

Recurso 283/2020

Resolución 97/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL (FAESC**, en adelante) contra el anuncio de licitación, la memoria justificativa, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Servicio de acompañantes de transporte escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía”, convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Educación y Deporte (Expte. 00189/ISE/2020/SC), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de septiembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los posibles interesados en dicho perfil.

Posteriormente, el 24 de septiembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante resolución de corrección de errores y ampliación del plazo de presentación de ofertas, anunciándose las citadas correcciones el 29 de septiembre en el DOUE.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 57.954.975 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 25 de septiembre de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FAESC contra el anuncio de licitación, la memoria justificativa del expediente, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el contrato mencionado.

CUARTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, mediante oficio de 28 de septiembre de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el informe sobre el mismo, las alegaciones sobre la medida cautelar, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación ha sido recibida en este Tribunal.

QUINTO. El 15 de octubre de 2020, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento instada por la recurrente en su escrito de impugnación.

SEXTO. Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones al recurso, por cinco días hábiles, a los interesados con traslado del escrito de impugnación, se han recibido las formuladas por la entidad EULEN, S.A. (EULEN, en adelante).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la federación de empresas recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece 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.*

(...) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.



A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. En el supuesto analizado, el recurso se funda, entre otros motivos, en la restricción de la concurrencia advertida en algunas cláusulas de los pliegos, correspondiendo a la federación recurrente, según el artículo 6 de sus estatutos, la representación y defensa de los intereses profesionales de sus asociados ante la Administración, instituciones, tribunales, entidades y particulares.

Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta la recurrente en cuanto actúa en representación y defensa de aquellos intereses, debiendo reconocérsele legitimación al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso va referido al anuncio, la memoria justificativa y los pliegos de la contratación. Así pues, los citados actos son susceptibles de recurso especial al amparo del artículo 44 apartados 1 a) y 2a) de la LCSP.

Al respecto, conviene precisar que si bien la memoria justificativa, como actuación preparatoria del expediente, no es propiamente un acto susceptible de recurso especial independiente; la eventual estimación del recurso contra los pliegos, por causas relacionadas con justificaciones que debieran obrar en la memoria, determinaría que una hipotética anulación de aquellos alcanzase igualmente a esta.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: *«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».

En el supuesto examinado, el anuncio se publicó en el perfil de contratante el 4 de septiembre de 2020, día en que, asimismo, los pliegos y demás documentos contractuales fueron puestos a disposición de los interesados. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 25 de septiembre de 2020 en el registro electrónico de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar sus motivos. La FAESC solicita la anulación de los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación y funda su pretensión en los alegatos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En un primer motivo, la recurrente esgrime que se ha producido una modificación sustancial de los pliegos indebidamente calificada por el órgano de contratación como corrección de errores. En tal sentido manifiesta que el 24 de septiembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante resolución de corrección de errores y ampliación del plazo de presentación de ofertas por la que se modifican los Anexos XI (criterios de adjudicación y baremos de valoración), XV (solvencia económica y financiera) y XVI (solvencia técnica o profesional) del PCAP.

Y concluye, invocando el artículo 122.1 de la LCSP, que *“toda modificación de los pliegos que no se derive de un error material, de hecho o aritmético, conllevará la retroacción de actuaciones que el órgano de contratación ha omitido al calificar la modificación sustancial de los pliegos como presunto error material, de hecho o aritmético, cuando se ha variado los importes de solvencia técnica y se han modificado criterios de adjudicación y baremos de valoración; cuya incidencia directa sobre la licitación es incuestionable”.*

Frente al motivo expuesto se alza el órgano de contratación en su informe al recurso insistiendo en que una lectura objetiva permite apreciar que las rectificaciones llevadas a cabo son un caso de error a la hora de transcribir los datos, sin que, por otro lado, ello suponga una alteración fundamental del acto ni se haya conculcado ningún derecho, en la medida que se amplió el plazo de presentación de ofertas para que ningún interesado pudiera quedar en posición de desventaja.



Por último, EULEN, en sus alegaciones al recurso, manifiesta que lo importante no es tanto el contenido de la corrección o modificación del pliego, sino el momento en que se produce. Además, señala que las modificaciones se han realizado antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, con ampliación del mismo y previa publicación en el DOUE y en el perfil de contratante.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En efecto, el 24 de septiembre de 2020, antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas el 6 de octubre de 2020 -según se indica en el anuncio de licitación-, se publicó en el perfil de contratante la denominada “*Resolución de corrección de errores y ampliación del plazo de presentación de ofertas*” con el siguiente contenido, en lo que aquí interesa:

“En el ANEXO XI. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN

Donde dice:

1.- COORDINADORES: De 0 a 45 puntos

Compromiso de contratación de un número de coordinadores además del estipulado en la cláusula 8 del PPT por lote para el control permanente del servicio. Corresponderán

