



Recursos nº 433, 434, 436, 437 y 438/2013 C.A. Castilla-La Mancha 043 a 047/2013

Resolución nº 353/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 4 de septiembre de 2013.

VISTOS los recursos interpuestos por D.^a G.C.C. (recurso 433/2013 CLM 043/2013); por D.V.C.D. (recurso 434/2013 CLM 044/2013), por D.C.B.V., en representación de Autocares CLEMENTE, S.L. (recurso 436/2013 CLM 045/2013), y de BRAVO BUS, S.L. (recurso 437/2013 CLM 046/2013) y por D.^a A.R.M.F., en representación de Autocares JUAN MARTÍN E HIJAS, S.L. (recurso 438/2013 CLM 047/2013), contra los acuerdos de inadmisión de sus respectivas ofertas en la licitación del contrato de "*Servicio de transporte escolar en la provincia de Ciudad Real para los cursos escolares 2013-2014 a 2016-2017*" (expediente EC1805TO13SER 034), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Castilla-La Mancha (en adelante, la Consejería o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y en el BOE los días 14, 21 y 23 de mayo de 2013, respectivamente, licitación para contratar, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el "*Servicio de transporte escolar de la provincia de Ciudad Real para los cursos escolares 2013-2014 a 2016-2017*". El valor estimado del contrato se cifra en 49.429.549,32 euros. Las empresas recurrentes presentaron oferta a diversos lotes, de los 206 en que se divide la licitación.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, de la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada

Tercero. La cláusula 16.1.j del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa a la documentación acreditativa de la clasificación en las proposiciones a presentar señala que:

*“j) **Clasificación.** Cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del TRLCSP se requiera la clasificación empresarial para contratar la ejecución del contrato, será requisito indispensable su acreditación de acuerdo con el **apartado O) del cuadro de características...**”*

En el indicado apartado O), se especifica:

“O) CLASIFICACIÓN EXIGIDA: Cuando la suma de los presupuestos de licitación para todo el contrato (4 Cursos) de todas las rutas a las que un licitador se presente sea igual o superior a 120.202,42 € (IVA incluido), éste deberá estar en posesión de la siguiente clasificación:

*GRUPO: R- SERVICIO DE TRANSPORTES;
SUBGRUPO: 1- TRANSPORTE EN GENERAL.*

CATEGORÍA:

Categoría A: Cuando la anualidad media de la suma de las rutas a las que licite sea inferior a 150.000 €.

Categoría B: Cuando la anualidad media de la suma de las rutas a las que licite sea igual o superior a 150.000 € e inferior a 300.000 €.

Categoría C: Cuando la anualidad media de la suma de las rutas a las que licite sea igual o superior a 300.000 € e inferior a 600.000 €.

Categoría D: Cuando la anualidad media de la suma de las rutas a las que licite sea igual o superior a 600.000 €.”

Cuarto. Finalizado el plazo de subsanación, en la reunión de la mesa de contratación del 16 de julio de 2013, se acordó la inadmisión, entre otras, de la proposición presentada por cada uno de los recurrentes porque, “*no presenta certificado de clasificación*”. En el acta se recoge

también que:

“Con fecha de hoy, 16 de julio, tienen entrada en el Registro del Servicio Periférico de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes en Ciudad Real, escritos acompañados de sobres cerrados con documentación, de las siguientes empresas:

- *JUAN MARTÍN E HIJAS, ARGAMASILLA DE CALATRAVA, S.L.*
- *AUTOCARES CLEMENTE, S.L.*
- *BRAVO BUS, S.L*
- *GLORIA CHAMORRO CHAMORRO*
- *VICTORIANO CHAMORRO DÍAZ*

En dichos escritos (el texto es el mismo en todos ellos) hacen referencia a que adjuntan la misma documentación que enviaron a la Junta Consultiva de Contratación para solicitar la clasificación, que en la actualidad todavía no poseen, porque, dicen, no depende del administrado sino de la Administración, pero que a su juicio cumplen todos los requisitos para obtenerla y solicitan que se les dé por subsanadas las deficiencias apreciadas en la documentación del sobre nº1.

La Mesa de Contratación decide no tener en cuenta documentación contenida en los sobres, puesto que no es competencia de la Mesa otorgar o denegar la clasificación, sino comprobar que a fecha de finalización del plazo de subsanación de defectos u omisiones apreciados en el sobre nº 1, cumplen con todos los requisitos previos exigidos para la contratación. A esto habría que sumarle que, como anteriormente se ha dicho, estos escritos han tenido entrada el día 16, cuando el plazo de subsanación finalizaba a las 14:00 horas del día 11 de julio de 2013. Por tanto no se modifica la lista de las empresas excluidas de la licitación donde figuran las 5 empresas relacionadas en el párrafo anterior.”

El acuerdo de exclusión se les notificó el 25 de julio. En el mismo, se hace referencia a que no presentan el certificado de clasificación como empresa de servicios en el Grupo R, Subgrupo 1 y la Categoría que corresponde en cada caso según la cuantía de los lotes a los que se licita y se especifica que tal certificado es *“necesario cuando la suma de los presupuestos de licitación para todo el contrato (4 cursos) de todas las rutas a las que un licitador se presente sea igual o superior a 120.202,42 € (IV A incluido), tal y como se establece en el apartado O del Anexo I (Cuadro de características) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*

que rige la contratación”.

Quinto. Contra dichos acuerdos, el 9 de agosto de 2013, las empresas indicadas al comienzo, previo anuncio al órgano de contratación, interponen recursos ante este Tribunal (con registros de entrada entre el 10 y el 12 de agosto), mediante escrito en el que solicitan que se acuerde dejar sin efecto su exclusión. El 19 de agosto se recibieron los expedientes administrativos, acompañados de los correspondientes informes del órgano de contratación.

El 21 de agosto de 2013, el Tribunal acordó denegar la suspensión solicitada del procedimiento de contratación.

El 26 de agosto, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común(en adelante, LRJPAC), aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 433, 434, 436, 437 y 438/2013 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al afectar a la misma licitación y dirigirse todos ellos contra acuerdos análogos de la mesa de contratación por los que se excluyen de la licitación a las ofertas de las recurrentes.

Segundo. Se impugna la exclusión del procedimiento de licitación en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41.3 del mismo texto legal y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición de los recursos. La legitimación activa de los recurrentes viene otorgada por aplicación del artículo

42 del TRLCSP, por cuanto todos ellos concurren a una licitación de la que fueron excluidos.

Cuarto. Todos los recurrentes consideran que el contrato cuya licitación se impugna debe ser calificado *“como CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS en la modalidad de concesión”*, puesto que *“el riesgo y ventura lo asume el transportista, como bien indica el artículo 29 del pliego de cláusulas administrativas, y se ratifica al no considerar modificaciones del contrato las variaciones del número de alumnos o kilómetros dentro de los tramos que no son objeto de indemnización”*. Entienden que al tratarse de *“un contrato de gestión de servicios... implica que no le es exigible el requisito de aportar el certificado de clasificación económica para licitar”*.

Reiteran además *“que dicha clasificación se solicitó con carácter previo al concurso de transporte escolar, desde el 23 de mayo de 2013, y aún no hemos obtenido respuesta por parte de la administración”*. El retraso, alegan todos los recurrentes, *“no es imputable a quien suscribe, que lo solicitó hace meses al Ministerio de Economía y Hacienda, y no pudo ser subsanado en tanto en cuanto no sea expedido por la propia Administración”*.

Quinto. El órgano de contratación, por el contrario, considera que ha procedido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y 65 del TRLCSP y en el apartado O) del Cuadro de características, que reproduce las previsiones del TRLCSP en relación con el artículo 37 y siguientes del RGLCAP.

Sexto. La cuestión a dilucidar, a la vista de los antecedentes de hecho relatados y de las consideraciones y alegaciones presentadas por los recurrentes y por la Consejería, es si en la licitación impugnada es exigible la clasificación y, en caso afirmativo, si el posible retraso en la expedición del certificado de clasificación por causas no imputables al licitador permite la subsanación por otras vías.

Séptimo. Respecto a la primera cuestión, de acuerdo con los criterios mantenidos por este Tribunal en numerosas resoluciones, no hay duda de que el contrato cuya licitación se impugna debe ser calificado como contrato de servicios. Así lo establece la cláusula 1 del PCAP y, se ratifica en la propia denominación del contrato (*“servicio de transporte...”*) que,

además, se incluye entre los contratos de servicios de la categoría 2 del anexo II del TRLCSP y se declara de regulación armonizada.

Tal calificación es conforme con los criterios mantenidos por este Tribunal (como referencia, en la Resolución 154/2011 de 1 de junio), puesto que, del examen de las definiciones del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios en el TRLCSP, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”*.

Puesto que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto. La cláusula D) del Cuadro de características, Anexo I del PCAP, establece que el pago se hará *“por mensualidades vencidas previa presentación de la factura que será abonada previo certificado de buena ejecución del servicio...”*. En cuanto a las modificaciones contractuales, la cláusula V) del cuadro de características considera que se modificará el contrato (hasta, como máximo el 30% del precio de adjudicación): *“a) Por prolongación, acortamiento o desvío de la ruta inicialmente prevista, que vaya a tener carácter permanente durante el curso contratado y que suponga incremento o disminución de los kilómetros a realizar no incluidos en el mismo tramo a que se refiere el Anexo VIII del Pliego. b) Por aumento o disminución del número de alumnos de la ruta, que vaya a tener carácter permanente durante el curso contratado y que dé lugar a un número de plazas necesarias no incluido en el mismo tramo... c) La necesidad sobrevenida de un vehículo adaptado por incorporación a la ruta de alumnado con movilidad reducida con carácter permanente durante el curso contratado que dé lugar a un incremento en el precio. d). La ampliación o reducción del calendario escolar”*. Añade que *“Las variaciones que se produzcan en el número de alumnos o kilómetros dentro de cada tramo, no se considerarán modificaciones, y no serán objeto de indemnización”*.

