo es 40 kilómetros y el tercero es 60 kilómetros por lo que es económicamente inviable realizar las rutas cuyo kilometraje máximo sea 20 kilómetros ya que los precios de licitación de estas rutas son muy bajos.*

*El anexo XIII "TARIFAS (precio máximo de licitación diario, ida y vuelta, IVA incluido)" dice que el tramo de los kilómetros de cada ruta se obtiene a partir del número de kilómetros que hay desde el centro educativo hasta la primera parada de cada ruta (trayecto en vacío) más los kilómetros que tenga la ruta en t do su recorrido (trayecto con alumnado), multiplicado por dos (número de viajes diarios, ida al centro y regreso a casa), lo que hace suponer que los autobuses se encuentran en los diferentes centros educativos justo antes del inicio de las diferentes rutas de transporte escolar, cosa que no es posible ya que un centro educativo no es un lugar habilitado donde poder guardar o aparcar los autobuses. Los autobuses estarán guardados en las naves de las empresas licitadoras, desde donde saldrán para realizar los diferentes servicios de transporte escolar, por lo que el primer tramo de kilometraje máximo de 20 kilómetros resulta insuficiente.*

*Por todo lo expuesto considero que muchos de los precios que aparecen en el anexo IX "RUTAS LOTES Y PRECIOS" resultan insuficientes, por lo que resulta inviable la realización de las rutas a esos precios tan bajos.*

4ª. Que "*El apartado b) del punto 8 "SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL, EXPERIENCIA Y MEDIOS" de las bases reguladoras dice que se entenderá que las empresas tienen a su disposición los vehículos solo y exclusivamente en los siguientes supuestos:*

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

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

*En el anexo 111 (bis) "RELACIÓN DE VEHÍCULOS" que hay que incluir en el SOBRE A "DOCUMENTACIÓN GENERAL" hay que poner las matrícula de los vehículos disponibles en el momento de presentación de ofertas, que pueden ser adscritas a la ejecución de los lotes, sin embargo puede darse la circunstancia de que una empresa licitadora tenga vehículos a disposición para poder licitar que sean de su propiedad pero que no estén matriculados. A partir de marzo del año pasado, debido a la COVID-19, la actividad de las empresas de transportes de viajero ha bajado entre un 30% y un 70% dependiendo del porcentaje de transporte discrecional que haga cada empresa. Durante el primer semestre del año 2020 se terminaron de carrozar muchos autobuses que habían sido encargados antes de la pandemia, pero estos autobuses no han sido matriculados debido a que la actividad en el transporte de viajeros sigue siendo muy escasa. En la relación de vehículos del anexo lll (bis) debería ser posible poner el número de bastidor en vez de la matrícula en el caso de los autobuses que están sin matricular, pudiéndose demostrar la propiedad de los mismos mediante la factura de compra y el justificante del pago realizado de la misma. En el supuesto de que a la empresa licitadora se le adjudique algún lote de los que ha licitado con algún autobús que está sin matricular se procedería a su matriculación. Sería muy perjudicial para las empresas el tener que matricular los autobuses para poder licitar, ya que desde el momento en el que se matricula un vehículo este empieza a perder valor, por lo que en el supuesto de NO adjudicación de ninguno de los lotes a los cuales se ha licitado con autobuses matriculados exclusivamente para esta licitación esta empresa tendría un autobús nuevo recién matriculado sin poder trabajar con el por la escasa actividad de transporte de viajeros, devaluándose más cada día que pasa.*

*Por otro lado, los dos supuestos de disponibilidad de vehículos que nombra el apartado b) del punto 8 de las bases reguladoras NO garantizan la disponibilidad de los vehículos por parte de las empresas licitadoras. Puede darse el caso de que un vehículo propiedad de una de las empresas licitadoras este ya asignado para la realización de servicios de otras entidades. En los pliegos se debería de exigir una declaración responsable de la empresa licitadora de que los vehículos ofertados no están adjudicados en exclusiva a otras entidades tanto públicas como privadas, de*

*forma que su utilización sea incompatible con la adjudicación del contrato en cuestión.*"

5ª. Que "*En el anexo V se dice que para acreditar la clasificación ambiental se deberá de presentar de forma impresa la consulta telemática realizada a la DGT con la matrícula de cada vehículo, de la clasificación de su potencial contaminante (vehículos O emisiones, vehículos ECO, vehículos C, y vehículos B, según el ANEXO 11-E del R.O. 2822/1998 por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos) realizada durante el plazo de presentación de ofertas.*

*Debido a la baja actividad de transporte de viajeros motivada por la pandemia de la COVID las empresas de transporte de viajeros tenemos parte de la flota dada de baja temporalmente en la DGT desde abril del año pasado por lo que no podemos consultar telemáticamente y presentar de forma impresa la clasificación ambiental de los autobuses que están dados de baja temporalmente en la DGT. Sin embargo se puede acreditar la clasificación ambiental de estos autobuses dados de baja temporalmente en la DGT aportando su permiso de circulación y su ficha técnica ya que en estos documentos figura el tipo de combustible o fuente de energía que utilizan y el nivel de emisiones (Euro 4, Euro 5 o Euro 6), datos que determinan el tipo de etiqueta ambiental, por lo que debería de ser posible acreditar la clasificación ambiental también de este modo en el supuesto de vehículos dados de baja temporalmente en la DGT. (...)*".