- *LOTE 7: 22,50 puntos por cada coordinador además del estipulado en la cláusula 8 del PPT que se oferte para este lote*

Debe decir:

1.- COORDINADORES: De 0 a 45 puntos

Compromiso de contratación de un número de coordinadores además del estipulado en la cláusula 8 del PPT por lote para el control permanente del servicio. Corresponderán

- *LOTE 7: 11,25 puntos por cada coordinador además del estipulado en la cláusula 8 del PPT que se oferte para este lote*

En el ANEXO XV. SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

Donde dice:

X 1. Volumen anual de negocios de la persona licitadora, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo equivalente al 70 % presupuesto de licitación del contrato IVA excluido correspondiente a los lotes a los que concurra.

Debe decir:



X 1. Volumen anual de negocios de la persona licitadora, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo equivalente al 50 % presupuesto de licitación del contrato IVA excluido correspondiente a los lotes a los que concurra

En el ANEXO XVI. SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL.

Donde dice:

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del presupuesto de licitación del contrato IVA excluido correspondiente a los lotes a los que concurra, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato. Se considerarán trabajos similares todos aquellos contratos de servicio de acompañante de transporte escolar u otros contratos de servicios complementarios de la enseñanza regulados en el Decreto 6/2017, de 16 de enero, por el que se regulan los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos de la Comunidad

Autónoma de Andalucía fuera del horario escolar

Debe decir:

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 50 % del presupuesto de licitación del contrato IVA excluido correspondiente a los lotes a los que concurra, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato. Se considerarán trabajos similares todos aquellos contratos de servicio de acompañante de transporte escolar u otros contratos de servicios complementarios de la enseñanza regulados en el Decreto 6/2017, de 16 de enero, por el que se regulan los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía fuera del horario escolar."

Asimismo, la resolución parcialmente transcrita amplió el plazo de presentación de ofertas que, en lugar de finalizar el 6 de octubre de 2020, terminó el 19 de octubre, e igualmente, como se ha expuesto en los antecedentes, las citadas modificaciones fueron publicadas, además de en el perfil, en el DOUE el 29 de septiembre de 2020.

Pues bien, una lectura de las correcciones practicadas en los tres anexos del PCAP permite concluir que no responden a meras rectificaciones de un error material, de hecho o aritmético. La doctrina de este Tribunal sobre el error material (v.g. Resolución 103/2018, de 20 de abril), apoyada a su vez en la del Tribunal Supremo, es que el error material ha de ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo,



sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación; por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se exige, entre otros requisitos, que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; y que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.

En el supuesto analizado, las correcciones practicadas por el órgano de contratación no responden a la rectificación de un error material y no tanto porque aquellas afecten a aspectos esenciales de la licitación como los criterios de solvencia y de adjudicación alterando puntuaciones y porcentajes, sino porque ni el órgano de contratación ha justificado, ni este Tribunal ha advertido en la documentación remitida que las modificaciones operadas tengan su base en errores patentes y claros, ostensibles y manifiestos que se evidencien exclusivamente a la luz de los datos que arroja el expediente. No hay base documental para apreciar que la redacción inicial de los anexos modificados contuviera errores elementales de transcripción a todas luces constatables. Por tal razón, no es posible admitir su rectificación como si de errores materiales se tratare. En este sentido, la corrección operada en los anexos del PCAP supone una modificación de su contenido en aspectos realmente esenciales de la licitación.

Ahora bien, dicho lo anterior, también es cierto que el momento procedimental en que se produce la modificación resulta de indudable importancia para determinar si, como señala el artículo 122 de la LCSP, procede, en todo caso, la retroacción de actuaciones.

Ya en nuestra Resolución 408/2015, de 4 de diciembre, señalábamos que *“los errores que se intentan corregir a través de la resolución impugnada exceden del concepto estricto de error material. En particular, la modificación operada en el objeto del contrato (apartado 1, párrafo cuarto del PPT) consiste en eliminar del contenido inicial del PPT una obligación impuesta al adjudicatario respecto al equipamiento excluido del ámbito del contrato, siendo artificioso mantener que ello suponga corrección de un error y no una modificación del objeto contractual por reducción del mismo.*

Ahora bien, aún reconociendo que no estemos ante una mera rectificación y sí ante una modificación del contenido de los pliegos, no cabe olvidar que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento, por lo



que la consecuencia de advertir en los pliegos un error material o una infracción de otra naturaleza no diferirá mucho en ambos casos y consistirá en publicar la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación". Y en sentido similar se han pronunciado otros Órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las resoluciones que cita el órgano de contratación en su informe al recurso.