En contra de lo alegado por los recurrentes, parece evidente que cualquier cambio significativo que aumente el nivel de prestación del servicio (aumento de kilómetros o de plazas que hagan variar el tramo; cambio obligado a vehículo adaptado; aumento de días de prestación), conlleva una modificación del precio (hasta el límite del 30%). Por tanto, el riesgo asumido por el contratista es prácticamente nulo y, en consecuencia, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios.

Por lo demás, si fuera un contrato de gestión de servicios públicos, habría que declarar la inadmisión del mismo, puesto que, al no exigirse gastos de primer establecimiento, no sería susceptible de recurso especial (artículo 40.1.c del TRLCSP) y quedaría fuera de la competencia de este Tribunal.

En conclusión, es exigible la clasificación porque se trata de un contrato de servicios y, en todos los casos, el presupuesto de las rutas a las que se presentan los licitadores recurrentes, es superior al umbral que se establece en el apartado O) del Cuadro de características del PCAP (presupuesto para los cuatro cursos, IVA incluido, superior a 120.202,42 €).

En esta licitación, el valor estimado es superior al presupuesto, pues aunque el primero no incluye el IVA (10%), sí incluye las modificaciones (hasta un 30%) y prórrogas previstas (hasta 2 cursos). Por tanto, el valor estimado de las rutas a las que se han presentado los licitadores recurrentes es también superior a los 120.000 euros a que se refiere el artículo 65 del TRLCSP (y al que se remite la cláusula 16.1.j) del PCAP transcrita en el antecedente tercero). De acuerdo con dicho artículo: *“Para contratar con las Administraciones Públicas... contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado”*.

Octavo. Según manifiestan en sus escritos de interposición, cada licitador presentó el 23 de mayo la solicitud de clasificación ante la Junta Consultiva de Clasificación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. No cabe achacar a los licitadores falta de diligencia en este aspecto, aunque también hay que señalar que la solicitud se formuló prácticamente el mismo día en que se anunció la licitación.

Pero la Ley es taxativa en este aspecto: *“...será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado”* (artículo 65 del TRLCSP). Y, para un supuesto como el

que se debate, en que la empresa se encuentra pendiente de la clasificación, el artículo 146.1.b) del mismo texto legal señala que: *"Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación"*. Y el artículo 81.2 del RGLCAP, sobre la calificación de la documentación y omisiones subsanables, establece dicho plazo en tres días hábiles.

Por lo tanto, el artículo 146 del TRLCSP citado, posibilita que el documento de calificación sea de fecha posterior a la de presentación de ofertas, si se acredita haber tramitado la correspondiente solicitud. Pero, en todo caso, el licitador debe presentar el certificado de clasificación en el plazo de subsanación de la documentación administrativa.

En el procedimiento seguido se han aplicado correctamente las disposiciones indicadas. Los pliegos y el anuncio que recogen la clasificación exigida son ley del contrato y, como ha reiterado la jurisprudencia y hemos recogido en múltiples resoluciones, vincula no sólo a los licitadores, que no impugnaron los pliegos, sino también al propio órgano de contratación, que no puede proceder contra lo prescrito en esos pliegos.

A tal efecto, el hecho de que no hayan podido presentar la documentación de clasificación requerida en el plazo de subsanación habilitado, es indiferente que se deba a una hipotética falta de diligencia del órgano encargado de certificar la misma, o a la complejidad del expediente a tramitar y la fecha de presentación de la solicitud.

En consecuencia, procede desestimar las solicitudes de las empresas recurrentes.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en su sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D.^a G.C.C. (recurso 433/2013 CLM 043/2013); por D.V.C.D. (recurso 434/2013 CLM 044/2013), por D.C.B.V., en representación de Autocares CLEMENTE, S.L. (recurso 436/2013 CLM 045/2013) y de BRAVO BUS, S.L.

(recurso 437/2013 CLM 046/2013) y por D.^a A.R.M.F., en representación de Autocares JUAN MARTÍN E HIJAS, S.L. (recurso 438/2013 CLM 047/2013), contra los acuerdos de inadmisión de sus respectivas ofertas en la licitación del “*Servicio de transporte escolar en la provincia de Ciudad Real para los cursos escolares 2013-2014 a 2016-2017*”.

Segundo. Declarar que no se aprecia concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.