6ª. Que "*El punto 23 de las bases reguladoras "SUBCONTRATACIÓN Y CESIÓN DEL CONTRATO" dice que una vez formalizado el contrato, las prestaciones del servicio no podrán ser objeto de subcontratación según se regula en el artículo 107 de la LEY FORAL 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, al considerar que la prestación del contrato deberá realizarse exclusivamente con los medios presentados e identificados por la empresa adjudicataria.*

*A mi entender lo que dice el artículo 107 de la LEY FORAL 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra es que las prestaciones del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, por lo que en este caso se debería de permitir la subcontratación.*"

Atendiendo a lo expuesto, solicita la estimación de la reclamación y la anulación del acto recurrido.

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

1ª. Lotes.

"*El órgano de contratación es el competente para determinar la configuración de los lotes con el objetivo de conseguir la mayor eficacia y eficiencia en el desarrollo de la prestación del servicio público de transporte escolar.*

*En la presente licitación, se ha tenido como referencia para la configuración de los lotes los Distritos escolares establecidos en el Decreto Foral 80/2019, de 3 de julio por el que se reordena la Red de centros educativos públicos de la Comunidad Foral de Navarra.*

*Con la solvencia exigida en la Base 7 y el procedimiento de adjudicación actual basado en el orden de prelación descrito en la Base 11.2.2, cualquier empresa se puede presentar a todos los lotes licitados, y después podrá ser adjudicataria de aquellos en los que, siendo la mejor oferta, disponga de los vehículos necesarios*".

2ª. Calendario escolar.

*La Base 4 de las bases reguladoras determina que "el plazo de ejecución del contrato será el periodo comprendido desde el primer día hasta el último del curso 2021-2022. Las fechas exactas de iniciación y de terminación del servicio vendrán determinadas por el Departamento de Educación en función del calendario escolar de cada centro. Estas fechas serán comunicadas con la suficiente antelación al inicio del servicio. Cualquier modificación puntual de días lectivos será comunicada al adjudicatario de cada lote con, al menos, 15 días naturales de antelación."*

*Asimismo, el punto segundo de la Base 29 establece que "el servicio de transporte escolar se acomodará obligatoriamente al calendario escolar previsto para cada centro, ajustándose a posibles variaciones de horario además de las que*

*previsiblemente deberán producirse en junio y septiembre, y atendiendo, en su caso, a necesidades extraordinarias, previa comunicación del Departamento de Educación."*

*Anualmente se aprueban por el Departamento de Educación las instrucciones para la elaboración del calendario y horario escolar por parte de los centros educativos, puesto que son ellos los competentes para su configuración.*

*En las bases reguladoras se determina que en el momento en el que los centros educativos aprueben el calendario escolar se les comunicará a las empresas con la suficiente antelación para que adopten las medidas organizativas necesarias.*

*En conclusión, no podemos fijar en las bases un calendario ni horario exacto puesto que todavía no está determinado para el curso 2021-2022 y este calendario cambia cada curso escolar, tal y como se ha producido a lo largo de todos los procesos de contratación de este servicio de transporte escolar.*"

3ª. Costes y tarifas.

"*Durante el curso actual 2020/2021 se tuvo que aprobar un expediente de emergencia para tener en cuenta los costes derivados del COVID en los contratos ya vigentes de transporte escolar adjudicados anteriormente por la licitación 2017/2018.*

*Si bien, para la presente licitación, se ha efectuado un estudio de costes y de rutas, en el que para el cálculo de los costes se ha incluido el importe de mascarillas de reserva, para imprevistos durante el trayecto con alumnado, y el importe del gel hidroalcohólico exigido por el Protocolo del Departamento de Educación. La limpieza y desinfección de los vehículos está incluida en el 12,5% de costes generales que se han aplicado en los cálculos.*

*Así, en la Base 4 se indica expresamente que el importe por COVID está incluido en las tarifas de licitación de la siguiente manera: "En los precios que se oferten por parte de los licitadores se entenderán incluidos todos los conceptos que integran la propia realización del contrato, y en particular, la adopción de las medidas necesarias para hacer frente al COVID-19, especialmente las indicadas tanto en el Protocolo de limpieza y desinfección para el transporte público de viajeros por carretera del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como en el Protocolo de Prevención y Organización para el desarrollo de la actividad educativa presencial del Departamento de Educación."*

*Por otro lado, en relación con la reclamación sobre los costes, entendemos que en el expediente de contratación están debidamente justificados los mismos y no hay que tener como referencia la licitación del curso 2017-2018 puesto que tanto los lotes, rutas, zonas, tipos de vehículos, tramos de kilómetros, etc. son distintos. No obstante, el criterio para el cálculo de los kilómetros de ruta no se ha modificado al tener como punto de partida la localización del centro escolar.*"

4ª. Solvencia técnica y profesional.

"*El artículo 17 de la Ley Foral 2/2018 establece en su apartado 1 que "quien licite deberá acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia técnica o profesional la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada."*

*Asimismo, el apartado 2 del referido artículo establece como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional la "declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá la empresa o profesional para ejecutar el contrato."*

*Entendemos que la exigencia de declarar los vehículos a disposición mediante las matrículas es un criterio técnico que se ajusta plenamente a lo dispuesto en el citado artículo 17 de la ley foral.*"

5ª. Clasificación medioambiental.

"*A este respecto, el Departamento de Educación entiende que el modo oficial para acreditar la clasificación ambiental es la que figura en las bases reguladoras.*"

6ª. Subcontratación y cesión del contrato.