Tanto es así que la vigente LCSP, aun cuando establece en su artículo 122.1 la retroacción de actuaciones en caso de advertirse la necesidad de modificar el PCAP con posterioridad a su aprobación por error no material, también prevé en su artículo 136.2 que *"Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124.*

En todo caso se considerará modificación significativa de los pliegos la que afecte a:

- a) La clasificación requerida.*
- b) El importe y plazo del contrato.*
- c) Las obligaciones del adjudicatario.*
- d) Al cambio o variación del objeto del contrato".*

Tales previsiones legales nos llevan a concluir que, tratándose de modificaciones significativas del contenido de los pliegos, el momento procedimental en que se advierte la necesidad de modificar resulta determinante; así, si el plazo de presentación de ofertas ha finalizado no queda más remedio que retrotraer las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos (artículos 122 y 124 de la LCSP), pero si el citado plazo no ha concluido cabe su ampliación de conformidad con lo estipulado en el artículo 136.2 del citado texto legal.

En el supuesto analizado, pese a tratarse de modificaciones significativas del PCAP en terminología del artículo 136.2 de la LCSP y no de meros errores materiales, el órgano de contratación ha publicado la modificación del contenido del pliego en el perfil y en el DOUE antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones y ha ampliado el citado plazo, por lo que se ha ajustado a lo dispuesto en el citado precepto legal. Es más, a fecha 25 de septiembre de 2020 -un día después de la publicación en el perfil de la resolución de corrección de errores-, la federación recurrente formalizó el recurso especial y



entonces ya tenía conocimiento de las mencionadas modificaciones, quedando a sus entidades asociadas suficiente plazo para una eventual presentación de proposiciones hasta el 19 de octubre de 2021.

No procede, pues, acoger este alegato del recurso de anulación de los pliegos por las circunstancias expuestas.

SEXTO. En un segundo motivo, la recurrente denuncia que la solvencia técnica o profesional exigida en los pliegos es desproporcionada y restrictiva de la libre competencia.

En tal sentido, manifiesta que el Anexo XVI del PCAP establece como criterio de solvencia técnica o profesional la relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato cuyo valor mínimo fue modificado, tras la resolución de corrección de errores publicada en el perfil, pasando de un importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución igual o superior al 70% del presupuesto de licitación del contrato, IVA excluido, a un importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución igual o superior al 50% del presupuesto de licitación del contrato, IVA excluido.

Al respecto, considera la recurrente que este criterio de solvencia técnica no ha sido motivado o justificado adecuadamente en el expediente (tanto en la redacción original como tras la modificación) y resulta desproporcionado por cuanto se exige el 50% del presupuesto base de licitación (IVA excluido) -que abarca 2 anualidades- siendo muy superior al que fija subsidiariamente el artículo 90.2 de la LCSP (70% de la anualidad media del contrato).

Asimismo, señala que el Anexo XVI del PCAP, para acreditar el importe anual acumulado establece que *“Se considerarán trabajos similares todos aquellos contratos de servicio de acompañante de transporte escolar u otros contratos de servicios complementarios de la enseñanza regulados en el Decreto 6/2017, de 16 de enero, por el que se regulan los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos”*; lo cual supone, a su juicio, que el propio pliego decide considerar los importes de contratos de servicios complementarios como prueba de la dificultad que entraña acreditar aquellos elevados importes.



Y continúa señalando que *“La exigencia desproporcionada del valor mínimo que exige el criterio de solvencia técnica o profesional establecido en Anexo XVI del PCAP, se pone de manifiesto en las adjudicaciones de un gran número de contratos, donde se puede constatar que, viendo el precio de adjudicación en relación con el plazo de ejecución; resulta prácticamente imposible acreditar los importes millonarios que exige el criterio de solvencia técnica aquí impugnado, sobre todo para la PYME (incluyendo concurriendo en UTE).*

A modo de ejemplo se podría citar, entre otros, el contrato del servicio público de aula matinal (00366/ISE/2017/SC), con un presupuesto base de licitación de 4.523.428,56 € para 2 años de duración, dividido en 54 lotes, donde el mayor importe de adjudicación fue de 210.923,20 € y el menor importe de adjudicación fue de 53.379,64 €; o, el contrato del Servicio educativo complementario en escuelas infantiles (00098/ISE/2017/SC), con un presupuesto base de licitación de 814.545,11 € para 1 año de duración, dividido en 19 lotes, donde el mayor importe de adjudicación fue 189.767,81 € y el menor importe de adjudicación fue 139.857,64€.

Debe tenerse en cuenta, además, que estas actividades no son iguales, ni tampoco se gestionan o financian igual en todas las Comunidades Autónomas, por lo que al remitirse el pliego al Decreto autonómico 6/2017, solo podrá acreditarse la solvencia técnica mediante contratos previamente celebrados por la Agencia Pública Andaluza de Educación o la Consejería con competencias en la materia, ya que la referida norma sólo es de aplicación a los centros docentes públicos y de titularidad de la Junta de Andalucía.

