

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DIVERVIAL S.L., contra el Acuerdo del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía, de fecha 30 de julio de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Servicio de transporte escolar de la Dirección Madrid Este para los cursos 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024” Lote 12 número de expediente A/SER-003404/2021 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 14 de abril de 2021 y en el DOUE el día 16 de abril de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en 29 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 5.942.911,88 euros y su plazo de duración será de 3 cursos escolares.

A la presente licitación se presentaron 26 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Antecedentes

El día 14 de mayo de 2021, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura en acto público de los sobres que contienen las ofertas económicas presentadas en el procedimiento de licitación que nos atañe.

En dicho acto se comprueba que la proposición económica presentada por ALEJANDRA FRAILE ARROYO, resulta ser la oferta económicamente más ventajosa para 10 lotes recogidos inicialmente en su anexo XII (1, 5 9, 10, 11, 12, 13, 26, 27, 28).

El día 26 de julio de 2021, para revisar la documentación presentada por las empresas propuestas para la adjudicación. En dicha sesión se examina la documentación presentada por las empresas adjudicatarias, y se comprueba que MARIA ALEJANDRA FRAILE ARROYO, consta como suspendida en la clasificación con fecha 14/06/2021, por lo que deberá acreditar su levantamiento o alternativamente su solvencia económica en base a sus Cuentas registradas.

Tras requerir a MARIA ALEJANDRA FRAILE ARROYO que acredite su solvencia económica, ésta presenta escrito acreditando solvencia en base a Cuentas registradas, y añade la preferencia de lotes para el caso de no resultar suficiente le solvencia. Este orden es: 1, 9 12, 27, 28, 26, 13, 10 y 11.

Con fecha 28 de julio de 2021, la Mesa de contratación comprueba en base a las cuentas registradas que sólo dispondría de solvencia para los lotes 1, 9, 12, 27, 28.

Con fecha 30 de julio de 2021, el Director General de Infraestructuras y Servicios, por delegación del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y

Portavocía, acuerda la adjudicación del contrato que nos ocupa. No consta ni en los diversos escritos formulados, ni en el perfil de contratante ni en el expediente administrativo remitido la fecha de notificación ni de publicación del acuerdo de adjudicación.

Tercero.- El 20 de agosto de 2021 tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Divervial S.L., en el que solicita la anulación de la adjudicación de lote 12 por no cumplir la oferta la habilitación técnica requerida en el pliego de cláusulas administrativas.

El 24 de agosto de 2021 el órgano de contratación remitió el recurso especial en materia de contratación formulado, el expediente de contratación y el informe a 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 27 de agosto de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de julio de 2021 e interpuesto el recurso, en el órgano de contratación, el 20 de agosto de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso basa su fundamento el recurrente en la falta de la habilitación requerida en el PCAP sobre los vehículos adscritos a cada lote.

Considera que el vehículo propuesto en la oferta de la licitadora al lote 12 matrícula 3466-LMG no cumple el requisito de habilitación profesional establecido en la cláusula 14.12 A del PCAP, por lo que su oferta debe ser excluida.

Alega que la posibilidad que concede el PCAP de reasignar los vehículos según los lotes efectivamente adjudicados, no puede entenderse sin que la totalidad de los vehículos ofertados, tanto a cada lote como los de reserva, cumplan los requisitos de admisión establecidos, por lo que en consecuencia, no se puede admitir la oferta propuesta al lote 12 por la adjudicataria al incluir un vehículo no autorizado, perdiendo por tanto la posibilidad de reasignar a dicho lote otros autobuses.

