



Erref / Ref: Recurso Especial interpuesto por “AUTOBUSES LA UNION S.A.” contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona”

Esp Zenb / N° exp: 2023/01- RE

RESOLUCION N° 6/2023

En Vitoria-Gasteiz, a 31 de mayo de 2023.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AUTOBUSES LA UNIÓN, S.A. (ALU), contra el Acuerdo 41/2023, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno Foral, por el que se acuerda adjudicar el procedimiento de licitación del contrato del “Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona a Autobuses Cuadra S.A.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE la empresa ALU.; y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el Órgano de contratación (OC) el Consejo de Gobierno Foral.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º. - Por Acuerdo 659/2021, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno Foral, se aprobó la contratación de la “Concesión de servicios de transporte público interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C03 Bilbao-Pamplona” con un plazo de 10 años y un presupuesto de 21.498.471,74 € (IVA incluido) y su licitación por procedimiento abierto.

2º. - Con fecha 26 de enero de 2022, la Mesa de Contratación procede a la apertura de los Sobres A de las proposiciones económicas presentadas por los licitadores. Con fecha 28 de marzo de 2022 se requirió a la licitadora VIGO BARCELONA S.A. (VIGOBASA) para que en el plazo de 3 días hábiles remitiera corregido el documento “características de los vehículos”, que



cumplimentó el 1 de abril de 2022. La mesa de contratación emite propuesta de adjudicación a favor de la licitadora mejor valorada el 12 de abril de 2022. Con fecha 3 de octubre de 2022 el órgano de contratación requirió a la licitadora propuesta para ser adjudicataria la acreditación de la disposición de los medios materiales para la adjudicación del contrato, que dejó cumplimentado el 7 de diciembre de 2022. Tras un nuevo requerimiento de la mesa de contratación, de 14 de diciembre de 2022, cumplimentado el 20 de diciembre, el Servicio de Movilidad emite informe técnico el 1 de febrero de 2023 sobre la conformidad de toda la documentación presentada por la mercantil propuesta para ser adjudicataria. Finalmente, el órgano de contratación resuelve adjudicar el mencionado contrato de concesión a la mercantil Autobuses Cuadra SA mediante el Acuerdo 41/2023, de 7 de febrero. Este Acuerdo es notificado a la licitadora excluida ALU el 9 de febrero de 2023.

3º. - El 28 de febrero de 2023 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Alava escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de adjudicación del Consejo de Gobierno Foral núm. 41/2023, de 7 de febrero. En dicho recurso la recurrente solicita que se anule y deje sin efecto el acuerdo de adjudicación y la retroacción del procedimiento al momento de la apertura de los sobres A y exclusión de la proposición de VIBASA.

4º. – Trasladado el RE al OC y al resto de licitadoras, el 9 de marzo de 2023 se reciben sendos escritos de alegaciones, de la adjudicataria, Autobuses Cuadra SA, y de la licitadora VIGO BARCELONA SA (VIBASA). La primera solicita el levantamiento de la medida cautelar de suspensión, la inadmisión del recurso especial y, de forma subsidiaria a la inadmisión, la desestimación del recurso e inadmisión de la consideración primera del recurso. Además, solicita la condena de la recurrente a una multa por mala fe y temeridad. La segunda licitadora solicita que se tengan por efectuadas las manifestaciones que se contienen en su escrito de alegaciones a fin de que surtan efecto con el dictado de una resolución ajustada a derecho.

5º. – Fechado el 14 de marzo de 2023, se recibe el informe del OC en el que se propone la desestimación íntegra del recurso y se solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento de contratación.

6º. - Con fecha 30 de marzo de 2023 este Órgano Administrativo notificó al OC y a los licitadores la Resolución 4/2023, acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación en tanto no se resuelva el recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente procedimiento la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad ALU contra el Acuerdo 41/2023, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno Foral, por el que se acuerda adjudicar el “Servicio público, mediante



concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona.”

