

Dictamen n^o: **339/10**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.10.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de octubre de 2010, sobre consulta formulada por la Sra. Consejera de Educación, al amparo del artículo 14.1.f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre resolución del contrato de servicios de transporte escolar suscrito con la entidad A el 31 de agosto de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Consejera de Educación, por Orden de 13 de agosto de 2010, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, que tuvo entrada en el registro de este órgano 9 de septiembre de 2010. Correspondió su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso.

La presidenta de la Sección IV firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 13 de octubre de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- El 24 de junio de 2010 mediante Orden de la Consejera de Educación de la Comunidad de Madrid se acordó iniciar expediente para la resolución del contrato de servicios titulado «*Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Sur (Plurianual 9), lotes 28046315A y 28046315G IES “Griñón” de Griñón) y lote 28058688A IES “Miguel Delibes” de Torrejón de la Calzada*», adjudicado a la entidad A, en adelante “*el contratista*”, el 25 de agosto de 2009 por incumplimiento de las obligaciones esenciales derivadas del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

En fecha 25 de agosto de 2009 se adjudicó al contratista el contrato de servicios para el transporte escolar de los alumnos de los Institutos de Educación Secundaria “*Griñón*” de Griñón y “*Miguel Delibes*” de Torrejón de la Calzada durante el periodo 2009-2013 (Documento 18). Contrato que se formalizó el 31 de agosto de 2009 (Documento 17).

El día 5 de marzo de 2010, otro de los licitadores del procedimiento de contratación presentó escrito denunciando que el contratista estaba prestando el servicio de rutas de transporte escolar de los citados centros con vehículos no autorizados (Documento 1).

Mediante escrito de 19 de mayo de 2010 de la Dirección del Área Territorial de Madrid Sur se adjuntan los partes de incidencias, suscritos por la dirección de los centros docentes del IES “*Griñón*” de Griñón y del IES “*Miguel Delibes*” de Torrejón de la Calzada, donde se reflejan las matrículas de los vehículos de la empresa contratista que han prestado el servicio de transporte escolar en las rutas 28046315A, 28046315G y 28058688A respectivamente, durante los meses de enero y febrero de

2010. En dicha documentación se ponía de manifiesto que el servicio se estaba prestando con vehículos no autorizados.

El Jefe de Área de Programación y Gestión Económico Administrativa propone inicio de expediente de resolución del contrato, y una vez resuelto, la adjudicación al segundo licitador en puntuación en cada una de las dos rutas (Documento 1).

Mediante Orden 3536/2010, de 24 de junio, de la Consejería de Educación se acuerda iniciar expediente de resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 206 g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por aplicación del artículo 208 de la LCSP la incautación parcial de las garantías definitivas depositadas por el contratista para responder de la correcta ejecución de los servicios (Documento 2).

Se ha dado trámite de audiencia al contratista y al avalista de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en fechas 1 de julio y 5 de julio de 2010, respectivamente (Documentos 3 y 4).

Con fecha 6 de julio de 2010, el Jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa remite al Jefe de Área de Contratación remite nuevas incidencias correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2010 (Documento 5).

El 12 de julio de 2010, el contratista presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución porque considera, además de que la Orden de inicio del expediente incurre en falta de motivación, que los casos en los que se ha utilizado un vehículo distinto a los relacionados en el contrato son, porcentualmente, mínimos. No puede considerarse que haya habido un incumplimiento reincidente y esencial.

Con fecha 13 de julio de 2010, el Jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa remite al Jefe de Área de Contratación nuevo escrito del otro licitador denunciando la utilización de vehículos diferentes a los pactados en el contrato, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y junio (Documento 7).

El 16 de julio de 2010 se emite informe por el Jefe del Área de Programación y Gestión Económica-Administrativas en el que, a la vista de las alegaciones formuladas por el contratista concluye que debe continuar la tramitación del expediente de resolución del contrato correspondientes a los lotes 33 ruta 28046315G del I.E.S. “*Griñón*” y 37 ruta 28058688^a I.E.S. “*Miguel Delibes*”. Respecto al lote 31 ruta 28046315A, se acogen las alegaciones de la contratista, porque *“dado que existen dos rutas contratadas no se clarifica en los partes mensuales de control expedidos por la dirección del centro docente en cuestión en cual de ambas rutas se ha producido el incumplimiento, éste se circunscribe exclusivamente a la ruta código 28046315G, tal y como argumenta la empresa”*.

El servicio jurídico ha emitido informe favorable a la resolución por incumplimiento el 26 de julio de 2010.

Finalmente, se dicta por el Jefe del Área de Contratación, Propuesta de resolución del contrato correspondiente a los lotes 33 ruta 28046315G del I.E.S. “*Griñón*” y 37 ruta 28058688^a I.E.S. “*Miguel Delibes*” y la incautación parcial de la garantía definitiva, con fecha 16 de julio de 2010.