El órgano de contratación en su escrito al recurso interpuesto manifiesta que: *“el punto 7 establece la Declaración Responsable, como medio previo de compromiso del licitador a la adscripción de los medios a la ejecución del objeto del contrato los medios personales y/o materiales suficientes para ello, de acuerdo al **Anexo XII**, donde se deberán **relacionar los vehículos titularidad del licitador** con los que se compromete a realizar el servicio, advirtiendo que la relación deberá estar formada por **tantos vehículos como rutas a las que licite**, pudiendo aumentarse en un **número máximo de DIEZ vehículos adicionales de reserva, ya que acto seguido indica que** de la relación de vehículos presentada por el transportista en el Anexo XII, sólo serán autorizados por la Administración y formarán parte del contrato, el número de vehículos correspondiente a los lotes adjudicados así como los vehículos adicionales según los criterios del párrafo anterior.*

Además, considera que el licitador puede resultar propuesto adjudicatario de un número inferior de los lotes al licitado añadiendo que “cuando un licitador resulte adjudicatario de un número de lotes inferior al del número de lotes licitados, se le requerirá con el fin de que determine qué vehículos de los indicados en el Anexo XII (siempre que cumplan las condiciones previstas) vinculará al servicio de los lotes adjudicados con el fin de que se autoricen y figuren en el contrato administrativo”.

Es decir, el PCAP dota al anexo XII de flexibilidad para su redefinición, permitiendo al licitador optimizar sus medios para un mejor servicio, sin que ello pueda ir en perjuicio de la Administración al contemplar el propio PCAP instrumentos, como la constitución de garantía provisional, que protegen a la Administración de los perjuicios

derivados de acudir a una licitación sin disponer de la totalidad de los medios necesarios”.

En este punto es necesario invocar la cláusula 6.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato del PCAP que establece:

“Para la prestación del servicio de transporte escolar, además de la preceptiva autorización administrativa de transporte público de viajeros (VD), de la autorización de transporte público de viajeros en vehículo taxi (VT) o de la autorización de arrendamiento de vehículo con conductor (VTC), la empresa adjudicataria debe disponer de la autorización administrativa de transporte regular de uso especial que le habilite para la prestación del servicio de transporte escolar. Además, el vehículo con el que preste el servicio deberá disponer, en caso de contar con más de 9 plazas, incluido el conductor, de la habilitación específica para transporte escolar, de acuerdo con la Orden de 5 de junio de 2001 de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se regula la habilitación de vehículos para el transporte escolar y los requisitos de otorgamiento y visado de las autorizaciones de transporte regular de uso especial y con la normativa local de desarrollo”.

Asimismo, interesa destacar del mismo PCAP la cláusula 14 Acreditación de la capacidad para contratar que en su apartado 12 establece: *“Se requerirá al licitador que haya sido propuesto como adjudicatario la siguiente documentación técnica de los vehículos relacionados en la declaración responsable del Anexo XII (sólo de los vehículos de los lotes para los que son propuestos como adjudicatarios y de los relacionados como vehículos de reserva), teniendo en cuenta dos supuestos (A y B):*

A) Para el caso de vehículos con más de 9 plazas incluido el conductor, el órgano de contratación consultará por medios electrónicos que el licitador dispone de la TARJETA DE HABILITACIÓN ESPECÍFICA PARA TRANSPORTE ESCOLAR emitida por la D.G. Transporte y Movilidad de la Comunidad de Madrid de conformidad con el artículo 3 de la Orden de 5 de junio de 2001 de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se regula la habilitación de vehículos para el transporte escolar y los requisitos de otorgamiento y visado de las autorizaciones de

transporte regular de uso especial, en vigor a la fecha del último día de presentación de ofertas”.

El último párrafo de la cláusula 14 establece: *“Para la aportación de esta documentación, el adjudicatario dispondrá de 10 días hábiles. En caso de no presentar la documentación completa y adecuada a las anteriores estipulaciones, se adjudicará el lote al siguiente licitador”.*

Por último es necesario destacar el anexo XII al PCAP que contiene el desglose de los vehículos que van a ser adscritos al servicio en cada uno de los lotes y sobre todo interesa a los efectos de resolver este recurso el párrafo: *“De la relación de vehículos presentada por el transportista en este anexo, solo serán autorizados por la Administración y formarán parte del contrato, el número de vehículos correspondiente a los lotes adjudicados, pudiéndose aumentar el número de vehículos en un número máximo a diez adicionales de reserva. Para ello, cuando un licitador resulte adjudicatario de un número de lotes inferior al del número de lotes licitado, se le requerirá con el fin de que determine que vehículos de los indicados en el Anexo (siempre que cumplan las condiciones previstas) vinculará al servicio de los lotes adjudicados con el fin de que se autoricen y figuren en el contrato administrativo”*

Se ha de destacar que ni el órgano de contratación ni la adjudicataria en su escrito de alegaciones se oponen a la falta de las condiciones de habilitación del vehículo matrícula 3466-LMG, ofertado al lote 12.