A la vista del valor estimado del contrato y de las previsiones del art. 44 de la LCSP, que dispone en su apartado 1.c) que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones que refieran a contratos de concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, puesto en relación con la letra c del apartado 2) del mismo precepto que indica que podrán ser objeto de recurso, entre otras actuaciones, “*los acuerdos de adjudicación*”, puede concluirse que la decisión del órgano de contratación es susceptible de recurso especial.

SEGUNDO.- La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, del Consejo de Gobierno Foral , cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias, establece que “Corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”

TERCERO. - El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, a contar a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado la adjudicación del contrato.

CUARTO. -. El recurso especial se funda en los siguientes motivos: en primer lugar, considera improcedente la subsanación de la oferta económica de la licitadora VIBASA, según los datos que contiene el Acuerdo de adjudicación. Se reproduce también parte de la comunicación que hizo la mesa de contratación a la licitadora el 28 de marzo de 2022 para corregir o sustituir parte de la documentación ya presentada en el sobre A, trámite que considera indebido, pues entiende que los datos omitidos en el sobre A no son subsanables, no es una mera corrección de un error material, sino que constituye una modificación de la oferta, y considera vulnerados el art. 139 LCSP en relación la cláusula 12.6 PCAP, y que debía haberse aplicado el art. 84 RGLCAP/cláusula 17.4 PCAP, así como el Cuadro de características en su apdo. AG. Se afirma además que no consta que se hiciera pública acta de la mesa relativa al debate sobre el requerimiento de subsanación, de conformidad con el apdo. 3 del art. 81 RGLCAP, lo que provoca la indefensión del resto de licitadores.

En segundo lugar, pero unido al primer motivo, considera la recurrente que no se ha llevado a cabo en el momento debido la comprobación de la documentación del sobre A, al ser posterior a la fijación del umbral de temeridad.



En tercer lugar, considera inadecuada la respuesta al requerimiento que la mesa de contratación dirigió a la licitadora propuesta como adjudicataria con el fin de que acreditase la disponibilidad de los medios materiales comprometidos. En particular, la recurrente incide en que las instalaciones presentadas en el segundo requerimiento no coinciden con las citadas en la memoria técnica, que no incluye descripción del inmueble de Pamplona, ni su exacta ubicación, ni se acredita que esa base en Pamplona esté debidamente equipada y en funcionamiento. Asimismo, censura la falta de una descripción pormenorizada de las instalaciones de Bilbao, y que no se acredita la conformidad de las bases ofertadas con la normativa urbanística y medioambiental, por lo que entiende que la justificación dada ha sido insuficiente y contradictoria, por lo que considera procedente la retirada de la oferta del adjudicatario, según el art. 150.2 LCSP y PPCAP 18.2.2°.

QUINTO. En su escrito de alegaciones, el OC manifiesta que la oferta de VIBASA fue considerada adecuada, viable, suficientemente explicada y prudente en sus cálculos e hipótesis. Añade que el número de plazas de los vehículos no constituye un aspecto valorable, y que el plano de distribución interior de los vehículos no constituye un aspecto valorable. Únicamente se estipula para esta licitación una capacidad mínima de 55 plazas +1PMR. En cuanto a la oferta de VIBASA, asegura que en la parte técnica se contempla el protocolo de actuación para usuarios/as en silla de ruedas, y que dispone de manual de atención a PMR y curso con este objeto para todo el personal de conducción, por lo que la omisión en el plano de distribución interior se consideró una errata susceptible de ser rectificada. Asimismo, se asegura que dicha corrección no supuso un cambio sustancial de la oferta. Por otra parte, defiende que es una oferta que no procede excluir y que contribuyó a determinar objetivamente el umbral de temeridad, por lo que su exclusión alteraría el cálculo objetivo de dicho umbral.

Finalmente, en lo referido a la tercera cuestión invocada en el RE, el OC informa que las bases situadas en Bilbao y Pamplona, de acuerdo con la información facilitada por la adjudicataria, se encuentran bien ubicadas y se han descrito sus equipamientos. Por lo demás, remite a un momento posterior, según Anexo VIII del PPT, para llevar a cabo comprobaciones adicionales sobre las instalaciones.

SEXTO. - La empresa Cuadra plantea, como primera causa de inadmisión, la falta de legitimación activa de la recurrente, pues consta excluida de la licitación, decisión recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin solicitar la suspensión de la licitación. Entiende que la recurrente no cumple con el requisito del art. 48 LCSP, según se interpreta el concepto de interés legítimo por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sin que el hecho de que la Diputación haya notificado la adjudicación al recurrente sea suficiente para constituir la legitimación.

En segundo lugar, manifiesta que la falta de firmeza judicial del acuerdo de exclusión tampoco legitima a la recurrente para recurrir la adjudicación en esos términos, pues los actos



administrativos son ejecutivos con independencia de que posteriormente hayan sido recurridos. Entiende que la STJUE de 24 de marzo de 2021 se refiere a una pretensión de justicia cautelar, no a un recurso directo contra la adjudicación del contrato a otro licitador. Añade que la estimación del recurso contencioso-administrativo frente a la exclusión de ALU es una mera expectativa que no legitima por sí misma para impugnar la adjudicación del contrato. Trae a colación el Auto del TJUE de 17 de mayo de 2022, asunto C-787/21, la resolución del TACR 1018/2022, de 7 de setiembre, aplicable en casos en los que la exclusión del procedimiento de licitación haya adquirido firmeza. En otro caso, apela a la existencia de un beneficio efectivo derivado del éxito de las pretensiones del recurrente para poder afirmar o negar su legitimación activa, tesis que justifica en varias resoluciones del TACRC y de otros tribunales autonómicos de recursos contractuales, y para terminar afirma que, dadas las pretensiones ejercitadas, el resultado de su recurso especial no le reputara un beneficio o perjuicio directo o indirecto, por lo que no se puede reconocer legitimación activa. En este orden de cosas, Cuadra alega, como segunda causa de inadmisión, falta de poder bastante de la persona representante de ALU para interponer el recurso.

Cuadra considera igualmente inadmisibile el motivo de impugnación referido a la oferta de VIBASA, pues el requerimiento y subsanación de su oferta aconteció antes que la exclusión de la oferta de ALU, por lo que ahora no puede pretender, con base de nuevos motivos, que el OAFRC revise su resolución 17/2022 que desestimo su recurso especial frente al Acuerdo de exclusión. No considera que la respuesta de VIBASA diera lugar a una modificación de su oferta y que, en cualquier caso, no afecta a la adjudicación, pues no cabe dictar nulidades si el acto administrativo a dictar fuese del mismo contenido que el anulado, esto es, la adjudicación a Cuadra, a la vista de que la recurrente no puede tenerse en cuenta por estar excluida.

En cuanto al segundo de los fundamentos del recurso, Cuadra se opone porque considera que el procedimiento de contratación se tramitó correctamente y que los motivos que ahora aduce debieron ser expuestos en el recurso 2022/9- RE. Añade que, de acuerdo con las cláusulas 17 y 18 del PCAP, no impugnadas por la recurrente, los hitos de apertura de sobres, cálculo de umbral de temeridad y valoración y clasificación de ofertas se producirían en ese orden, y que esta ordenación concuerda con la regulación de las ofertas anormalmente bajas de la cláusula N) del CC, que a estos efectos toma en consideración las ofertas presentadas.

Finalmente, por lo que respecta al tercero de los motivos del recurso, Cuadra muestra su oposición y alega que la recurrente no tiene un interés legítimo al no obtener un beneficio de la estimación del recurso, siendo indiferente a estos efectos que lograrse anular la adjudicación para que la adjudicataria fuera una tercera empresa. Y en lo atinente al fondo, defiende que la adjudicataria ha cumplimentado correctamente los trámites de acreditación de los medios materiales adscritos al contrato.



De acuerdo con los fundamentos señalados, Cuadra solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación. También pide el levantamiento de la suspensión provisional de la licitación.

SEPTIMO. – VIBASA en su escrito de alegaciones niega que alterase su oferta económica, y que por ello su oferta no debiera ser excluida. Entiende que los pliegos no requerían aportar ningún plano de distribución de las plazas y que lo incluyó para mejor referencia de la Diputación, y que de la lectura de su oferta se deduce con claridad que su oferta incluía atender a personas viajeras con movilidad reducida. En cuanto al volumen de maletero, declara que realizó su oferta en el escenario más desfavorable posible, considerando como viajeros tanto al conductor como al guía, y que la alteración de plazas ni tiene relevancia en la oferta económica, ni en el canon ni en las expediciones.

