



Erref / Ref: Recurso Especial GUREAK
MARKETING SLU contra segunda adjudicación
del Servicio de atención de llamadas telefónicas
DFA.

Esp Zenb / N° exp: 2016/01- RE

RESOLUCIÓN N° 2/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 22 de enero de 2016

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK MARKETING S.L.U. contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 698/2015, de 15 de diciembre, por el que se adjudicó a la mercantil Servicios Integrales de Atención al Cliente y Ventas Xupera XXI, S.A. el contrato de *“Servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”*.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE GUREAK MARKETING S.L.U; 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 Secretaría Técnica de Servicios Generales del Departamento de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral (Expte. 1/16).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Diputados 202/2015, de 5 de mayo, se aprobó el procedimiento de contratación de *“Prestación del servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”* comprensivo del Cuadro de Características (CC), del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (PCA) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), con un tipo de licitación en precio unitario de 13,00 €/hora de servicio (IVA excluido), más 2,73 € en concepto de IVA, lo que hace un total de 15,73 €/ hora de servicio (IVA incluido) y un presupuesto máximo del contrato de 412.126 €, y un plazo de ejecución de dos (2) años prorrogables en otros dos (2) años más.

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava el 15 de mayo de 2015 y en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava en la misma fecha, poniéndose a disposición de los interesados toda la documentación aprobada.

SEGUNDO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 1 de junio de 2015.

El acto público de apertura del sobre C (Propuesta Técnica) tuvo lugar el día 8 de junio de 2015. La apertura del sobre A (Proposición Económica) se realizó en acto público el día 23 de junio de 2015



TERCERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Diputados 518/2015, de 22 de setiembre, se adjudicó el contrato a la empresa Servicios Integrales de Atención al Cliente y Ventas Xupera XXI, S.A. (XUPERA), en la cantidad de 12,88 € /hora de servicio (IVA incluido) y un plazo de ejecución de dos (2) años con posibilidad de dos (2) prórrogas anuales.

CUARTO.- Con fecha 9 de octubre de 2015 tuvo entrada en el registro del Órgano de Contratación (OC) anuncio de interposición de recurso especial por parte de la empresa GUREAK MARKETING S.L.U.

QUINTO.- Con fecha 13 de octubre de 2015 se formalizó el contrato con la empresa adjudicataria Servicios Integrales de Atención al Cliente y Ventas Xupera XXI, S.A.

SEXTO.- El 14 de octubre de 2015 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales (OAFRC) el escrito de recurso interpuesto por GUREAK MARKETING S.L.U. (GUREAK) contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 518/2015, de 22 de setiembre, por el que se adjudicó el contrato de *“Prestación del servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”*, resuelto mediante Resolución nº 10/2015, de 21 de octubre de este OAFRC, por la que se estimaba parcialmente el recurso especial interpuesto, declarando la disconformidad a derecho de la valoración de las mejoras y desestimando el resto de alegaciones efectuadas y, en consecuencia, anulando la formalización y la adjudicación del contrato y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración del criterio de adjudicación relativo a Mejoras para efectuar una nueva valoración ajustada al contenido del apartado U) del Cuadro de Características.

SÉPTIMO.- En reunión de la Mesa de Contratación de 13 de noviembre de 2015 se realiza propuesta de adjudicación como consecuencia de la nueva valoración de las ofertas admitidas en función de los criterios no evaluables mediante fórmulas, realizada en ejecución de la citada resolución 10/2015 de este OAFRC.

OCTAVO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Diputados 698/2015, de 15 de diciembre, se adjudicó nuevamente el contrato a XUPERA., en la cantidad de 12,88 € /hora de servicio (IVA incluido) y un plazo de ejecución de dos (2) años con posibilidad de dos (2) prórrogas anuales, notificada y publicada en el perfil de contratante con fecha 16 de diciembre de 2015.

NOVENO.- Con fecha 21 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el registro del OC anuncio de interposición de recurso especial por parte de la empresa GUREAK.

DÉCIMO.- El 4 de enero de 2016 tuvo entrada en el registro del OAFRC el escrito de recurso interpuesto por D. Txomin Martia Alkorta Andonegi, en representación de GUREAK contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 698/2015, de 15 de diciembre, por el que se adjudica a XUPERA. el contrato de *“Servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”*, en el que, además de solicitar la medida provisional consistente en la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación y la formalización del contrato, realiza las siguientes alegaciones

1. Discriminación a la recurrente por no concederle la posibilidad de subsanar su proposición en los mismos términos en los que se le permitió a la propuesta como adjudicataria que subsanara la suya.
2. Subsidiariamente, procedencia de dejar sin efecto la adjudicación a resultas de la falta de claridad de la que adolecen los pliegos en el modo de aplicación del criterio de adjudicación de las mejoras en el sentido de que pueda aportar ahora el dato de coste de la solución de comunicaciones.

En base a las alegaciones que resumidamente se han expuesto, la parte recurrente solicita:



1. Declaración de disconformidad a derecho del acuerdo de adjudicación y anulación de dicho acto administrativo.
2. Retroacción de la licitación hasta el trámite correspondiente a la aplicación del criterio de adjudicación "*relación entre el salario del personal destinado al servicio y el precio ofertado para la prestación del mismo*" para requerir a la recurrente que, subsanando y aclarando los términos de su oferta, especifique el coste de la solución de comunicaciones.
3. SUBSIDIARIAMENTE, se acuerde dejar sin efecto la licitación a fin de que el órgano de contratación pueda licitar este contrato previo haber establecido correctamente la forma de aplicación del criterio que dependan de un juicio de valora correspondiente a las "mejoras".

DECIMOPRIMERO.- En cumplimiento del artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el 11 de enero de 2015 se remitió al OC copia del recurso especial, reclamando el expediente de contratación junto con el informe correspondiente.

Asimismo, ese mismo día, mediante correo electrónico, se dio traslado del recurso a XUPERA., concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular cuantas alegaciones estimen convenientes a tenor de lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP.

DECIMOSEGUNDO.- En cuanto a la medida provisional de suspensión de la formalización del contrato solicitada, 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, habiéndose acordado el mantenimiento de esta suspensión mediante Resolución de este OAFRC nº 1/2016, de 14 de enero, notificada a los interesados ese mismo día.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 13 de enero de 2016 se recibe en este OAFRC el expediente e informe emitido por el Servicio tramitador de dicho expediente de contratación, en el que, en síntesis, expone:

1. Que la recurrente tuvo la misma oportunidad que la empresa adjudicataria para haber aportado al procedimiento la información que ahora reclama poder remitir, puesto que a ambos licitadores se les solicitó aclaración de los términos de su oferta, pretendiendo ahora subsanar su error de no aprovechar el requerimiento de aclaración de oferta para aportar el dato del coste de comunicaciones.
2. Que la supuesta falta de claridad de los pliegos supone una reclamación extemporánea por cuanto no recurrió en su día la redacción de los mismos y al presentar su oferta aceptó todos sus términos.

En cuanto a la discrepancia de la recurrente con la resolución emitida por este OAFRC en su anterior recurso en el apartado de definición y ponderación de las mejoras, entiende el servicio tramitador que se trata de cosa juzgada, por lo que no se debería entrar en este asunto y recuerda que la citada resolución no anuló la redacción del criterio, sino su forma de aplicación. Expone asimismo, su desacuerdo con la alegación de la recurrente de que se ha hecho una nueva valoración de las mejoras sin motivación alguna, remitiéndose al informe técnico realizado por un órgano que no tuvo ninguna participación en el procedimiento hasta que se le requirió para realizarla y que desempeñó con absoluta equidad y rigor en la motivación.

3. Que, a la vista del comportamiento de la recurrente en la presente licitación, cabe la sospecha de que su actuación esté torticeramente dirigida a la obtención de un beneficio



ilícito derivado de la dilatación del plazo de adjudicación que sus recursos provocan, ya que, al ser la recurrente la prestataria saliente del servicio, es a ella a quien se ha recurrido para mantener el mismo activo una vez finalizado el contrato anterior y mientras se llega a la adjudicación y formalización del contrato del presente, solicitando la imposición de sanción por apreciar en su actuación indicios de mala fe.

DECIMOCUARTO.- La empresa XUPERA. presenta escrito de alegaciones al recurso especial con fecha de registro de entrada en este Órgano de 14 de enero de 2016, realizando las siguientes alegaciones:

