

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

En Madrid, a 5 de julio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.M.C., en representación de Discrecional G-18, AIE, contra su exclusión de la licitación del “Servicio de transporte de usuarios del Centro de Día de la Residencia de Mayores Adolfo Suárez, adscrita a la Agencia Madrileña de Atención Social”, expediente A/SER-002165/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 27 de abril de 2017, mediante Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social se hace pública la convocatoria del procedimiento citado, publicándose en el BOCM de 5 de mayo. El valor estimado asciende a 626.109,48 euros.

Segundo.- El apartado 18 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en relación a la habilitación profesional necesaria para la ejecución del contrato establece que *“Las empresas licitadoras deberán contar con la oportuna habilitación y autorización administrativa, conforme a lo establecido en la*

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, así como demás normativa de desarrollo tanto estatal como de la Comunidad de Madrid”.

Por otro lado el apartado 18 de la misma cláusula 1 no permite la subcontratación.

Discrecional G-18 presentó al proceso de licitación, la habilitación profesional de cada uno de los socios que constituyen la agrupación, pero no su propia habilitación, por lo que la mesa de contratación acordó por unanimidad que dicha documentación le fuera requerida, al estar prohibida la subcontratación en el proceso de licitación.

El 29 de mayo de 2017, la mesa de contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social (AMAS), procede a la comprobación de la subsanación de la documentación presentada, procediendo a la exclusión de Discrecional G18, AIE, por no haber aportado la habilitación profesional o empresarial propia de la empresa, necesaria para la prestación del servicio de acuerdo con lo requerido en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP que rige el contrato. La empresa licitadora, en la subsanación de la documentación administrativa presentada, hace constar que son los socios los que van a prestar el servicio de transporte.

El 30 de mayo de 2017, fue notificado a la Agrupación de Interés Económico (AIE) Discrecional G-18 la exclusión del proceso de licitación para la contratación del servicio mencionado.

Tercero.- El 9 de junio tuvo entrada en la AMAS el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Agrupación de Interés Económico Discrecional G-18.

El 13 de junio, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de mayo de 2017, practicada la notificación el 30 de mayo e interpuesto el recurso el 9 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el

mismo, en el marco de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la licitación de una Agrupación de Interés Económico por carecer de la habilitación profesional como transportista. La cuestión planteado se centra en si para participar en la licitación y poder ser adjudicataria del contrato la AIE Discrecional G-18 necesita disponer por sí misma de los requisitos de aptitud (habilitación empresarial) para la ejecución del contrato o si por el contrario es suficiente que cuenten con dichos requisitos las empresas que integran la Agrupación.

Las AIE son sociedades dotadas de personalidad jurídica, carácter mercantil y carentes de ánimo de lucro para sí mismas, que se rigen por la Ley 12/1991, de 29 de abril y, supletoriamente, por las normas de las sociedades colectivas.

En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento CEE 2137/85, de 35 de junio, regula la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico.

El objeto de la AIE se limita a una actividad económica auxiliar de la que desarrollan sus socios. Así lo explica el preámbulo de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico *“La Agrupación de Interés Económico constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la Agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros”*.

Y en su articulado, la Ley 12/1991 dispone:

“Artículo 2. Finalidad.

1. La finalidad de la Agrupación de Interés Económico es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios.

2. La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro para sí misma.

Artículo 3. Objeto.

1. El objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios.

2. La Agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros”.

Esta definición implica una diferencia de las AIE con otras figuras asociativas como las uniones temporales de empresarios o los grupos de sociedades que no gozan de personalidad jurídica propia y diferenciada de los integrantes.

Expuesta cual es la naturaleza de las AIE conviene determinar si tienen capacidad jurídica para contratar con el sector público. La Comunicación de la Comisión 97/C285/10, de 20 de septiembre, sobre participación de las agrupaciones europeas de interés económico (AEIE) en licitaciones públicas y en programas financiados con fondos públicos, establece que las directivas de contratación pública prevén todas las posibilidades de que las agrupaciones participen en las licitaciones sin exigirles una forma jurídica específica. Una Agrupación Europea de Interés Económico puede participar en una licitación pública y asumir su ejecución. En este sentido se ha pronunciado también el Informe 7/92, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva del Estado, que concluye que *“aunque resulte difícil admitir, por la limitación de su objeto, que una Agrupación de Interés Económico concorra como tal a una licitación pública, en el supuesto de que así fuese, el problema de la clasificación deberá ser resuelto con arreglo a los criterios generales de la vigente legislación de contratos del Estado (...)”*. Al estar dotada de personalidad jurídica su

clasificación ha de producirse con independencia de la reconocida a los integrantes de la Agrupación.

No obstante, el carácter auxiliar de su actividad económica como limitación de su objeto social conlleva una dificultad para la admisión al concreto procedimiento de contratación.

El Informe 45/02 de 28 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que la acreditación de la solvencia puede realizarse mediante la adscripción de medios que no son de su propiedad sino que pertenecen a otras empresas distintas de ellas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato.

El informe 1/2009, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Extremadura, sobre la contratación con las Administraciones Públicas por parte de las AIE, considera que aunque el supuesto de las AIE no es exactamente el de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, puede ser de plena aplicación para acreditar la solvencia siempre y cuando quede documentalmente acreditado que cuenta con la efectiva y plena disposición de aquellos medios materiales y de solvencia económico-financiera de sus socios que resulten necesarios para la ejecución del contrato de que se trate. La acreditación de su solvencia se podrá efectuar haciendo valer los medios de sus socios, siempre que acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución del contrato durante el plazo previsto legalmente.

En definitiva, las AIE podrán contratar con el sector público dado que tienen personalidad jurídica propia y carácter mercantil, siempre que su objeto social coincida con el del contrato que se pretende celebrar y cumplan el resto de condiciones del ordenamiento jurídico entre las que figura, en el artículo 54.2 del

TRLCSPP, la habilitación empresarial o profesional que sea exigible para la realización o prestación que constituya el objeto del contrato.

La AIE Discrecional G-18 está constituida por 6 empresas del sector de transporte de viajeros por carretera, con sedes en diferentes comunidades autónomas del Estado español, cuyo objeto es la concentración del sector de transportes, “agrupar” sus actividades y compartir sinergias para dar respuesta a servicios que, de forma independiente, serían muy costosos o difíciles de asumir de forma individual.

El objeto de la empresa aparece reflejado amplia y detalladamente en el artículo 4º de los estatutos de la AIE Discrecional G-18 donde se expresa:

“Artículo 4.- Objeto.

La Agrupación tendrá como objeto la realización y desarrollo de las siguientes actividades:

- La prestación, a través de los medios de los socios o de terceros, de servicios de transporte de viajeros por carretera, en vehículos de más de nueve plazas en su modalidad de transporte regular de uso general, transporte regular de uso especial, transporte discrecional y/o turístico, pudiendo desarrollar funciones de captación de servicios, contratación con entidades públicas y privadas y comercialización para sus socios y colaboradores.

- La prestación de los servicios auxiliares y complementarios de transporte de viajeros por carretera, administrativos y técnicos relacionados con la actividad de transporte de viajeros por carretera en vehículos de más de 9 plazas en su modalidad de transporte regular de uso general, transporte regular de uso especial, transporte discrecional y/o turístico, pudiendo desarrollar funciones de captación de servicios, contratación con entidades públicas y privadas y comercialización para sus socios y colaboradores”.

La recurrente, constituida como Agrupación de Interés Económico, está dotada de personalidad jurídica propia, por lo que tiene a priori capacidad para la

contratación pública, pero actúa en todo caso como una entidad mediadora de contratos y de asistencia técnica o administrativa para sus socios.