OCTAVO. – Se debe resolver con carácter preliminar los motivos de inadmisibilidad alegados por Cuadra, referidos tanto a la falta de legitimación activa del recurrente, como a la falta de poder bastante del representante de la sociedad recurrente para poder interponer el recurso especial.

En relación con lo primero, la recurrente, excluida del procedimiento de licitación por inviabilidad de su oferta económica en virtud del Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, confirmado por nuestra anterior Resolución de 28 de septiembre de 2022, pretende fundar su legitimación, por un lado, en que su exclusión no es firme, ya que las resoluciones mencionadas se encuentran en la actualidad recurridas en vía judicial contencioso-administrativa (RCA 852/2022-1ª ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco), y, por otro lado, en su interés en obtener la adjudicación del contrato en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a su exclusión y pendiente de resolución, según lo dicho. Todo ello con cita de la STJUE de 24 de marzo de 2021 dictada en el asunto c-771/2019, sobre legitimación del licitador excluido mediante decisión no firme.

Autobuses Cuadra, S.A., por el contrario, considera que la recurrente, a pesar de que la resolución administrativa que la excluyó de la licitación no es firme, carece de un verdadero interés legítimo para impugnar directamente el acto de adjudicación, de donde deduce la falta de legitimación activa de ALU., citando a favor de esta conclusión diversas resoluciones de tribunales administrativos de recursos contractuales.

Establece el artículo 48 LCSP 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”.

Precepto que tiene como referencia el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y



administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, según el cual, “los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”.

En relación con lo cual la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto c-355/2015) se ha pronunciado en el siguiente sentido:³⁴. *Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.*

Asimismo, con referencia a la legitimación del licitador excluido mediante resolución no definitiva la STJUE de 24 de marzo de 2021 (asunto c-771/2019) contiene las siguientes afirmaciones:³¹ *Pronunciándose sobre la interpretación de las disposiciones del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores cuya exclusión se solicita tienen un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás licitadores a efectos de la obtención del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33) [...]38. De ello resulta, por una parte, que el licitador excluido puede interponer un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora por la que se admita la oferta de uno de sus competidores, cualquiera que sea la fase del procedimiento de adjudicación de un contrato público en el que se adopte dicha decisión 41. [...] el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de oro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.*

De donde, en definitiva, cabe deducir la legitimación activa del licitador excluido mediante decisión no firme para impugnar la admisión de cualquier otro licitador, en cualquier fase del proceso selectivo y por cualquier motivo, esté o no relacionado con su previa exclusión.

En el presente recurso especial la empresa recurrente, ALU, considerando, por las razones expuestas en su escrito de interposición, que procede la exclusión de las proposiciones de las empresas licitadoras VIBASA y Cuadra, pretende la anulación del Acuerdo 41/2023, de 7 de



febrero, que adjudicó el contrato a ésta última, en la medida en que esta resolución del órgano de contratación admitió las proposiciones de ambas empresas.

Procede, en consecuencia, por aplicación del artículo 48 LCSP en el contexto del artículo 1.3 de la Directiva 89/665 y de la doctrina del TJUE que lo interpreta, reconocer la legitimación activa de la recurrente.

