

Expediente Núm. 76/2010
Dictamen Núm. 93/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de marzo de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de febrero de 2010, examina el expediente relativo a la resolución de los contratos de transporte escolar lotes “A”, “B”, “C” y “D”, para los cursos académicos 2008/2009 a 2011/2012, adjudicados a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fechas 3 de septiembre y 14 de noviembre de 2008, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resoluciones por las que se adjudican los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes “A”, “B”, “C” y “D”, para los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, por importes de 97.370, 94.160, 77.040 y 85.600 euros, respectivamente.

Los días 10 de septiembre y 1 de diciembre de 2008 se formalizan los referidos contratos.

Se ha incorporado al expediente, entre otra documentación del procedimiento seguido en la adjudicación, la siguiente:

a) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector de las contrataciones de referencia en cuya cláusula 10.4, apartado b.2, se dispone que en los casos en que no resulte exigible clasificación, como sucede en los que ahora son objeto de nuestro análisis, “para acreditar la solvencia técnica se presentará una declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que disponga el empresario para la realización del contrato, en especial, de los vehículos que se ponen a disposición para la prestación del servicio y de los cinturones de seguridad con que cuenta cada uno de ellos, así como de los conductores que realizarán el servicio (...). Se entenderá acreditada la solvencia técnica cuando el licitador disponga de, al menos, un conductor y un vehículo de antigüedad igual o inferior a 16 años y de suficiente capacidad para el lote de mayor capacidad al que se presente y cuente con las preceptivas autorizaciones, licencias y seguros en materia de transporte (...). Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar este contrato, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de estos medios”.

En la cláusula 10.5 se especifica que “en caso de permitirse la subcontratación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización”.

En la cláusula 11, titulada “criterios para la valoración de las proposiciones”, se establece en primer lugar el de la “edad media de la flota de transporte ofertada para el concurso por el transportista”, sobre la que se afirma que “se valorará siempre en su conjunto, independientemente del vehículo que se asigne a cada lote. Para el cálculo de dicha edad media se computarán los años, meses y días que hubieren transcurrido desde la fecha de primera matriculación de cada uno de los vehículos (según conste en los respectivos

permisos de circulación) hasta el inicio del primer curso escolar en que prestarán los servicios al amparo de la presente contratación”.

En la cláusula 13.9 se determinan las “condiciones especiales de ejecución” que deberá observar el contratista, recogiendo la primera de ellas que “el transportista está obligado a mantener durante toda la vigencia del contrato las condiciones técnicas de capacidad que fueron exigidas en el momento de la licitación y las que fueron objeto de valoración en el concurso, en especial, la flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte escolar adjudicados deberá mantener, en todo momento, la edad media de (la) flota y la media de cinturones de seguridad que le fueron valorados en el concurso./ En cualquier momento durante la vigencia del contrato, la Administración educativa podrá requerir al transportista que hubiere resultado adjudicatario la presentación de una nueva relación de vehículos de su titularidad actualizada, pasando ésta a sustituir a la presentada en el momento de la licitación”.

Sobre la resolución del contrato, la cláusula 17 del pliego señala que, “además de las previstas en el artículo 206 y 284 de la LCSP”, serán causa de resolución, entre otras, “el incumplimiento de la obligación de mantener, durante toda la vigencia del contrato, las condiciones técnicas de capacidad que fueron exigidas en el momento de la licitación y las que fueron objeto de valoración en el concurso, en especial el incumplimiento de la obligación del transportista de que la flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte escolar adjudicados mantenga, en todo momento, la edad media de flota y la media de cinturones de seguridad que le fueron valorados en el concurso”.

La cláusula 21 prevé que “la subcontratación del servicio se admitirá, por la vía de la colaboración entre transportistas regulada en el ROTT, hasta el cincuenta por ciento (50%) de la prestación (...). Para subcontratar un lote se exigirá que el vehículo utilizado en la colaboración no tenga una antigüedad superior a la media de la flota valorada al licitador en el concurso, que disponga de plataforma elevadora y de tantos anclajes para sillas como el vehículo

presentado a la licitación en caso de tratarse de una ruta con alumnos con dificultades de movilidad, y que se comunique por escrito a la Administración dicha subcontratación. En todo caso, la subcontratación deberá cumplir con los requisitos del artículo 210 de la LCSP./ El contratista deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización./ En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia (...). Los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere el apartado anterior, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos”.

