



EB 2024/154

Resolución 033/2025, de 28 de febrero, 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 Asociación Empresarial Asintra País Vasco – Asociación Nacional Independiente de Transportes Colectivos de Viajeros contra la adjudicación directa por el departamento de Educación del Gobierno Vasco (Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi) del servicio de transporte escolar para el curso 2024-2025 que no pudo ser adjudicado en las licitaciones C02/002/2024, C02/003/2024 y C02/004/2024.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de septiembre de 2024 ha tenido entrada 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 Asociación Empresarial Asintra País Vasco – Asociación Nacional Independiente de Transportes Colectivos de Viajeros (en adelante, ASINTRA) contra la adjudicación directa por el departamento de Educación del Gobierno Vasco (Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi) del servicio de transporte escolar para el curso 2024-2025 que no pudo ser adjudicado en las licitaciones C02/002/2024, C02/003/2024 y C02/004/2024.

SEGUNDO: Los días 17 de septiembre, 10 de octubre y 19 de noviembre 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 3 de enero de 2025.

TERCERO: El poder adjudicador no ha facilitado a este Órgano los datos de ningún interesado distinto de él mismo y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de C.M., que actúa en nombre de ASINTRA. Por lo que se refiere a la legitimación activa para la interposición del recurso, se observa lo siguiente:

- 1) La recurrente es una Asociación que agrupa a operadores económicos del sector del transporte. Con carácter general, el artículo 48 LCSP reconoce la legitimación de las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses afectados.
- 2) Las pretensiones principales del recurso son, en síntesis:
 - (i) la declaración de nulidad de las adjudicaciones directas impugnadas y de los contratos formalizados a su amparo y
 - (ii) que este Órgano ordene al poder adjudicador una nueva licitación del servicio de transporte escolar que respete la LCSP y garantice la igualdad, la concurrencia y la no discriminación; concretamente,
- 3) El éxito de la pretensión señalada en el apartado 2 (ii) anterior satisfaría, en caso de ser estimada, un interés legítimo directo y tangible, distinto de la satisfacción moral o de la mera defensa de la legalidad infringida y característico de la legitimación activa para interponer el recurso especial (ver, por todas, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). En particular,

la estimación supondría la tramitación de un procedimiento de adjudicación en el que los asociados de la entidad recurrente podrían presentar una oferta y aspirar a la adjudicación de los correspondientes contratos, lo que satisfaría los intereses que constituyen la finalidad institucional de ASINTRA.

- 4) Debe añadirse que, en principio, la declaración de nulidad de los contratos derivados de la adjudicación impugnada es tan solo, desde el punto de vista del interés legítimo implicado en el recurso, un instrumento para la consecución de la nueva licitación requerida. Téngase en cuenta que, por sí sola, la citada nulidad no satisface dicho interés si no lleva aparejada un probable nuevo procedimiento de adjudicación como el que solicita la recurrente (ver, por analogía, la Resolución 193/2019 del OARC / KEAO).
- 5) La recurrente alega otros motivos que fundamentarían su legitimación activa para interponer el recurso y que, a juicio de este Órgano, no son aceptables por las razones que a continuación se exponen:
 - Se alega que las condiciones en las que se ha desarrollado la contratación han imposibilitado la actuación voluntaria y libre de las empresas. Esta afirmación se refiere, en realidad, a una supuesta presión que algunas empresas habrían percibido por el temor a que la no aceptación de las propuestas de la Administración se interpretara como un pacto ilícito de no concurrencia similar al que podría, en su caso, determinarse en un expediente abierto por la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC). Sin embargo, no consta en el recurso cuáles son los concretos operadores económicos afectados ni su condición de afiliados de ASINTRA; por otro lado, si bien el recurso indica que estarían afectadas todas las empresas asociadas, esta afirmación es excesivamente genérica, remota e hipotética, por lo que el motivo no puede sustentar la legitimación (ver, por ejemplo, la Resolución 5/2019 del OARC / KEAO).

- El mismo reproche de falta de conexión concreta entre el objeto de la impugnación y la legitimación alegada afecta a la afirmación de que se ha inducido en la sociedad la “falsa idea” de que la contratación recurrida beneficia a todas las empresas, además de que dicha inducción parecería, en todo caso, más imputable a las vicisitudes de la relación entre el poder adjudicador y la recurrente y el resto del sector del transporte en los últimos tiempos que a los contratos objeto del recurso.

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 poder adjudicador solicita la inadmisión del recurso (artículo 55 LCSP). En particular, argumenta que el artículo 44.2 c) LCSP establece un listado taxativo de actos impugnables en el que no figura la “contratación directa” recurrida. Esta alegación no es aceptable y el recurso debe admitirse a trámite por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El artículo 44.2 c) establece que son impugnables por la vía del recurso especial “los acuerdos de adjudicación”, sin distinguir el procedimiento de adjudicación en el que se insertan; de hecho, ni siquiera se exige que los acuerdos estén precedidos de un procedimiento previo.
- 2) Por otro lado, este Órgano ya ha señalado anteriormente, por ejemplo, en sus resoluciones 202/2022 y 5/2024, con cita de los apartados 33 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11/1/2005, asunto C-26/03, ECLI:EU:C: 2005:5, que:

- (i) Para la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es impugnabile cualquier acto de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos.
- (ii) A este efecto, es indiferente que dicho acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública, pues así lo exige el efecto útil de la citada Directiva 89/665. Por ello, la decisión de no tramitar un procedimiento de adjudicación por entender que éste no es legalmente preceptivo es precisamente la primera decisión sujeta al control jurisdiccional. Entender lo contrario significaría negar la vía del recurso especial cuando lo que se pretende impugnar es precisamente el vicio de legalidad más grave contra la normativa de contratación pública, la adjudicación de un contrato en vía de hecho.

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 tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Los argumentos del recurso son los siguientes:

a) El recurrente alega que las adjudicaciones impugnadas están aquejadas de infracciones procedimentales que suponen su nulidad de pleno derecho. En síntesis, ASINTRA alega:

- (i) Fraccionamiento indebido del contrato, incumpliendo el artículo 99.2 LCSP.
- (ii) Uso de la adjudicación directa para contratar servicios cuyo valor estimado es superior a 4.000.000 de euros en lugar del procedimiento abierto, que era el que habría correspondido.
- (iii) Numerosos defectos en la preparación y tramitación de la adjudicación directa (falta de criterios de selección y adjudicación, de prescripciones técnicas mínimas, de Presupuesto Base de Licitación, de plazo de presentación de ofertas, de publicidad, desistimientos irregulares, duración excesiva de la negociación, incumplimiento del plazo de espera para la formalización, infracción del secreto de las ofertas, etc.).
- (iv) Arbitrariedad y discriminación en la adjudicación.
- (v) El poder adjudicador ha impedido que las empresas se comportaran libre y voluntariamente; en particular, la Administración se habría aprovechado del temor de los operadores a que se les incoase un procedimiento sancionador por no concurrir al contrato, similar al que ya ha iniciado la AVC y que afecta a contratos con el mismo objeto.
- (vi) Falta absoluta de transparencia en el procedimiento, infringiendo el artículo 132.1 LCSP.
- (vii) Los contratos formalizados establecen un plazo indefinido de duración de la obligación y no prevén garantía definitiva, como exige el artículo 107.1 LCSP; además, infringen en varios aspectos el artículo 35.1 LCSP.
- (viii) Se ha actuado de forma contraria a la competencia y al buen funcionamiento del mercado.

b) Finalmente, se solicita:

- (i) La declaración de nulidad de pleno derecho de la contratación directa impugnada y de los contratos formalizados a su amparo.

- (ii) Ordenar al poder adjudicador que prepare una nueva licitación del contrato de servicios de transporte escolar que respete la LCSP y garantice la igualdad, la concurrencia y la no discriminación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) La normativa contractual no exige publicidad de las adjudicaciones directas en la Plataforma de Contratación. No obstante, en este caso se garantizan la publicidad y la transparencia se han garantizado porque las adjudicaciones directas se derivan de la declaración como desierto de procedimientos de adjudicación licitados con publicidad y concurrencia. Se alega que se solicitaron ofertas basadas en las fichas técnicas de los itinerarios que ya constaban en las correspondientes licitaciones y en las que figuran las características del servicio (incluida su vigencia temporal); estas fichas han sido el fundamento de las negociaciones.

b) El poder adjudicador alega la inexistencia de una contratación derivada de un expediente y de un procedimiento reglado; consecuentemente, las facturas generadas por la prestación del servicio se tramitan ante Consejo de Gobierno según lo dispuesto en el artículo 24.4 del Texto refundido de la Ley de Control Económico y Contabilidad, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2017, de 19 de octubre (en adelante, LCE).

c) La Administración alega que el artículo 168 LCSP, que permite el procedimiento negociado sin publicidad cuando se ha declarado desierto un procedimiento de adjudicación con publicidad y concurrencia, es aplicable al caso por analogía.

d) No hay relación entre el contrato impugnado y el procedimiento abierto por la AVC ni hubo ninguna presión a las empresas.

e) ASINTRA es conocedora del sistema de adjudicación directa, del que se han beneficiado en los últimos años tanto su representante como las empresas en ella asociadas.

f) No hay obligación de notificar el rechazo de una oferta en una adjudicación directa.

g) El poder adjudicador alega que ha iniciado un nuevo procedimiento de adjudicación para el transporte escolar, pendiente de informe por la Comisión Central de Contratación.

h) El poder adjudicador reclama que se imponga al recurrente la sanción prevista en el artículo 58.2 LCSP por apreciar mala fe en la interposición del recurso.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita la declaración de nulidad de las adjudicaciones impugnadas y de los correspondientes contratos, así como el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación por el procedimiento abierto. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO al respecto de estas cuestiones.

a) Sobre la pretensión del recurso

Como se ha señalado en el Fundamento jurídico primero, la legitimación del recurrente radica en el beneficio que obtendrían sus asociados si se estimara la petición de que se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación abierto en el que podrían presentar una oferta y, en su caso, obtener el contrato. Esta pretensión no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) Las adjudicaciones impugnadas se refieren a los lotes que quedaron desiertos en una licitación tramitada por el procedimiento abierto. Consecuentemente, habría sido aplicable el artículo 168 a) 1º LCSP, que faculta al poder adjudicador para acudir al procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar los contratos de servicios cuando no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando ésta así lo solicite.
- 2) A este respecto, la sentencia del TJUE de 16/6/2023, asunto C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472, señala que, en el procedimiento negociado al que nos referimos, el poder adjudicador puede dirigirse a un único operador, aunque el objeto del contrato no presente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador, excluyendo así radicalmente la concurrencia que reclama ASINTRA para sus asociados (ver, por ejemplo, el apartado 27).
- 3) La citada sentencia apunta también que los operadores económicos que no presentaron oferta adecuada en el procedimiento abierto inicial no pueden obligar al poder adjudicador a negociar con ellos en el procedimiento negociado subsiguiente, de lo que se deduce que aún menos podrían exigir la tramitación de un procedimiento abierto, como pide ASINTRA. El TJUE considera relevante que dichos operadores ya tuvieron la posibilidad de participar en el procedimiento inicial con una oferta adecuada y beneficiarse entonces de los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia y proporcionalidad que invoca ahora la recurrente (apartado 68 de la sentencia).
- 4) En resumen, incluso en el caso de que este Órgano declarara la nulidad de las adjudicaciones en virtud de los múltiples motivos que alega ASINTRA, no podría ordenar la tramitación de un procedimiento de

adjudicación abierto, pues la Administración siempre podría legítimamente optar por el procedimiento negociado sin publicidad, cumpliendo los requisitos legales aplicables.

- 5) Adicionalmente, la Administración ha afirmado en su respuesta al recurso que ya se ha iniciado la tramitación de un procedimiento de adjudicación como el que reclama ASINTRA.

b) Conclusión

De lo expuesto en el apartado a) anterior y en el Fundamento jurídico primero se concluye lo siguiente:

- 1) El rechazo de la pretensión de ordenar la tramitación de un procedimiento de adjudicación abierto hace innecesario analizar la posible nulidad de la adjudicación, que pasaría a ser una cuestión de mera legalidad insuficiente para fundamentar la legitimación activa de ASINTRA. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse íntegramente.
- 2) No se considera necesario el acceso al expediente solicitado por la recurrente porque no es necesario para la elaboración de la impugnación, basada precisamente en la ausencia de múltiples elementos esenciales de cualquier expediente de contratación, alegación corroborada en buena parte por la respuesta del propio poder adjudicador.
- 3) No se considera pertinente la prueba propuesta, pues su finalidad es acreditar irregularidades de la adjudicación, cuestión que ha devenido irrelevante.
- 4) No se considera procedente imponer la sanción prevista en el artículo 58.2 LCSP por mala fe o temeridad en la interposición del recurso. En primer lugar, dicho recurso no carece de argumentos legales. Por otro lado, no ha habido un perjuicio especial para el poder adjudicador porque la

impugnación se dirige contra contratos en ejecución, sin que haya habido efecto suspensivo alguno.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la Asociación Empresarial Asintra País Vasco – Asociación Nacional Independiente de Transportes Colectivos de Viajeros contra la adjudicación directa por el departamento de Educación del Gobierno Vasco (Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi) del servicio de transporte escolar para el curso 2024-2025 que no pudo ser adjudicado en las licitaciones C02/002/2024, C02/003/2024 y C02/004/2024.

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

TERCERO: 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 esta (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, 2025eko otsailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de febrero de 2025