En cuanto a la segunda causa de inadmisibilidad alegada por Autobuses Cuadra SA, referida al vicio en la representación del compareciente don Claudio Lesaka Oloriz en nombre de Autobuses La Unión SA, entendemos que no concurre tal causa de inadmisibilidad. Cuadra se refiere en su escrito de alegaciones a la Resolución 7/2022 de este OAFRC, que acordó la inadmisión del recurso especial por falta de presentación de los documentos que acreditaran la representación del compareciente, tras un trámite de subsanación que no fue debidamente atendido por la recurrente. Por lo que respecta al valor de la pretensión, Cuadra lo asimila con el importe de adjudicación del contrato o, subsidiariamente, con el importe de una anualidad. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo invocada (STS 1302/2021, de 2 de noviembre) se refiere a un contrato de alquiler para contratar la explotación del servicio de bar. En nuestro caso, la correcta aplicación del art. 251.9 LEC para la determinación de la cuantía de un recurso jurisdiccional sobre la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos según lo expuesto en el Auto del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2015 (rec. 2901/2013), el valor económico de la pretensión se asimila al importe de una anualidad del canon concesional que ha de satisfacer el concesionario a la Administración (v.gr., Auto de 27 de junio de 2013, recurso de casación Nº 4094/2012). Por tanto, entendemos, habiéndose fijados en pliegos un mínimo de 30.000 euros, la cuantía de un hipotético recurso contencioso-administrativo sería igual al importe del canon anual. No obstante, no es lo que ahora se debate, sino si el poder del compareciente es suficiente para poder interponer recurso especial en nombre de ALU. La escritura notarial presentada confiere al compareciente poder para representar a la sociedad ante todo organismo oficial[...] *al efecto, incoar, seguir los expedientes o reclamaciones de que se trate y practicar cuantos actos, gestiones y diligencias sean precisos o sólo convenientes*. Es cierto que el poder, para actos o contratos de naturaleza obligacional o dispositiva que exceda de 600.000 euros, exige una actuación mancomunada con alguno de los otros apoderados en la escritura. No obstante, la presentación de un recurso especial frente a la adjudicación del contrato al que ALU concurre como licitadora no parece que resulte de tal naturaleza obligacional para la mercantil poderdante que exceda la mencionada cantidad. Finalmente, debemos referirnos al contenido de la reciente Sentencia 16/2023, de 12 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, rec. 703/2021, que estima un recurso frente a la inadmisión de un recurso especial en materia de contratación, y se refiere al principio pro actione, que obliga a una interpretación restrictiva de los motivos de inadmisión, y a la Ley 39/2015, que no contempla un poder específico para interponer los recursos, siendo poco formalista y prever, en caso necesario, un trámite de subsanación, en caso de considerar insuficiente el poder. Por tanto, el compareciente acredita, a juicio de este órgano, poder bastante para interponer, en nombre de la sociedad recurrente, este recurso especial en materia de contratación, por lo que debe desestimarse la segunda causa de inadmisibilidad alegada por Cuadra.



NOVENO. – La recurrente cuestiona en el presente recurso la admisión de la licitadora VIBASA, tercera clasificada en la adjudicación de este contrato, por los efectos que su exclusión pudiera tener respecto al cálculo del umbral de temeridad para la detección de las ofertas anormalmente bajas.

Previamente a entrar al fondo del asunto, debemos recordar que el Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, resolvió favorablemente a la propuesta de la Mesa de Contratación de excluir del procedimiento la oferta presentada por ALU, por inviabilidad de su oferta, que había sido considerada oferta anormalmente baja tomando como base el resto de las ofertas admitidas, entre las que se encuentra VIBASA, y de acuerdo con lo establecido en el Cuadro de Características (apdo. N) y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (apdo. 17.3), que a su vez remite al art. 149 LCSP y art. 85 RGLCAP. La empresa excluida interpuso recurso especial en materia de contratación, que este órgano foral desestimó por Acuerdo 17/2022, de 28 de setiembre, y que actualmente se encuentra recurrido en vía contencioso-administrativa.

Tiene razón la adjudicataria Cuadra cuando se opone a este fundamento del recurso haciendo alusión al principio de seguridad jurídica, que impediría en este caso que este tribunal administrativo pudiese contradecir una de sus resoluciones por el hecho de tener que resolver sobre otro recurso especial en materia de contratación en el que se vuelve a plantear la admisión de la oferta de VIBASA, que era una de las ofertas que sirvieron de base para calcular el umbral de temeridad, que ya estaba presente en el recurso especial que la recurrente interpuso frente a su exclusión y que fue resuelto por este tribunal administrativo de forma desestimatoria.

La Directiva de recursos impone efectos jurídicos vinculantes a las resoluciones de los órganos de resolución de recursos contractuales (artículo 2.9) sin perjuicio de su impugnación jurisdiccional. Y los órganos de contratación no pueden dejarlas sin efecto mediante otro recurso administrativo o utilizando cualquier otro medio de revisión.

El art. 59 LCSP en su apdo. 3º es claro al respecto: “*No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso*”. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 1260/2022 de 13 octubre de 2022, Rec. 1133/2022, lo expone de esta manera (fundamento de derecho 5º):

En la misma línea nuestra Resolución 580/2015 abordó la misma cuestión señalando que: "se trata de cuestiones ya resueltas en los previos recursos referidos en los Antecedentes; por lo que, como hemos dicho, entre otras en nuestra Resolución 125/2013, en virtud del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado en el artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), así como de lo que usualmente, si bien con cierta impropiedad (advertida



por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 10 de enero de 2011, 26 de abril de 2004 y 11 de octubre de 2004, todas ellas relativas a materia económico-administrativa, pero, en todo caso, trasladables a este ámbito), se ha dado en llamar "cosa juzgada administrativa" (por analogía con la cosa juzgada material, efecto característico de las resoluciones judiciales firmes, hoy regulada en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), resulta improcedente entrar a resolver estas cuestiones, debiendo remitirnos a lo allí expuesto para entender desestimadas las alegaciones del recurrente; el cual pudo hacer, como interesado en el recurso cuya Resolución se ejecuta, las alegaciones que tuviera por conveniente, y podría haber recurrido judicialmente la RTACRC que le afectaba.

Por tanto, aplicando el principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de los órganos especializados en materia de resolución de recursos contractuales, resulta improcedente entrar a resolver esta cuestión, debiendo remitirnos a nuestro Acuerdo 17/2022, de 28 de setiembre para entender desestimada esta alegación de la recurrente; la cual pudo en su momento haber consultado el expediente administrativo y hacer las alegaciones que tuviera por conveniente frente a la admisión de los licitadores cuyas ofertas fijaron el umbral de temeridad. Haciendo nuestras las palabras del TACRC, “Admitir lo contrario daría lugar a un continuo bucle de recursos que entorpecería de forma exponencial la debida tramitación de los procedimientos de licitación.”

A mayor abundamiento, la exclusión del recurrente no es firme, al haberse recurrido en vía contencioso-administrativa la resolución del OAFRC, basándose en hechos y fundamentos parcialmente coincidentes con lo que sustentan el actual recurso especial, lo que motiva que este tribunal no deba pronunciarse sobre esta pretensión, como ha declarado el TACRC en Resolución 536/2013, de 22 de noviembre, en otro asunto análogo:

“En consecuencia, este Tribunal no puede pronunciarse, ante la existencia de un procedimiento judicial abierto con las mismas pretensiones que se hacen valer en este recurso, dada la preferencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la actuación de los órganos administrativos. De lo contrario se asumiría el riesgo de dictar una resolución incoherente con la que, en su momento, dicte el órgano jurisdiccional, apreciándose en consecuencia, litispendencia.”

Por tanto, esta pretensión debe quedar imprejuzgada por este tribunal administrativo, e inadmitirla, por los motivos expuestos.

DECIMO. – El motivo de oposición expuesto en el RE en su *CONSIDERACIÓN SEGUNDA DE CARÁCTER JURÍDICO MATERIAL* está igualmente relacionado con el acto de exclusión, que es material y formalmente distinto al que es objeto del presente recurso, pues aunque plantea finalmente la disconformidad a derecho del acto de adjudicación del contrato por supuestas irregularidades en el procedimiento de exclusión de la licitadora, lo cierto es que tal exclusión,



adoptada por Acuerdo 253/2022, de 26 de abril, del Consejo de Gobierno Foral, frente al que se interpuso recurso especial en materia de contratación, fue desestimado por resolución nuestra, ejecutiva y firme en vía administrativa.

Por ello, una vez dictado el acto, este tribunal administrativo no puede desconocerlo, ni la Administración puede volver a dictar otro con el mismo objeto, ya que ello iría contra el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución. Y por tanto, las cuestiones referidas a la forma en que se fijó el umbral de temeridad que a la postre determinó la exclusión de la recurrente por inviabilidad de su oferta son ajenas al presente recurso, cuyo objeto es la adjudicación del contrato, y no la decisión de excluir a la recurrente.

