

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.E., en nombre y representación de Entidad Comercialización Etrambus, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del concurso de servicios “Transporte escolar de la dirección del Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2019-2020, 2020-2021 y 2021-2022 (código: Madrid Capital plurianual-19)”. Expediente: A/SER-001603/2019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de abril de 2019, se publica en el DOUE Anuncio de licitación del contrato de servicios: “Transporte escolar de la Dirección del Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2019-2020, 2020-2021 y 2021-2022 Código: Madrid Capital Plurianual-19)”. El valor estimado del contrato es 27.862.015,95 euros.

Segundo.- La Sociedad de Comercialización Etrambus, S.A. con fecha 24 de abril de 2019, presenta recurso especial en materia de contratación frente al contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones

Técnicas del contrato de servicios anteriormente mencionado, solicitando la nulidad de la cláusula 11.9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al entender que, la obligación de realizar la prestación de los servicios de transporte con vehículos propiedad de la empresa licitadora resulta contrario a lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. Asimismo solicita la suspensión de la tramitación del procedimiento.

Tercero.- En fecha 25 de abril, la Secretaria de este Tribunal solicita el expediente e informe preceptivo al órgano de contratación, conforme al artículo 56 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), siendo contestado el día 30.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Como empresa del sector, la recurrente está legitimada para interponer el recurso, todo ello de conformidad con el artículo 48 de la LCSP. El objeto social de la empresa es el transporte de viajeros por carretera, ya sea en servicio discrecional, turístico o regular.

Igualmente, se acredita a representación del firmante del recurso.

Tercero.- El presente recurso se presenta el 24 de abril, dentro del plazo de 15 días hábiles desde el día siguiente a aquel en que se publican los Pliegos, el 5 de abril, dando cumplimiento al artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra los Pliegos de un contrato de servicios de cuantía superior a 100.000 euros, siendo pues un acto y cuantía recurribles, a tenor de los artículos 44.1 y 44.2 de la LCSP.

Quinto.- El motivo de impugnación se circunscribe a la exigencia de la propiedad de los vehículos para licitar, solicitando la nulidad de la cláusula 11.9 del PCAP.

La misma expresa, entre la documentación a aportar:

“Declaración responsable por la que el licitador adquiere el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del objeto del contrato los medios personales y/o materiales suficientes para ello, de acuerdo al ANEXO XII de este Pliego, donde se deberán relacionar los vehículos titularidad del licitador con los que se compromete a realizar el servicio.

Dicha relación deberá estar formada por tantos vehículos como rutas a las que licite, pudiendo aumentarse en un número máximo de cinco vehículos adicionales de reserva”.

El Anexo XII es una declaración responsable de adscripción de medios para la ejecución del contrato.

Según el recurrente, la exigencia de vehículos propios le impide licitar porque es una “sociedad de comercialización” en los términos de la legislación de transportes terrestres, es decir, un intermediario que puede, a su vez, contratar a otros transportistas para la realización del servicio. Cita el artículo 22 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

“La intervención de agencias de viajes y otros intermediarios en la contratación de cualesquiera modalidades de transporte de viajeros se regirá por la legislación específica de turismo. Sin perjuicio de ello, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización podrán intermediar, en todo caso, en la contratación de transportes discrecionales de viajeros que vayan a ser prestados por aquellos de sus socios que sean titulares de autorización de transporte de viajeros”.

Cita el artículo 48 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, a efectos de definición de sociedad de comercialización y transcribe:

“Artículo 48.

1. Las empresas prestadoras de los servicios de transporte público o de actividades auxiliares o complementarias de éste, llevarán a cabo su explotación con plena autonomía económica, gestionándolos, de acuerdo con las condiciones en su caso establecidas, a su riesgo y ventura.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior, los servicios de transporte público se llevarán a cabo bajo la dirección y responsabilidad del transportista, intermediario de transportes, cooperativa o sociedad de comercialización que los haya contratado como porteador con el cargador o usuario, al cual le deberán ser facturados por aquél en nombre propio”.

Curiosamente, este artículo no está vigente. Se deroga por el artículo 2.26 del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y otras normas reglamentarias en materia de formación de los conductores de los vehículos de transporte por carretera, de documentos de control en relación con los transportes por carretera, de transporte sanitario por carretera, de transporte de mercancías peligrosas y del Comité Nacional del Transporte por Carretera.

Las únicas menciones localizadas ahora a las sociedades de comercialización, son para el transporte de mercancías (artículo 159).

El Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, dispone que:

“Artículo 2. Autorizaciones de transporte.

Los transportes reseñados en el artículo anterior sólo podrán ser realizados por aquellas empresas que cuenten con la correspondiente concesión o autorización administrativa que, conforme a lo dispuesto en las normas de ordenación de los transportes terrestres, habilite para llevar a cabo el transporte regular o discrecional de que en cada caso se trate.

Para el otorgamiento de la preceptiva autorización de transporte regular de uso especial para la realización de los transportes incluidos en el párrafo a) de dicho artículo, se exigirá, en todo caso, que el transportista solicitante acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 3, 4, 6 y 12, junto a los demás que resulten exigibles por razones de ordenación del transporte, con especial atención a todos aquellos destinados a garantizar un mayor nivel de seguridad en el transporte”.