En el anexo IV, relativo a los “lotes y características de las rutas de transporte escolar”, se refieren los itinerarios correspondientes a cada lote y el número de alumnos que utilizan el transporte en cada ruta. Del citado anexo resulta que, de los cuatro lotes objeto del expediente de resolución contractual que analizamos, el que tiene un mayor número de alumnos -28- es el lote “D”.

b) Pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir las contrataciones de referencia, en cuya cláusula 2 se señala que “los transportistas que liciten a la adjudicación del contrato habrán de disponer del material móvil preciso para la realización del transporte que es objeto del mismo. A tal efecto, deberán aportar una relación certificada expedida por la Dirección General de Tráfico de todos los vehículos de su titularidad, así como certificado expedido por

la Dirección General de Industria, donde consten matrículas, fecha de primera matriculación, plazas y titularidad de todos los vehículos que reúnan los requisitos técnicos y administrativos previstos” en el Real Decreto 443/2001, “con expresión de matrículas y fechas de primera matriculación de los vehículos. En cualquier momento durante la vigencia del contrato, la Administración educativa podrá requerir al transportista que hubiere resultado adjudicatario la presentación de una nueva relación de vehículos actualizada, pasando ésta a sustituir a la presentada en el momento de la licitación”.

c) Relación de “medios materiales y personales que se ponen a disposición” firmada por el representante de la empresa, en la que se identifican los vehículos matrícula-DLH,-CRZ -con 52 plazas-,-SN y-BK.

d) Hojas con el membrete de la Consejería de Educación y Ciencia en la que se contienen los datos de cálculo de la “edad media de la flota”. En la primera de ellas, el cálculo se efectúa teniendo en cuenta la antigüedad de los vehículos comprometidos en la oferta para la ejecución de los contratos de referencia, relacionados en la anterior letra c), y el resultado es de 8,708 años de media. En la segunda, la media de edad de la flota, 9,017 años, se obtiene considerando la antigüedad de los vehículos matrícula-CRZ,-YC y-BM.

e) Autorización de transporte regular de viajeros de uso especial otorgada al adjudicatario para la realización del contrato “D”, fechada el 23 de octubre de 2008, en la que constan como “autorizados” los vehículos-CRZ,-YC y-BM.

f) Certificados expedidos por la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias con fechas 19 de agosto y 24 de septiembre de 2008, relativos a la presentación de avales bancarios correspondientes a las garantías definitivas para responder de la ejecución de los contratos de referencia.

2. Con fecha 11 de marzo de 2009, la representante de otra empresa transportista que había concurrido a las licitaciones para la adjudicación de los contratos “B”, “C” y “D” presenta en el registro de la Administración del

Principado de Asturias un escrito en el que comunica que la adjudicataria ha transferido a otra empresa el vehículo-DHL, "con fecha de matriculación 06/06/2005", el cual había sido presentado por la licitadora al concurso para la contratación de los mencionado lotes, obteniendo "una media de la flota valorada en la licitación del concurso de 8,708". Considera la firmante del escrito que "como (la adjudicataria) ya no es titular del vehículo (que identifica), la edad media de la flota es (de) antigüedad superior a la presentada para el concurso y por la que ha obtenido la puntuación correspondiente para la adjudicación de los lotes indicados", y entiende que la contratista "viene incumpliendo desde el 6 de noviembre de 2008" (fecha de transferencia del vehículo) "la obligación de mantener en todo momento la edad media de la flota que aportó al concurso". Por ello, solicita que "se proceda a la resolución de los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes (` C ´ , ` D ´ , ` B ´) y se adjudiquen los mismos a la empresa (cuya representación ostenta), única empresa licitadora distinta de la adjudicataria". Adjunta las hojas de datos del vehículo al que se refiere la denuncia, con el sello de la Jefatura de Tráfico de Asturias, en las que consta como titular uno distinto del adjudicatario, y como fecha en el apartado "historial de transferencias" la siguiente: "06-11-2008".

3. El día 18 de marzo de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia notifica a la empresa adjudicataria un escrito en el que le comunica que "teniendo conocimiento de que ha sufrido cambios la flota de vehículos con los que presta los contratos de servicio de transporte escolar que tiene adjudicados para los cursos escolares 2008/2012" y, con base en lo establecido "en la cláusula 13.9.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, rector de esta contratación, mediante la cual en cualquier momento durante la vigencia del contrato, la Administración educativa podrá requerir al transportista que hubiere resultado adjudicatario la presentación de una nueva relación de vehículos de su titularidad actualizada, se le solicita que en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, a contar desde el (...) siguiente a recibir esta notificación, presente (...)

una relación actualizada de la flota de vehículos con los que presta el servicio de transporte escolar, así como fotocopia legalmente compulsada u original de los correspondientes permisos de circulación, ITV, certificados de tener contratado un seguro de responsabilidad civil voluntaria de hasta un límite de 50 millones de euros y justificante de estar al corriente en su pago”.

4. Mediante escrito de 24 de marzo de 2009, la adjudicataria presenta una “relación actualizada de vehículos con los que la empresa (...) presta el servicio de transporte escolar: / Lote `C´: matrícula:-BM./ Lote `D´: matrícula:-BM./ Lote `B´: matrícula:-YC./ Lote `A´: subcontratado el servicio y autorizado por este organismo”. Al escrito acompaña la documentación requerida, correspondiente a los vehículos de su titularidad adscritos a la prestación de los servicios.