De esta forma, se acredita que tan solo los operadores económicos que actualmente están prestando ese mismo servicio para la Junta de Andalucía son los únicos que pueden presentarse a la licitación con posibilidades de ganarla, lo que implica un claro efecto desincentivador de la presentación de ofertas (...).”

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone que la recurrente realiza una interpretación interesada del artículo 90.2 de la LCSP e invoca la discrecionalidad de que goza en la conformación de la prestación que no puede ser sustituida por el criterio de una de las partes concurrentes en la licitación, así como la existencia de fórmulas para participar en el procedimiento en caso de no contarse con solvencia suficiente como la agrupación en unión temporal de empresas o la integración de la solvencia con medios externos.



En parecidos términos a los del órgano de contratación, EULEN se opone al motivo expuesto añadiendo que el artículo 90.2 de la LCSP solo opera en defecto de especificación de los criterios de solvencia en los pliegos.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En el recurso se denuncia la desproporción y falta de justificación del criterio de solvencia técnica establecido en el Anexo XVI del PCAP cuya redacción, contemplando la modificación introducida posteriormente por el órgano de contratación, reza del siguiente modo:

“Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

El periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes indicándose en el anexo I.

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 50% [70 % en su redacción originaria] del presupuesto de licitación del contrato IVA excluido correspondiente a los lotes a los que concurra, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato. Se considerarán trabajos similares todos aquellos contratos de servicio de acompañante de transporte escolar u otros contratos de servicios complementarios de la enseñanza regulados en el Decreto 6/2017, de 16 de enero, por el que se regulan los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía fuera del horario escolar”.

Asimismo, el artículo 90 de la LCSP, relativo a la “Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios”, establece en su apartado 2 que “En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este



artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.

Y el artículo 74.2 de la norma contractual dispone que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”,* estableciéndose, asimismo, en su artículo 116.4 c) que *“En el expediente se justificará adecuadamente: (...) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera (...)”.*

De este modo, el legislador contractual impone a los órganos de contratación el establecimiento en los pliegos de los requisitos mínimos de solvencia que deban reunir los empresarios, debiendo cuidar aquellos su vinculación al objeto del contrato y su proporcionalidad al mismo, así como justificar adecuadamente la elección que efectúen en el expediente de contratación. Asimismo, en el caso de los contratos de servicios, al ser esta la naturaleza del aquí enjuiciado, el legislador ha querido suplir la eventual omisión en los pliegos de la indicación de los medios y valores mínimos de solvencia técnica disponiendo que, en tal caso, la misma se acreditará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza a los que son objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato.

Al respecto, como ya señalábamos en nuestra Resolución 4/2017, de 20 de enero, si bien la previsión legal solo se aplica subsidiariamente para el caso de que el PCAP nada establezca, la misma tiene un indudable valor como parámetro objetivo de medición de la proporción en los requisitos de solvencia establecidos en los pliegos. Ello no supone que necesariamente deba estimarse desproporcionado un requisito de solvencia



que esté por encima del parámetro legal; pero tal circunstancia, unida a otras contingencias y sin la motivación adecuada, pudiera determinar desproporción en la solvencia requerida.

En el supuesto examinado, el problema no radica en el porcentaje exigido (50% tras la modificación del anexo del PCAP) sino en el importe sobre el que dicho porcentaje se aplica que no es la anualidad media del contrato -como señala el artículo 90.2 de la LCSP-, sino el presupuesto de licitación calculado para cada lote en función de los 24 meses (2 años) de duración del contrato, a lo que se suma el dato de que la dimensión de los lotes, al establecerse por provincias, determina que dicho presupuesto alcance una cuantía relevante que va desde los 1.695.960 euros para el lote de Huelva, hasta los 3.654.720 en el lote de Almería.

Así las cosas, la conclusión que se impone es que el órgano de contratación, en la licitación examinada, ha establecido un nivel elevado de solvencia técnica por lote. Al hilo de lo expuesto, hemos de señalar que, con carácter general, la exigencia en los pliegos de una solvencia técnica elevada puede estar justificada en contratos públicos de cierta complejidad técnica donde el órgano de contratación necesite contar con empresarios altamente cualificados y expertos para de ese modo garantizar la buena marcha en la ejecución del contrato. Ello es perfectamente admisible, pues lo contrario sería condenar al poder adjudicador a sufrir las consecuencias de una inadecuada elección del contratista cuando los requerimientos del contrato exigen un plus adicional de solvencia en los licitadores. Ahora bien, tal nivel de solvencia debe contar necesariamente con una justificación adecuada en el expediente que concrete para el caso en cuestión las razones de la solvencia requerida.