El artículo 89 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres dispone sobre los transportes regulares de viajeros de uso especial, naturaleza que tiene el presente, que:

“Artículo 89.

1. Los transportes regulares de viajeros de uso especial únicamente podrán prestarse cuando se cuente con una autorización especial que habilite para ello, otorgada por la Administración.

El otorgamiento de dichas autorizaciones se llevará a cabo de conformidad a lo que reglamentariamente se establezca y estará supeditado a que la empresa transportista haya convenido previamente con los usuarios o sus representantes la realización del transporte a través del oportuno contrato o precontrato.

La autorización sólo podrá ser otorgada a una persona, física o jurídica, que previamente sea titular de la autorización de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42”.

El 43 de la Ley citada expresa:

“Artículo 43.

1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

d) Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de

proporcionalidad y no discriminación”

El 89.1 párrafo quinto de la Ley 16/1987 citada afirma respecto de la contratación de transporte en el sector público:

“Cuando el transporte sea contratado por alguno de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, el contrato deberá atenerse, en cuanto no se encuentre expresamente previsto en esta ley y en las normas dictadas para su desarrollo, a las reglas contenidas en la legislación sobre contratos del sector público”.

Conforme al artículo 28 de la LCSP corresponde a la entidad contratante determinar las necesidades a satisfacer y la mejor forma de verificarlo:

“A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

Conforme a ello, el órgano de contratación ha estimado procedente que los vehículos tengan que ser propiedad del adjudicatario, por razones de la específica naturaleza de este transporte y de seguridad, no existiendo normativa alguna que ampare su pretensión de poder presentarse como contratista que subcontrata la efectiva ejecución del servicio a otros transportistas. Y así se ha corroborado por este Tribunal Administrativo de Contratación en un supuesto precedente citado por el órgano de contratación:

“Conviene señalar que el Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid desestimó (Resolución nº 235/2017) el Recurso especial en materia de contratación nº 224/2017 interpuesto por la misma recurrente, Sociedad de comercialización Etrambus, S.A., ante el acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Educación, de fecha 7 de julio de 2017, donde se le excluía de la licitación del contrato ‘Transporte escolar de la Dirección del Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2017/2018 y 2018/2019 (Código: Madrid

Capital Plurianual-17)' al incumplir la misma cláusula, cuya nulidad solicita ahora en el recurso que se informa.

Por ello, este centro gestor se apoya en lo ya dicho en la referida resolución por este Tribunal señalando que, 'el PCAP en la interpretación del órgano de contratación y en la que este tribunal ha considerado más lógica, ha exigido un requisito extra, no para el ejercicio de la actividad del transporte regular especial por carretera, regulado en las normas más arriba citadas, sino para el concreto contrato de transportes que se licita objeto del presente recurso', que no es otro que el transporte de menores por carretera hasta su centro de estudios y las especiales medidas de seguridad y vigilancia que deben primar en este tipo de servicios.

Es decir, con independencia de lo previsto en la normativa sectorial aplicable, los requisitos exigidos para los licitadores en el PCAP responden, exclusivamente, a la necesidad de garantizar que la prestación del transporte escolar se presta con las debidas garantías de seguridad y para facilitar que el control del servicio durante la ejecución del contrato se realiza de acuerdo con lo estipulado en la Orden 3793/2005, de 21 de julio, que regula el servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la Consejería de Educación.

Entre otras actuaciones de los distintos agentes implicados dicha Orden establece que los Directores de los centros verificarán 'si los vehículos que realizan el servicio son los contratados, comprobando diariamente sus matrículas y el nombre de la empresa titular del mismo'. La intensidad de la vigilancia que debe ejercer la Administración respecto a la seguridad de los vehículos se vería disminuida, dificultando el control de las condiciones en las que se efectúa el transporte si se permitiera la utilización de vehículos titularidad de terceros, desvirtuando así el control que el servicio de transporte escolar exige.

5. En relación al contrato aportado por el recurrente en un contrato de servicios de transporte escolar previo, se señala como bien dice el Tribunal en la citada Resolución nº 235/2017, corresponde al órgano de contratación determinar las exigencias correspondientes a los distintos elementos que confluyen en el servicio. Asimismo señala el Tribunal que corresponde al órgano de contratación "adoptar las decisiones respecto de las ofertas presentadas a la vista de las exigencias de los pliegos, no acudiendo a elementos exteriores, como pudiera ser el resultado de una licitación anterior. Por todo lo anterior y, habida cuenta de las

especiales circunstancias del objeto de este contrato, para la protección, salvaguarda y seguridad de los alumnos transportados, entendemos que deben desestimarse las peticiones realizadas por la empresa recurrente”.

El propio Pliego en su cláusula primera punto 17 prohíbe taxativamente la subcontratación del servicio, que es lo que pretende el recurrente, que no dispone de vehículos propios:

“Subcontratación.

Está taxativamente prohibida la subcontratación del servicio y su incumplimiento será causa de resolución del contrato, salvo lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la sustitución de vehículos en caso de avería”.

Por todas estas razones procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.E., en nombre y representación de Entidad Comercialización Etrambus, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del concurso de servicios “Transporte escolar de la dirección del Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2019-2020, 2020-2021 y 2021-2022 (código: Madrid Capital plurianual-19)”. Expediente: a/ser-001603/2019.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.