



**EB 2018/017**

**Resolución 043/2018, de 26 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa RAFA BUSAK, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 5 de febrero de 2018 la empresa RAFA BUSAK, S.L. interpuso, en el registro del poder adjudicador, un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

**SEGUNDO:** El recurso, el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de



Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) entre los días 7 y 13 de febrero.

**TERCERO:** Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 14 de febrero, se han recibido, el 21 de febrero, las de la empresa AUTOCARES HIJOS DE M. RAMOS, S.L. (en adelante, RAMOS).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D.R.M.I.E, que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

**SEXTO:** Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:



a) Con fecha 24 de enero de 2018, la Mesa de Contratación del procedimiento de adjudicación de referencia acordó tener por retirada por RAFA BUS la oferta presentada al itinerario B6001 y rechazar la sustitución de la oferta inicialmente presentada por la contenida en su escrito de 17/1/2018, presentada fuera de plazo y una vez conocidas las proposiciones de los demás licitadores. A juicio de RAFA BUSAK, esta decisión no es correcta por las razones que se alegan a continuación.

b) La recurrente interpuso en su día un recurso especial contra la adjudicación del itinerario a RAMOS, que fue estimado por el OARC / KEAO en su resolución 6/2018, de 15 de enero. Posteriormente, la empresa comunicó al poder adjudicador que había vendido el vehículo preferente asignado en su oferta a dicho itinerario, por lo que prestaría el servicio con otro vehículo, más moderno. Por lo tanto, no se trataba de una nueva oferta ni se ha sustituido la inicialmente presentada por otra, ni se ha renunciado a la anterior.

c) La recurrente alega la cláusula 29.7 del PCAP, que obliga al contratista a comprometerse a adscribir a la ejecución del servicio los vehículos incluidos en el Anexo I del documento contractual, o con vehículos de sustitución de antigüedad igual o menor al de los incluidos en dicho Anexo previa autorización del departamento de Educación. El recurrente satisface este requisito, incluso con un vehículo más moderno.

d) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento al momento anterior a su dictado.

**SÉPTIMO:** Las alegaciones de RAMOS para oponerse a la estimación del recurso son, resumidamente, las siguientes:

a) RAFA BUSAK interpuso un recurso especial contra la adjudicación del itinerario a RAMOS cuando ya había vendido su vehículo preferente, lo que



supone mala fe por su parte y que dicho recurso, de haberse conocido dicha venta, no se hubiera admitido.

b) La oferta que ahora presenta es distinta de la inicial y está claramente fuera de plazo; si en la primera se ofrecía un vehículo preferente y otro de reserva, ahora solo aporta un vehículo preferente.

c) A juicio de RAMOS, la venta de un vehículo incluido en la oferta implica su retirada; por otro lado, la modificación de la oferta antes de la adjudicación y una vez valoradas las ofertas no se ajusta a la normativa vigente.

d) Finalmente, se solicita que se tenga por interpuesto un recurso de revisión frente a la Resolución 6/2018, desestimando además el presente recurso, acumulando ambos asuntos e imponiendo una multa por temeridad en ambos casos.

**OCTAVO:** El poder adjudicador, por su parte, alega lo que se resume a continuación:

a) El recurrente interpuso un recurso especial cuya estimación le posibilita la adjudicación del contrato ahora analizado a sabiendas de que ya carecía del vehículo con el que iba a realizar el trayecto.

b) El recurrente pretende obviar el principio de inmutabilidad de la oferta, en perjuicio de los demás licitadores.

c) No es aceptable valorar un vehículo que se ha retirado, ni el vehículo puede ser a la vez preferente y de reserva, como pretende el recurrente.

d) Según el pliego, un licitador que ha formalizado el contrato solo puede modificar el vehículo previa autorización de la Administración, presentando siempre además un vehículo que cumpla los mismos requisitos que el anterior.