En el supuesto examinado, no estamos *prima facie* ante prestaciones técnicamente complejas que impongan una solvencia técnica elevada; pero, en cualquier caso, no es a este Tribunal a quien corresponde decidir sobre la cuestión, sino al órgano de contratación promotor de la contratación y conocedor de las necesidades que pretende satisfacer a través de la prestación proyectada.

No obstante, nos encontramos con que el pliego y la memoria justificativa del expediente nada dicen sobre la elección del criterio de solvencia técnica elegido. No hay la menor motivación al respecto en estos documentos, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP e impidiendo a este Tribunal apreciar la necesidad y proporción del requisito exigido. La memoria justificativa -que suele ser el



documento adecuado para proceder a dicha motivación- solo establece que *“Será requisito necesario para el contratista acreditar su solvencia por los medios que se indican de conformidad con lo establecido en los ANEXOS XV y XVI del PCAP que regula la presente contratación”*. Y aún más, ni siquiera en el informe al recurso el órgano de contratación defiende la proporcionalidad del criterio de solvencia impugnado y su adecuación a las necesidades que demanda la prestación.

La discrecionalidad del órgano de contratación en la conformación de la prestación -argumento utilizado en el informe al recurso para defender la legalidad del criterio de solvencia técnica impugnado- no puede erigirse en genérico argumento de defensa para el poder adjudicador, pues precisamente la motivación de la decisión discrecional es lo que permite efectuar su control, para de este modo evitar que se pase de lo discrecional a lo arbitrario.

En atención a lo expuesto, visto que el requisito de solvencia técnica establecido en el Anexo XVI del PCAP es elevado -superando el establecido subsidiariamente en la ley sin motivación alguna- y atendiendo a la naturaleza de la prestación contractual a la que se aplica que no se evidencia como excesivamente compleja desde un punto de vista técnico, aquel debe considerarse desproporcionado y restrictivo de la concurrencia, a falta de otra justificación en el expediente que razone lo contrario; vulnerándose el principio de igualdad de trato y lo dispuesto en los artículos 74.2 y 116.4 de la LCSP.

El motivo debe, pues, estimarse con anulación del requisito mínimo de solvencia técnica impugnado.

SÉPTIMO. La FAESC, en un tercer motivo, alega falta de justificación e inadecuada división del contrato en lotes con distorsión y restricción de la competencia.

Aduce que la falta de justificación de la división del contrato en 8 lotes (por provincias), con presupuestos bases de licitación y valores estimados tan elevados, está estrechamente vinculada con el motivo anterior, dado que se estaría restringiendo igualmente la competencia *“debido a que dichos importes millonarios impiden que las PYME (entre ellas, los asociados que integran las dos asociaciones que componen la FAESC) puedan concurrir a la licitación”*.

Señala la recurrente que, pese a haberse fraccionado el objeto del contrato en 8 lotes por provincias, no se ha justificado en forma alguna en el expediente por qué el contrato no se puede dividir en un mayor



número de lotes para favorecer la igualdad de oportunidades, la no discriminación y garantizar el acceso real de las PYME a la licitación. En definitiva, estima que no existe ningún tipo de motivación sobre la división en lotes provinciales con unos presupuestos bases de licitación y valores estimados tan elevados, que no permiten el acceso de las PYME a ninguno de ellos, ni siquiera concurriendo conjuntamente.

Alega que la división de lotes no solo no está motivada sino que es claramente irracional y arbitraria, restringiendo artificiosamente la competencia por las siguientes razones:

1. Al último contrato de servicio de acompañantes de transporte escolar (Expediente 00037/ISE/2016/SC) solo concurrieron 4 empresas de gran tamaño y finalmente fue adjudicado a 2 de ellas, por lo que los cientos de monitores que atienden cientos de rutas en Andalucía se reparten entre solo dos operadores económicos.

2. La misma Administración de la Junta de Andalucía licita los contratos del servicios del transporte escolar en los centros docentes públicos con división en un gran número de lotes y por provincia atendiendo a un criterio organizativamente razonable de centros y rutas escolares y por un presupuesto base de licitación que permite una concurrencia real y efectiva entre los licitadores, permitiendo que puedan acceder a ellos las PYME. Por tanto, no tiene sentido y atenta contra toda lógica organizativa que los contratos de servicios de transporte escolar se organicen a través de múltiples lotes por centros y rutas y, por el contrario, los contratos de servicios de monitores que prestan soporte a esas rutas se agrupen por provincias.

3. La Administración de la Junta de Andalucía licita, igualmente, los contratos de servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte con división en un gran número de lotes.

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone que la determinación del objeto del contrato corresponde al mismo, en función de las necesidades que tenga a la hora de diseñar la prestación de los servicios, estimándose necesaria en este caso la división en 8 lotes para la correcta ejecución del contrato. Asimismo, reitera, como ya hiciera respecto al anterior motivo, que existen fórmulas para favorecer la concurrencia como la unión temporal de empresas y la integración de la solvencia con medios externos.



Por último, en sus alegaciones al recuso, EULEN opone que la justificación se exige en caso de no división del objeto del contrato en lotes, lo que no sucede en este caso donde sí se ha procedido a la división en 8 lotes. Asimismo, como actual adjudicataria del contrato, alega razones de coordinación en la ejecución y de agilidad y eficiencia en la gestión de incidencias como motivos que abogan por el fraccionamiento del objeto en el modo que se ha hecho.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. Como punto de partida, hemos de exponer el panorama legal que rige en la materia y la finalidad que se persigue con la nueva regulación que, como se verá, cambia radicalmente la situación anterior donde la unidad del objeto contractual era la regla general (artículo 86 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

El Preámbulo de la vigente LCSP señala que *“El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley”*.

De este modo, el artículo 1 de la norma contractual incorpora como uno de sus objetivos específicos facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, siendo manifestación concreta de ello la previsión legal contenida en su artículo 99.3 en cuanto dispone que *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta*.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.

A su vez, este objetivo de fomentar la participación de las PYMES en la contratación pública tiene su origen directo la Directiva 2014/24/UE, de la que interesa destacar los siguientes considerandos:



- 59 *“En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME”*

- 78 *“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades 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 posteriores de los proyectos”.*

Sobre la base normativa expuesta, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la ilegalidad de pliegos que mantenían la unidad del objeto sin motivación o con motivación genérica o insuficiente (v.g. Resolución 49/2020, de 17 de febrero), aunque también se ha reconocido en otros casos la adecuada motivación de la indivisión (v.g Resolución 158/2020, de 1 de junio). Así pues, la adecuada justificación de los órganos de contratación en los expedientes de contratación se erige en instrumento fundamental para determinar si una configuración del objeto que tienda a la agregación de bienes o servicios debe prevalecer o no sobre el nuevo objetivo marcado por el legislador europeo y el nacional dirigido a la promoción y mayor participación de las PYMES en la contratación pública.

Concretamente, en la última de las resoluciones citadas de este Tribunal señalábamos que *“se pueden extraer las siguientes conclusiones del considerando 78 y artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, así como del artículo 99.3 de la LCSP antes transcrito:*

1. La obligación de dividir el contrato en lotes tiene una finalidad específica que es favorecer la concurrencia de las PYMES y tiene especial justificación cuando se licitan grandes contratos.



2. El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote, en su caso.

3. En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador, las cuales han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del artículo 99.3 de la LCSP, esto es, la concurrencia de las PYMES. En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe ser racional y suficiente con expresión de las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación.”.

En el supuesto examinado, el contrato se ha dividido en 8 lotes coincidentes con cada una de las provincias de la Comunidad Autónoma, por lo que *prima facie* se ha dado cumplimiento al artículo 99.3 de la LCSP que contempla la regla general de división del objeto contractual en lotes. Desde esta perspectiva, no haría falta la motivación a que se refiere el precepto, que va específicamente referida a los supuestos en que el órgano de contratación decide mantener la unidad del objeto.

No obstante, un análisis más profundo de la cuestión a la vista de los términos en que se plantea la controversia, exige examinar si pese al cumplimiento formal de la regla general de división del objeto, se ha podido ver truncada la tan reiterada finalidad del precepto legal, más aún si se tienen en cuenta los elevados valores mínimos de solvencia técnica exigidos por lote según lo expuesto en el anterior fundamento. En definitiva, lo que debe analizarse es si el aparente fraccionamiento del objeto sigue agregando prestaciones -en este caso, servicios- sin motivos válidos que justifiquen excepcionar el objetivo perseguido por el legislador.

En el caso enjuiciado, el contrato tiene por objeto el servicio de acompañantes de transporte escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, configurándose los lotes en función de cada una de las ocho provincias andaluzas, con presupuestos de licitación y valores estimados señalados en el Anexo I-A del PCAP que no resultan desdeñables desde la perspectiva de la participación de pequeños y medianos empresarios. Así nos encontramos con valores estimados que ascienden a más de nueve millones de euros en algunos lotes como los de Almería y Málaga, siendo el importe inferior correspondiente al lote de Huelva por 4.239.900 euros.



A lo anterior se une que este servicio va íntimamente vinculado al de transporte escolar en los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma, cuya licitación ha solido promoverse de forma descentralizada por provincias y con división en gran número de lotes, como afirma la recurrente y tiene constancia este Tribunal.