La capacidad de obrar de las AIE está limitada por su carácter de empresa auxiliar, y dependerá de las condiciones concretas de cada licitación para que pueda concurrir válidamente, ya que para contratar con un órgano del sector público, tendrá que cumplir en cada caso los requisitos exigidos en el procedimiento de licitación en el que desee participar. En este sentido se pronunció también la Resolución 068/2011 de 14 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ante un recurso formulado contra la admisión y adjudicación de un contrato de transporte de personal a la AIE Discrecional G-18. En dicha Resolución el Tribunal estimó el recurso al considerar que no presentó la clasificación de la Agrupación sino de cada una de las empresas que la integran.

El artículo 53 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre establece: *“los socios de las cooperativas de transportistas y de las sociedades de comercialización deberán ser en todo caso titulares de autorizaciones de transporte público, no pudiendo, por el contrario, las referidas entidades ser titulares de dichas autorizaciones”*.

La recurrente se encuentra inscrita en el Registro General de Transportistas y de empresas de actividades auxiliares y complementarias del transporte, mediante Resolución de la Dirección General de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid de 11 de noviembre de 2008.

Las autorizaciones para la realización de transportes públicos discrecionales de mercancías y de viajeros en autobús se otorgarán en la modalidad de autorización a la empresa, referida a un conjunto de vehículos para los que, en cada momento, la Administración haya expedido una copia certificada de aquélla. Como regla general, cada copia certificada de la autorización se expedirá referida a un vehículo concreto identificado por su matrícula.

De la actual normativa se deduce que existen dos tipos de autorización administrativa: una para la prestación del servicio de transporte, y otra para la realización de actividades auxiliares o complementarias, siendo autorizaciones independientes, y que el hecho de estar autorizado para la realización de actividades complementarias, tal y como realizan las Agrupaciones de Interés Económico para sus socios, no supone que gocen de habilitación para la realización de la actividad principal.

En el caso que nos ocupa Discrecional G-18 aportó la inscripción en el Registro de Transportistas y en ella se hace constar que se hace como cooperativa de transportistas y sociedades de comercialización, para cuya inscripción se exige aportar los estatutos en los que debe constar como objeto social la captación de cargas o contratación de servicios y comercialización para sus socios. Es decir, la inscripción obtenida por Discrecional G-18 se realiza como cooperativa o sociedad de comercialización, que capta o contrata para sus socios y no como empresa transportista de prestación directa.

La AIE debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos a los licitadores por sí misma, hecho que no se ha producido. Discrecional G-18 presentó al procedimiento de licitación, tal y como se ha citado, la habilitación profesional de cada uno de los socios que constituyen la agrupación, pero no su propia habilitación.

En este procedimiento de licitación se encuentra expresamente prohibida la subcontratación, sin existir ninguna salvedad que justifique la posible adjudicación del contrato a una empresa que no puede tener vehículos debidamente habilitados, hecho que afecta directamente a la capacidad de obrar de la empresa recurrente.

A la vista de la normativa aplicable, no parece posible que la recurrente, que se encuentra constituida como empresa comercializadora y de apoyo técnico, es decir, como empresa para la realización de las actividades auxiliares y

complementarias del transporte, pueda obtener habilitación propia para la prestación del servicio del transporte, por lo que no puede ser válido en la presente licitación aportar la habilitación de sus socios, sin que éstos hayan expresamente manifestado que ponen estos medios a disposición de la AIE.

Por ello, o bien se encuentra permitida la subcontratación o debe acreditar ante el órgano de contratación que dispone de manera efectiva de las condiciones de aptitud para contratar, entre ellas la habilitación profesional.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 G.M.C., en representación de Discrecional G-18, AIE, contra su exclusión de la licitación del “Servicio de transporte de usuarios del Centro de Día de la Residencia de Mayores Adolfo Suárez, adscrita a la Agencia Madrileña de Atención social”, expediente A/SER-002165/2017.

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.