**NOVENO:** La cuestión central del recurso es determinar si puede o no entenderse que el recurrente ha sido correctamente excluido por haber retirado su oferta inicial y sustituirla extemporáneamente por otra distinta, como se sostiene en el acto impugnado. En primer lugar, debe descartarse que fuera intención de RAFA BUSAK retirar la oferta. En el escrito de dicha empresa de 17 de enero que el poder adjudicador toma como fundamento de la exclusión no consta tal intención de modo expreso, pero tampoco implícitamente. Por el contrario, lo que se deduce de su contenido es la pretensión de ejecutar el contrato con el vehículo de reserva. Cuestión distinta es si puede considerarse que el citado escrito es, en realidad, una nueva oferta extemporánea o una modificación, igualmente fuera de plazo, de la primera proposición presentada. Es claro que se alteran materialmente los términos de la proposición inicial, pues la prestación pretende realizarse de un modo distinto al previsto en ella, en tanto que en lugar de utilizarse un vehículo principal y otro de reserva, este último pasa a ser el único vehículo adscrito al contrato. Téngase en cuenta que el punto 31.1 de la carátula del PCAP, referida a oferta económica y criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas dispone expresamente que Los vehículos ofertados en el Anexo PT-II deben ser propiedad de la licitadora o estar vinculados a ésta en régimen de exclusividad por medio de figuras como renting, leasing o similares, no admitiéndose vehículos sobre los cuales no se acredite la plena disponibilidad de la licitadora y que el recurrente no efectúa una manifestación sobre su voluntad de cumplir con los términos de esta cláusula del PCAP poniendo a disposición de la ejecución del contrato, a través de otro título diferente al de la propiedad, el mismo vehículo principal. Por el contrario, del escrito presentado y de la copia de factura de venta del vehículo se desprende inequívocamente que su nueva oferta es la de sustituir el vehículo principal inicialmente ofertado.

El poder adjudicador no puede aprobar la alteración de los términos de la propuesta contractual en virtud de los principios de la inmutabilidad de la oferta en los procedimientos abiertos (artículo 157 del TRLCSP) y de igualdad de trato para todos los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP) por lo que el recurso debe desestimarse.



**DÉCIMO:** La solicitud de RAMOS de que se tenga por interpuesto recurso de revisión contra la Resolución 6/2018 de este OARC / KEAO debe inadmitirse. Según el artículo 49.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de recurso especial sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y de acuerdo con la misma norma, tampoco cabe la revisión de oficio regulada actualmente en el artículo 34 del TRLCSP y en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Consecuentemente, no cabe admitir el recurso, ya que el tenor literal del citado artículo 49.1 TRLCSP es claro y taxativo, y la exclusión que contiene comprende tanto los recursos administrativos ordinarios y extraordinarios, como cualquier forma de revisión de oficio. Por otro lado, la admisión de un nuevo recurso o revisión sería contraria al efecto útil de la normativa europea que inspira el sistema del TRLCSP, que exige que la solución de las impugnaciones en materia contractual sea ágil y rápida. En este mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, las Resoluciones 2/2014 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y 352/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como los Acuerdos 4/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y 50/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuyas argumentaciones se comparten por este OARC / KEAO (ver también, en el mismo sentido, su Resolución 30/2017).

**UNDÉCIMO:** La solicitud de RAMOS de que al recurrente le sea impuesta una multa por ser el recurso temerario o de mala fe debe desestimarse, aunque su pretensión haya sido íntegramente rechazada. El artículo 47.5 TRLCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo este OARC/KEAO que actúa con temeridad quien interpone



un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso un argumento impugnatorio y el segundo, porque de la actuación del recurrente, consistente en manifestar por su propia voluntad la citada circunstancia, no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** En el procedimiento de recurso especial instado por RAFA BUSAK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

- 1) Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa RAFA BUSAK, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato anteriormente referenciado.



2) Inadmitir a trámite el recurso de revisión interpuesto por la empresa AUTOCARES HIJOS DE M. RAMOS, S.L. contra la Resolución 6/2018 del OARC / KEAO.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP.

**TERCERO:** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2018ko martxoaren 26a**

Vitoria-Gasteiz, 26 de marzo de 2018