"*El artículo 107 de la Ley Foral 2/2018 regula la subcontratación, determinando su apartado 1 que "las prestaciones del contrato* ***podrán*** *ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando quien licite, en el*

*momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de esta ley foral. (...)"*

*En la presente licitación, al igual que en las anteriores, no se permite la subcontratación para evitar que la prestación directa del servicio se realice por empresas y vehículos sobre los que no ha sido posible comprobar su ajuste técnico a las exigencias de este servicio.*"

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- La reclamación interpuesta se fundamenta en las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

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

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

QUINTO.- Alega la reclamante, como primer motivo de impugnación, que la división del contrato en 81 lotes, comprendiendo los mismos entre 1 a 4 rutas, es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación, pues entiende que,

debiendo facilitarse el acceso a la contratación pública a las empresas pequeñas y medianas, cada lote debe estar formado por una única ruta que, además, pueda realizarse con un único autobús.

Al respecto, opone la entidad contratante que la configuración de los lotes es competencia del órgano de contratación, señalando, además, que con la solvencia exigida cualquier empresa se puede presentar a todos los lotes si bien podrá resultar adjudicataria de aquellos en los que siendo la mejor oferta disponga de los vehículos necesarios.

Como bien señala la reclamante la cláusula segunda de las bases reguladoras del contrato establece su división en 81 lotes que se fijan en su anexo IX, incluyendo cada uno de ellos una o varias rutas. Indicándose, al respecto, en la cláusula primera que *"Los lotes con las rutas, sus características y precios máximos de licitación, son los fijados en el anexo IX de las Bases Reguladoras. Cada lote incluye una o varias rutas. Para cada ruta se fija un itinerario para transportar al alumnado de las localidades comprendidas en la misma; el itinerario podrá variar en función de las necesidades derivadas de la planificación educativa, que será determinada y acordada por la Administración Educativa, previa notificación escrita al contratista".*

Sobre esta cuestión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su Considerando 78 establece que *"Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los*

*sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.*

*La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.*

*Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas".* De acuerdo con ello, el artículo 46 de dicha norma insiste en que los poderes adjudicadores podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.

Por su parte, nuestra LFCP en su Preámbulo señala que *"Esta ley foral ha establecido una nueva regulación de los lotes, que invierte la regla utilizada en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, y exige al órgano de contratación la división del contrato en lotes y reservar alguno de ellos a la participación de las entidades previstas en el artículo 36 salvo que se motive su inconveniencia en cada caso concreto. De esta*

*manera se da la oportunidad de resultar adjudicatarias de lotes separados, a empresas que por su volumen de negocio no podrían abordar la ejecución de contratos de más envergadura. Además se establece la regulación de la oferta integradora como oferta conjunta para varios lotes"*. Regulando en su artículo 41 el diseño de los lotes, cuyo apartado primero establece que *"Con carácter general los contratos se dividirán en lotes y alguno de ellos deberá reservarse a la participación de las entidades previstas en el artículo 36 de esta ley foral. Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, o decida no calificar como reservado ninguno de los lotes, deberá justificarlo".*

Partiendo de la regla general de la división de los contratos en lotes lo cierto es que la concreta configuración de éstos de acuerdo con sus necesidades entra dentro de la discrecionalidad técnica atribuida al órgano de contratación. Así lo señalamos en nuestro Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, donde indicamos que *"en relación con la configuración de los lotes de los contratos, la doctrina de los tribunales de contratos manifiesta que ésta se sitúa en el ámbito de la discrecionalidad técnica que al órgano de contratación corresponde, a fin de que sea adoptado el criterio, debidamente justificado, que mejor se adapte a las necesidades a cubrir y sin que por ello, pueda prevalecer el criterio de los licitadores manifestado mediante la correspondiente impugnación (...) Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente. Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO)."*

En similares términos se pronuncia la Resolución 969/2020, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando señala que *"En este supuesto, el órgano de contratación ha atendido el mandato legal de dividir el contrato en lotes siendo ello posible y ha delimitado estos, en base a su discrecionalidad técnica y dentro de la libertad de configuración de que dispone, por áreas geográficas, teniendo en cuenta también necesidades organizativas que se exponen detalladamente en el informe remitido. En definitiva, la pretensión de los Recurrentes apunta a un inaceptable propósito de suplir al órgano de contratación en la configuración del objeto del contrato y debe, por tanto, ser rechazada."*

En el supuesto analizado, consta en el expediente el informe elaborado por el Servicio de Financiación de Centros, Ayudas al Estudios y Servicios Complementarios del Departamento de Educación el 5 de mayo de 2021, cuyo objeto es justificar la fijación de las rutas, indicando que ésta obedece a lo dispuesto en la Orden Foral 102/2017 de la organización y funcionamiento del transporte, así como a los cambios introducidos por la modificación de la Ley Orgánica de Educación que considera la Enseñanza de Formación Profesional Básica como Enseñanza Básica, de forma que este alumnado tendrá plaza de pleno derecho en el transporte organizado; intentándose también, siguiendo en la línea del mandato del Parlamento de Navarra y del Acuerdo Programático de Gobierno, dar solución al Transporte Escolar de alumnado de estudios postobligatorios menor de 18 años. Justificación que en modo alguno ha sido desvirtuada por la reclamante, pues ésta se limita a señalar que la única forma de garantizar los principios de igualdad y no discriminación y de facilitar la participación de las PYMES en la licitación es la división del contrato en tantos lotes como rutas; no apreciándose así arbitrariedad ni error manifiesto en la configuración de los lotes, de tal suerte que el motivo invocado debe rechazarse, debiéndose recordar en este punto que la pretensión de la reclamante no puede sustituir la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración de los fines y el objeto del contrato; asistiendo, de otro lado, razón al órgano de contratación cuando señala que los requisitos de solvencia previstos en las bases y el procedimiento de adjudicación basado en el orden de prelación facilitan la participación de tales entidades en el procedimiento de referencia.

