



EB 2017/164

Resolución 010/2018, de 23 de enero de 2018, del sustituto de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa UTE ARRATE 2017 contra la adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de diciembre de 2017, la empresa UTE ARRATE 2017 interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitios en los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Con fecha 12 de diciembre de 2017 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). La citada documentación se terminó de recibir en el registro del OARC / KEAO el día 13 de diciembre.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de diciembre de 2017, se recibieron el día 3 de enero de 2018 las de la empresa BUSTINDUI BIDAIAK, S.L., adjudicataria impugnada.

CUARTO: Mediante la Resolución de 9 de enero de 2018, la Titular del OARC / KEAO acordó abstenerse de intervenir en el procedimiento por concurrir en él la causa prevista en el artículo 23.2 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, por lo que deberá conocerlo su sustituto, nombrado como tal en el Decreto 242/2017, de 31 de octubre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. J.A.G.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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

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

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Al recurrente se le ha denegado por el poder adjudicador la vista del expediente de contratación, lo que le ha causado indefensión porque le ha impedido un eventual ejercicio de sus intereses legítimos en vía de



recurso especial en materia de contratación. En concreto, la solicitud denegada tenía el objeto de consultar la documentación presentada por la adjudicataria en el trámite que se le concedió para acreditar la viabilidad de su oferta, inicialmente sospechosa de anormalidad o desproporción, con la única finalidad de, eventualmente, interponer el recurso que ahora se analiza.

- b) Si bien se reconoce legalmente que el derecho a la confidencialidad de las ofertas es un límite para el derecho de acceso al expediente, hay que señalar que los pliegos de la licitación preveían la posibilidad de que los licitadores establecieran, en un Anexo del sobre A previsto al efecto, como confidenciales las partes de su oferta que considerasen oportunas. En ningún momento se ha aclarado si BUSTINDUI BIADAIK ha utilizado esta posibilidad, pero parece que la denegación de acceso se fundamenta en una declaración de confidencialidad formulada por la adjudicataria impugnada en un trámite de audiencia concedido al efecto a la vista de la solicitud del recurrente.
- c) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación (itinerarios B6902 y B9987), que se dé vista completa del expediente de contratación (en particular de los documentos presentados por la adjudicataria impugnada para justificar su oferta inicialmente sospechosa de anormalidad o desproporción) y que se retrotraigan las actuaciones “al trámite correspondiente dirigido a permitir a la recurrente la consulta de la referida documentación a los efectos de valorar una eventual interposición de un recurso especial en materia de contratación ya fundamentado y con todas las garantías legales”.

SÉPTIMO: El poder adjudicador alega, en contra del recurso, lo siguiente:

- a) El poder adjudicador decidió denegar el acceso al expediente solicitado después de dar a BUSTINDUI BIDAIK la oportunidad de pronunciarse al respecto; la resolución de denegación se basa en el artículo 153 del TRLCSP, estimándose que acceder a la petición supondría perjudicar



intereses legítimos de la adjudicataria y la leal competencia entre empresas.

- b) La Resolución de adjudicación contiene información suficiente para interponer un recurso fundado e incorpora el informe del servicio promotor del contrato sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas inicialmente sospechosas de anormalidad o desproporción; se alega que la motivación de la aceptación de estas ofertas no requiere su explicitación exhaustiva, como sí sucede con la decisión de excluirlas.

OCTAVO: Por su parte, BUSTINDUI BIDAIAK, S.L presenta las siguientes alegaciones para oponerse a la estimación del recurso:

- 1) La UTE ARRATE 2017 no impugna la adjudicación del contrato sino la denegación del acceso a la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta aportada por la adjudicataria en el procedimiento de determinación de la temeridad de la oferta presentada por BUSTINDUI BIDAIAK, S.L., de lo que se deduce que, en realidad, pretende acceder a la información sobre costes y proveedores en ella contenida.
- 2) Dado que el TRLCSP no exige la audiencia a los licitadores no incurso en sospecha de temeridad, tampoco procede conceder ahora el acceso a la información que solicita el recurrente.
- 3) Se alega que facilitar la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta afecta a los intereses comerciales de BUSTINDUI BIDAIAK, S.L. y perjudicaría su competitividad, teniendo en cuenta que en ella se contienen datos sobre costes directos e indirectos y otros relativos a los proveedores de la empresa, incluyendo detalles sobre los servicios que le prestan y el precio cobrado por los mismos.
- 4) Durante el curso escolar 2016-17, BUSTINDUI BIDAIAK ha prestado el servicio del itinerario B9987 sin incidencias a un precio inferior (70 euros), al que ahora se ha considerado sospechoso (70,09 euros), de lo



que se deduce la viabilidad de la oferta; por otro lado, llama la atención que algunas de las ofertas presentadas por empresas importantes, con gran flota de vehículos, no han presentado vehículos de reserva para obtener mayor puntuación en el criterio de adjudicación “Diversidad de flota”, y sin embargo todas ellas han ido al precio máximo o cercano al máximo, de lo que se deduce que no había verdadera intención de presentar una oferta competitiva, dando la impresión de que el objetivo no era obtener la adjudicación sino elevar el precio medio para hacer incurrir en sospecha de temeridad a las ofertas más competitivas, beneficiando a las empresas que formulan los precios más altos.

