

Recurso nº 272/2017

Resolución nº 286/2017

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don R.G.G., en nombre y representación de Centros Educativos La Laguna, S.L. contra el Decreto del Concejal del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de agosto de 2017, por el que se adjudicó el “Contrato administrativo para la prestación del servicio educativo de la escuela infantil El Duende del Distrito Centro, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2017/006, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 7 mayo de 2017 se publicó la convocatoria para la licitación del contrato de referencia mediante concurso abierto, con un valor estimado de 2.063.589,66 euros.

De acuerdo con la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) el objeto del contrato es la prestación del servicio educativo de la

Escuela Infantil El Duende de titularidad del Ayuntamiento de Madrid, incluyendo servicio de comedor para todos los niños y niñas escolarizados en el centro.

En la cláusula 3.17, “*Otras obligaciones del contratista*”, se establece que el contratista vendrá obligado al suministro y elaboración de las comidas en las cocinas del centro o servicio de catering.

**Segundo.-** A la licitación convocada concurrieron tres empresas, resultando clasificada la oferta de la recurrente en primer lugar. Eso no obstante con fecha 14 de julio la recurrente dirige un escrito al órgano de contratación retirando su oferta que fue admitido por Decreto del Concejal Presidente de fecha 19 de julio de 2017, en cuyo acuerdo tercero consta “*De acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 103 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la garantía provisional cuya proposición ha sido seleccionada para la adjudicación se extinguirá una vez constituida la garantía definitiva.*”

Por Decreto del Concejal-Presidente del Distrito Centro, de fecha 7 de agosto de 2017 se dispuso “*Incautar la garantía provisional por importe de 5.509,57€ constituida por la entidad Centros Educativos La Laguna, S.L., en la Tesorería Municipal según acredita con Carta de Pago número (...), de fecha 15 de junio de 2017, por la retirada injustificada antes de la adjudicación, en base al artículo 103.4 de Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contrato del Sector Público*”.

**Tercero.-** Con fecha 29 de agosto de 2017, Centros Educativos La Laguna, S.L. presentó recurso especial en materia de contratación, contra el indicado decreto en cuanto a la incautación de la garantía definitiva, por considerar que la retirada de su oferta no fue injustificada.

El 31 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, en él solicita la inadmisión del recurso, al no ser la incautación de la fianza un acto susceptible de recurso especial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** Procede examinar en primer lugar si el acto objeto del recurso es susceptible de recurso especial y por ende si este Tribunal es competente para su resolución. El artículo 40.2 del TRLCSP, no contempla específicamente en ninguno de sus apartados la incautación de la fianza como acto recurrible de forma específica. Siendo claro que no puede incardinarse ni en los supuestos de su apartado a) (pliegos y demás documentos contractuales) o c) (adjudicación) cabría plantear si se trata de un acto de trámite de los recogidos en su letra b) *“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 considerarán 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”*.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y así mismo el TACPCM en su resolución 6/2015, de 14 de enero, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de servicios sujeto a

regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

**Tercero.-** La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”, al haber sido licitadora del procedimiento y resultar clasificada en segundo lugar y manifestar su interés en la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición del recurso el artículo 44.2 del TRLCSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de la adjudicación: “*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.*”

En este caso el Decreto objeto del contrato se dictó el día 7 de agosto de 2017, siendo notificado en esa misma fecha, por lo que el recurso interpuesto el día 29 de agosto, se interpuso en plazo.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste como único motivo se fundamenta en la improcedencia de la incautación de la garantía provisional derivada de la retirada de su oferta, al no ser esta imputable a su actuación, sino al órgano de contratación.

En concreto aduce la recurrente que el proyecto que constituye su oferta propone prestar directamente en las cocinas del centro y con su personal el servicio

de cocina y comedor, tal y como según afirma permiten los pliegos “*pero resulta que ello no es posible pues la parte de instalaciones de cocina que se precisan para elaborar los alimentos están siendo usadas en exclusividad por el Colegio Pi y Margal, por lo que la única opción que de dan a los licitados en la subcontratación del catering*”.

Por su parte el órgano de contratación en su informe únicamente señala que la incautación de la garantía es correcta ya que la recurrente retiró su oferta de forma injustificada antes de la adjudicación mediante la presentación de un escrito de renuncia con fecha 18 de julio de 2017.

El artículo 103.4 del TRLCSP dispone que “*La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación*”.

El elemento por tanto que determina la posibilidad de retirar la oferta sin que ello lleve consigo la incautación de la garantía provisional retenida es que dicha retirada se encuentre justificada, justificación que por otro lado tal y como se plantea en el TRLCSP no exige un examen de culpabilidad o imputabilidad, pero que sí precisa del análisis de la razonabilidad de la renuncia a la vista del contenido de los pliegos y de los hitos del procedimiento de licitación.

En este caso el PPT establece para delimitar el objeto del contrato que la escuela ofrecerá el servicio de comedor para todos los niños y niñas escolarizados, servicio que de acuerdo con el apartado 17 de la cláusula 3 del mismo, podrá verificarse mediante la elaboración de las comidas en las cocinas del centro o mediante servicio de catering. En relación con la subcontratación la cláusula 12 del PPT previene que “*en el caso de que se subcontrate la elaboración y transporte de*

*los menús a los efectos de acreditar la habilitación empresarial deberá aportarse en el sobre A (...) el certificado del registro sanitario de la empresa de restauración con la que se tenga el propósito de subcontratar."*

Por otro lado el PPT en su punto 2.2 relativo al personal señala que *"En el supuesto de la Escuela Infantil cuente con instalaciones de cocina que permitan la elaboración de las comidas (...)"*, y en el Anexo a la hora de describir los elementos con que cuenta la cocina enumera: lavavajillas, frigorífico, batidora, microondas, y mesa caliente.

De todo lo anterior resulta que el servicio de comedor puede prestarse mediante dos fórmulas alternativas, o el propio comedor del centro o mediante un tercero a través de un servicio de catering, lo que como es obvio tendrá relevancia fundamental sobre el importe total ofertado para hacerse cargo del servicio. Parece además que el pliego responde a un modelo general para distintas escuelas infantiles, que se concreta en cada escuela con sus características y exigencias, lo que quizá pueda haber llevado a error a la recurrente, pero no obstante cabe señalar, es que el centro El Duende carece de cocina propiamente hablando, como se desprende con claridad del inventario de elementos, de donde se deduce que cuenta con electrodomésticos precisos para tareas secundarias, como el lavado o calentado, pero no para cocinar.

Corresponde a los licitadores la presentación de ofertas apreciando las circunstancias reales de la licitación para lo cual, la recurrente pudo en primer lugar tener en cuenta lo que resulta obvio a la vista del inventario de elementos de cocina, esto es que el centro carece de cocina, o bien haber acudido a visitar el centro o bien haber solicitado información complementaria antes de presentar su oferta, no habiéndose realizado dicha actividad de estudio previo.

Por lo tanto la retirada de la oferta no se encuentra justificada a juicio de este Tribunal por lo que la incautación de la garantía es ajustada a derecho.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don R.G.G., en nombre y representación de Centros Educativos La Laguna, S.L. contra el Decreto del Concejal del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de agosto de 2017, por el que se adjudicó el “Contrato administrativo para la prestación del servicio educativo de la escuela infantil el Duende del Distrito de Centro, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2017/006.

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

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.