Procede, pues, la desestimación de este motivo de impugnación.

SEXTO.- Expone la reclamante que el anexo IX de las bases reguladoras vulnera el principio de transparencia en la medida en que no aporta la información necesaria para poder prestar el servicio relativa al horario de inicio y finalización de las clases de los diferentes centros educativos, ni el orden en el que hay que dejar y recoger a los alumnos en los lotes con más de un centro. Manifestando, asimismo, que en muchos casos el recorrido de las rutas resulta confuso, como por ejemplo la ruta 0105 del lote 1, alegación, ésta última, que en modo alguno puede ser acogida, pues no apunta razón alguna en orden a justificar o sustentar la confusión alegada.

Sobre este particular, señala el órgano de contratación la imposibilidad de fijar en las bases un calendario ni horario exacto puesto que tal calendario, que cambia cada curso escolar, corresponde fijarlo a los centros educativos, no estando todavía determinado el correspondiente al curso 2021-2022.

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

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

Siendo esto así, no cabe apreciar vulneración alguna del principio de transparencia, pues lo cierto es que las fechas exactas de iniciación y de terminación del servicio se ven condicionadas por el calendario escolar que se apruebe en cada centro y que en el momento de la aprobación del expediente de contratación no ha tenido lugar; recogiendo las bases las prevenciones necesarias relativas a la comunicación a los

adjudicatarios de los servicios con antelación suficiente. Circunstancias que conducen a la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado.

SÉPTIMO.- Como tercer motivo de impugnación denuncia la reclamante que los precios de las rutas previstos en el anexo IX son, en muchos casos, inferiores a los de las rutas del servicio correspondiente al curso escolar 2017-2018 más el importe adicional que se abona por el COVID, e incluso en ocasiones sin necesidad de sumar este importe adicional; al igual que sucede con las tarifas del anexo XIII. Resultando, a su juicio, inviable la realización de las rutas a precios tan bajos.

Relacionado con lo anterior sostiene que en la licitación del servicio para el curso 2017-2018 el primer tramo de kilometraje máximo era de 30 kilómetros y el segundo de 60 kilómetros, mientras que en esta licitación el primero es de 20 kilómetros, el segundo de 40 y el tercero de 60, siendo económicamente inviable realizar las rutas cuyo kilometraje máximo sea 20 kilómetros, ya que los precios de licitación de estas rutas son muy bajos. Indicando, asimismo, que el cálculo de los kilómetros parte de que los autobuses se encuentran en los diferentes centros justo antes del inicio de las diferentes rutas cuando lo cierto es que éstos saldrán desde las naves de las empresas licitadoras, por lo que el primer tramo de kilometraje máximo de 20 kilómetros resulta insuficiente.

De contrario, opone la entidad contratante que se ha efectuado un estudio de costes y de rutas, en el que se ha incluido el importe de mascarillas de reserva, para imprevistos durante el trayecto con alumnado, y el importe del gel hidroalcohólico exigido por el Protocolo del Departamento de Educación, así como la limpieza y desinfección de los vehículos; costes que están debidamente justificados, sin que quepa tomar como referencia la licitación del curso 2017-2018 puesto que tanto los lotes, rutas, zonas, tipos de vehículos, tramos de kilómetros, etc. son distintos, si bien se mantiene el criterio para el cálculo de los kilómetros de ruta que tiene como punto de partida la localización del centro escolar.

El relación con el precio de los contratos determina el artículo 43.1 LFCP que *"Los contratos tendrán un precio cierto y adecuado al mercado, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo*

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

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

Expuesto el marco legal aplicable a la cuestión objeto de debate, debemos comenzar recordando que, según reiterada doctrina de este Tribunal, la determinación del precio forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, con las limitaciones que de ello derivan en lo que a su fiscalización por parte de este Tribunal se refiere. Así, en nuestro Acuerdo 10/2021, de 3 de febrero, señalamos lo siguiente: "*A este respecto, son numerosos los acuerdos de este Tribunal, en los que se establece que la fijación del precio constituye una facultad discrecional del órgano de contratación, por ser quien mejor conoce el interés público que busca satisfacer con el contrato. Baste citar el Acuerdo 100/2018, de 4 de octubre: "En ellos indicábamos que "es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la contratación. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato."*

En el mismo sentido, expusimos en nuestro Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero, que *"En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*

*(Resolución nº 23/2018) en relación con el presupuesto del contrato establece lo siguiente: "Y este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que "... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas".*

Pues bien, a la vista de esta doctrina, forzoso es concluir que las alegaciones de la reclamante son insuficientes para desvirtuar la presunción de acierto de que goza el órgano de contratación en virtud de su discrecionalidad técnica, pues su único argumento acerca de la insuficiencia del precio es la comparación con los precios del contrato del curso escolar 2017-2018; lo que no es admisible pues, obvio es decir, que tal argumento decae desde el momento en que los términos de comparación son distintos en la medida en que se corresponden con un expediente de licitación diferente al que ahora nos ocupa respecto del cual los costes han podido sufrir variaciones.