1. La Resolución 10/2015 del OAFRC admite la validez tanto de la oferta económica presentada por la adjudicataria como del procedimiento empleado por la Mesa de Contratación respecto a la solicitud de aclaración necesaria con el objetivo de homogeneizar y poder comparar y valorar el apartado “relación entre el salario del personal destinado al servicio y el precio ofertado (excluido el coste de la solución de comunicaciones”)), incidiendo en que a los dos licitadores se les envió el mismo requerimiento de solicitud de aclaración, concretando el término a aclarar por cada uno de ellos y que era lo que hacía que las ofertas pudieran no ser homogéneas. Insiste en que ambas empresas pudieron presentar en ese momento la información necesaria para aclarar su oferta y que finalizado ese plazo no se puede hacer alegación alguna que permita presentar nueva documentación.
2. En cuanto a la falta de claridad de los pliegos alegada por la recurrente, pone de manifiesto que la precitada Resolución 10/2015 determinó que el criterio “mejoras” se había efectuado en los pliegos con una definición concreta y asignado una determinada ponderación, entendiéndose que este criterio estaba formulado dentro de los márgenes en que debía realizarse. Asimismo, entiende que lo que solicita la recurrente es la nulidad de los Pliegos y que dicha petición estaría fuera de plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso la impugnación del Acuerdo de adjudicación del contrato de *“Prestación del servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”*.

Tratándose de un contrato de servicios de los comprendidos en la categoría 27 (Otros servicios) del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado (precio del contrato más posibles prórrogas previstas) asciende a 412.126 €, se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 40 de la citada ley para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En concreto, según el artículo 40.1 del TRLCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros. Y son actos recurribles, entre otros, los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores (art. 40.2. c).

SEGUNDO.- Este OAFRC es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del TRLCSP y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre.



TERCERO.- La recurrente ostenta, en su condición de empresa licitadora, legitimación activa para la interposición del recurso según el artículo 42 del TRLCSP, habiéndose acreditado la representación suficiente.

CUARTO.- Se ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP sobre la obligación de anunciar previamente la interposición de recurso mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo.

QUINTO.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP que establece que el plazo para interponer el recurso especial será de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado.

SEXTO.- Como cuestión previa conviene subrayar, como ya se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes, que en el presente recurso se impugna una adjudicación aprobada como consecuencia de la ejecución de una resolución de este OAFRC por la que se ordenaba la anulación de la adjudicación inicial de este contrato, consecuencia del recurso interpuesto por el también ahora recurrente.

SÉPTIMO.- En cuanto al fondo del asunto, en primer lugar, la recurrente alega discriminación por no concederle la posibilidad de subsanar su proposición en los mismos términos en los que se permitió a la adjudicataria que subsanara la suya y solicita la retroacción de la licitación hasta el trámite correspondiente a la aplicación del criterio de adjudicación “relación entre el salario del personal destinado al servicio y el precio ofertado para la prestación del mismo” para requerirle que, subsanando y aclarando los términos de su oferta, especifique el coste de la solución de comunicaciones que debe afrontar en caso de resultar adjudicataria.

En el recurso interpuesto con fecha 14 de octubre contra la primera adjudicación de este contrato, la misma recurrente alegaba la improcedente solicitud por el OC de subsanación del contenido de la oferta económica a la otra empresa participante en la licitación por cuanto, a su entender, la aclaración aportada supuso una variación de la oferta económica inicial, resolviéndose esta cuestión por este OAFRC en contra de sus pretensiones al considerar *que la solicitud de aclaración que realizó la Mesa de Contratación se efectuó de forma legítima y con pleno respeto de los principios a que se encuentra sometida esta cuestión, como son el de buena administración y proporcionalidad y, en especial, el de igualdad de trato entre licitadores, y asimismo se han respetado los límites que resultan aplicables por referirse a aspectos materiales que no han supuesto modificación de ninguno de los términos contenidos en las ofertas y, por lo que aquí interesa, en relación todo ello con la oferta y aclaración de la empresa adjudicataria, por lo que debe ser desestimada esta alegación.*

En el presente recurso, la recurrente insiste en el trato discriminatorio y en que uno de los datos aportados por la adjudicataria tuvo incidencia determinante en el resultado de la licitación, pues si ella hubiera aportado ese dato, la proposición económicamente más ventajosa habría sido la suya, reclamando le sea permitido subsanar ahora su oferta.

La recurrente por un lado, olvida que cualquier aclaración o subsanación de la oferta en este momento resultaría totalmente extemporánea y que tuvo la misma oportunidad para realizar las aclaraciones oportunas que la empresa adjudicataria y por otro, la irregularidad que supone su pretensión, pues reconoce que con la aportación de este dato su oferta cambiaría y pasaría a ser la más ventajosa, cuestión que como sostuvo en su primer recurso apoyado en varias sentencias y resoluciones de Tribunales de Recursos Contractuales, supondría el incumplimiento de uno de los requisitos que delimitan la aclaración de una oferta, como es que la petición debe limitarse a una subsanación meramente formal sin que pueda tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.