NOVENO: Aunque la primera pretensión es la anulación de la adjudicación, este OARC / KEAO estima que el orden lógico que debe seguirse para analizar la viabilidad del recurso es la petición de dar vista de los documentos presentados por la adjudicataria impugnada en el trámite que se le otorgó para justificar la pertinencia de su oferta, inicialmente incurso en sospecha de anormalidad o desproporción. A juicio de este OARC / KEAO, la citada denegación fue correcta, tanto en lo que se refiere a su sentido negativo como en el procedimiento seguido para dictarla. La citada resolución del órgano de contratación, de 7 de noviembre de 2017 estima, en su Fundamento jurídico quinto, que la documentación cuya vista se solicita contiene datos sobre costes directos e indirectos, que no son de acceso general y cuyo conocimiento por los competidores comerciales puede perjudicar intereses empresariales legítimos y la leal competencia. Esta observación es una ponderación adecuada de la tensión entre el derecho a la confidencialidad y el de acceso al expediente, ya que el conocimiento de la citada información permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta; a ello debe añadirse que, como señala la adjudicataria impugnada, también constan datos de las relaciones contractuales con proveedores, igualmente sensibles a estos efectos. Téngase en cuenta que se trata de la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución de las tareas, por lo que se estima suficientemente justificada la aplicación del artículo 140.1 del TRLCSP, que impide a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los



empresarios que éstos hayan designado como confidencial y que afecte, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y el Acuerdo 106/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Madrid). Por lo que se refiere al aspecto procedimental, se considera correcto que el poder adjudicador haya solicitado a la empresa afectada su parecer sobre el tema antes de decidir sobre la solicitud de acceso. En este sentido, la audiencia previa a los interesados titulares de derechos e intereses legítimos es un principio general que rige el dictado de los actos que pueden afectar a dichos derechos o intereses (ver, por ejemplo, el artículo 82 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha señalado la obligación de que, en un caso como el analizado, el poder adjudicador debe, antes de comunicar la información, dar al operador económico de que se trate la posibilidad de alegar la confidencialidad (ver el apartado 54 de la sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91). Por otro lado, si bien es cierto que los pliegos ofrecían en este caso la posibilidad de que los licitadores determinaran la posibilidad de que los licitadores determinaran al presentar su proposición qué parte de ella consideraban confidencial, es evidente que tal posibilidad no puede afectar a la documentación presentada para justificar la viabilidad de la oferta, la cual, por definición, no forma parte de dicha proposición.

A la vista de lo anterior, no cabe acceder a la pretensión facilitar la vista del expediente. Consecuentemente, tampoco cabe aceptar la retroacción del procedimiento de adjudicación, que es lo que pide el recurso. No obstante, hay que señalar que los argumentos expuestos son igualmente válidos para denegar la vista del expediente dentro del procedimiento de resolución del recurso especial previsto en el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RRMC).



Finalmente, debe desestimarse la solicitud de anulación de la adjudicación, ya que el recurso no aporta ninguna argumentación o indicio tendente a acreditar la invalidez del acto. La mera solicitud de anulación no es suficiente para cumplir con los requisitos mínimos del escrito de interposición, pues el artículo 44.4 del TRLCSP añade que debe constar también “el motivo que fundamenta el recurso”, y en el analizado hay argumentación jurídica relativa al derecho de acceso, pero ninguna que base la pretensión de anulación. Como bien señala BUSTINDUI BIDAIAK, parece que el verdadero y único objeto de la impugnación es la denegación de dicho acceso y no propiamente la adjudicación; en apoyo de esta alegación está la propia literalidad de la petición de retroacción, planteada “a los efectos de valorar una eventual interposición de un recurso especial en materia de contratación ya fundamentado y con todas las garantías legales”. Es decir, implícitamente se reconoce que no hay una verdadera impugnación, la cual solo se plantearía, en su caso, a la vista de la documentación solicitada. Todo ello es contrario a la naturaleza del recuso especial; incluso en el caso del artículo 29.3 del RRM, el efecto de la concesión del acceso no sería reabrir el plazo de interposición sino posibilitar la compleción del recurso ya presentado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularren ordezkia,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE ARRATE 2017 contra la adjudicación del contrato “Servicio de transporte escolar, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, incluida la del conductor, a los centros públicos de enseñanza dependientes del departamento de Educación de la Administración General de



la Comunidad Autónoma de Euskadi, sitos en los Territorios Históricos de Araba, Guipúzcoa y Vizcaya, periodo cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urtarrilaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de enero de 2018