Dicho lo anterior, consta en el expediente remitido a este Tribunal un informe económico emitido con fecha 3 de mayo de 2021, así como un informe sobre el cálculo de las tarifas de abril de 2021, que, como se ha dicho, gozan de presunción de acierto; presunción iuris tantum que en modo alguno ha sido desvirtuada por la reclamante pues, debemos insistir, se limita a sostener que tales precios son insuficientes y, por tanto, no resultan adecuados al mercado, con una simple comparación con los precios de una licitación anterior del servicio, sin aportar análisis alguno de los costes del servicio que pudiera evidenciar, siquiera de manera indiciaria, que el precio es demasiado bajo,

impidiendo cubrir los costes del servicio y encontrándose, así, fuera de mercado. Siendo esto así, no cabe sino concluir que la reclamante no ha acreditado que la determinación del precio por parte del órgano de contratación incurra en un manifiesto error, por lo que la misma debe ser confirmada, y el motivo, por tanto, desestimado.

Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación relativa a que las rutas cuyo kilometraje máximo sea de 20 kilómetros resultan económicamente inviables, pues, nuevamente, la reclamante omite las razones en las que sustenta tal afirmación; falta de argumentación sólo a ella imputable suficiente, como decimos, para rechazar el motivo en tal sentido alegado.

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

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

propias licitadoras y no del servicio que se presta, con infracción del precitado artículo 43.1 de la LFCP.

OCTAVO.- Con ocasión de la cláusula octava de las bases reguladoras del contrato relativa a la "solvencia técnica y profesional, experiencia y medios", plantea la reclamante, de un lado, que en la relación de vehículos del anexo III (bis) que debe incluirse en el sobre A (Documentación General), debe admitirse la identificación de los mismos por el número de bastidor, dado que desde que se matricula un vehículo el mismo pierde valor y no existe certeza de que los licitadores vayan a ser adjudicatarios de ninguno de los lotes a los que concurran. De otro lado, sostiene que ninguna de las dos formas de acreditar la disponibilidad de los vehículos que se prevén en dicha base garantiza la misma, dado que puede darse el caso de que un vehículo ya esté asignado para la realización de otros servicios, de forma que debiera exigirse una declaración responsable.

El punto de partida del análisis de los motivos de impugnación alegados no puede ser otro que el contenido de la citada base octava objeto de impugnación, que exigiendo como requisito de solvencia técnica y profesional, tanto experiencia en servicios anteriores como la disposición de vehículos, dispone respecto a éstos últimos que *"b) Relación de vehículos: Para poder participar en la licitación de los diferentes lotes las empresas deberán tener a su disposición los vehículos que resulten suficientes e idóneos en número y características para ejecutar, en su caso, el lote ofertado que en conjunto requiera más vehículos/capacidad. Se entenderá que las empresas tienen a su disposición los vehículos, solo y exclusivamente en los siguientes supuestos:*

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

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

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

Por su parte, el anexo III bis constituye una declaración donde el licitador "*declara que los vehículos disponibles en el momento de la presentación de la oferta, que pueden ser adscritos a la ejecución de los diferentes lotes son los siguientes: (...)"*, debiéndose identificar éstos por su matrícula, indicando el número de plazas de cada uno.

Como puede observarse, el citado anexo III bis no es sino la declaración responsable a la que alude la propia reclamante, donde los licitadores manifiestan, bajo su responsabilidad, no sólo los vehículos de que disponen al formular su oferta sino que éstos están en condiciones de ser adscritos a la ejecución del servicio. Salvaguardándose así de manera suficiente las cautelas alegadas por la reclamante pues, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de la inexactitud, falsedad u omisión en la misma, cabe recordar que, en cualquier caso dicha declaración, como parte de la oferta, vincula al licitador en sus propios términos, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 8/2021, de 25 de enero: *"Y ello sin perjuicio de que el órgano de contratación exija el cumplimiento de la oferta en los términos en que ha sido formulada, por cuanto las ofertas vinculan a los licitadores, tal y como recuerda el Informe 63/09, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando razona que "Así las cosas, parece que a juicio de la concesionaria la oferta que presentó en su día no tuviera carácter vinculante y pudiera modificarse unilateralmente por ella en el transcurso del tiempo de vigencia de la concesión. Por supuesto, nada más alejado de la correcta interpretación del sistema contractual. Los contratos, es doctrina universalmente admitida por lo que no precisa de más confirmación, son fuente de obligaciones entre las partes por lo que no cabe dudar del carácter de exigibles que para cada una de ellas tienen sus cláusulas. Ello significa, a su vez, que el contenido de cada cláusula no puede modificarse sino por la voluntad conjunta de ambas partes, es decir por mutuo acuerdo salvo que expresamente la Ley disponga lo contrario. (...). De todo lo anterior resulta la obligatoriedad de que el adjudicatario del contrato, en este caso el concesionario puesto que hablamos de una concesión de servicios, observe en su ejecución estrictamente el tenor de las cláusulas entre las cuales, evidentemente, se encuentran las derivadas del contenido de su propia oferta. Respecto de que la oferta del adjudicatario se incorpora al contrato como parte de las cláusulas del mismo no cabe dudar. Con independencia de que, por regla general, deberá ser recogida de forma expresa en el documento de formalización, es evidente que en el camino que lleva*

*hasta la perfección del contrato confluyen las voluntades de las partes para concretar el contenido obligacional del mismo, expresándose a través de las condiciones de la licitación que formula el órgano de contratación, de la oferta de cada licitador y la aceptación definitiva de la oferta del adjudicatario mediante el acto de adjudicación."*

De otro lado, respecto a la identificación de los vehículos por el número de matrícula, este Tribunal en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo – ha puesto de manifiesto que la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; resultando así que para participar en una licitación deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, debiendo la entidad adjudicadora fijar en el pliego o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que éstos deben reunir - niveles mínimos que deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato -, así como los medios, de entre los recogidos en los artículos 16 y 17 de la LFCP, que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos.

