



EB 2023/239

Resolución 076/2024, de 22 de abril, 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 BENGOTXEA AUTOBUSAK, S.A. contra su exclusión del contrato de “Transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de noviembre de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BENGOTXEA AUTOBUSAK, S.A., (en lo sucesivo, BENGOTXEA) contra su exclusión del contrato de “Transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El mismo día 24 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y



2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 4 de diciembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 5 de diciembre, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 40/2023, de 12 de diciembre, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.B.J., que actúa en nombre y representación de BENGOETXEA.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación) tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El día 10 de agosto de 2023 se publicó en el perfil del contratante la propuesta de adjudicación a la recurrente de dos de los itinerarios que conforman el contrato.

- b) Al día siguiente, el responsable de la empresa se fue de vacaciones por ser una semana prácticamente festiva (Semana Grande de Donostia). Al volver al trabajo el día 24 de agosto, advierte en la dirección de correo electrónico de la empresa un email del Gobierno Vasco indicando que se ha realizado una notificación y al entrar en la página de notificaciones del Gobierno aparece el siguiente mensaje: “No tiene notificaciones ni comunicaciones pendientes”.

- c) Con fecha 28 de agosto (último día para la presentación de la documentación requerida) se recibe una llamada de teléfono del Gobierno Vasco preguntando sobre si se había recibido el requerimiento de documentación relativo al trámite del artículo 150.2 LCSP y al contestar que no la llamante indicó la posibilidad que dicho requerimiento se encontrase entre las notificaciones rechazadas, lo que efectivamente era así. Tras reunir toda la documentación solicitada, el día 30 de agosto se remitió al Gobierno Vasco.

d) El servicio de transporte de los itinerarios en cuestión se viene realizando desde el 7 de septiembre, lo que parece indicar que el servicio se encuentra adjudicado a la empresa recurrente, a falta de algún trámite formal.

e) En el acta de reunión sobre la documentación previa a la adjudicación recibida el 7/11/2023, la mesa resuelve admitir la documentación presentada por dos empresas, dar un plazo de tres días para subsanar y aportar diversa documentación a otras diez empresas y excluir del procedimiento a dos empresas, entre ellas la recurrente, por haber aportado la documentación fuera de plazo. A este respecto, la recurrente alega que el hecho de estar clasificada en el Registro de Licitadores y empresas Clasificadas de la CAV implica que el órgano de contratación ya disponía de cierta documentación a presentar: capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia, pues la propia resolución para presentar la documentación señalaba que no era necesaria la presentación de documentos requeridos para acreditar datos que figurasen en dicho Registro. Por ello, y porque ni la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) ni el artículo 150.2 de la LCSP establecen la posibilidad de que a las empresas que hayan presentado alguna documentación se les otorgue un plazo de subsanación, se considera que por el principio de igualdad de trato y no discriminación se debería dar un plazo de subsanación a la recurrente, pues BENGOETXEA nunca ha tenido la intención de retirar la oferta, todo lo contrario. Por tanto, se entiende que la exclusión es un castigo desproporcionado y más si se tiene en cuenta el dinero invertido para la compra de los autobuses para la realización de los itinerarios.

f) La recurrente alega que puede ser de aplicación lo establecido en el Informe 5/2011 de la junta Consultiva de las Islas Baleares en lo referente a cuando solo existe un licitador en el procedimiento y la inexistencia de terceros perjudicados y la aplicación subsidiaria de los artículos 40, 43.2 y 73 de la Ley 39/2015 de Procedimiento de las Administraciones Públicas.

g) Finalmente, solicita se deje sin efecto la exclusión impugnada y se retrotraigan las actuaciones para conceder a la recurrente el plazo de tres días para entregar la documentación requerida y se proceda a la adjudicación formal.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso, resumidamente por las siguientes razones:

a) El día 11 de agosto de 2023 se requirió a través de la plataforma de licitación electrónica a todas las licitadoras para que presentaran la documentación previa a la adjudicación prevista en el PCAP en el plazo de 10 días hábiles y que finalizaba el 28 de agosto. A la vista de que la recurrente no había accedido a la notificación electrónica, el día 28 la secretaria de la mesa se puso en contacto telefónico con la representante de la recurrente para avisarle del inminente vencimiento del plazo.

b) La recurrente envió la documentación requerida el 30 de agosto, esto es, 2 días después de la finalización del plazo y dicha circunstancia ha de imputarse únicamente a la falta de diligencia de la licitadora a la hora de atender las notificaciones efectuadas por la administración.

c) El requerimiento de documentación constituye un acto de trámite no cualificado, por lo que no es necesario que disponga los posibles recursos a presentar contra el mismo.

d) La recurrente viene prestando el itinerario objeto de este recurso desde el 7 de septiembre mediante una adjudicación directa porque el Departamento adoptó la decisión de adjudicar provisionalmente y de forma paralela a la presente licitación los itinerarios a las empresas que figuraban en la propuesta de adjudicación, dado que el servicio reviste carácter esencial y no puede paralizarse su prestación. Pero lo anterior no indica, de ninguna manera, que la recurrente sea la adjudicataria del servicio o que esté exenta de cumplir con los

requisitos sustantivos y procedimentales que prevén la LCSP y los pliegos para poder ser la efectiva adjudicataria.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, BENGOETXEA reclama que se anule su exclusión del procedimiento por ser desproporcionada y que se le permita subsanar la documentación requerida con ocasión del trámite del artículo 150.2 LCSP, ya que en ningún caso ha tenido la voluntad de retirar la oferta. En definitiva, la cuestión que debe resolverse en la presente Resolución consiste en determinar si esa irregularidad puede ser subsanada o, por el contrario, debe confirmarse la exclusión. Al respecto, las apreciaciones del OARC/KEAO son las siguientes:

- 1) Consta en el expediente que el 11 de agosto de 2023 se requirió a la recurrente para presentar la documentación acreditativa previa a la adjudicación del contrato en cumplimiento de lo dispuesto en las cláusulas 21 de las Condiciones Generales del PCAP, otorgándose un plazo de 10 días hábiles para su cumplimentación. Asimismo, se observa en el expediente y el propio recurrente lo reconoce que no respondió a dicho requerimiento en plazo, remitiendo la documentación dos días después de que finalizase el mismo. Finalmente, debe señalarse que el último día del plazo establecido (28 de agosto) la Secretaria de la Mesa se puso en contacto con la recurrente para avisarle del inminente vencimiento del mismo.

- 2) A partir de lo anterior, no pueden aceptarse los argumentos de BENGOETXEA porque (i) el plazo concedido para atender al requerimiento ha sido correctamente computado por el poder adjudicador y finalizaba el 28 de agosto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley 39/2015 y más allá de cuestiones personales (vacaciones) que no son jurídicamente atendibles; (ii) no existe la infracción del principio de igualdad de trato que alega la recurrente respecto a la posibilidad de subsanación de la documentación, debido a que las empresas que ha presentado parte de la documentación y las que no

presentaron en plazo documentación alguna se encuentran en diferente situación y la doctrina tiene establecido que no cabe la subsanación de la documentación con ocasión del trámite del artículo 150.2 LCSP cuando el requerimiento no se cumple en modo alguno (ver, por ejemplo, la Resolución 150/2018 del OARC / KEAO), como es el caso presente; (iii) como bien señala el poder adjudicador, el requerimiento de documentación constituye un acto de trámite no cualificado que no puede ser recurrido, por lo que no es necesario que indique los posibles recursos a presentar contra el mismo; y (iv) tampoco son de aplicación ni el informe de la Junta Consultiva de las Islas Baleares ni el artículo 73 de la Ley 39/2015 invocados por la recurrente, pues, en el primer caso, el informe claramente señala que, aunque exista un único licitador, tanto la petición de ampliación del plazo como la decisión deben producirse antes del vencimiento del plazo de que se trate y, en el segundo, el artículo 73 de la LPAC no es de aplicación supletoria, ya que tanto los pliegos como la LCSP establecen un régimen jurídico aplicable al caso que nos ocupa, sin que sea necesario acudir a otras normas externas para solucionar la cuestión.

- 3) No es aplicable la doctrina de los actos propios invocada por la recurrente porque nos encontramos ante dos procedimientos diferentes, una adjudicación directa frente a un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, sujetos a reglas de tramitación y adjudicación diferentes.
- 4) Por último, debe señalarse que no se trata de que la documentación aportada adolezca de defectos o insuficiencias, sino de que no ha sido presentada, por lo que la exclusión es simplemente la consecuencia natural de la finalización del plazo para realizar una actuación sin que ésta se haya producido; la subsanación equivaldría, en este caso, a la prórroga de un plazo que ya ha finalizado (en realidad, un nuevo plazo para compensar la falta de diligencia que solo y exclusivamente es imputable al recurrente), lo que no es posible (ver la Resolución 150/2018 citada anteriormente). En consecuencia, este Órgano entiende que la exclusión es correcta y que el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BENGOETXEA AUTOBUSAK, S.A. contra su exclusión del contrato de “Transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko apirilaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de abril de 2024