5. Con fecha 13 de abril de 2009, el Consejero de Educación y Ciencia dicta una resolución por la que se acuerda “iniciar el expediente de resolución de los contratos de transporte escolar, lotes `A´ (ruta `a´), `B´ (ruta `b´), `C´ (ruta `c´) y lote `D´ (ruta `d´) (...). Acordar la acumulación de los expedientes (...), al existir identidad sustancial en los mismos (...). Notificar la presente resolución a todos aquéllos que resulten interesados en el expediente”. La resolución contractual se basa, según se señala en el fundamento de derecho sexto, en que “la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta contratación establece, específicamente, como causa de resolución del contrato, `el incumplimiento de la obligación de mantener, durante toda la vigencia del contrato, las condiciones técnicas de capacidad que fueron exigidas en el momento de la licitación y las que fueron objeto de valoración en el concurso, en especial, el incumplimiento de la obligación del transportista de que la flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte escolar mantenga, en todo momento, la edad media de la flota, y la media de cinturones de seguridad que le fueron valorados en el concurso´”.

La propuesta se notifica a la contratista y a la denunciante el día 22 de abril de 2009, y a la entidad avalista el día 7 del mes siguiente, poniendo a disposición de todas ellas el expediente e indicándoles su derecho a formular alegaciones en el plazo de diez días a contar desde el siguiente al de recepción de la notificación.

6. Según consta en diligencia extendida al efecto el día 28 de abril de 2009, la representante de la adjudicataria comparece en las dependencias de la Consejería de Educación y Ciencia, “poniéndosele de manifiesto el expediente (lotes `A´, `B´, `C´ y `D´), facilitándosele las copias de los documentos obrantes en el expediente solicitadas”.

7. Con fecha 30 de abril de 2009, una persona que dice actuar en nombre de la denunciante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que solicita que “se resuelvan los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes `B´ (ruta `b´), `C´ (ruta `c´) y (...) `D´ (ruta `d´)” y se proceda a su adjudicación a la sociedad mercantil a la que representa, por ser la “única empresa licitadora distinta de la adjudicataria”. Asimismo manifiesta que “está interesada en la realización del servicio de transporte escolar correspondiente al lote `A´ (ruta `a´) por lo que solicita su adjudicación”.

8. El día 30 de abril de 2009, la representante de la adjudicataria presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones. En primer lugar, achaca el contratista a la Administración que haya realizado “modificaciones contractuales sin cumplir formalidad alguna (...) en relación con los lotes `C´ (ruta `c´) y `D´ (ruta `d´), provocando un aumento del número de alumnos a transportar, todo ello sin perjuicio de la completa insusceptibilidad de utilizar los autocares ofertados para la adjudicación del contrato (vehículos de 12 metros de longitud) para circular por vías tan estrechas como las que deben usarse para satisfacer el servicio contratado”.

En cuanto a los incumplimientos que sustentan la resolución contractual, afirma que “la Administración ha iniciado el expediente de resolución del contrato con base en las causas de resolución establecidas en los apartados señalados con las letras b) y k) de la cláusula 17 del pliego, por incumplimiento de las obligaciones previstas en (...) dicha letra b) y en la cláusula 13.9.4 del pliego: “en la prestación del servicio de transporte escolar deberán observarse escrupulosamente todas las condiciones establecidas en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores”, y manifiesta que “ninguna de dichas causas resolutorias concurren aquí”.

En relación con el incumplimiento de la obligación de que “la flota con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte adjudicado mantenga, en todo momento, la edad media de (la) flota”, afirma que “no puede imputarse su inobservancia al dicente por cuanto éste ha mantenido en funcionamiento, durante la vigencia del contrato, los mismos vehículos que fueron objeto de valoración en el concurso, si bien se vio en la imperiosa necesidad de articular nuevos medios para adecuar el servicio temporalmente y de forma excepcional a las modificaciones del contrato (...), y así evitar la interrupción en la prestación (...). En concreto, en el lote “C” (...) el número de alumnos aumentó de 25 a 32 y en el lote “D” se añadieron (...) paradas (...), lo que supuso tener que transportar a 31 alumnos, dejándose constancia en ambos casos de que un autocar de 35 plazas no podía circular conforme al itinerario establecido debido a la estrechez de las carreteras y uno de 28 plazas era insuficiente para transportar a todos los alumnos./ Por ello, se acordó verbalmente (...) la realización de forma temporal de ambos servicios con un autocar de 28 plazas, realizando dos viajes en cada servicio hasta que se encontrara una mejor solución”.

