

Recurso 317/2014**Resolución 168 /2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 12 de mayo de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOS VALENCIANA, S.A.** contra la resolución de adjudicación parcial de 14 de octubre de 2014, respecto del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte”, **Lotes 8 y 11**, promovido por la Gerencia Provincial en Sevilla del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación (Expte. 00153/ISE/2014/SE), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 11 de junio de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En igual fecha, se publicó el citado anuncio en el perfil de contratante y el 14 de junio de 2014, en el Boletín



Oficial del Estado núm. 144.

El valor estimado del contrato asciende a 5.333.737,76 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación dictó, el 14 de octubre de 2014, resolución por la que se acordaba adjudicar el **lote 8** a la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. y, al tiempo, se le requería para que aportase la documentación estipulada en el punto 10.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, respecto del **lote 11**.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 14 de octubre de 2014, sin que, como indica el órgano de contratación, conste haber realizado notificación individualizada a la recurrente.

CUARTO. El 31 de octubre de 2014, tiene entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AUTOS LA VALENCIANA, S.A. contra la citada resolución.

El órgano de contratación remitió el expediente junto a su informe en relación al recurso interpuesto, el 7 de noviembre de 2014.



QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 11 de noviembre de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

En el plazo concedido para ello ninguna entidad ha presentado alegaciones en relación con el recurso interpuesto.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales, salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación, respecto del lote 8, de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y



convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

Asimismo, la recurrente impugna la parte de la resolución en la que se acuerda solicitar a la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. la documentación estipulada en la cláusula 10.5. Considera que dicha entidad incumple lo estipulado en la cláusula 3.1 del PPT, pues no cuenta con la titularidad de los vehículos ofertados, debiendo, por tanto, acordarse su exclusión respecto al lote 11.

Por tanto, procede determinar si esta segunda actuación impugnada en el recurso se corresponde con alguno de los actos que el artículo 40.2 del TRLCSP considera susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Pues bien, el artículo 40.2 del TRLCSP dispone que *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

- 1) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*
- 2) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se consideran actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*
- 3) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*



Como quiera que la impugnación no afecta a los pliegos u otros documentos contractuales, ni a la resolución de adjudicación, debe analizarse si la concreta actuación impugnada constituye uno de los actos de trámite cualificados que son susceptibles de recurso conforme al artículo 40.2 del TRLCSP.

Este Tribunal, en su Resolución 5/2012, de 16 de enero de 2012, señalaba, en un supuesto similar al presente, lo siguiente: *<<A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial –en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos–. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite>>.*

En el supuesto examinado, la impugnación afecta al acto consistente en recabar la documentación al licitador siguiente, en este caso a la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L., por el orden en que quedó clasificada su oferta.

Por tanto, el acto impugnado no es un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación independiente a través del recurso especial por cuanto no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, pues, como señala el órgano de contratación en su informe, la documentación estaba pendiente de ser revisada por la mesa de contratación, por lo que en caso de no considerarse apropiada se procedería a declarar desierta la adjudicación del citado lote.



Por ello, a la vista de lo expuesto, procedería declarar la inadmisión del recurso, en relación al lote 11, respecto del acto de solicitud de documentación previa a la adjudicación al licitador siguiente, sin perjuicio de la facultad que asiste al recurrente de impugnar aquél en el recurso que, en su caso, interponga contra la adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

A este respecto, en el expediente remitido a este Tribunal, figura que la resolución recurrida fue dictada el 14 de octubre de 2014, y ese mismo día se publicó en el perfil del contratante, no habiéndose notificado individualmente a la recurrente.

En este sentido, aunque en el expediente de licitación no consta que se haya cursado notificación individual a la recurrente, al haberse presentado el recurso en el registro de este Tribunal el 31 de octubre de 2014, éste se encuentra interpuesto dentro del plazo legalmente previsto.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el estudio de los motivos en que se sustenta el recurso especial interpuesto.

La recurrente argumenta que la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. ha concurrido a diversos lotes adscribiendo vehículos que no son de su titularidad, ni cuenta tampoco con un título habilitante para su uso exclusivo.

