

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

En Madrid, a 14 de enero de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por don O.V.M., en nombre y representación de GLOBALLY EVENTOS Y COMUNICACIONES, S.A. (GLOBALLY) contra la incautación parcial de la fianza definitiva correspondiente al contrato de “Suministro, implantación y explotación de una solución de Marketing dinámico embarcado en los autobuses”, nº de expediente: 13/050/3-N, de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (EMT), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16, 18 y 19 de octubre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, respectivamente la convocatoria del procedimiento nº13/050/3-N, para la adjudicación del contrato denominado “Suministro, implantación y explotación de una solución de Marketing Dinámico embarcado en los autobuses”, mediante procedimiento negociado.

Segundo.- En el apartado 9 del Pliego de Condiciones Generales y Particulares (PGYP) se establecen las condiciones de la garantía definitiva determinándose que el importe de la misma responderá de todas y cada una de las responsabilidades y obligaciones del adjudicatario y se destinará al resarcimiento de los daños y perjuicios, penalizaciones o cualquier otro concepto que, por cualquier causa, se pudiera incurrir en la ejecución del contrato o durante el periodo de vigencia de la garantía fijada, o en su caso, para satisfacción de las penas pecuniarias que se hayan estipulado salvo que EMT hay obtenido por otro medio su satisfacción.

Por otro lado el apartado H del Anexo I, Cuadro de Características Técnicas, determina que no se requiere garantía provisional.

Tercero.- Tras la realización de los trámites precisos, con fecha 6 de junio de 2014, EMT notificó a la entidad recurrente que se le había adjudicado el contrato, indicándole que en el plazo de diez días hábiles deberían depositar el importe de la garantía definitiva que ascendía 66.679,35 euros.

Con fecha 17 de junio de 2014, Globally aportó como garantía definitiva un aval del Banco Popular Español, por la mencionada cantidad así como el seguro de responsabilidad exigido y el pago de los gastos de publicación.

El día 29 de julio de 2014 se requirió mediante escrito del Director Adjunto de EMT a Globally para la firma del contrato. Indica que el contrato debía haberse firmado ese día y que ante la no comparecencia de la empresa se les cita para el día 30 de julio.

Posteriormente el 4 de agosto mediante otra carta, se dirige de nuevo a la entidad indicando que en la reunión del 30 de julio, la empresa solicitó retrasar la firma del contrato hasta octubre y no considerando justificada la petición, les comunican que se deja sin efecto la adjudicación, procediendo a ejecutar la garantía definitiva depositada y reservándose la reclamación de los perjuicios que se hubiera

irrogado a EMT, una vez cuantificados y procediendo a adjudicar el contrato en la forma que corresponda.

Globally contestó a la mencionada carta mediante un burofax de 6 de agosto, alegando la necesidad de prorrogar la firma del contrato pues dadas las fechas (junio, julio, agosto) resultaba inviable formalizar acuerdos para sacar adelante el proyecto de referencia. Lamentan la decisión adoptada y solicitan la devolución de la garantía definitiva ya que consideran que no existen circunstancias que justifiquen la ejecución de la misma.

Con fecha 29 de agosto de 2014, el Director Adjunto de EMT se dirige de nuevo a la empresa reiterando su intención de hacer suya la garantía definitiva pero deseando llegar a una solución amistosa les invita a una reunión el 9 de septiembre que finalmente se concertó para el día 11, sin que conste documento alguno sobre su celebración.

Cuarto.- Con fecha 28 de noviembre de 2014 el Banco Popular Español comunica a Globally que la EMT ha requerido con fecha 25 de noviembre de 2014 el pago a cargo del aval constituido en concepto de garantía definitiva por importe de 22.286,68 euros por lo que les requiere para realizar la correspondiente provisión de fondos.

Quinto.- El 19 de diciembre de 2014, previo anuncio al órgano de contratación el 2 de diciembre, se presentó reclamación contra la incautación parcial de la fianza definitiva

Se alega que dicha actuación *“constituye no sólo una infracción directa de los pliegos que sirvieron como base para la licitación de referencia, sino que infringe las disposiciones legales que desarrollan el alcance y contenido de la Garantía Definitiva, así como los procedimientos legales aplicables para el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieran podido ocasionar”*. Igualmente se alega *“la improcedencia de la incautación de la garantía definitiva aportada, que conllevaría la*

infracción del artículo 100 del TRLCSP, así como al abuso de derecho por el procedimiento utilizado por la EMT para resarcirse por los supuestos daños y perjuicios ocasionados”.