Vistas las posiciones de las partes y lo establecido en el PCAP podemos entender que la controversia se basa en la solicitud de exclusión de la oferta de la licitadora al lote 12 por incumplimiento de la habilitación profesional requerida en el PCAP y por parte tanto del órgano de contratación como de la Sra. Fraile pretenden la aplicación de la cláusula del PCAP que permite reasignar los vehículos a los lotes cuando no se hayan obtenido todas las adjudicaciones pretendidas.

Como es sabido, los Pliegos 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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y del PCAP se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Si acudimos al textual del anexo XII observamos la siguiente estipulación: *“cuando un licitador resulte adjudicatario de un número de lotes inferior al del número de lotes licitado, se le requerirá con el fin de que determine que vehículos de los indicados en el Anexo (siempre que cumplan las condiciones previstas) vinculará al servicio de los lotes adjudicados con el fin de que se autoricen y figuren en el contrato administrativo”*.

La lógica referencia *“siempre que cumplan las condiciones previstas”*, impide de todos modos sustituir un vehículo que se oferta inicialmente y que no cumple con la habilitación profesional requerida por otro distinto que si las cumple.

Esta mención del PCAP es lógica, coherente y valida toda vez que el requisito de habilitación profesional se trata de una condición de aptitud para contratar.

Es criterio de este Tribunal reiterado en numerosas resoluciones, valga por todas, la Resolución 281/2019 de 4 de julio, que las condiciones de aptitud para contratar se establecen en el artículo 65 de la LCSP que indica: *“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en algún prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

(...)

2. Los contratistas deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

Por todo ello la aptitud para contratar de la empresa licitadora es condición previa y necesaria a la licitación de tal forma que es insubsanable, entendiendo por tal no la acreditación documental o la declaración, sino su propia existencia. En consecuencia una empresa que no dispone de la aptitud requerida no podrá ni siquiera participar en el procedimiento de licitación.

Por lo tanto en el caso que nos ocupa, adjudicado el lote 12 a la Sra. Fraile y comprobado que su oferta carece de la habilitación requeridas solo procede su exclusión, sin posibilidad alguna de subsanar o cambiar el vehículo propuesto pues esa acción, la reasignación de autobuses que permite el PCAP, solo será posible entre

aquellas propuestas que reúnan todos los requisitos para ser adjudicatarias, requisitos que la oferta de la Sra. Fraile al lote 12 no cumplía desde su presentación.

En el presente caso no estamos ante una adscripción de medios regulada en el art. 76 de la LCSP, sino ante un requisito de aptitud para contratar. Por ello no pueden aplicarse las normas y usos admitidos de sustituciones de medios materiales o humanos que si son posibles en la adscripción de medios de conformidad con el ya mencionado artículo 76 de la LCSP.

Por todo ello se estima el recurso interpuesto y se ordena la retroacción de las actuaciones al momento de la aceptación de la acreditación de la personalidad, capacidad y solvencia de la oferta presentada por la Sra. Fraile al lote 12 del contrato que nos ocupa, correspondiendo a inadmisión de su oferta.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DIVERVIAL S.L., contra el Acuerdo del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de fecha 30 de julio de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Servicio de transporte escolar de la Dirección Madrid Este para los cursos 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024” Lote 12 número de expediente A/SER-003404/2021, excluyendo la oferta presentada por la adjudicataria por carencia de habilitación profesional requerida en el PCAP

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.