Respecto a la “segunda de las causas de resolución, el incumplimiento de las exigencias establecidas en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, ha sido acreditado que el vehículo con matrícula se encuentra autorizado por el Consorcio de Transportes de Asturias para el transporte regular de viajeros de

uso especial./ Si bien, como refiere la Administración, en la fecha de la inspección aún no contaba la empresa contratista con la referida autorización, con anterioridad a dicha fecha, en concreto, el día 30 de septiembre de 2008, se comunicó tanto a esta Administración como al Consorcio de Transportes de Asturias, mediante escritos obrantes en el expediente administrativo, que el servicio se realizaría de forma temporal, a solicitud del propio Departamento de Transportes de la Consejería de Educación y Ciencia, con un autocar de 28 plazas (...). Además, también con anterioridad a la inspección, el día 15 de octubre de 2008, tal y como le consta a esta Administración, la dicente solicitaba al Consorcio de Transportes de Asturias una autorización por sustitución del vehículo-BM por el.....-BK para realizar las rutas de transporte escolar que le han sido adjudicadas en el concurso 2008-2012. En lo atinente al uso del vehículo matrícula-BM, no previsto entre los propuestos para la adjudicación del contrato, a la fecha de incoación del presente expediente ya estaba dado de alta para este servicio administrativamente, toda vez que (...) se resolvió en tal sentido con fecha 7 de enero de 2009, por parte del Consorcio de Transportes de Asturias (...). Y no se nos aluda tampoco a la edad avanzada de dicho vehículo para anudar a este hecho la resolución del contrato, por cuanto la letra b) de la antes citada cláusula 17 de los pliegos señala la obligación de mantener durante toda la vigencia del contrato una flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte escolar adjudicados en los que la edad media de la flota sea concordante con la valorada en el concurso, y con la sustitución forzada del vehículo que nos ocupa tal circunstancia se cumple”.

Aduce que la Administración defraudó la “confianza de la empresa (...) de que esas mismas circunstancias no serían posteriormente alegadas como causa de resolución del contrato. No obstante, con fecha 18 de febrero de 2009, ha recibido la notificación del inicio del expediente de resolución, yendo así contra sus propios actos”.

Finalmente, propone la práctica de prueba documental, mediante la “unión al expediente del documento público (...) por el que se certifica que el

vehículo objeto de este expediente estaba destinado a transporte escolar con anterioridad a su utilización por la compareciente”, y testifical “para que se recoja (...) el testimonio de (la funcionaria que identifica) acerca de su autorización verbal para que la mercantil alegante realizara de forma temporal los servicios afectados con un autocar de 28 plazas, realizando dos viajes en cada servicio hasta que se encontrara una mejor solución”.

9. Con fecha 13 de mayo de 2009, la Jefa de Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución en la que, después de resumir los antecedentes del caso y recoger las alegaciones presentadas, enuncia los fundamentos de derecho que considera de aplicación.

Señala en el fundamento de derecho séptimo que, en su escrito de alegaciones, la empresa contratista, “además de enumerar las posibles causas de resolución contractual, divaga sobre una supuesta modificación del contrato realizada por la Administración sin cumplir formalidad alguna sobre sus causas y consecuencias, sin entrar a valorar ni justificar la verdadera causa sobre la que se fundamenta la presente resolución del contrato: `el incumplimiento de la obligación de mantener en todo momento la edad media de la flota que le fue valorada en el concurso´ de la cual únicamente manifiesta que `no se puede imputar su inobservancia al dicente por cuanto éste ha mantenido en funcionamiento, durante toda la vigencia del contrato, los mismos vehículos que fueron objeto de valoración en el concurso, si bien se vio en la imperiosa necesidad de articular nuevos medios para adecuar el servicio temporalmente y de forma excepcional a las modificaciones del contrato´”. Sostiene que, en contra de “esta afirmación, cabe señalar que (...) la empresa adjudicataria, según consta documentalmente en el expediente, ya no es la propietaria del vehículo matrícula-DHL (...), con lo que se demuestra que la afirmación de la entidad contratista de que ha mantenido en funcionamiento, durante toda la vigencia del contrato, los mismos vehículos que fueron objeto de valoración en el concurso, no es cierta”, a lo que añade que “mas allá del mero hecho de la pérdida de la titularidad de este vehículo, radica la obligación, ya mencionada,

de mantener en todo momento la edad media de la flota valorada en la licitación, por lo que la venta del vehículo no sería causa de resolución contractual si se mantuviera dicha edad media, cosa que en el presente caso no ocurre, ya que la flota valorada a la empresa adjudicataria en la licitación del contrato obtuvo una puntuación de 8,708 años, que, según los criterios de valoración establecidos en el PCAP le concedió un total de 21 puntos; la valoración actual de la flota de la adjudicataria, al no contar con el vehículo matrícula-DLH sería de 9,107 años lo que daría un total de 18 puntos. De no tenerse en cuenta esta exigencia, que no es un mero capricho administrativo, sino una salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y transparencia que deben regir toda licitación, así como de los intereses de los demás ofertantes, de forma que al variar las condiciones en que se ejecuta el servicio no se adultere la puntuación obtenida en el momento de la licitación, se viciaría de facto la misma haciendo que perdiera legitimidad”.