Alega la recurrente que mediante escritos de fecha 28 de julio de 2014 y 22 de



septiembre de 2014, dicha situación fue denunciada ante la Gerencia Provincial del Ente Público, señalando, asimismo, que se encuentra en trámite la presentación de denuncia de AUTOS VALENCIANA, S.A. contra AUTOCARES VALENZUELA, S.L. por apropiación indebida.

En este sentido, manifiesta que desconoce qué documento ha presentado la entidad para resultar finalmente adjudicataria, pero que en el caso de que se hayan aportado la escrituras del contrato de cuenta en participación, suscrito por la entidad AUTOS LA VALENCIANA, S.A. y otras empresas del Grupo con AUTOCARES VALENZUELA, S.L., dichos contratos no habilitan para poder ofertar los vehículos en la presente licitación.

Concluye la recurrente señalando que estos contratos de cuenta en participación, independientemente de que se encuentren en trámite de anulación, revocación y/o resolución, en todo caso sólo incluyen en su objeto los contratos de transporte escolar explotados actualmente o sus prórrogas, pero no incluye futuros contratos a los que pueda concurrir AUTOCARES VALENZUELA, S.L..

Por su parte, el órgano de contratación señala en su informe que AUTOCARES VALENZUELA, S.L. aportó fotocopia compulsada de la documentación de los vehículos. Para justificar su disponibilidad en exclusiva aportó escritura de contrato de cuenta en participación, en cuyo folio BU5727004 establece: “los vehículos aportados y cuya relación se encuentra en el Anexo I de esta escritura y al objeto de poder adscribirlos a las concesiones conforme a la legalidad vigente en materia de transporte, se entregan en concepto de alquiler en exclusividad sirviendo la presente escritura como contrato de alquiler (...), por el tiempo que dure el presente contrato de cuenta en participación. Asimismo, señala que en los folios BU5726973 y BU5726972 se encuentra el Anexo I al que hace referencia y entre los vehículos se encuentran los adscritos por AUTOS LA VALENCIANA, S.A..



En este sentido, manifiesta el órgano de contratación que debe dar por buena la documentación presentada, hasta tanto no exista una resolución expresa del Tribunal que tenga que juzgar sobre ese litigio, no correspondiéndole discernir sobre su validez o invalidez.

SEXTO. Una vez expuestas los argumentos de las partes, y antes de analizar las cuestiones suscitadas en el escrito de recurso, resulta conveniente hacer un breve análisis del contrato de cuenta en participación.

El contrato de cuenta en participación aparece regulado en los arts. 239 a 243 del Código de Comercio. De acuerdo con su descripción legal, esta figura jurídica permite a los comerciantes " *interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen* ". Como precisa la STS, Sala de lo Civil, 4 de diciembre de 1992, " *... se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terrenos, que no tiene intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución de capital que efectúan* ".

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014 establece que " *Dentro de la sistemática del Código de Comercio actual, el contrato de cuenta en participación aparece regulado a continuación de las sociedades y antes de los contratos, como tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual. Es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas. Difiere de la sociedad mercantil en dos notas fundamentales, por un lado, falta en el contrato de*



cuenta en participación la autonomía patrimonial, como apunta la STS de 6 de octubre de 1986, pues no se constituye un patrimonio social, las aportaciones las recibe en propiedad y en exclusiva el gestor; y, por otro lado, no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característica de las sociedades mercantiles, que se constituyen con arreglo a su normativa reguladora (SSTS de 8 de abril de 1987 , 19 de diciembre de 1946 , y las de 3 de mayo y 30 de septiembre de 1960) ”.

Por tanto, la suscripción de un contrato de esta naturaleza genera una serie de obligaciones entre el partícipe y el gestor. De manera que, por una parte, el partícipe ha de realizar la aportación comprometida y, por otra, el gestor asumirá en exclusiva la gestión del negocio, estando obligado a aplicar los fondos o los bienes aportados por el partícipe al fin pactado.

En base a lo anteriormente expuesto, hemos de analizar el contenido de los contratos de cuenta en participación en relación con lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, con el objeto de determinar si los mismos acreditan su vinculación a la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. en régimen de exclusividad.

