

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

En Madrid, a 6 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.G.E., en representación de la Sociedad de Comercialización Etrambus, S.A. (en adelante Etrambus) contra el Acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de fecha 7 de julio de 2017 por el que se excluye a la recurrente 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)”, número de expediente: A/SER-001018/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de mayo de 2017, se publica en el B.O.C.M. anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, mediante tramitación ordinaria, con criterio único, precio y un valor estimado de 12.128.756,17 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) en su Cláusula 11, apartado 15, textualmente establece que las empresas licitadoras

deberán presentar: *“Relación de las matrículas de los vehículos de titularidad del licitador con los que pretenden realizar el servicio”*.

Segundo.- Etrambus, S.A. presenta su oferta para los lotes 39, 41, 47, 94, 102 y 105.

Con fecha 12 de junio de 2017, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación presentada por los licitadores. Una vez vistas las deficiencias de documentación, con fecha 26 de junio de 2017, se solicita a Etrambus, la subsanación de la documentación relativa a los vehículos presentados por la misma para realizar el contrato, debido a que dichos vehículos no son de titularidad de la empresa.

Con fecha 30 de junio de 2017, la empresa remite al Área de Contratación de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, la documentación requerida en fase de subsanación, así como escrito de alegaciones, en el que indica que los vehículos presentados son de titularidad de las empresas Vienbus, S.L. y Etrambus Viajes y Servicios, S.A.

Por último, el 5 de julio de 2017 la Mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, siendo en el acto de apertura de la oferta económica el 7 de julio de 2017, en el que se comunica a la empresa su exclusión.

Tercero.- El 28 de julio de 2017, la empresa Etrambus presentó recurso especial en materia de contratación, previo el anuncio efectuado el día 24 de julio, a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

En el recurso se indica en primer lugar que, a pesar de haberlo solicitado no se le ha notificado formalmente el acuerdo de exclusión de su oferta lo que le produce indefensión, habiéndose enterado de los motivos de la misma en el acto de apertura de la documentación económica, al que asistió. Solicita que se anule el

acuerdo de exclusión entendiendo que cumple la normativa en materia de transportes terrestres que permite ejercer la actividad de transporte a las sociedades de comercialización, sin necesidad de ser titular de los vehículos destinados a la misma y alegando que en licitaciones anteriores no ha sido excluida con el mismo pliego, lo que supone la vulneración de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

El órgano de contratación remitió al Tribunal una copia del expediente administrativo y el informe preceptivo con fecha 2 de agosto de 2017, en el que se limita a solicitar la desestimación del recurso por entender que la oferta incumple el PCAP en concreto la cláusula 11, apartado 15.

Cuarto.- Con fecha 7 de agosto se ha concedido trámite de alegaciones a los interesados en la licitación, habiéndose presentado únicamente un escrito por la empresa Autocares Vista Alegre, S.L. en el que manifiesta su intención de no realizar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Etrambus ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto de trámite por el que se acuerda la exclusión del licitador

en un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo del recurso, el artículo 40 del TRLCSP, permite la impugnación alternativa o bien del acto de exclusión o bien del acto de adjudicación de los contratos.

En este caso no se ha producido la notificación formal del acto en el que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente por segunda vez, si bien la misma manifiesta darse por notificada el 7 de julio de 2017, en el acto de apertura de la oferta económica, por lo que el recurso interpuesto el día 28 de julio se presentó en plazo.

Quinto.- El recurso solicita que se deje sin efecto el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente, en tanto en cuanto no se ajusta a derecho y se pone de relieve que la falta de notificación del indicado acuerdo produce indefensión.

Como más arriba se ha indicado el órgano de contratación no está obligado a notificar cada uno de los actos que se producen durante la tramitación del procedimiento de licitación, sino que en virtud del principio de economía procedimental cabe la concentración en el acto que pone fin al procedimiento de todos los que se ha ido dando durante su iter.

Así, si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, y viceversa; tal y como se afirmaba en la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado: *“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo*

310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato (...).Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”.

A estos efectos debe considerarse que el acto se ha notificado formalmente cuando reúne los requisitos establecidos en el artículo 40 de la LPACAP, incluyendo no solo una motivación del mismo, sino también una indicación de los recursos que caben contra aquél.

En este caso la recurrente no puede invocar indefensión habida cuenta de la no obligatoriedad de la notificación del acto de exclusión, amén de que conoce cumplidamente las causas de su exclusión por lo que no cabe estimar el recurso por este motivo.

Previamente a analizar el resto de cuestiones de fondo planteadas conviene reiterar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Cabe recordar también que las exigencias correspondientes a los distintos elementos que confluyen en el servicio corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, debiendo el 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 o la comparación con los productos actualmente suministrados.

En el presente caso el único motivo de recurso hecho valer es la inadecuación a derecho de la exigencia de que los vehículos sean titularidad de los licitadores, sin discutir la circunstancia fáctica de dicha titularidad.

Cabe señalar en primer lugar que la recurrente no ha impugnado los pliegos, en concreto el PCAP por el que se rige esta licitación en cuanto a la cláusula 11, apartado 15 que bajo la rúbrica, Forma y contenido de las proposiciones, establece que dentro del sobre 1, se incluirá un sobre cerrado con la siguiente documentación: *“Relación de las matrículas de los vehículos de titularidad del licitador con los que pretenden realizar el servicio, debidamente firmado por el representante que realice la oferta”* y que por lo tanto de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia, no cabe invocar una vez presentadas las ofertas, incumplimiento alguno del ordenamiento vigente o de los principios por los que se ha de regir la licitación pública, o defectos en los pliegos.

No se discute por el órgano de contratación que la inclusión de la restricción controvertida sea o no ajustada a la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), o su Reglamento, que efectivamente como aduce la recurrente permiten la prestación del servicio por empresas comercializadoras. Así su artículo 89 solo exige para la prestación de la actividad de transporte regular de uso especial, contar con la correspondiente autorización, permitiendo el apartado 3 del mismo, que en el caso de que los vehículos propios sean insuficientes, el servicio especial se pueda prestar con vehículos de otros transportistas que cuenten

con la indicada autorización. Por su parte el Reglamento de la LOTT no establece como requisito la titularidad de los vehículos.

En este caso, si bien la redacción de esta cláusula concreta del PACAP no es unívoca en el sentido de que podría referirse únicamente a la relación de las matrículas de aquellos vehículos que sean de titularidad de los licitadores, pero no del resto, esta interpretación no encuentra apoyo a lo largo del texto del PCAP, ni parece lógico exigir menores cargas cuando se trate de vehículos que no sean titularidad de las licitadoras, o al menos haber previsto un sistema alternativo para el resto de vehículos. De manera que no obstante lo señalado respecto de la normativa vigente, 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.

En cuanto a las consideraciones relativas a una licitación anterior, ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones, que las mismas no influyen en posteriores contratos, sin perjuicio de que no resulta acreditado que la cláusula que origina la exclusión de la licitadora se incorporara a los pliegos de la anterior licitación en sus propios términos.

Por todo lo anterior procede desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don J.G.E., en nombre y representación de Sociedad de Comercialización Etrambus, S.A., contra el Acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de fecha 7 de julio de 2017 por el que se excluye a la recurrente 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)”, número de expediente: A/SER-001018/2017, por los motivos señalados en el fundamento de derecho quinto.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.