Sobre “la solicitud de apertura de un procedimiento probatorio”, se estima innecesaria, “ya que consta en el expediente la documentación precisa y necesaria para verificar el incumplimiento culpable de la empresa adjudicataria de no haber mantenido, en todo momento, la edad media de la flota que le fue valorada en el concurso”.

Finalmente, propone resolver los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes “A”, “B”, “C” y “D” “por un incumplimiento culpable de la contratista, al no mantener, en todo momento, la edad media de la flota que le fue valorada en el concurso”, con “incautación de la garantía definitiva prestada (...), previo a las evaluaciones de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración de los que responderá, en primer término, la misma”.

10. Con fecha 8 de junio de 2009, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite informe favorable a la resolución de los contratos de transporte escolar, en los términos recogidos en la propuesta de resolución formulada por el Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia.

11. El día 27 de julio de 2009 tiene entrada en el registro de este Consejo la solicitud de dictamen sobre el asunto de referencia, procediéndose a su devolución, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42, apartado 2, de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento, al apreciar su coincidencia parcial con otro expediente remitido al Consejo Consultivo el día 1 de junio de 2009 y devuelto a la Administración consultante el día 22 del mismo mes, por no reunir los requisitos formales necesarios para la emisión de dictamen. La devolución se fundamenta en que, “dada la coincidencia de objeto de los procedimientos administrativos documentados con ambos expedientes, no cabe sino concluir que el que ahora estudiamos no reúne los requisitos legales, pues no existe certeza acerca de su objeto./ Tratándose de un mismo contrato y de un mismo contratista la resolución no podrá ser más que una (artículo 207 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), aunque pueda serlo por varias causas; no pudiendo resolverse una relación contractual, cualquiera que sea el fundamento para ello, que ya ha sido resuelta. Es pues, contrario a la seguridad jurídica instruir de modo simultáneo dos procedimientos independientes y sin conexión entre sí con objeto de resolver un mismo contrato, dado que no es posible aseverar la pervivencia del objeto de ambos procedimientos (como resulta exigible a tenor de lo dispuesto en los artículos 42.1 y 87.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)”.

12. Con fecha 10 de diciembre de 2009, el Consejero de Educación y Ciencia dicta resolución por la que se declara la caducidad del procedimiento de resolución de los contratos de transporte escolar lotes “A”, “B”, “C” y “D”, al haber transcurrido tres meses desde su inicio, considerando de aplicación supletoria la regla general consignada en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y entendiendo que el procedimiento analizado se corresponde con los definidos en el artículo 44.2 de la misma Ley.

En la misma resolución se dispone “incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con la conservación de los siguientes actos y trámites obrantes en el expediente: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecta a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, en aquellos casos que se haya formulado oposición por parte del contratista”.

La resolución se notifica a la empresa contratista el día 5 de enero de 2010 y al avalista en fecha que no consta.

13. Mediante Resolución del Consejero de Educación y Ciencia de 21 de enero de 2010, se dispone “iniciar un nuevo expediente de resolución de los contratos de transporte escolar, lotes `a´ (...), `b´ (...), `c´ (...) y (...) `d´ (...), adjudicados (...) para los cursos escolares 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, con la conservación de los siguientes actos y trámites obrantes en el anterior expediente: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecta a la garantía prestada y c) informe del Servicio Jurídico”. Asimismo se acuerda “la acumulación de los expedientes relativos a la resolución de los contratos citados, al existir identidad sustancial en los mismos”.

No consta que esta resolución haya sido notificada a los interesados.

14. Con fecha 27 de enero de 2010, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se rectifica el error advertido en la de 10 de diciembre de 2009. En ella se hace constar que “donde dice:/ `Segundo.- Incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con la conservación de los actos y trámites obrantes en el expediente: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecta a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, en los casos en que se haya formulado oposición por parte del contratista´./ Debe decir: `Segundo.-

Incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con la conservación de los actos y trámites obrantes en el expediente: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecta a la garantía prestada; y c) informe del Servicio Jurídico ´”.

La resolución se notifica a la contratista el día 5 de febrero de 2010, y al avalista en fecha que no consta.

15. El día 28 de enero de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial suscribe una propuesta de resolución en la que, tras dar cuenta de la tramitación efectuada, reproduce los fundamentos y conclusiones de la fechada el 13 de mayo de 2009.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de febrero de 2010, registrado de entrada el día 18 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución de los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes “A”, “B”, “C” y “D”, para los cursos académicos 2008/2009 a 2011/2012, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de

Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Los contratos que vinculan a las partes son de naturaleza administrativa, suscritos al amparo del artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al tratarse de contratos de servicios calificados como tal conforme al artículo 10 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 19 de la LCSP, su régimen jurídico es el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

La normativa aplicable y el régimen jurídico contractual se recogen también en la cláusula 4 del pliego de las administrativas particulares, con arreglo a la cual “en todo lo no previsto en las presentes cláusulas se estará a lo dispuesto en la LCSP; Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...); Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (...); Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (...); Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, así como por las demás disposiciones complementarias, modificativas o de desarrollo de las anteriores normas, en lo que no se opongan a aquéllas”.

En reiteración de lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, el pliego determina que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los

contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como sujetarse a las normas procedimentales que lo disciplinan. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de sus prerrogativas de resolución.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (titular de la Consejería de Educación y Ciencia), ha sido instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a sus normas de desarrollo, y en el artículo 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, en relación con lo establecido en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la resolución de los contratos se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen, al menos formalmente, tales requisitos de procedimiento, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista y a la avalista y se ha incorporado informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

No obstante, ha de ponerse de manifiesto, en cuanto al inicio del procedimiento, que se observa una duplicidad de incoación. En efecto, en la Resolución del Consejero de Educación y Ciencia de 10 de diciembre de 2009, por la que se declara la caducidad del procedimiento incoado el día 13 de abril de 2009, se dispone, seguidamente, "incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual". Con posterioridad, mediante Resolución del mismo órgano de 21 de enero de 2010, se acuerda "iniciar un nuevo expediente", de idéntico objeto y fundado en la misma causa de resolución.

Podría pensarse que esta duplicidad es sólo aparente y que cuando la Administración, al declarar la caducidad, dispone “incoar un nuevo procedimiento” en realidad no está iniciándolo en el mismo acto, sino únicamente anticipando su intención, que no es la de mero archivo de las actuaciones, aneja por su propia naturaleza a toda declaración de caducidad, y sí la de abordar nuevamente, en el futuro, la resolución contractual. Si fuera éste el verdadero sentido de la Resolución de 10 de diciembre de 2009, lo propio habría sido notificar a los interesados el inicio del procedimiento -de acuerdo con lo señalado en el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC)-, dándoles traslado de la Resolución fechada el 21 de enero de 2010; sin embargo, no consta en el expediente que analizamos que la misma se les haya notificado.

Dejando al margen la irregularidad que supone la existencia de dos resoluciones de inicio sucesivas, y siendo el criterio de la Administración favorable a apreciar la caducidad de los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio una vez transcurridos 3 meses desde su incoación, como se explicita en el texto de la Resolución de 10 de diciembre de 2009, resulta esencial determinar en qué fecha se inicia el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga en el procedimiento actualmente en curso, si el 10 de diciembre de 2009 o el 21 de enero de 2010. La preservación del derecho de los interesados a ser notificados de cuantas resoluciones y actos administrativos afecten a sus derechos e intereses, y en particular del acuerdo de iniciación de oficio, impone tomar como fecha de inicio de aquel cómputo la de la Resolución de 10 de diciembre de 2009, en tanto que ésta, junto con su correspondiente corrección de errores, es la única que ha sido objeto de la preceptiva notificación.

En relación con ello, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin

resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), en Sentencia de 9 de septiembre de 2009, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 13 de marzo de 2008, 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento ajustándose al plazo máximo antes citado, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

En segundo lugar, sin detenernos en el análisis de la irregularidad que supone el hecho de instruir dos procedimientos independientes y sin conexión entre sí, aunque con coincidencia parcial de objeto y de causas, ya puesta de manifiesto por este Consejo en el trámite de devolución de una consulta anterior sobre el mismo asunto, advertimos que la instrucción paralela de ambos procedimientos ha inducido a error al contratista, quien, pese a haber comparecido en las dependencias administrativas para ver el expediente, los confunde en el escrito de alegaciones formulado en el trámite de audiencia, defendiéndose de las imputaciones de incumplimiento que la Administración le achaca en el otro procedimiento, el primero de los iniciados, que por aquel entonces se tramitaba simultáneamente.

La posibilidad de conocimiento cabal por parte del contratista del concreto incumplimiento imputado, que la Administración debe siempre asegurar, se habría garantizado de haber sido más explícita la primera resolución de inicio del segundo procedimiento, fechada el 13 de abril de 2009, en la que deberían haberse concretado los datos que, a juicio de la Administración, evidenciaban el incumplimiento imputado en esta ocasión, deslindándolos de los que habían motivado el inicio del primer procedimiento de resolución contractual; pero no se hizo así, y una vez finalizado el primer procedimiento mediante Resolución de 6 de noviembre de 2009 -con archivo de las actuaciones, al no apreciarse la existencia de causa resolutoria imputable al contratista- y reiniciado el segundo tras la declaración de caducidad de fecha 10 de diciembre de 2009, la decisión de conservar, entre otros trámites, el de audiencia del contratista, privó una vez más al adjudicatario de la posibilidad de pronunciarse, con conocimiento, sobre el concreto incumplimiento imputado.

