

Dictamen nº: **129/10**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **19.05.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 19 de mayo 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.- El 2 de noviembre de 2009 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), lote aaa CP EE María Montessori de Parla y lote bbb CP INF-PRI Antonio Machado de Fuenlabrada*”, adjudicado a 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 centros públicos escolares María Montessori de Parla y Antonio Machado de Fuenlabrada

durante el periodo 2009 -2013. Contrato que se formalizó el 31 de agosto de 2009.

El 15 de octubre de 2009, otro de los licitadores del procedimiento de contratación presentó escrito, al que adjunta acta notarial, denunciando que el contratista estaba prestando el servicio de la ruta de transporte escolar código aaa del C.P.E.E. María Montessori de Parla con vehículos no autorizados.

Mediante escrito de 22 de octubre de 2009 de la Dirección del Área Territorial de Madrid Sur se adjuntan los partes de incidencias, suscritos por la dirección de los centros docentes de las rutas de transporte escolar aaa del C.P.E.E. “*María Montessori*” de Parla y bbb del C.E.I.P. “*Antonio Machado*” de Fuenlabrada correspondientes a los meses de septiembre y octubre que había prestado el contratista, en los que se ponía de manifiesto que el servicio se estaba prestando en un elevado porcentaje (47,58%) con vehículos no autorizados. En concreto, en el parte de incidencias del mes de septiembre del centro “*María Montessori*” se evidencia que en ocho ocasiones se ha utilizado un vehículo que no figuraba entre los contratados, respecto del mes de octubre del mismo centro escolar consta que dicho incumplimiento se ha producido en doce ocasiones y respecto al otro centro escolar, constan un incumplimiento en septiembre y quince en octubre.

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.

Mediante Orden 4894/2009, de 2 de noviembre, de la Consejería de Educación se acuerda iniciar expediente de resolución del contrato y por aplicación del artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público la incautación parcial de las garantías definitivas depositadas por el contratista para responder de la correcta ejecución de los servicios.

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 22 y 23 de febrero de 2010, respectivamente.

En uso de dicho trámite, el contratista ha presentado en fecha 4 de marzo de 2010 escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución y admitiendo su incumplimiento alegando que ha obedecido a causas no imputables al mismo.

El servicio jurídico ha emitido informe favorable a la resolución por incumplimiento el 12 de febrero de 2010.

Finalmente, se dicta por el Jefe del Área de Contratación, Propuesta de resolución del contrato y la incautación parcial de la garantía definitiva con fecha 9 de febrero de 2010.

SEGUNDO.- La Consejera de Educación acordó remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 14.1 f), párrafo cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 20 de abril de 2010, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez.

El presidente de la Sección III firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 19 de mayo de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en el antecedente de hecho anterior.

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 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 de la Ley) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa contratista mediante comunicación de fecha 12 de noviembre de 2009, y formulando ésta sus alegaciones el 18 de noviembre siguiente, en el que reconoce la utilización de vehículos no incluidos en el contrato pero que eran de su propiedad, solicitando que no se adopte la resolución del contrato por resultar desproporcionada.

Posteriormente, el 22 de febrero de 2010 se le ha dado traslado de la propuesta de resolución a la que se ha opuesto, mediante la presentación de escrito el 4 de marzo de 2010, solicitando el archivo del expediente por no haber cobrado los días que utilizaron otros vehículos y que desde el mes de octubre de 2009 no han cometido ningún otro incumplimiento. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, mediante escrito notificado el 16 de noviembre de 2009 y, posteriormente, se le ha dado traslado de la propuesta de resolución el 23 de febrero 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 16 de febrero de 2010 se propone la liquidación del daño ocasionado con motivo del incumplimiento del contrato en 616,07 euros.

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 RGCP 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 2 de noviembre de 2009 y el transcurso del plazo de tres meses supone que el expediente caducó el 3 de febrero de 2010. Debe advertirse que la entrada del expediente en el presente Consejo ha tenido lugar el 20 de abril de 2010, por tanto, fuera del plazo de tres meses para la resolución del mismo y sin que se pueda aplicar la suspensión del plazo contemplada en el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC. Dicha caducidad no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución.

TERCERA.- No obstante haber apreciado la caducidad del expediente de resolución del contrato y en atención al carácter no vinculante del dictamen, procede analizar, aún a efectos meramente dialécticos, si en el expediente remitido se aprecia la concurrencia de la causa de resolución alegada por la Administración. La propuesta de resolución se fundamenta en el artículo 206 g) de la Ley 30/2007, 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

rigue, 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 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 cuatro 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.

El apartado 19 del Anexo I de los pliegos de cláusulas administrativas particulares bajo la rúbrica *“obligaciones contractuales esenciales y penalidades”*

por incumplimiento” 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 le 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. Del expediente remitido parece que concurriría el incumplimiento de dicha obligación esencial sin que el contratista haya acreditado que el mismo se debiese a causas ajenas a su voluntad.

Todo ello sin perjuicio de la necesidad de que el nuevo expediente, que en su caso se vuelva a incoar, sea remitido al presente Consejo Consultivo.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El expediente de resolución del contrato iniciado mediante Orden de la Consejera de Educación de 2 de noviembre de 2009 esta caducado a tenor de las consideraciones formuladas en el considerando de derecho segundo del presente Dictamen.

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, 19 de mayo de 2010