Pero lo que es concluyente en el caso concreto que nos ocupa es que el recurrente realiza una nueva petición derivada de una misma cuestión que ya fue objeto de impugnación en su primer recurso obviando lo analizado y resuelto en la precitada Resolución nº 10/2015.

Si bien sería posible un recurso especial cuando se dicta un acto administrativo distinto, su objeto debe ser también distinto y justificarse en las actuaciones posteriores adoptadas por el órgano de contratación en cumplimiento de la resolución del Órgano administrativo, sin que puedan ahora alegarse las mismas consideraciones sobre ilegalidades del procedimiento que ya fueron objeto de control.

Las pretensiones de este nuevo recurso no responden a la nueva actuación del órgano de contratación tras la Resolución al recurso anterior, sino que pretenden cuestionar la legalidad de la adjudicación por su desacuerdo con la Resolución de este Órgano. Y ello no es ahora jurídicamente posible.

Por tanto, podemos decir que se trata de hacer valer de nuevo una cuestión ya resuelta por este OAFRC, y respecto de la que el mismo considera que se produce el efecto de cosa juzgada, que se entiende de plena aplicación al ámbito administrativo.

La cuestión de cosa juzgada ha sido tratada por diversos Tribunales de Recursos Contractuales (por todas la Resolución nº 76/20145 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la Resolución nº 6/2014 de este OAFRC, que aborda el tema en profundidad). En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resultado o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

A la vista de lo indicado no puede entenderse que ésta nueva petición que realiza el recurrente en el presente recurso reúna los requisitos exigidos para que puedan alterarse los efectos de cosa juzgada aludidos anteriormente, pudiendo haber llegado a la misma conclusión y, por tanto, haber efectuado la misma petición en el primer recurso.

En consecuencia, esta nueva petición no altera los límites en los que se desenvuelve la cosa juzgada relativos a la identidad de sus elementos subjetivos y objetivos. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de marzo de 2011 cuando indica: *“Lo anterior debe completarse con la doctrina de esta Sala que ha venido considerando de forma reiterada que la cosa juzgada se extiende también: a) a la subsanación de aquellos errores ocurridos en el pleito anterior, ya que como afirma la sentencia de 10 junio 2002, “D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-1996, 3-5-2000 y 27-10-2000””*.

Procede, por tanto, inadmitir esta alegación.

OCTAVO.- En segundo lugar, subsidiariamente, solicita dejar sin efecto la adjudicación a resultas de la falta de claridad de la que adolecen los pliegos en el modo de aplicación del criterio de adjudicación de las mejoras, sin que su definición pueda ser tan vaga o genérica que



no vincule en nada al órgano que valora las ofertas, petición, que como se expone seguidamente, contradice lo solicitado por ella misma en su primer recurso.

Nuevamente nos remitimos al anterior recurso presentado en el que alegaba vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores por la incorrecta valoración de las mejoras, poniendo de manifiesto que se habían valorado mejoras ofertadas diferentes a las contempladas en los Pliegos y solicitaba que se anulara la adjudicación y se valorara este criterio en los términos recogidos en los Pliegos.

Sobre esta cuestión, en la Resolución 10/2015 de este Órgano se concluía que *en el presente caso el órgano de contratación sí ha efectuado en los pliegos una definición concreta de los aspectos que pueden ser valorados como mejoras, a los que ha asignado una determinada ponderación, por lo que este criterio de adjudicación puede entenderse que está formulado dentro de los márgenes en que debe realizarse. No obstante, en el momento de su valoración se han tenido en cuenta para asignar las puntuaciones de este apartado aspectos que no estaban previamente determinados y contemplados en el CC como valorables, por lo que tal actuación de la Mesa de Contratación no es ajustada a la normativa y doctrina aplicables en esta materia* y estimaba esta alegación declarando la disconformidad a derecho de la valoración de las mejoras y ordenando la anulación de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración del criterio de adjudicación relativo a Mejoras para efectuar una nueva valoración ajustada al contenido del apartado U) del Cuadro de Características.

Por tanto, dado que las pretensiones de este nuevo recurso no responden a la nueva actuación del órgano de contratación tras el Acuerdo 10/2015 adoptado por este OAFRC, sino que pretenden cuestionar la legalidad de los Pliegos y que esta cuestión ya fue analizada y resuelta en el sentido citado, nos remitimos al fundamento anterior para concluir que no puede entenderse que esta nueva petición que realiza el recurrente en el presente recurso reúna los requisitos exigidos para que puedan alterarse los efectos de cosa juzgada aludidos anteriormente, pudiendo haber llegado a la misma conclusión y, por tanto, haber efectuado la misma petición en el primer recurso, siendo causa de inadmisión.