Como hemos señalado en numerosas ocasiones, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista sino una medida al servicio de un objetivo concreto, en palabras del Tribunal Supremo, el de “posibilitar a los afectados en el expediente, el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en defensa de su derecho” (Sentencia de 22 de septiembre de 1990 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª-).

Entiende este Consejo que la garantía del derecho de defensa del contratista impone, en este caso concreto, la retroacción del procedimiento; no obstante, ésta no resultará necesaria siempre que la Administración sostenga en la resolución que finalmente dicte, el criterio, sobre el fondo de la cuestión planteada, que expresaremos en la consideración siguiente.

Asimismo, hemos de advertir de la irregularidad apreciada en cuanto a la extensión a la empresa denunciante del trámite de alegaciones. Dicha irregularidad supone olvidar el escrupuloso respeto a las normas que regulan la instrucción de los procedimientos de resolución de los contratos administrativos y contradice las normas generales del procedimiento administrativo común contenidas en la LRJPAC, conforme a cuyo artículo 31, en relación con el artículo

69, un denunciante no ostenta por tal hecho la condición de interesado en un procedimiento que afecta a un contrato adjudicado y formalizado con un tercero.

Finalmente, en cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar, corresponde aquélla, tal y como se indica en el fundamento de derecho decimocuarto de la propuesta de resolución, al órgano de contratación, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en relación con el artículo 109.1 del RGLCAP y el artículo 292.4 de la LCSP, con previa autorización para ello del Consejo de Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en los referidos preceptos de la LCSP y el Reglamento General vigente, y en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, al tratarse de contratos cuya celebración ha sido autorizada por el Consejo de Gobierno, por corresponder a éste autorizar el gasto cuando se comprometen fondos públicos de carácter plurianual.

TERCERA.- Por lo que respecta a las causas expresamente invocadas para la resolución del contrato, la Administración educativa, en cuanto titular del servicio escolar de transporte, está obligada a asegurar su buen funcionamiento no sólo frente a los usuarios del servicio sino también frente al contratista que contribuye a la efectividad del mismo. A tal fin, impone a este último la obligación de ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales, así como en sus normas reguladoras. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

A tal efecto, las causas de resolución de los contratos de servicios se recogen en el artículo 284 de la LCSP que, además de enumerar las específicas de este tipo de contratos -ninguna de las cuales se invoca en la presente

propuesta de resolución-, remite a las señaladas en el artículo 206 de la misma Ley, que fija como causas de resolución de los contratos administrativos “las establecidas expresamente en el contrato” -apartado h)-. Esto, en el caso que examinamos, se refleja en la cláusula 17, apartado 1, del pliego de las administrativas particulares, que incluye como causas específicas de resolución, entre otras, “el incumplimiento de la obligación de mantener, durante toda la vigencia del contrato, las condiciones técnicas de capacidad que fueron exigidas en el momento de la licitación y las que fueron objeto de valoración en el concurso, en especial, el incumplimiento de la obligación del transportista de que la flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio en los lotes de transporte escolar adjudicados mantenga, en todo momento, la edad media de flota” que le fue valorada en el concurso.

El hecho desencadenante del incumplimiento que se imputa al contratista es la enajenación del vehículo matrícula-DHL, propuesto por el adjudicatario en su oferta, junto con otros, para realizar el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de los contratos adjudicados.

Entiende, rectamente, la Administración que la mera transmisión de la titularidad de aquel medio de transporte no constituye, por sí, causa de resolución contractual, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en los pliegos aprobados. Así se desprende de la propuesta de resolución que a nuestra consideración se somete, en la que se expresa que “la venta del vehículo no sería causa de resolución contractual si se mantuviera dicha edad media”.

En efecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares no impide la sustitución de los vehículos ofertados por otros distintos, sean de titularidad del adjudicatario o de otros contratistas, por vía de colaboración, siempre que se den los requisitos establecidos en las cláusulas 13.9 y 21 del mismo pliego.

Ahora bien, en el planteamiento de la Administración, que realiza el cálculo de la edad media de la flota teniendo en cuenta únicamente los vehículos de titularidad del adjudicatario adscritos a la prestación de los servicios, esto es, con exclusión del destinado a la ejecución del lote “A” -subcontratado con autorización de la Administración, según señala el contratista en afirmación que

no resulta controvertida-, la enajenación de uno de los vehículos ofertados, y más concretamente el de menor antigüedad, produce como efecto el incremento de la media de edad de la flota, al efectuarse aquel cálculo considerando únicamente la edad de tres vehículos de titularidad del contratista, en lugar de aquéllos con los que efectivamente se prestan los servicios contratados.