Y si bien la configuración del objeto del contrato entra dentro del ámbito de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación, este no puede olvidar que tal conformación de la prestación ha de responder a la satisfacción de necesidades públicas que deben determinarse con precisión en la documentación preparatoria del contrato. En este sentido, el artículo 28 de la LCSP dispone que *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la hora de configurar la prestación se debe precisar en el expediente la necesidad pública que satisface el contrato y el mejor modo de satisfacerla (artículo 28 de la LCSP), que en la configuración del objeto contractual el órgano de contratación debe tender a facilitar la participación de los pequeños y medianos empresarios salvo razones válidas debidamente reflejadas en el expediente (artículo 99.3) y que los lotes establecidos no favorecen una participación real y efectiva de las PYMES por las circunstancias expuestas, lo procedente en este caso es que se hubiese justificado en el expediente de un modo concreto, adecuado y racional la concentración del servicio por provincias, cosa que no ha hecho el órgano de contratación ni siquiera aprovechando la oportunidad legal que le brindaba su oposición a los argumentos del recurso.

Así pues, no es posible ampararse en el cumplimiento formal de la obligación de división del objeto establecida en el artículo 99 de la LCSP, si la finalidad perseguida por dicho precepto de facilitar la participación de las PYMES no se ve satisfecha y cuando además no se expresa o precisa en el expediente de contratación ni una razón que fundamente y avale la configuración del objeto establecida en los pliegos. En este sentido, la afirmación del órgano de que existen fórmulas para facilitar la participación en la



licitación a través de la agrupación de empresas y/o la integración de su solvencia no hace sino poner de relieve las dificultades que el diseño de la presente contratación puede entrañar para las PYMES.

Es por ello que el motivo debe prosperar, en el entendimiento de que, a falta de alguna motivación válida en el expediente que pudiera justificar la configuración del objeto del modo en que se ha efectuado, la división en lotes provinciales no satisface a priori la finalidad perseguida por el artículo 99.3 de la LCSP.

OCTAVO. En el siguiente motivo, la FAESC denuncia la incorrecta determinación de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja. En tal sentido, manifiesta que el Anexo XII del PCAP establece parámetros que únicamente toman en consideración el criterio económico, sin tener en cuenta la oferta en su conjunto; es decir, sin considerar el resto de criterios de adjudicación que tienen incidencia en la prestación del servicio, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 149.2 b) de la LCSP. Al motivo expuesto, el órgano de contratación y EULEN se oponen con los argumentos obrantes en sus respectivos escritos y que damos aquí por reproducidos.

Pues bien, el Anexo XII del PCAP establece que *“Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos serán los siguientes:*

- *Cuando, concurriendo una sola persona licitadora, su proposición económica sea inferior a 11,90 €/precio/hora/monitor.*
- *Cuando concurren dos o más personas licitadoras, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas (media aritmética x 0.95)”.*

Asimismo, el artículo 149.2 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que *“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) (...)

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir



identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

La recurrente impugna los parámetros del Anexo XII del PCAP por considerar que no van referidos al conjunto de la oferta, es decir al resto de criterios de adjudicación además del precio. No obstante, el alegato no puede prosperar.

El legislador contractual no obliga a contemplar todos los criterios de adjudicación a la hora de fijar en los pliegos los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas. Como señala el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado *“(...) el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos”.*

En el supuesto analizado, todos los criterios son de evaluación automática correspondiendo 45 puntos a la oferta económica, otros 45 puntos al compromiso de contratación de coordinadores por encima del número estipulado en el PPT y 10 al número de informes ofertados de trayectos.

El hecho de que el PCAP solo haya atendido al criterio económico para determinar los parámetros objetivos de anormalidad no infringe el artículo 149.2 b) de la LCSP, pues, como señala el informe citado de la Junta Consultiva, cabe seleccionar los criterios de adjudicación que el órgano de contratación considere más apropiados, y si en el caso examinado ha estimado que solo debe ser el precio -criterio tradicionalmente utilizado para la fijación de los umbrales de anormalidad- ningún reproche cabe hacer; lo contrario sería obligar al poder adjudicador a considerar aspectos de la oferta que pudieran resultar irrelevantes a los efectos pretendidos, siendo a él a quien corresponde realizar esta apreciación.

Cuando el legislador se refiere a parámetros referidos a la “oferta considerada en su conjunto” está contemplando la posibilidad de atender para su fijación a otros criterios de adjudicación aparte del tradicional del precio, sobre todo en aquellos casos en que la calidad, a través de los criterios sujetos a juicio de valor, cobre especial relevancia en la selección de la oferta; lo cual no parece ser el supuesto aquí



examinado donde, como hemos visto, todos los criterios son de evaluación automática y ninguno pondera especialmente aspectos relacionados con la calidad intrínseca de las prestación.

Debe, pues, desestimarse el motivo.