DECIMOPRIMERO. – La recurrente fija finalmente su atención en los trámites que sucedieron a la propuesta de adjudicación del contrato, por los que se solicitó a la adjudicataria la efectiva acreditación de los medios materiales para la ejecución del contrato. En síntesis, la recurrente denuncia el cambio de las bases ofertadas y la falta de constancia de ubicación y equipamiento de la base de Pamplona, la falta de una descripción pormenorizada de las bases de Pamplona y Bilbao y la falta de acreditación de la adecuación a la normativa vigente de las instalaciones en materia urbanística y medioambiental. Todo ello para considerar que la mercantil propuesta como adjudicataria no cumplimentó adecuadamente la documentación relativa a los medios materiales (instalaciones fijas) adscritas a la concesión, lo que abocaría a considerar la retirada por el licitador de su oferta conforme al art. 150.2 LCSP y PPCAP 18.2.2º.

Por su parte, el OC informa que la respuesta de Cuadra al requerimiento incluyó los títulos jurídicos de los emplazamientos de las bases fijas y una descripción de sus equipamientos. En lo que respecta a la base de Navarra, la empresa remitió la cedula parcelaria con los datos del inmueble, y defiende que el resto de las comprobaciones pueden realizarse durante el periodo de transición del servicio, según Anexo VIII del PPT, apdos 1.4 y 4.3.2.

La adjudicataria se opone, por los hechos y fundamentos que constan en su escrito de alegaciones, solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación.

El PCAP, dedica sus apdos. 18.1 y 18.2 a la clasificación de las ofertas y establece un plazo para que el licitador que haya presentado la mejor oferta presente los documentos que acrediten la capacidad y solvencia exigidos en el Cuadro de Características y en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares, finalizando con “cualesquiera otros documentos que le reclame el OC, en particular, documentación acreditativa de la efectiva disposición de los medios materiales y personales que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato exigidos en el apdo. B del CC. En el expediente de contratación consta el informe del OC de 1 de febrero por el que informa favorablemente respecto al cumplimiento de la licitadora propuesta para ser adjudicataria de sus obligaciones en cuanto a la información y acreditación de los



extremos señalados en el PCAP, así como la documentación aportada, entre la que se encuentra la referida a la disponibilidad y características de las instalaciones fijas.

Por lo que se refiere a las instalaciones fijas, el PPT establece la obligatoriedad de que la concesión disponga de unas instalaciones fijas ubicadas en las cercanías de ambos extremos de la línea, tanto en la comarca de Bilbao como en la comarca de Pamplona. La distancia entre cada instalación y la estación respectiva no puede ser superior a 20 km, en línea recta proyectada, y las instalaciones deben disponer del tamaño suficiente que garantice el normal funcionamiento de la flota adscrita, disponiendo de los elementos necesarios para su mantenimiento, cumplir con la normativa ambiental vigente, normativa de mitigación de ruidos y contar con las correspondientes autorizaciones y licencias de uso.

En la contestación de Cuadra de 7.12.22 se incluyen las direcciones de tres naves-guardería previstas para la gestión del servicio, y en la contestación de 20.12.22 se incluyen más datos sobre las naves de Bilbao y Pamplona, como los contratos de alquiler y la descripción de sus características. Por correo electrónico se remitió la cédula urbanística y la referencia catastral. No obstante, en el informe de valoración de las ofertas técnicas, de 25 de enero de 2022, en lo referido al criterio “*tiempos de respuesta*”, se señala que tanto ALU como Cuadra cuentan con 6 instalaciones situadas a lo largo del recorrido, por lo que obtienen la mayor puntuación en este apartado. Atendiendo directamente al contenido de la oferta técnica, Cuadra hace referencia en el apartado “*tiempo de respuesta*” a que una fortaleza de su oferta proviene de sus instalaciones a lo largo del recorrido, en concreto en Bilbao, Llodio, Vitoria, Salvatierra e Iruña, aunque finalmente el requerimiento que hace el OC sobre acreditación y características de las instalaciones fijas afectas a la concesión abarca también Amurrio. Autobuses Cuadra dispone a nivel de empresa de emplazamientos para sus operaciones logísticas en Etxebarri, Llodio, Amurrio, Vitoria, Salvatierra y Bergara, a la que se sumaría la nave industrial de Navarra, situada en el municipio de Galar, entidad Cordovilla para prestar servicio en la concesión C-03 Bilbao Pamplona.