Esta forma de determinar la antigüedad de la flota no sólo no es conforme con el tenor literal de las cláusulas 13.9 y 17.1 del pliego, que refieren la obligación de mantenimiento de la edad media a "la flota de vehículos con la que preste efectivamente el servicio", esto es, sean o no de titularidad del transportista, sino que, además, desvirtúa el sentido del compromiso adquirido por el adjudicatario, que no es el de destinar en todo momento a la ejecución del contrato los concretos vehículos identificados en la oferta, sino el de respetar, durante toda la vigencia de aquél, las condiciones comprometidas en la oferta y valoradas en la licitación, cualesquiera que sean los vehículos adscritos a su ejecución. De este modo, la vinculación del contratista a su oferta adquiere la finalidad de garantizar que no puedan eludirse, por la vía de la sustitución de unos vehículos por otros, propios o ajenos, los compromisos adquiridos en la proposición, entre ellos el de que no se supere la antigüedad media comprometida para los recursos destinados a la prestación de los servicios.

La correcta ejecución de los contratos celebrados impone que la media de edad de los vehículos adscritos a la prestación, incluidos los destinados a la ejecución de los lotes subcontratados, no pueda exceder de la media de edad ofertada, en el caso concreto que examinamos 8,708 años. A esta condición ha de añadirse la establecida en la cláusula 21 del pliego de las administrativas particulares, que exige para los vehículos subcontratados otra adicional: que su antigüedad no supere, a su vez, la de la media de la flota ofertada. Considerando que el cálculo de la edad de los vehículos como "media" permite que en la oferta puedan incluirse vehículos con antigüedades muy dispares -así en el expediente que analizamos consta que el más antiguo de los ofertados tenía 14,24 años y el más moderno 3,09 años-, la regla de la mencionada cláusula 21 supone la implantación de una condición más restrictiva a la

subcontratación en aquellos lotes para cuya ejecución se hayan ofertado vehículos de antigüedad superior a la de la media, en nuestro caso, de más de 8,708 años; restricción que no opera, en cambio, si los vehículos son sustituidos por otros de titularidad del contratista.

La verificación, tanto del cumplimiento de aquellos requisitos como de la solvencia del subcontratista en los casos en que la subcontratación no ha sido prevista en la proposición y se plantea con posterioridad a la perfección del contrato -así sucede, al parecer, en el lote "A"-, la efectúa la Administración en el trámite de comunicación/autorización previsto en el artículo 210.2.c) de la LCSP (que la cláusula 21 del pliego de las administrativas particulares reproduce), y que constituye un requisito previo a la celebración del subcontrato.

Por ello, la fórmula de control articulada en las cláusulas 13.9 del pliego de las administrativas particulares y 2 del de prescripciones técnicas, consistente en el requerimiento al contratista para que presente una "relación de vehículos de su titularidad actualizada", no puede entenderse en el sentido de que en el cálculo de la edad media de la flota destinada a la prestación del servicio deban incluirse únicamente los vehículos de titularidad del adjudicatario, como parece interpretar la Administración. Puesto que la antigüedad de los vehículos de los subcontratistas no resulta irrelevante, lo recto es entender que si el trámite de comprobación previsto en las cláusulas citadas se extiende sólo a los medios propios del contratista es porque la sustitución de vehículos por la vía de la subcontratación ya está sometida a un trámite de comunicación o autorización previa en los términos del artículo 210.2 de la LCSP, a diferencia de lo que sucede con las sustituciones de los vehículos por otros de titularidad del adjudicatario, no sujetas a obligación de comunicación anticipada a la Administración educativa.

En suma, el cálculo efectuado por la Administración de la antigüedad media de los vehículos que prestan los servicios contratados no es correcto, al no incluirse en él los que efectivamente desarrollan el servicio, en concreto el vehículo con el que se realiza el lote "A", así como su fecha de matriculación. Por tanto, no resulta acreditado en el procedimiento que el contratista haya

incumplido la obligación de prestar efectivamente el servicio con una flota de vehículos cuya edad media no exceda de la que fue objeto de valoración en el concurso; razón por la cual la resolución que se pretende, fundada en dicho motivo, no se encuentra justificada.

En mérito a lo expuesto, este Consejo dictamina que no procede la resolución, por incumplimiento del contratista, de los contratos de transporte escolar correspondientes a los lotes "A", "B", "C" Y "D", para los cursos académicos 2008/2009 a 2011/2012, adjudicados a la empresa, sometida a nuestra consulta."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.