Aun así, cabe realizar varias apreciaciones:

- 1) No resulta jurídicamente posible alegar en este momento la legalidad de los Pliegos. Sobre este extremo se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero, al considerar que *frente a un acto de adjudicación no puede asumirse como motivo impugnatorio la pretensión de anulación de los Pliegos aceptados y consentidos en su día por la parte recurrente. Las previsiones de los Pliegos, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas, en los términos señalados en el artículo 145.1 TRLCSP, pues no consta en ningún caso, que la recurrente impugnara en tiempo y forma los Pliegos —ni cuestionara la forma de ponderación de los criterios—, a los que por tanto ha quedado plenamente vinculada, sin que sea posible en este momento fundamentar sus pretensiones alegando la irregularidad de alguna de sus cláusulas. El PCAP estableció, y DAKO aceptó, los distintos elementos y criterios de adjudicación. Y no es posible ahora, cuestionar la validez jurídica del mismo por resultar manifiestamente extemporánea tal petición, por quebrantar el principio de seguridad jurídica, así como el principio del «non venire contra factum proprium».*
- 2) El propio recurrente reconoce que el órgano Administrativo Foral se pronunció sobre esta cuestión e indica que discrepa de la conclusión a la que llegó. El recurrente está rebatiendo los argumentos que le dio este Órgano en la Resolución de su primer recurso, ampliando ahora sus pretensiones y tales cuestiones no pueden ser objeto de revisión en esta vía porque, como ya se le señaló en la Resolución 10/2015, el recurso procedente es el contencioso administrativo.



En conclusión, el nuevo recurso presentado, en tanto tiene por finalidad cuestionar en sus dos alegaciones lo que ya fue objeto de tratamiento en la Resolución 10/2015 de este OAFRC, debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa y solo será posible, ex artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, manteniendo la indicada Resolución plena eficacia en tanto no sea revocada en virtud de sentencia dictada por los órganos de la citada jurisdicción.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la solicitud del recurrente para que no se imponga multa alguna al Departamento de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y Administración Foral de la Diputación Foral de Álava por no concurrir temeridad o mala fe en su actuación, cabe indicarle nuevamente que la previsión de imposición de multas que establece el artículo 47.5 del TRLCSP está destinada al recurrente si actúa con temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, y no al órgano de contratación.

En ese sentido, el OC propone la imposición de sanción a la recurrente por apreciar en su actuación indicios de mala fe a la vista del efecto que despliega su interposición por mandato del artículo 45 del TRLCSP, como es la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, sospechando que esta actuación está dirigida a la obtención de un beneficio ilícito, al ser la recurrente la prestataria saliente del servicio ya que, mientras dure el procedimiento de adjudicación y no se formalice el nuevo contrato, la empresa GUREAK, sigue prestando y facturando un servicio que en condiciones normales ya habría perdido.

A la vista de lo anterior, procede valorar si nos encontramos ante un comportamiento temerario o aquél en el que interviene la mala fe.

Se entiende que existe la mala fe cuando la conducta es maliciosa. Se entiende que puede existir temeridad simplemente por desconocimiento, por una conducta excesivamente vehemente, por impericia y motivos similares que llevan a aquel que actúa con temeridad a actuar apartándose claramente de la interpretación normal y ordinaria de las normas jurídicas

En el presente caso a este Órgano no le resulta acreditada la concurrencia en el recurrente de las circunstancias a que se refieren estos conceptos.

DÉCIMO.- La representación de GUREAK en otrosí del recurso solicita del OC (sobre cuyos actos existe la presunción de legalidad y validez que les otorga el ordenamiento jurídico) la prueba de que no ha actuado ilegal ni arbitrariamente, lo que constituye la *prueba diabólica* o de hechos negativos de demostrar que algo *no* ha ocurrido o la *inexistencia* de algo -como es la ausencia de arbitrariedad-, obviando así que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su derecho incumbe exclusivamente a la parte que los hace valer, por lo que no resulta posible este desplazamiento de la carga de la prueba a la Administración y, por tanto, debe desestimarse dicha petición.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN



PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por GUREAK MARKETING S.L.U. contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 698/2015, de 15 de diciembre, por el que se adjudicó a la mercantil Servicios Integrales de Atención al Cliente y Ventas Xupera XXI, S.A. el contrato de *“Servicio de atención de llamadas telefónicas recibidas por la Diputación Foral de Álava”*.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada en la Resolución de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales Nº 1/2016, de 14 de enero.

QUINTO.- 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 la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