El 4 de septiembre de 2010, mediante burofax, fue notificado a la empresa contratista y a la entidad avalista, respectivamente, la suspensión del procedimiento a los efectos de la emisión de dictamen por parte del presente Consejo Consultivo.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*. El artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*. El artículo 195.1 LCSP requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte el artículo 207 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 195.1 LCSP) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa contratista

mediante notificación efectuada el 1 de julio de 2010, y formulando ésta sus alegaciones el 12 de julio siguiente, en el que se opone a la resolución del contrato. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, mediante escrito notificado el 5 de julio de 2010, sin que conste en el expediente que se hayan emitido alegaciones por su parte.

El artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en sus apartados cuarto y quinto dispone que cuando el contrato se resuelva por el incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados e impone que el acuerdo de resolución se pronuncie sobre la pérdida de la garantía que se hubiese constituido. Mediante informe del Jefe de Área de programación y gestión económico-administrativa de fecha 20 de julio de 2010 se propone la liquidación del daño ocasionado con motivo del incumplimiento del contrato en 444,86 euros para el lote 33 y 818,61 euros para el lote 37.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379), ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo que disponía la Disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses

habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC. En la actualidad, la Disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece en su apartado primero que *“los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”*. Una vez sentada esa aplicación supletoria, entran en juego, a falta de previsiones específicas, las normas comunes sobre plazos para resolver y efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos de la Ley 30/1992.

El presente expediente de resolución se inició el 24 de junio de 2010, si bien consta en el expediente resolución de 1 de septiembre de 2010 por la que se acuerda la suspensión del procedimiento por la solicitud del Dictamen preceptivo al Consejo Consultivo. Esta resolución es notificada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) LRJPAC, al contratista y a la entidad avalista.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para informe del presente Consejo Consultivo. Dicha propuesta de resolución se fundamenta en el artículo 206.g) de la Ley 30/2008, de 30 de octubre, por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, en concreto se ha vulnerado la obligación del prestar el servicio de transporte escolar con los autobuses establecidos en el anexo I del contrato, infringiendo la cláusula tercera del contrato y la cláusula 44 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige dicho contrato.

El contrato es un contrato administrativo de servicios de transporte escolar adjudicado el 25 de agosto de 2009 y formalizado el 31 de agosto siguiente y se rige, además de por lo establecido en la Ley 30/2007, de 30

de octubre, por los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas ex artículo 192 de la Ley. En idéntico sentido la cláusula sexta del contrato, cláusula que debe cumplirse al tenor de la misma ex artículo 193 de la Ley.

En relación a las causas de resolución, el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tipifica como tal:

“g) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

El contrato formalizado el 31 de agosto de 2009, y referido a nueve lotes, establece en su cláusula tercera que *“para cumplir con el citado contrato, el contratista se compromete a realizar el servicio exclusivamente con los vehículos relacionados en el Anexo I”*. En el referido Anexo constan el número de matrícula de trece vehículos, la fecha de su matriculación y el número de puntos asignados en el procedimiento de contratación.

La cláusula 44 del pliego de cláusulas administrativas particulares se remite al artículo 206 de la Ley para la fijación de las causas de resolución, sin perjuicio de tipificar otros supuestos. En el Anexo I apartado séptimo, se establece que *“la relación de vehículos autorizados por la Administración formarán parte del contrato”*, debe advertirse que este apartado regula la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato, siendo un elemento determinante la edad media de la flota de vehículos que el licitador se compromete a asignar al servicio, se requiere que sean de propiedad del licitador y que se identifiquen por su matrícula, aportando una serie de documentos administrativos a los efectos de cumplir con los requisitos exigidos por el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.

La cláusula 24 del pliego bajo la rúbrica “*cumplimiento del plazo y penalidades por demora y ejecución defectuosa*” dispone que “*cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales, si éstos se hubiesen previsto, para lo que se estará al apartado 19 del Anexo I al presente pliego, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 196 de la LCSP. (...)*”. Pues bien en el referido apartado 19 se establece que “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.2 en relación con el artículo 206 g) de la LCSP se determina la pérdida del 10% del importe total del precio/día por cada día en que se preste el servicio con vehículo distinto al de la flota ofertada y registrada por la Administración, realizándose la liquidación correspondiente en la factura del mes afectado. Todo ello, sin perjuicio de considerarse como causa de resolución del contrato en caso de reincidencia en esta práctica*”.

El artículo 102.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, permite que se establezcan condiciones especiales en la ejecución del contrato y que se atribuyan la condición de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de acordar la resolución en caso de incumplimiento de las mismas.

