

Recurso nº 400/2021
Resolución nº 410/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 9 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Dalvel,S.L., contra la adjudicación de los lotes 29 y 31 del contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2021/2022, 2022/2023 Y 2023/2024, (Código: Madrid-Capital Plurianual-21)”, dividido en 56 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

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

El valor estimado de contrato asciende a 13.931.111,91 euros, con un plazo de ejecución desde el 1 de septiembre de 2021 al 30 de junio de 2024.

Segundo.- El día 6 de mayo de 2021, se reúne la Mesa de contratación de la Consejería de Educación y Juventud para proceder a la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa presentados en el procedimiento.

La empresa Autocares Agarbus, S.A., incluye entre su documentación el anexo XII donde para los lotes 7,21,28,29,40,56,53 y 31 incluye 6 vehículos, al repetir los referenciados con las matriculas 6307-DWR y 9522-KDX.

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 proposiciones económicas presentadas. En dicho acto se abre la proposición económica presentada por Autocares Agarbus, S.A, resultando la oferta económicamente más ventajosa para 5 (7, 28, 29, 31 y 56) de los 8 lotes recogidos inicialmente en su anexo XII.

El día 24 de junio de 2021, se reúne la Mesa de contratación para realizar propuesta de adjudicación. En el acta expresamente se hace constar el carácter de propuesto como adjudicatario, al quedar condicionada a la acreditación de medios técnicos suficientes para prestar diariamente el servicio ofertado.

El día 23 de julio de 2021, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la revisión de la documentación requerida a los propuestos adjudicatarios en la licitación del contrato, recogándose en la misma que *“Con fecha 25 de junio de 2021, se requiere a las empresas propuestas como adjudicatarias presenten la documentación preceptiva previa a la adjudicación. La empresa AUTOCARES AGARBUS, S.A., propuesta inicialmente como adjudicataria, en escrito de 5 de julio renuncia a la adjudicación de los lotes 7, 28 y 56 por no disponer de vehículos que cumplan con los requisitos técnicos necesarios, proponiéndose, en Mesa con fecha de 16 de julio de 2021, la adjudicación a los siguientes licitadores: Maitours S.L. (Lote 7), Divervial S.L. (Lote 28) y Dalvial S.L. (Lote 56)”*.

Mediante Orden nº 2330/2021, de 30 de julio, del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación, a las empresas relacionadas en el Anexo a la citada orden, en donde la empresa Autocares Agarbus, S.A., resulta adjudicataria de los lotes 29 y 31.

El 23 de agosto de 2021, se presentó por parte de Dalvel, S.L., recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 29 y 31 del contrato de referencia.

Tercero.- El 31 de agosto del 2021, el órgano de contratación remitió al 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 transpone 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 (en adelante 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 adjudicatario 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. Con fecha 8 de septiembre de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

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 empresa licitadora clasificada en segundo lugar, de acuerdo con lo previsto en el 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 de adjudicación fue notificado el 2 de agosto de 2021, interponiéndose el recurso el 23 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 asunto, el recurrente lo fundamenta en que la empresa Autocares Agarbus, S.A., que resultó adjudicataria de los lotes 29 y 31 tras renunciar a 3 lotes de los 5 para los que presentó mejor oferta económica de los 8 lotes para los que inicialmente licitó, incumplía lo dispuesto en la cláusula 11 apartado A del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) al licitar a ambos lotes inicialmente con el mismo vehículo.

La citada cláusula establece en su apartado A.7 establece *“Declaración responsable por la que el licitador adquiere el compromiso de dedicar o adscribir 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. En dicha relación se debe especificar la configuración de plazas de forma que permita comprobar que se cumplen los parámetros exigidos en cada lote.*

Dicha 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.

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. Para ello, 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.

El transportista solo podrá ser adjudicatario de las rutas en las que se compruebe que los vehículos cumplen los requisitos exigidos.

La flota de vehículos deberá ser suficiente para prestar diariamente el servicio en el conjunto de los cinco contratos de servicios que comprenden el Plurianual 21 de transporte escolar (uno por cada Dirección de Área Territorial) en el caso de que presente oferta en dichos contratos. Por lo tanto, la Administración comprobará, siguiendo el orden de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, que no se adjudique más de un lote con un mismo vehículo.

La Administración comprobará que, para un lote que se vaya a adjudicar, el vehículo relacionado no se encuentre ya en otro lote adjudicado de otro contrato de servicios de transporte escolar de otra Dirección de Área Territorial. En caso contrario, se comprobará si alguno de los vehículos relacionados como vehículos de reserva cumple las características de este lote a adjudicar, admitiéndose para su adjudicación, siempre que ese vehículo de reserva no se encuentre autorizado en otro lote.

De la relación de vehículos presentada por el transportista en el Anexo XII, sólo serán autorizados por la Administración y formarán parte del contrato, los vehículos de los lotes adjudicados y los de reserva con los que realizarán el servicio de cualquiera de los lotes que se hayan adjudicado”.

El recurrente manifiesta que Autocares Argabus, S.A., presentó oferta y “*se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato*” para ocho lotes, siendo la oferta económica más ventajosa en cinco de ellos. Tras haber renunciado voluntariamente a tres lotes (7,28 y 56) alegando no “*disponer de vehículos que cumplan con los requisitos técnicos necesarios para la realización de los lotes*”(pese a haber declarado que si disponía de los mismos ante la Administración y licitado los mismos), resulta adjudicatario de los Lotes 29 y 31 a los que licitó con un mismo vehículo , siendo obvio que nunca hubiera podido ser adjudicatario de los 8 lotes a los que licitó con tan solo 5 vehículos pero si podía ser adjudicatario de tres lotes de los relacionados anteriormente, en los que era la oferta más ventajosa (compromiso firmado a 28 de abril de 2021) y donde se constata la consciente falta de medios materiales por parte del licitador para asumir el compromiso adquirido con la presentación del mencionado Anexo XII .

A su juicio, el PCAP no establece en ninguna parte que se permita a las mismas elegir el orden de preferencia en la adjudicación de los lotes donde se tenga posibilidades de ser adjudicatario. La Administración al aceptar esta petición en la propuesta de adjudicación de algunos lotes y que no está contemplada en el pliego y materializada en casos como el que nos ocupa ,al aceptar renunciaciones y /o escritos de preferencia en el orden de adjudicación de lotes , supone un perjuicio a terceros puesto que al permitir “*elegir*” lotes implica, primero el quién escoge antes entre los licitadores y segundo que en función de esa elección se varíen las propuestas de adjudicación de otros lotes afectando a segundas o terceras empresas en diferentes lotes sucesivos.

La renuncia voluntaria el 5 de julio por parte de Autocares Argabus, S.A., del lote 7, 28 y 56 a los que presentaba la oferta más ventajosa , eligiendo el lote 29 y el 31, supone que Dalvel, S.L., no haya sido adjudicataria de estos últimos lotes mencionados ,donde somos la segunda mejor oferta y donde por “*falta*” de medios materiales reconocido por Autocares Argabus S.A., y por la presentación de un mismo vehículo para los lotes 29 y 31 nunca hubiera podido ser ni propuesta adjudicataria ni notificado como adjudicatario de ambos , lo cual entendemos supone

una alteración de la equidad en las oportunidades para todas las empresas que se presentan a un concurso público.

Señala que la adjudicataria licitó ambos lotes con el vehículo 9522 KDX, por lo que no puede ser adjudicatario más que de uno de ellos, indicándose así en el pliego que establece que no se adjudique más de un lote con un mismo vehículo.

Consecuentemente, la posibilidad que ofrece la Administración, una vez resulten adjudicados los lotes, de “reasignar” los medios materiales entre los lotes adjudicados es únicamente entre los mismos (los adjudicados) y para ello siempre con distintos vehículos licitados. No puede asignar otro vehículo de entre los relacionados en el Anexo XII porque nunca debió ser adjudicatario de estos dos lotes a los que licito con el mismo vehículo. De no ser así, no se entiende que objeto tiene, tener que comprometerse a la hora de presentar la oferta el adscribir vehículos con lotes concretos. De haber sido adjudicatario de dos lotes a los que hubiera licitado con dos vehículos distintos al ser el número de lotes adjudicados (2) inferior al número de lotes licitados (8) se le hubiera permitido acogerse a la posibilidad que ofrece la Administración (cláusula 11.7 del P.C.A.P) de haber escogido entre los tres vehículos adaptados para personas con movilidad reducida ofertados (no por ello escoger los lotes) y que cumpliesen con las condiciones previstas de los lotes adjudicados circunstancia que no se da puesto que renunció a los lotes 7 y 28 donde licitó y ofertó con los vehículos 2353-JNZ y 6307-DWR que cumplían con dicho requisito no pudiendo asignarlos a posteriori con objeto de adjudicarse los lotes que le interesen.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el punto 7 de la cláusula 11, apartado A, del PCAP establece la presentación de una Declaración Responsable, como medio de compromiso del licitador de contar con los medios suficientes para la ejecución del contrato, de acuerdo al Anexo XII, donde deberá relacionar los vehículos titularidad del licitador con los que se compromete a realizar el servicio, y aunque advierte 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, añade que 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, puesto que el licitador en la mayoría de los casos resultará propuesto adjudicatario de un número inferior de los lotes al licitado añade 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.

Añade que la reasignación de vehículos inicialmente presentados queda recogida en el propio Anexo XII que establece que:

“De la relación de vehículos presentada por el transportista en este anexo, sólo 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 de diez adicionales de reserva. Para ello, 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 (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”.

Resulta destacable que de la totalidad de vehículos disponibles recogidos en el Anexo XII, la adjudicataria podrá realizar la elección de los vehículos con los que prestar el servicio, sin necesidad de que coincida con lo individualmente recogido

para cada lote en el anexo XII inicial, y siempre bajo la premisa de que *“El transportista solo podrá ser adjudicatario de las rutas en las que se compruebe que los vehículos cumplen los requisitos exigidos”*. Para garantizar lo anterior, el propio PCAP en el citado apartado 7 establece la obligación a la propia Administración de comprobar la suficiencia e idoneidad de medios. De lo anterior, se deduce que, aunque el licitador no se ajustara a licitar a tantos lotes como vehículos, se deja abierta esta posibilidad al añadir que, si así fuese, será la Administración la que tras las comprobaciones: *“De la relación de vehículos presentada por el transportista en el Anexo XII, sólo serán autorizados por la Administración y formarán parte del contrato, los vehículos de los lotes adjudicados y los de reserva con los que realizarán el servicio de cualquiera de los lotes que se hayan adjudicado”*.

Finalmente señala que, si bien el PCAP no establece la ordenación de preferencias, en el caso planteado esta preferencia ha resultado innecesaria al ser el propio licitador el que ha renunciado ajustando su capacidad técnica a lo realmente adjudicado. Así, Autocares Agarbus, S.A., presentó oferta a un máximo de 8 lotes, sin especificar su preferencia en caso de resultar adjudicatario al solo hacer uso de 6 vehículos, si bien esta preferencia no resultó necesaria al ser Autocares Agarbus, S.A., adjudicatario de solo 5 lotes, número inferior al de 6 vehículos presentados, aunque condicionado al cumplimiento de los requisitos técnicos de cada ruta concreta. Es en la acreditación de la idoneidad de cada vehículo a la ruta cuando Autocares Agarbus, S.A., renuncia a 3 lotes por no adaptarse los vehículos, y con carácter previo al pronunciamiento de la Administración al respecto.

De todo el proceso de adjudicación, resulta que la empresa Autocares Agarbus, S.A., es adjudicataria de los lotes 29 y 31 con los vehículos 9522-KDX y 6307-DWR que recogía su anexo XII inicial y que asigna definitivamente en su anexo XII definitivo, cumpliendo con lo dispuesto en la cláusula 11, apartado A punto 7.

Por su parte, el adjudicatario manifiesta que en la relación del Anexo XII se debe especificar la configuración de plazas de forma que permita comprobar que se

cumplen los parámetros exigidos en cada lote, que la oferta deberá estar formada por tantos vehículos como rutas a las que se licite, pudiendo aumentarse en un número máximo de diez vehículos adicionales de reserva. Por lo tanto, se exige que el número de vehículos sea tantos como rutas, no que esos vehículos hayan de ser diferentes tal y como se pretende de contrario, tampoco habla que no se puedan repetir, si bien ciertamente no pueden solaparse en cuanto a horarios hecho que no sucede.

Asimismo, señala que la exigencia de que no se adjudique más de un Lote a un mismo vehículo lo es en el caso de que los horarios sean entre sí incompatibles, no en caso contrario. Y es en este sentido que en esta misma Cláusula se establece que la Administración comprobará que, para un lote que se vaya a adjudicar, el vehículo relacionado no se encuentre ya en otro lote adjudicado de otro contrato de servicios de transporte escolar de otra Dirección de Área Territorial. Circunstancia que no concurre tampoco en el caso de Autocares Agarbus, S.A.

Finalmente, señala que tampoco están de acuerdo en la interpretación realizada de contrario de la Cláusula 11.7 PCAP, dado que ciertamente, tras su renuncia, han sido adjudicatarios de un número inferior de Lotes a los licitados. En ningún momento en la dicción literal de la citada Cláusula se hace constar que tal requerimiento para determinación o reasignación de vehículos, haya de hacerse con carácter previo a que pudiera efectuarse renuncia alguna, constituyendo la dada de contrario una interpretación enteramente torticera, favorable a sus intereses y contraria al tenor de la meritada Cláusula.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la adjudicación realizada es ajustada a derecho.

De relato de los hechos resulta que la empresa adjudicataria presentó oferta a ocho lotes con seis vehículos que incluyó en el anexo XII conforme a los Pliegos, incluyendo el mismo vehículo para las rutas 29 y 31(9522 KDX). Una vez abiertas las ofertas económicas, resultó que su oferta era la más ventajosa para 5 de los

lotes a los que había licitado. Con anterioridad a la propuesta de adjudicación, remitió escrito renunciando a 3 de los lotes, circunstancia que deberá ser valorada por el órgano de contratación a efectos de una posible incautación de la garantía provisional. Esta renuncia llevó a la mesa de contratación a proponerle como adjudicatario de los dos lotes restantes, 29 y 31 para los que su oferta era la más ventajosa y no había renunciado.

Se trata, por tanto, de determinar si la oferta realizada para los lotes 29 y 31, a las que inicialmente se adscribió el mismo vehículo en el Anexo XII, son ajustadas a derecho.

A este respecto, hay que destacar que el adjudicatario asignó en su Anexo XII un vehículo a cada ruta licitada, si bien era el mismo para los lotes 29 y 31, circunstancia que no está expresamente prohibida en el PCAP, al permitir la reasignación de vehículos en los términos que se expondrá más adelante. Esa posibilidad facilita la concurrencia de pequeñas empresas con un número reducido de vehículos en su flota, que les permite maximizar sus posibilidades, siempre que, como sucede en el caso que nos ocupa, esos vehículos cumplan las exigencias técnicas previstas en los pliegos.

Conviene recordar la flexibilidad que el PCAP otorga al anexo XII en cuanto a los vehículos a adscribir a los lotes adjudicados, permitiendo incluso incluir 10 vehículos adicionales para la prestación del servicio de los lotes adjudicados. De la totalidad de vehículos disponibles recogidos en el Anexo XII, la adjudicataria podrá realizar la elección de los vehículos con los que prestar el servicio, sin necesidad de que coincida con lo individualmente recogido para cada lote en el anexo XII inicial, y siempre bajo la premisa de que “El transportista solo podrá ser adjudicatario de las rutas en las que se compruebe que los vehículos cumplen los requisitos exigidos”.

En este sentido, el apartado 12 de la cláusula 14 del PCAP 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)”.

En el caso que nos ocupa, no se produjo una elección por orden de preferencia de los lotes cuya oferta era la más ventajosa, como manifiesta el recurrente, sino que hubo una renuncia a tres lotes, con las consecuencias que ello lleva aparejado conforme a los pliegos. Tras esa renuncia, se le propuso como adjudicatario de los lotes 29 y 31 al haber realizado la oferta económica más ventajosa, asignando dos vehículos que figuraban en el anexo XII, sobre los que se le requirió la documentación exigida en el apartado 12 citado y que se consideró cumplimentada correctamente, procediendo a su adjudicación. Lo que supone que la actuación del órgano de contratación fue ajustada a derecho.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Dalvel, S.L., contra la adjudicación de los lotes 29 y 31 del contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2021/2022, 2022/2023 Y 2023/2024, (Código: Madrid-Capital Plurianual-21)”, dividido en 56 lotes.

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.- Levantar 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

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021 09 14 14:09