



Erref / Ref: Recurso Especial FENEBUS contra anuncio y pliegos concesión AR-02 Ayala y AR-03 Rioja Alavesa.

Esp Zenb / N° exp: 2014/07- RE

RESOLUCIÓN N° 10/2014

En Vitoria-Gasteiz, a 22 de octubre de 2014

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN de medidas provisionales en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS contra el anuncio de licitación del procedimiento abierto para la contratación de la “Gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. AR-03 Rioja Alavesa y AR-02 Ayala” y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas y demás documentación contractual.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. J.J.C.P., en representación de FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (en adelante FENEBUS); y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA (DFA), siendo el órgano de contratación el Consejo de Diputados, y el tramitador de los expedientes de contratación el Servicio de Transportes (Expte. 12/G-30 Y 12/G-29).

Vista la medida provisional formulada por el recurrente en su recurso solicitando la suspensión de los actos recurridos y del procedimiento de adjudicación de los contratos hasta que recaiga resolución del recurso especial interpuesto, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo 471/2014, de 23 de septiembre, se aprobó la “Gestión del Servicio Público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. AR-02 AYALA”, así como el expediente de contratación comprensivo del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas y sus Anexos, del cuadro de características, del Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava el 1 de octubre de 2014 y en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava en la misma fecha.



SEGUNDO.- Mediante Acuerdo 472/2014, de 23 de septiembre, se aprobó la “Gestión del Servicio Público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. AR-03 RIOJA ALAVESA”, así como el expediente de contratación comprensivo del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas y sus Anexos, del cuadro de características, del Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava el 1 de octubre de 2014 y en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava en la misma fecha.

TERCERO.- En ambas licitaciones se está en fase de presentación de ofertas, finalizando el plazo el día 5 de noviembre de 2014.

La apertura del Sobre B (Documentación General) está prevista para el 10 de noviembre. El acto público de apertura del sobre C (Propuesta Técnica) se realizará el 10 de noviembre y el del sobre A (Propuesta Económica) está previsto para el 5 de diciembre de 2014.

CUARTO.- El 17 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENEBUS contra el anuncio de licitación mediante procedimiento abierto para la contratación de la “Gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. AR-03 Rioja Alavesa y AR-02 Ayala” y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas y demás documentación contractual, en el que solicita la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión de los actos recurridos y del procedimiento de adjudicación de los contratos hasta la resolución del recurso en base a las siguientes razones:

- Es un supuesto inequívoco de concurrencia de un periculum in mora, dado que la no adopción de la medida provisional perjudicaría los intereses de las empresas y entidades representadas por la Asociación recurrente y de todos aquellos licitadores interesados en participar en las licitaciones y lesiona la libre competencia y la garantía de trato no discriminatorio.
- La continuación de la tramitación de los procedimientos de licitación afectaría a la finalidad legítima del recurso, pues teniendo en cuenta los plazos para la resolución del mismo y la duración del proceso de licitación hasta la adjudicación, haría ineficaz la eventual resolución estimatoria que se pudiera dictar
- La no adopción de la medida solicitada impediría prestar la tutela adecuada a los derechos legítimos de la recurrente.

QUINTO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLSCP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, con fecha 20 de octubre, se dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitando el expediente y el informe correspondiente, sin que el Servicio de Transportes haya presentado alegaciones referidas a la adopción de las medidas provisionales solicitadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- FENEBUS solicita la medida provisional en el escrito de interposición del recurso especial, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, según el cual *“Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles*



un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo.(...)”.

Y según el artículo 47 del TRLCSP, “4. La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

5. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.”

SEGUNDO.- Bajo la regulación legal actual, la solicitud de medidas provisionales puede realizarse por el recurrente antes (Art. 43.1 del TRLCSP), en el mismo momento (Art. 44.2 del TRLCP), o con posterioridad a la interposición del recurso-, siempre en un momento anterior a su resolución- (Art.46.3 segundo párrafo del TRLCSP).

En cualquier caso, tal como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, “*las medidas provisionales irán dirigidas a corregir infracciones del procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.*

TERCERO.- El artículo 45 del TRLCSP contempla la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento, tal como se prevé en el artículo 46.3 del TRLCSP, si bien no se contempla esta suspensión para otros actos recurridos, por lo que se deduce que para que opere la suspensión en estos casos se debe solicitar expresamente por el recurrente, como en el caso que nos ocupa.

En la legislación de contratos públicos no se definen los parámetros sobre los que adoptar o denegar las medidas provisionales. En este sentido, cabe entender que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo con relación al proceso cautelar en el ámbito judicial, son de aplicación en el marco del procedimiento del recurso especial, y así lo entiende, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 74/2013.

El Tribunal Supremo señala que toda decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- El *periculum in mora*: la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.
- Ponderación de los intereses concurrentes: Se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar o no la suspensión según el grado en que dicho interés esté en juego.
- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Tal doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de



esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la resolución definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

CUARTO.- Si bien el recurrente solicita la suspensión alegando que la continuación de la licitación afectaría a la finalidad legítima del recurso, no concreta los perjuicios que se le ocasionarían en el supuesto de la denegación de la medida cautelar.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el proceso cautelar debe asegurar la eficacia de la resolución del recurso y que, sin perjuicio del posterior análisis del recurso que se realice, la continuidad del procedimiento podría causar perjuicios a los intereses afectados si se llegara a adjudicarse el contrato, por lo que una eventual estimación del recurso obligaría a retrotraer las actuaciones y a dejar sin efecto actos declarativos de derechos. Por ello, en el supuesto analizado, la suspensión de la licitación parece la mejor forma de garantizar eficacia de la resolución del recurso.

QUINTO.- Sin prejuzgar la cuestión de fondo planteada en el recurso, al objeto de propiciar y favorecer el efecto útil del recurso planteado con plenitud de efectos, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Adoptar la medida provisional de suspensión solicitada en relación con la licitación del procedimiento abierto para la contratación de la “Gestión de servicio público, mediante concesión, del transporte interurbano regular de uso general de viajeros por carretera en el Territorio Histórico de Álava. AR-03 Rioja Alavesa y AR-02 Ayala” hasta que recaiga resolución en el recurso especial promovido por la FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBUS (FENEBUS) (Expte. 12/G-30 Y 12/G-29).

En aplicación del artículo 43.4 del TRLCSP, la suspensión del procedimiento acordada no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas por los interesados.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal del recurso.

Isabel Arceredillo Zaldúa
Presidenta del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales