



EB 2018/067

Resolución 095/2018, de 23 de julio, 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 UNITRAVEL AUTOCARES, S.L. contra la no formalización de la adjudicación en su favor 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, itinerario G4534”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de junio de 2018, la empresa UNITRAVEL AUTOCARES, S.L. (en adelante, UNITRAVEL) interpuso, en la oficina de Correos, un recurso especial en materia de contratación contra la no formalización de la adjudicación en su favor 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, itinerario G4534”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El recurso se recibió en el registro del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 4 de junio.



SEGUNDO: Con fecha 4 de junio se solicitaron al poder adjudicador el recurso, el expediente y el informe a los 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 13 y 15 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de junio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al caso, se observa lo siguiente:

a) **Legislación sustantiva**

De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 29 de abril de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) **Legislación procedimental**



No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. La Resolución de adjudicación se dictó el día 24 de abril de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D.P.Z.I, que actúa en su nombre.

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

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

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que la literalidad de la Resolución del órgano de contratación de 24 de abril de 2018 recurrida dispone excluir a las empresas que retiraron el vehículo después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato; es decir, la impugnación se plantea contra un acto que pretende dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP); de hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por



la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero, que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección. Por ello, la Resolución de 24 de abril debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que es claro que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial.



QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

Debe descartarse la alegación de extemporaneidad formulada por el poder adjudicador. En el expediente consta que la notificación del acto recurrido se entregó al operador postal encargado del envío el día 11 de mayo de 2018 (momento que coincide con el de su remisión; ver la Resolución 126 / 2014 del OARC / KEAO), y que el recurso se presentó el día 1 de junio en la Oficina de Correos, recibándose en este OARC / KEAO el día 4 del mismo mes (el siguiente día hábil). Por lo tanto, a la vista de los artículos 51.3 de la LCSP y 16.4 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, el recurso debe entenderse interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

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 (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) A primeros de septiembre de 2017 se comunicó a la recurrente la asignación del itinerario G4534, el 3 de octubre se le solicitó la fianza y el 27 del mismo mes se le enviaron las fichas técnicas y el listado de alumnos; el 31 de octubre se le envía por correo certificado la resolución de adjudicación del citado itinerario, que venía sirviendo desde el mes anterior.

b) En el mes de diciembre UNITRAVEL, concedora de la posibilidad de sustituir los vehículos presentados como preferentes y sustitutos (cláusula 18.4 e) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), comunicó a la Administración la adquisición de un nuevo vehículo de características técnicas



superiores a las del vehículo de matrícula 6519JLK, ofertado como preferente y del que disponía en régimen de alquiler. La recurrente entendió, tras dicha conversación, que la sustitución era posible, sin que nadie le advirtiera de que tal sustitución solo era factible tras la firma del contrato.

c) A partir de ahí se produjo un intercambio de correos con la Administración; la recurrente alega que si hubiese sabido que un cambio de vehículo le suponía la pérdida del contrato ni habría adquirido el nuevo vehículo ni habría rescindido el contrato de alquiler del inicialmente ofertado.

d) La actitud de la recurrente se ha ajustado en todo momento a la buena fe, el nuevo vehículo es de características técnicas superiores a las del sustituido y no se ha faltado a la lealtad a las ofertas de otros licitadores cuando se mejoran las condiciones iniciales.

e) Se alega que es un “legalismo” la distinción entre adjudicación y firma del contrato (teoría civilista del título y el modo), máxime cuando el “modo” o “posesión contractual” ya era de la recurrente, que prestaba el servicio de la línea debatida desde septiembre de 2017.

f) No es de recibo atribuir a la recurrente no haber querido formalizar el contrato.

g) UNITRAVEL señala que continua con la oportunidad de disponer del vehículo arrendado 6519 JLK en las mismas condiciones que licitó al contrato; asegura también que en ningún momento renunció a su derecho de disponibilidad absoluta de dicho vehículo antes de solicitar el cambio y que garantiza el uso del vehículo 6519 JLK.

h) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado y la confirmación de la adjudicación a su favor.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador



El poder adjudicador, por su parte, se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Las Diputaciones conceden la autorización de los vehículos del transporte escolar con la adjudicación para agilizar la ejecución de la prestación, pero ello no significa que el contrato esté formalizado.

b) No es posible autorizar la sustitución de un vehículo antes de la formalización del contrato.

c) La recurrente lleva muchos años licitando por el transporte escolar y no puede alegar el desconocimiento de la normativa aplicable.

d) UNITRAVEL sabía que los pliegos le exigían la plena disponibilidad del vehículo ofertado y que el contrato de arrendamiento correspondiente debía abarcar los cuatro cursos escolares, incluidas las prórrogas, y sin embargo dicho contrato se rescindió el 16 de enero de 2018.

e) La cláusula 14.4 de la carátula del PCAP es clara en el sentido de que tras la formalización del contrato se debe solicitar autorización previa para modificar el vehículo; posteriormente, la Administración puede aceptarla o no discrecionalmente, y el propio recurrente admite que el día previsto para firmar el contrato ya no dispone del vehículo adjudicado (matrícula 0282-HCL), es decir, solicita la modificación del contrato antes de firmarlo; se alega que, como se deduce del hecho de que rescindiera el contrato de arrendamiento el 16 de enero de 2018, su intención no era la de ejecutar el servicio con dicho vehículo sino obtener buena puntuación con la intención de adjudicarse el itinerario.

f) El retraso en la adjudicación y formalización de los contratos no es imputable a la Administración, sino a los recursos interpuestos, uno de ellos, del ahora también recurrente.

g) No se ha formalizado el contrato con el recurrente en este itinerario.



- h) La autorización para modificar el vehículo es potestativa para la Administración, no es una facultad del adjudicatario, y mucho menos antes de perfeccionar el contrato.
- i) Del contrato de rescisión del arrendamiento de 16 de enero de 2018 se deduce claramente que el recurrente no tiene intención de realizar el contrato con el vehículo propuesto.
- j) En términos prácticos, se alega que aceptar la propuesta de “hechos consumados” supondría que en el futuro se repitiera esta mala praxis y que la gestión del contrato se hiciera inviable.
- k) Finalmente, el poder adjudicador estima que la recurrente tiene derecho a retirar la proposición (no a ser adjudicatario), ya que han transcurrido más de dos meses desde la apertura de las proposiciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

- a) La modificación de los términos de la adjudicación antes de la formalización

La cuestión central del recurso es determinar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no formalizar el contrato ya adjudicado a la recurrente en razón de la retirada del vehículo incluido en su oferta, lo cual la Administración considera una causa imputable al adjudicatario. El TRLCSP no contiene ninguna enumeración de los motivos o causas por los cuales la formalización del contrato puede no producirse por culpa del adjudicatario, aunque sí prevé dicha situación y sus consecuencias en el artículo 156.4; por ello, debe analizarse si la razón alegada por la Administración es suficiente para justificar la actuación impugnada.



El citado análisis debe partir de la base de que una alteración de la oferta que resultó adjudicataria (por lo tanto, de la propia adjudicación) antes de la formalización no es legalmente posible. El artículo 26.2 del TRLCSP establece que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos, y el artículo 156.1 del TRLCSP señala que en ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación. Es claro que el fundamento de esta prevención es que cambiar los términos del contrato antes de la formalización (acto que lo perfecciona, según el artículo 27.1 del TRLCSP) supone alterar los términos de la adjudicación, que es el acto que culmina el procedimiento en el que se selecciona objetivamente la oferta del operador económico con la que el poder adjudicador desea vincularse y que contiene los términos bajo los que se desea la ejecución de la prestación. Por ello, los cambios implican desvirtuar el procedimiento de adjudicación, ya que se anula la identidad absoluta que debe darse entre los términos del contrato que resultan del procedimiento de adjudicación y los que finalmente se incluyen en el contrato perfeccionado. Consecuentemente, la Administración no puede permitir una alteración como la descrita, pues ello equivaldría a modificar los resultados del procedimiento de adjudicación. A juicio de este OARC / KEAO, eso es precisamente lo que hace el recurrente (ver, por analogía, la Resolución 43/2018 de este OARC / KEAO). Debe tenerse en cuenta que el apartado 29.7 a) de la carátula del PCAP establece lo siguiente:

29.7.- La empresa licitadora se debe comprometer a adscribir a la ejecución del contrato determinados medios materiales y humanos: sí, los siguientes:

- a) Medios materiales: deberá realizar el itinerario o itinerarios que se le han adjudicado con el o los vehículo /s incluido/s en el Anexo I del documento contractual, el cual deberá cumplir durante la vigencia del contrato con lo regulado en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores; o con vehículo / s de sustitución de antigüedad igual o menor al o los incluido



/ s en dicho Anexo previa autorización del Departamento de Educación. La primera matriculación de los vehículos deberá ser posterior al 31 de diciembre del 2005.

A la vista de este apartado, es claro que la ejecución del contrato con el vehículo expresado en la proposición es un compromiso contractual, y que su alteración es una modificación de la oferta y de la adjudicación. Consta en el expediente que UNITRAVEL rescindió, mediante un acuerdo fechado el 16 de enero de 2018, el contrato de arrendamiento que le confería la disponibilidad del vehículo 6519 JLK incluido en su oferta y, a pesar de declarar estar dispuesta a mantener la adscripción del vehículo al contrato, no consta que haya aportado otro título que le permita dicha disponibilidad.

b) La autorización de cambio del vehículo incluido en la oferta adjudicataria

No cabe alegar que es desproporcionado o “legalista” diferenciar entre la adjudicación y la formalización del contrato. La facultad prevista en la cláusula 14.4 de la carátula del PCAP, que permite al órgano de contratación autorizar la sustitución del vehículo se configura claramente como un supuesto de modificación del contrato prevista en la documentación que rige la licitación (artículo 106 del TRLCSP). Por lo tanto, solo puede operar una vez que éste está perfeccionado (lo cual, según el artículo 27.1 del TRLCSP sucede con la formalización, que no se ha producido), y siempre que la Administración aprecie discrecionalmente que es conforme al interés público, lo que es común a cualquier modificación contractual. No se trata de una autorización íntegramente reglada o automática, ni mucho menos el contratista tiene un derecho subjetivo a exigirla. En cualquier caso, se trata de una facultad pensada para incidir sobre la ejecución del contrato, que solo puede iniciarse después de la formalización (artículo 156.5 del TRLCSP), y no sobre el contenido de la adjudicación, que es inmutable; por el mismo motivo, es irrelevante que el nuevo vehículo sea o no mejor que el sustituido, lo determinante es que no es el de la oferta que resultó adjudicataria. Consecuentemente, no cabe la alegación de UNITRAVEL de que nadie le advirtiera de que dicha posibilidad solo entraba en vigor tras la firma del



contrato, pues ello ya se deduce de una lectura mínimamente diligente de los pliegos que rigen la licitación y el contrato, sin que pueda aceptarse que la recurrente impute a la Administración el perjuicio que le ha causado su propia decisión de prescindir del vehículo.

c) Conclusión

En suma, el poder adjudicador no puede aprobar la alteración de los términos de la adjudicación, formalizando y perfeccionando el contrato en contra de estos últimos, por ser contrario al principio de igualdad de trato para todos los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP) y a los artículos 26.2 y 156.1, último inciso, del TRLCSP, por lo 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa UNITRAVEL AUTOCARES, S.L. contra la no formalización de la adjudicación en su favor 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, itinerario G4534”,



tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

TERCERO: Levantar la suspensión del acto de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: 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 uztailaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de julio 2018