También señalamos que los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que debe ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de concurrencia; siendo preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de licitadores posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatoria. Y como tal potestad discrecional no es posible sustituir, en su correcto ejercicio, la elección que el órgano de contratación realice de entre las distintas soluciones amparadas por la norma de aplicación por ninguna otra, sin perjuicio de estar sometida a control jurisdiccional.

Descendiendo al caso concreto, y en ejercicio de la discrecionalidad al efecto reconocida, el órgano de contratación ha optado por exigir como forma de acreditar la solvencia técnica o profesional, la declaración del material de que se dispone para ejecutar el contrato; medio contemplado en el artículo 17.2.j) de la LFCP y, por ende, ajustado a derecho.

Siendo esto así, en relación con el hecho de exigir que la identificación de los vehículos se realice a través del número de matrícula, debe advertirse que la reclamante no alega que tal circunstancia constituya infracción jurídica alguna, refiriendo únicamente cuestiones económicas relacionadas con una hipotética pérdida de valor de los vehículos a partir de su matriculación, planteando una alternativa a la elección que, en ejercicio de la discrecionalidad técnica reconocida a estos efectos, ha realizado el órgano de contratación. Elección que, por otro lado, resulta, a priori, coherente con la exigencia de acreditar la disposición de los vehículos, pues como indica el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia 348/2016, de 16 noviembre *"La exigencia de la disposición de los vehículos matriculados resulta más que razonable en orden a resultar acreditado que la empresa licitadora se encuentra en plena disposición y capacidad para prestar el servicio objeto de contratación con medios propios idóneos y adecuados. No puede obviarse que se está ante un concurso para la adjudicación de la prestación de servicio de transporte de personal, en el que, evidentemente, los vehículos que vayan a ser destinados a tal fin constituyen uno de los elementos esenciales, y en orden a la regulación de los mismos a efectos de la adjudicación, la Administración, en uso de las facultades que le otorga su discrecionalidad técnica, ha optado por exigir que las características técnicas de los autocares para la prestación del servicio se acredite por las empresas licitadoras mediante certificación de su matrícula, número de plazas y fecha de primera matriculación, lo que además sirve para justificar que la antigüedad máxima de los vehículos ofertados sea de setenta y dos meses desde tal primera matriculación. Esta exigencia es perfectamente válida y comprensible, y no vulnera ningún principio básico en materia contractual, pues si bien cabían otras alternativas a los mismos efectos acreditativos, la opción aplicada por la Administración no resulta en modo alguno ilógica ni desproporcionada en atención a la finalidad perseguida, sin que choque frontalmente con el Derecho europeo y la jurisprudencia que se cita en la demanda, al referirse a supuestos distintos al ahora enjuiciado".*

En definitiva, procede también la desestimación de este motivo de impugnación.

NOVENO.- En relación con el Anexo V de las Bases reguladoras correspondiente a la clasificación ambiental, postula la reclamante que la acreditación de tal extremo puede realizarse mediante el permiso de circulación y la ficha técnica del vehículo, en lugar de la impresión de la consulta telemática realizada a la DGT, dado que, según señala, desde el mes de abril del año pasado las empresas de transporte de viajeros tienen parte de la flota dada de baja en la DGT. Debiéndose advertir, desde ya, que nuevamente se limita a proponer una forma alternativa a la forma de acreditación de tal requisito, sin alegar que la exigencia contenida en las bases constituya infracción jurídica alguna; oponiendo, al respecto, el órgano de contratación que el modo oficial para acreditar la clasificación ambiental es el que figura en las bases.

Efectivamente, el apartado tercero de la cláusula undécima de las bases reguladoras, entre los criterios de adjudicación contempla el siguiente: *"3. Criterios de carácter medioambiental: hasta 15 puntos*

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

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

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

Por su parte, la cláusula novena señala que en el sobre BC (Propuesta criterios cuantificables mediante fórmula) debe incluirse, entre otros, el Anexo V: *"Características de vehículos disponibles en el momento de presentación de ofertas, que pueden ser adscritos a la ejecución del contrato. El licitador deberá cumplimentar el anexo V identificando la matrícula, el número de plazas de los vehículos, su kilometraje y su clasificación ambiental (DGT).*

*Los vehículos señalados por el licitador en el anexo V deben coincidir con los vehículos recogidos en el anexo III bis.*

*Para acreditar las características de todos los vehículos señalados en el anexo V los licitadores deberán aportar en el momento de presentación de ofertas la siguiente documentación:*

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

*2- Clasificación ambiental: Presentación impresa de la consulta telemática realizada a la DGT, con la matrícula de cada vehículo, de la clasificación de su potencial contaminante (vehículos O emisiones, vehículos ECO, vehículos C, vehículo s B, vehículos A, según el ANEXO 11-E del R.D. 2822/1998 por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos), realizada durante el plazo de presentación de ofertas."*

Llegados a este punto, debemos apelar nuevamente a la discrecionalidad técnica de la que está investido el órgano de contratación en lo que a la determinación de los criterios de adjudicación se refiere y, por tanto también, en lo que respecta a la determinación de los documentos necesarios para su valoración y aplicación pues a éste corresponde, en el pliego, establecer la forma y contenido de las proposiciones, esto es, el contenido necesario de la documentación a presentar por los licitadores. Discrecionalidad que se justifica, como indicamos en nuestro Acuerdo 19/2021, de 24 de febrero, en que tales criterios tienen por finalidad determinar cuál es la mejor oferta de las presentadas durante la licitación, siendo dichos órganos los que mejor conocen las necesidades a satisfacer a través del contrato. Exigiéndose, de un lado, que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse

arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos del órgano de contratación; y de otro, como con absoluta claridad establece el artículo 53.1 LFCP, que las proposiciones se ajusten, también obviamente en lo que a su contenido se refiere, a los pliegos que rigen la licitación que, como se ha expuesto, detallarán la documentación a incluir en las mismas que sirva a la finalidad de posibilitar la aplicación de los concretos criterios de adjudicación que en cada caso se hayan establecido.