Por último, en la cláusula décima del pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato se establece que “*durante la vigencia del contrato, los transportistas prestarán el servicio de transporte escolar exclusivamente con los vehículos ofertados y que hayan sido autorizados por la Consejería de Educación en el momento de la licitación, acreditándose esta circunstancia mediante la inclusión de la matrícula en la base de datos denominado Sistema de Información del Transporte Escolar (SITE)*”.

En el caso de transferencia o baja de un vehículo de la flota ofertada, el transportista deberá comunicar esta circunstancia a la administración

educativa en el plazo de un mes desde que el hecho se produjo. Esta circunstancia no exime al transportista de mantener, en todo momento, su flota ofertada en condiciones de prestar el servicio contratado con la administración educativa en las mismas condiciones de número de vehículos y antigüedad media de los mismos que la ofertada en el momento de la licitación.

Si las circunstancias lo requieren, la Administración podrá autorizar la inclusión de un nuevo vehículo que sustituya al transferido o dado de baja, siempre que su fecha de primera matriculación sea más moderna que la del vehículo sustituido”.

A la vista del contenido de los pliegos se configura como obligación esencial la utilización de los vehículos que se identifican en el contrato por cuanto los mismos han sido objeto de comprobación previa por parte de la Administración y se ha justificado que cumplen los requisitos exigidos por el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril. En dicho reglamento no se permite utilizar para el transporte de escolar, vehículos con una antigüedad mayor a diez años, salvo determinadas excepciones. Además, la antigüedad de la flota ofertada es, junto con el precio, criterio de baremación de las ofertas admitidas a concurso en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. El contratista obtuvo una puntuación de 38,85 puntos de los 45 que como máximo podían repartirse.

Igualmente, los vehículos autorizados han sido sometidos a un control por la Administración requiriendo para su autorización que se aportara el sobre técnico de la oferta, el permiso de circulación del vehículo; la comprobación de la ficha técnica del vehículo (a efectos de comprobar si el vehículo es apto para el transporte escolar y que está al día en la revisión de la ITV) y póliza de una compañía del ramo que acredite la cobertura de riesgos exigidos por el seguro obligatorio de viajeros, el seguro de responsabilidad civil y el voluntario de responsabilidad civil hasta

50.000.000 de euros y copia de los recibos que acrediten el pago de las respectivas primas que demuestren la vigencia de las pólizas.

El contrato firmado tiene por objeto nueve lotes, y resultan autorizados trece vehículos. Ello significa que el contratista, en caso de tener alguno problema con alguno de los vehículos que utiliza habitualmente para el desarrollo del servicio, podrá utilizar cualquiera de los otros cuatro que estaban autorizados pero, en ningún caso, un vehículo no autorizado como ha ocurrido en el presente caso.

La Cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato *“Obligaciones contractuales esenciales y penalidades por incumplimiento”* califica esta obligación como una obligación contractual esencial y prevé, en caso de incumplimiento la pérdida del 100% del importe total del precio/día por cada día en que se preste el servicio con vehículo distinto al de la flota ofertada y registrada por la Administración, realizándose la liquidación correspondiente en la factura del mes afectado. *“Todo ello sin perjuicio de considerarse como causa de resolución del contrato en caso de reincidencia en esta práctica”*.

Del expediente resulta que en el I.E.S. *“Griñón”* se utilizaron vehículos distintos de los autorizados en el mes de enero –once días-, febrero –siete días-, abril –dos días-, mayo –siete días-. Por su parte, en el I.E.S. *“Miguel Delibes”* se incumplió la obligación en los meses de enero –un día-, febrero –dos días- y mayo –ocho días-. Además, se han utilizado un total de catorce vehículos no autorizados.

Por todo lo anterior, concurre causa de resolución al haberse producido reiterados incumplimientos del contrato en una de sus obligaciones esenciales con la obligación del contratista de indemnizar los daños causados y, en consecuencia, de incautación de la garantía definitiva depositada en los términos manifestados por el informe del Jefe del Área de

programación y gestión económica-financiera de fecha 16 de julio, en el que determina el importe de los daños en 444,86 euros, para el lote 33 28046315G IES “*Griñón*” de Griñón y 818,61 euros para el lote 37 28058688A IES “*Miguel Delibes*” de Torrejón de la Calzada, en función del porcentaje de incumplimientos del contratista sobre la duración total del contrato.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios «*Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Sur (Plurianual 9), lote 33 28046315G IES “Griñón” de Griñón y lote 37 28058688A IES “Miguel Delibes” de Torrejón de la Calzada*», por el incumplimiento del contratista de la obligación del prestar el servicio de transporte con los vehículos autorizados por la Administración, contemplada en el artículo 206 g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 13 de octubre de 2010