En este sentido, establece la cláusula 3.1 del PPT que *“los vehículos ofertados por la empresa licitadora para la prestación del servicio de transporte escolar, deben estar matriculados dentro de la fecha límite de presentación de ofertas en la licitación y deben cumplir los requisitos exigidos en la normativa vigente. Los vehículos deben ser propiedad del licitador o estar vinculados a éste en régimen de exclusividad, por medio de figuras como el renting, leasing o similares”.*

En el presente supuesto, para el lote 8, la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. ofertó para la ejecución de ruta el vehículo con matrícula SE 8264 DD, propiedad de la entidad R. DIAZ PAZ, S.A., y como plazas adicionales de mejora las del vehículo con matrícula CO 8169 AV, propiedad de la entidad AUTOS LA



VALENCIANA, S.A., aportando varias escrituras de contratos de cuenta en participación, en concreto, dos fechadas el 19 de diciembre de 2013 (protocolos 841 y 842) y una el 19 de marzo de 2014 (protocolo 208), con la finalidad de acreditar la plena disponibilidad de los vehículos ofertados para la ejecución del contrato.

Al respecto, establecen los contratos de cuenta en participación, protocolos 208 y 842, en su estipulación segunda, que el **objeto** de dichos contratos será:

Protocolo 208:

“(…)el desarrollo y explotación por el GESTOR de la actividad de Transporte de Viajeros por carretera, tanto de transporte regular interurbano, como urbano o metropolitano al amparo de los títulos administrativos, VJA-052 Y VJA-054 otorgados a la empresa TRANSPORTES BETICA, S.A., y VJA-156 otorgado a la empresa R. DIAZ PAZ, S.A., por la Junta de Andalucía. Igualmente, la realización de los transportes escolares explotados actualmente en las rutas concedidas por contrato administrativo con la Consejería de Educación y sus prórrogas.

Y, en consecuencia, el objeto del contrato es la participación del Cuenta Partícipe (inversor) en los resultados económicos de la citada actividad desarrollada por el gestor.

Protocolo 842:

(…) el desarrollo y explotación por el GESTOR de la actividad de Transporte de Viajeros por carretera, tanto de transporte regular interurbano, como urbano o metropolitano al amparo de los títulos administrativos, VJA-025 Y VJA-063 otorgados a la empresa AUTOS LA VALENCIANA S.A., por la Junta de Andalucía. Igualmente, la realización de



los transportes escolares explotados actualmente en las rutas concedidas por contrato administrativo con la Consejería de Educación y sus prórrogas (...)”.

Y, en consecuencia, el objeto del contrato es la participación del Cuenta Partícipe (inversor) en los resultados económicos de la citada actividad desarrollada por el gestor”.

Por otra parte, respecto de la **duración del contrato**, establece la estipulación tercera de ambas escrituras que:

Protocolo 208:

- *“...el contrato tendrá una duración y vigencia desde el 15 de febrero de 2014 hasta que la Junta de Andalucía, como ente titular de las concesiones administrativas de servicio público de transporte de viajeros por carretera VJA-052 Y VJA-054 y VJA-156, proceda a la adjudicación definitiva de dichos servicios a las empresas que resulten titulares de los mismos tras el proceso que se siga por la Administración para otorgar su explotación en los términos de Ley.*

De no extinguirse simultáneamente las actividades de transporte de viajeros de carácter interurbano, metropolitano o urbano, o de transporte escolar, el contrato seguirá subsistente respecto de las actividades que sigan vigentes y hasta la finalización de todas ellas.

Para las nuevas concesiones El Gestor y el Cuenta Partícipe, se comprometen a asistir de cualquier forma legal a licitar por las nuevas concesiones en igualdad de condiciones, aportando para ello los medios necesarios en un 50 por ciento”.

Protocolo 842:

- *“...el contrato tendrá una duración y vigencia desde el 1 de enero de 2014 hasta que la Junta de Andalucía, como ente titular de las concesiones*



administrativas de servicio público de transporte de viajeros por carretera VJA-025 y VJA-63, proceda a la adjudicación definitiva de dichos servicios a las empresas que resulten titulares de los mismos tras el proceso que se siga por la Administración para otorgar su explotación en los términos de Ley, y hasta el momento de puesta a disposición y cese en la prestación del servicio por la empresa AUTOS LA VALENCIANA, S.A., conforme a la actual concesión (...).