Como hemos avanzado, la reclamante no aduce ilegalidad alguna respecto al documento justificativo requerido para la valoración del citado criterio de adjudicación, sino que considera que pueden exigirse otros, lo que ya sería suficiente para la desestimación de la alegación en tales términos formulada.

Pero es que además, lo cierto es que el Anexo II E del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, contiene la clasificación de los vehículos por su potencial contaminante, según su clasificación en el Registro de Vehículos. Registro que se regula en el artículo 2, cuyo apartado 1º señala que "*La Jefatura Central de Tráfico llevará un Registro de todos los vehículos matriculados, que adoptará para su funcionamiento medios informáticos y en el que figurarán, al menos, los datos que deben ser consignados obligatoriamente en el permiso o licencia de circulación, así como cuantas vicisitudes sufran posteriormente aquéllos o su titularidad.*

*Estará encaminado preferentemente a la identificación del titular del vehículo, al conocimiento de las características técnicas del mismo y de su aptitud para circular, a la comprobación de las inspecciones realizadas, de tener concertado el seguro obligatorio de automóviles y del cumplimiento de otras obligaciones legales, a la constatación del Parque de Vehículos y su distribución, y a otros fines estadísticos.*

*El Registro de Vehículos tendrá carácter puramente administrativo, será público para los interesados y terceros que tengan interés legítimo y directo, mediante simples notas informativas o certificaciones, y los datos que figuren en él no prejuzgarán las cuestiones de propiedad, cumplimientos de contratos y, en general, cuantas de naturaleza civil o mercantil puedan suscitarse respecto a los vehículos".* Previsión que pone de relieve la adecuación de la consulta telemática cuya aportación exigen las bases reguladoras en orden a la consecución de la finalidad perseguida con tal

requisito, que no es otra que la acreditación de la clasificación ambiental de los vehículos.

Y no sólo eso, pues no podemos pasar por alto el fundamento de la propuesta planteada por la reclamante, a saber, que parte de su flota de vehículos está dada de baja temporalmente de la DGT desde abril del año pasado; debiéndose reparar, al respecto, en que conforme a lo dispuesto en los artículos 36 y 37.2 del RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, *"en los supuestos de baja temporal se acordará la retención del permiso o licencia de circulación y de la tarjeta de inspección técnica o certificado de características hasta que, finalizada la retirada temporal, se solicite la devolución de los citados documentos"*; siendo éstos precisamente los documentos a los que apela la reclamante. Y todo ello sin perjuicio, además, de que tampoco acredita que tal requisito resulte discriminatorio, cuando lo cierto es que la formulación de dicho criterio no excluye de la licitación a quienes no aporten tal documento, que, de otro lado, pueden solventar tal circunstancia mediante el alta correspondiente durante el plazo de presentación de las ofertas; resultando, así, respetuoso con las exigencias derivadas del principio de igualdad de trato.

DÉCIMO.- En último término impugna la reclamante la cláusula vigesimotercera de las Bases Reguladoras por cuanto no se permite la subcontratación, vulnerándose con ello lo dispuesto en el artículo 107 LFCP. Cláusula cuyo tenor literal es el siguiente: *"23.- SUBCONTRATACIÓN Y CESIÓN DEL CONTRATO*

*Una vez formalizado el contrato, las prestaciones del servicio no podrán ser objeto de subcontratación según se regula en el artículo 107 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, al considerar que la prestación del contrato deberá realizarse exclusivamente con los medios presentados, e identificados por la empresa adjudicataria.*

*Sólo se podrá ceder el contrato a terceros según lo establecido en el artículo 108.1.b) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra."*

La regulación sobre la subcontratación se encuentra recogida en el artículo 107 LFCP, que la admite salvo que el pliego disponga lo contrario, o que por su naturaleza o condiciones se trate de prestaciones que sólo pueden ser ejecutadas por el adjudicatario.

Dice así, el precepto citado: *"1. Las prestaciones del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando quien licite, en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de esta ley foral. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22.*

*Los subcontratistas podrán ser sustituidos, previa acreditación de que los sustitutos disponen, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el sustituido, con autorización expresa de la entidad contratante.*

*En el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este, el órgano de contratación exigirá al contratista principal que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento. El poder adjudicador exigirá al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato.*

*2. No obstante, una vez formalizado el contrato se admitirá la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, siempre que esté previsto en el pliego regulador de la contratación y se ajuste a los siguientes requisitos:*

*a) Comunicación por escrito a la Administración del contrato suscrito entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista junto con toda la información prevista en el apartado 1 de este artículo. La subcontratación deberá ser objeto de autorización expresa.*

*b) Que el contrato entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista no prevea unas condiciones de pago más desfavorables que las señaladas en esta ley foral o, en su caso en el pliego regulador de la contratación para el abono del precio a los contratistas.*

*c) Que el subcontratista presente una declaración de no encontrarse incurso en causa de exclusión para contratar y de comprometerse a respetar, como mínimo, las condiciones laborales del convenio colectivo sectorial aplicable.*