Finalmente, el OC en su informe al RE aduce la existencia del periodo transitorio para realizar las comprobaciones pertinentes. En este sentido, es cierto que el PPT contempla, en su apdo. 6, la existencia de un PERÍODO TRANSITORIO, que sirve para que la Diputación Foral de Álava compruebe que la empresa adjudicataria cuenta con todos los elementos necesarios para el servicio, tanto en lo que se refiere a medios materiales como organizativos. A lo anterior se suma la alegación de Cuadra por el que informa de la presentación de un plan de transición el 20 de febrero de 2023 que incluiría un plan de disponibilidad de medios personales y materiales de estructura, que incluiría talleres y cocheras, entre otros.

A la vista de lo anterior, es necesario determinar si es aplicable al caso la consecuencia jurídica prevista en el art. 150.2 LCSP, ya que, de no cumplirse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entendería que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación IVA excluido en concepto de



penalidad. Para una adecuada interpretación de este precepto, hemos de apoyarnos en los pronunciamientos judiciales que se han dictado al respecto, como la Sentencia 568/2020 de 22 diciembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Rec. 475/2019, en su Fundamento de Derecho Primero:

“La doctrina de este Tribunal, como también los más recientes pronunciamientos judiciales al respecto, ha venido interpretando el incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP (antes 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) de forma no formalista y rigorista. Así, resumíamos en nuestra Resolución 582/2019, de 30 de mayo, que

"Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal -en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP -, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente "extensivos, formalistas e injustos" acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que "resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado". Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de "incumplimiento total y grave" de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de "cumplimiento defectuoso o imperfecto" de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por "cumplimentar", llegando a la conclusión de que la interpretación de la "retirada injustificada de la oferta" se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudataria, entendiéndose que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente,



concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida."

Es decir, la activación de la doble consecuencia jurídica derivada del incumplimiento del requerimiento (retirada de la oferta y penalidad) debe hacerse de manera atemperada, reservada únicamente a supuestos donde el incumplimiento haya sido "total y grave", de forma que resulte difícil atisbar una voluntad de cumplimiento por parte del licitador mejor clasificado."

De lo expuesto se deduce que el incumplimiento de la entidad propuesta como adjudicataria a la hora de aportar documentación debe ser grave, reiterado y sin ambages, para que pueda extraerse la consecuencia jurídica del art. 150.2 LCSP. Y de los hechos alegados este órgano no aprecia que el OC se encuentre ante un licitador que incumpla de forma grave y reiterada los requerimientos realizados por el OC, de cara a justificar y acreditar la disponibilidad de los medios materiales, fijos y móviles, según las características dispuestas en la oferta técnica de la empresa adjudicataria.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por Claudio Lesaka Olóriz, en representación de AUTOBUSES LA UNION S.A., frente a la adjudicación adoptada en el Acuerdo 41/2023, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno Foral, del procedimiento de licitación del contrato del "Servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de personas viajeras por carretera en el Territorio Histórico de Álava. C-03 Bilbao/Pamplona, en lo que respecta a la impugnación de la admisión de la empresa VIGO BARCELONA, S.A. en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno, desestimando el resto de las pretensiones esgrimidas en el recurso.

Segundo. - Levantar la suspensión cautelar acordada por este OAFRC por Resolución 4/2023, de 30 de marzo.

Tercero. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición, del recurso, por lo que no procede la imposición de sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior



Arabako Foru Aldundia
Diputación Foral de Álava

Diputatu Nagusiaren Saila
Departamento del Diputado General

Kontratu Errekurtoen Foru Organo Administriboa
Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales

de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.