NOVENO. Por último, la recurrente alega que no se ha justificado la presentación de ofertas por medio distinto al electrónico. A tal efecto, señala que el Anexo I del PCAP prevé que *“se excluye la utilización de medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en la Resolución conjunta de la Dirección General de Transformación Digital y de la Dirección General de Patrimonio, de fecha 29 de mayo de 2020, por la que se acuerda que se excepcione temporalmente el uso del sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SiREC) para aquellos procedimientos de contratación tramitados por los órganos de contratación de la Agencia Pública Andaluza de Educación, hasta el 1 de septiembre de 2020”*.

La FAESC aduce que la excepción al uso de medios electrónicos alcanzaba hasta el 1 de septiembre de 2020 y como el anuncio de licitación se publicó el 4 de septiembre de 2020, el órgano de contratación no habría justificado convenientemente la presentación de ofertas por medios distintos al electrónico. Frente al motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso.

Pues bien, el motivo no puede prosperar. En efecto, el artículo 40 del Decreto-Ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19), dispone que *“Se aprueba la implantación del sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SiREC), en cumplimiento de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público(...)”* y su artículo 41.1 que *“Los órganos de contratación de las entidades del sector público andaluz cuyos cuyos perfiles de contratante estén alojados en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de Andalucía gestionarán las relaciones electrónicas en materia de contratación que se mantengan con los operadores económicos que tengan capacidad para contratar en el ámbito de los procedimientos de contratación a través del sistema de información SiREC”*.

No obstante, la Disposición transitoria octava del citado Decreto-Ley previó excepciones temporales al sistema. Así su apartado 2 señalaba que *“(...) podrá excepcionarse la tramitación a través de SiREC de*



determinados procedimientos cuando razones técnicas motivadas así lo justifiquen, mediante Resolución conjunta de las Direcciones Generales con competencias en materia de Transformación Digital y en materia de coordinación de la contratación del sector público andaluz, que serán publicadas en el BOJA”.

Al amparo de esta disposición transitoria se aprobó la Resolución de 29 de mayo de 2020, conjunta de la Dirección General de Transformación Digital y de la Dirección General de Patrimonio (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº109, de 9 de junio de 2020) acordando la excepción temporal hasta el 1 de septiembre de 2020 en el uso del SiREC para los procedimientos de contratación tramitados por los órganos de contratación del Servicio Andaluz de Salud, así como de la Agencia Pública Andaluza de Educación.

La recurrente aduce que la licitación se publicó en el perfil el 4 de septiembre de 2020, por lo que no podría ampararse en lo dispuesto en la citada Resolución conjunta. No obstante, la Resolución se refiere a *“procedimientos de contratación tramitados”*, los cuales no se inician, como es obvio, con la publicación del anuncio pues existen toda una serie de actos preparatorios previos a dicho momento entre los que se encuentran los pliegos que rigen la licitación, siendo así que el clausulado de estos debe recoger de manera clara la forma de presentación de las ofertas y de tramitación del procedimiento, sin que dicho contenido pueda quedar supeditado a la incertidumbre del día futuro en que se publique la convocatoria.

Por ello, parece razonable aplicar al supuesto contemplado en dicha Resolución lo establecido en la Disposición transitoria novena del Decreto-Ley -del que aquella trae causa- para los *“Procedimientos en tramitación”*. Esta disposición prevé que *“Las medidas relativas a tramitación electrónica previstas en la Sección 1ª del Capítulo III y en la disposición adicional cuarta, no resultarán obligatorias a los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto-ley, rigiéndose los procedimientos de adjudicación por el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento que haga sus veces informado. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si cuentan al menos con acuerdo de inicio e informe de la asesoría o servicio jurídico correspondiente.*

Asimismo, dichas medidas tampoco serán de aplicación a los expedientes de contratación en los que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”.



En el supuesto analizado, según obra en el expediente de contratación, el acuerdo de inicio del expediente es de 30 de julio de 2020 y el informe de la Asesoría Jurídica de 7 de agosto, anteriores por tanto a la fecha de finalización de la excepción temporal acordada, lo que determina que la misma haya resultado de aplicación a la licitación impugnada quedando justificada en esta la no presentación de ofertas por medios electrónicos.

No procede, pues, estimar el motivo analizado.

Con base en las consideraciones realizadas a lo largo de la presente resolución, el recurso debe ser parcialmente estimado con anulación del contenido de los pliegos que este Tribunal ha considerado no ajustados a derecho, lo que conlleva la propia anulación de los pliegos y demás actos impugnados, incluidos los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de aquellos, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL** contra el anuncio de licitación, la memoria justificativa, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Servicio de acompañantes de transporte escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía”, convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Educación y Deporte (Expte. 00189/ISE/2020/SC) y en consecuencia, anular los actos impugnados, debiendo procederse en los términos indicados en el fundamento de derecho último de esta resolución.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal en resolución de 15 de octubre de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