*3. En caso de demora en el pago, el subcontratista tendrá derecho al cobro de intereses e indemnización por gastos de cobro conforme a lo dispuesto en la legislación reguladora de la morosidad en las operaciones comerciales.*

*4. En todo caso el adjudicatario será el único responsable del correcto cumplimiento del contrato ante la Administración, siendo el único obligado ante los subcontratistas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.*

*5. La subcontratación de prestaciones no permitidas por el pliego será ilegal y dará lugar a la resolución del contrato.*

*6. El órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas que se realicen pagos directos a los subcontratistas, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos para el pago al contratista principal y siempre que se acredite el impago por parte de éste a su subcontratista. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con el órgano de contratación la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra".*

Expuesto el marco legal, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la subcontratación, donde se ha puesto de relieve que, efectivamente, la regla general es la admisión de la subcontratación, salvedad hecha de prestaciones de carácter personalísimo o de los supuestos en que así lo establezca el pliego; excepciones que requieren de la oportuna motivación. Doctrina recogida en nuestro Acuerdo 118/2020, de 11 de diciembre, donde respecto a la posible limitación de la subcontratación en los pliegos, señalamos que *"(...)Sentado lo anterior, como indica la Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, de la misma Junta Consultiva "La subcontratación es un derecho del contratista a contratar externamente la ejecución de parte del contrato; pero tal derecho, en el ámbito de la contratación pública, no es absoluto, por cuanto en aras del interés público en la ejecución, la ley habilita a la Administración contratante para que prohíba en ocasiones la subcontratación. Esta decisión en todo caso deberá estar suficientemente motivada en la resolución de inicio del expediente, por tratarse de una excepción a la regla general".*

*De igual modo, la Sentencia de la Audiencia Nacional 2047/2014, de 7 de mayo, señala que "DÉCIMO TERCERO.- Por lo expuesto se confirma en ese aspecto el PCAP, a partir de lo cual se aborda la legalidad de prohibir la subcontratación, motivo distinto del anterior si bien está vinculado. Al respecto es cuestión pacífica que*

*permitirla es la regla general tal y como se deduce del artículo 227.1 LCSP pues fomenta la competitividad y la libre concurrencia, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. De esta manera prohibir lo que es esa regla general cabe en dos supuestos: que el contrato o los pliegos establezcan esa prohibición o que la imposibilidad de subcontratar venga dada porque el contrato, por razón de su naturaleza y condiciones, deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario.*

*DÉCIMO CUARTO.- Del artículo 227.1 no cabe deducir una decisión enteramente discrecional, sino que debe tener una razón, un fundamento; es más, que el artículo 227.1 separe las dos hipótesis o supuestos de prohibición no significa respecto de la primera -que se prevea en el contrato o en los pliegos- que no tenga que responder a razón explícita alguna. Por tanto del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está ya determinada ex lege - que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada -que lo prevea el contrato o los pliegos- pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego contrastable".*

*Así pues, la regla general es la admisión de la subcontratación, salvedad hecha de prestaciones de carácter personalísimo o de los supuestos en que así lo establezca el pliego – excepciones recogidas en el transcrito artículo 107 LFCP -; si bien, en tales casos, se precisa de la oportuna motivación en el expediente, pues como señala la Resolución 21/2018, de 31 de mayo, de la Comisión Jurídica de Extremadura "En definitiva, limitar la subcontratación, es una cuestión sobre la que el órgano de contratación tiene libertad de decisión –discrecional, que no arbitraria– y que deberá´ decidir en función de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación, realizando su previsión en los pliegos".*

Pues bien, en el supuesto analizado, nada se dice en el expediente acerca de la razones que concurren para el establecimiento, en la cláusula vigesimotercera de las bases reguladoras, de la prohibición de subcontratación; resultando que la única justificación al respecto es la referida en la propia cláusula que justifica tal limitación en que *"la prestación del contrato deberá hacerse exclusivamente con los medios presentados, e identificados por la empresa adjudicataria"*. Motivación claramente insuficiente que, no obstante, ha sido completada en el informe de alegaciones remitido

a este Tribunal por el órgano de contratación, donde indica que *"no se permite la subcontratación para evitar que la prestación directa del servicio se realice por empresas y vehículos sobre los que no ha sido posible comprobar su ajuste técnico a las exigencias de este servicio";* justificación que resulta del todo coherente, pues lo cierto es que las bases reguladoras precisamente contemplan la relación de vehículos como requisitos de solvencia técnica y profesional, y además dos de los cuatro criterios de adjudicación valoran cuestiones relativas a los concretos vehículos con los que se prestará el servicio.

En definitiva, las justificaciones que sobre la limitación impuesta en las bases en materia de subcontratación se incorporan en el informe remitido a este Tribunal en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación sirven para subsanar el defecto de motivación apreciado en el expediente, pues resulta de aplicación el principio de economía procesal, que propugna no anular lo actuado por un vicio o defecto que, retrotraídas las actuaciones al momento de la comisión de la infracción o defecto y subsanado éste, el contenido justificativo del acto sería el mismo que ahora ofrece el órgano de contratación.

Siendo esto así, partiendo de la posibilidad admitida por la LFCP de que el pliego limite la subcontratación, que habrá de analizarse caso por caso, y entendiéndose justificada en este supuesto, y por las razones indicadas, la prohibición de subcontratación prevista en las bases reguladoras, no cabe sino la desestimación del motivo de impugnación alegado por la reclamante.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L. frente al pliego regulador del contrato "*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*",

licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación.

2º. Notificar este acuerdo a AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L., a la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 20 de julio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Natividad Goñi Urriza.