De no extinguirse simultáneamente las actividades de transporte de viajeros de carácter interurbano, metropolitano o urbano, o de transporte escolar, el contrato seguirá subsistente respecto de las actividades que sigan vigentes y hasta la finalización de todas ellas.

Asimismo, la estipulación cuarta (protocolo 208), aportaciones, establece que “(...) Los vehículos aportados y cuya relación se encuentra en el Anexo I de esta escritura y al objeto de poder adscribirlos a las concesiones conforme a la legalidad vigente en materia de transporte, se entregan en concepto de alquiler en exclusividad sirviendo la presente escritura como contrato de alquiler, para el cual se designará de común acuerdo un perito para su valoración, por el tiempo que dure el presente contrato de cuenta en participación”.

Por último, señalan las escrituras de los contratos de cuenta en participación (protocolo 208 y 842) que “*la gestión del negocio (...) se llevará a cabo de forma exclusiva en su integridad por la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L., cuyo representante como gestor se obliga expresamente a gestionar con arreglo a la legalidad vigente*”.

Así pues, la primera conclusión que se extrae es que los vehículos fueron entregados para un fin determinado, esto es, adscribirlos a las concesiones de transporte de viajeros por carretera y a los servicios de transporte escolar reseñadas en su objeto, en tanto éstos continúen vigentes, sin que se recoja la



posibilidad de que los mismos puedan ser destinados a un fin distinto al establecido en el propio contrato.

Por otra parte, se establece expresamente que los vehículos se entregan en régimen de alquiler en exclusividad *“por el tiempo que dura el presente contrato de cuenta en participación”*. Por tanto, al no estar vinculado el título habilitante a la duración del contrato licitado, sino al contrato de cuenta en participación, no se puede garantizar la plena disponibilidad de los vehículos durante toda su vigencia, pues en caso de finalizar alguna de las concesiones o de los servicios, se produciría la extinción simultánea del alquiler en exclusividad.

Por ello, este Tribunal no puede sino concluir que aunque la entidad AUTOCARES VALENZUELA, S.L. disponía de los bienes en concepto de alquiler en exclusividad, lo era para la ejecución de las concesiones y los servicios de transportes escolar vigentes según lo establecido en los contratos de cuenta en participación, sin que sus efectos puedan extenderse a la presente licitación, por cuanto no pueden garantizar la disponibilidad de los vehículos durante toda la vigencia del presente contrato objeto de licitación. Más aún cuando, como se establece en el contrato de cuenta en participación, para las nuevas concesiones, el gestor y el cuenta participe, se comprometen a asistir de cualquier forma legal a licitar en igualdad de condiciones aportando para ello los medios necesarios en un 50 por ciento.

Asimismo, cabe reseñar que en el periodo de alegaciones concedido al efecto por este Tribunal, la adjudicataria no ha manifestado su oposición expresa al recurso, ni ha formulado ninguna alegación que desvirtúe lo argumentado por la recurrente.

En relación con la cuestión debatida, es evidente que los términos de los pliegos son claros e inequívocos en relación a la exigencia de que los vehículos estén vinculados al licitador en régimen de exclusividad, por lo que entendiendo este



Tribunal que los contratos de cuenta en participación aportados no acreditan su plena disponibilidad, no pudiendo garantizarse que los vehículos vayan a permanecer vinculados a la adjudicataria durante toda la vigencia del contrato, procede estimar este motivo del recurso, y anular el acto de adjudicación del lote 8, por no cumplir la empresa adjudicataria los requisitos establecidos en los pliegos que rigen la licitación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, a fin de que se dicte una nueva resolución de adjudicación del lote referenciado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOS VALENCIANA, S.A** contra la resolución, de 14 de octubre de 2014, respecto del lote 8, en relación al contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte”, promovido por la Gerencia Provincial en Sevilla del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación (Expte. 00153/ISE/2014/SE) y, en consecuencia, anular el acto impugnado en los términos señalados en esta Resolución.

Declarar la inadmisión del recurso, en relación al lote 11, respecto del acto de solicitud de documentación previa a la adjudicación al licitador siguiente, por no ser un acto susceptible de recurso.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP, respecto del lote 8.



TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