Por todo ello, solicita se estime la reclamación y de declare no ajustada a derecho la actuación de incautación parcial de la garantía definitiva y se reconozca el derecho de la empresa a ser restituido en la cantidad incautada más los intereses legales que puedan corresponder.

Sexto.- El 29 de diciembre de 2014 se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación y el informe sobre la reclamación a que se refiere el artículo 105.2 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

Entiende la empresa adjudicadora, en su informe, que desde el momento en el que se produjo la negativa del adjudicatario a formalizar el contrato y verse obligada por ello a considerar que se producía una situación equiparable a la retirada de la oferta, y que por tanto se encontraba facultada para proponer la adjudicación a otro licitador por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP, a esta misma conclusión llega la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 28/2011 de 7 de junio de 2012. En definitiva considera la falta de formalización como un supuesto análogo al de retirada de la oferta por lo que se le pueden aplicar sus mismos efectos, entre ellos la incautación de la garantía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. es una entidad sujeta a la LCSE que a tenor de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3.1, cuando realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10, fundamentalmente la puesta

a disposición o la explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por autobús.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCGY, en su apartado 3 señala que *“El régimen jurídico del procedimiento de contratación y del contrato que derive de aquél es de derecho privado y se regirá por lo dispuesto en las Instrucciones de Contratación de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.,(EMT) publicadas en la página WEB, www.emtmadrid.es (perfil del contratante), por las disposiciones comunes contenidas en el Libro I del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, en la medida que, de acuerdo con la Disposición Adicional 11ª de dicha Ley y la Disposición Adicional 4ª de la Ley 31/2007, sean de aplicación a las sociedades mercantiles de propiedad íntegramente municipal que, por pertenecer a uno de los sectores que regula, están sujetas con carácter general a ésta última Ley, sin que sea aplicable el régimen establecido para los contratos sujetos a regulación armonizada .*

Será de aplicación en lo procedente el Código Civil y demás normas de derecho privado.

En el Apartado C del Cuadro de Características Específicas se establece si el procedimiento y el contrato se rigen además específicamente, por superar los umbrales establecidos, por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, los supuestos excepcionales en que pueden ser de aplicación las disposiciones relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada del Texto Refundido de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y cualquier otra mención sobre normas aplicables a este procedimiento concreto”.

El Apartado C por su parte establece lo siguiente:

“REGIMEN NORMATIVO

El régimen jurídico del Procedimiento de Contratación y del Contrato que derive de

aquel, está específicamente sujeto a lo dispuesto en la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la energía, los Transportes y los Servicios Postales, y sucesivamente por las Instrucciones Públicas de contratación de EMT, y por las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos, del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2012 de 14 de diciembre, aplicado conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 4 de la Ley 31/2007, y en la Disposición Adicional 8ª del propio Texto Refundido, es decir, sin que en ningún caso sean aplicables las disposiciones establecidas para los contratos sujetos a regulación armonizada la Ley 30/2007”.

Asimismo el apartado U, relativo al régimen de reclamaciones y recursos y el establece: *“El presente procedimiento está sujeto al régimen de reclamaciones y de declaración de nulidad regulados en el Título VII, Capítulos I y 11. artículos 101 a 111 de la Ley 31/2007”.* Así se recoge igualmente en el anuncio de la licitación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se ha interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, que establece que *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al ser la adjudicataria del contrato objeto de la reclamación.

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso en nombre de Globally Eventos y Comunicaciones S.A.

Tercero.- El acto objeto de la reclamación, es un acto de trámite cualificado que produce indefensión, correspondiente a un contrato que ha sido calificado como servicios, sin que se cuestione su vinculación a la explotación de la red de transporte urbano en autobús, por tanto sujeto a la LCSE, cuyo valor estimado al conllevar una inversión inicial de 100.000 euros, una duración de ocho años y unos importes variables con porcentajes del 10 al 30% de la inversión realizada y en función de las cantidades consideradas por la entidad adjudicadora, podemos considerar que supera los umbrales establecidos en el artículo 16.a) de la Ley y está incluido en la categoría 13 del anexo II A de la misma, por lo tanto es susceptible de reclamación.

Previamente el día 2 de diciembre de 2014 se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE.

Cuarto.- El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles contados desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia. El acuerdo impugnado fue conocido por la entidad reclamante el 29 de noviembre de 2014. La reclamación se interpone ante este Tribunal el 19 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles.

Quinto.- El fondo del asunto se contrae a determinar si la incautación parcial de la fianza definitiva es acorde con lo establecido en el PCGY y en la legislación aplicable.

El artículo 156.4 del TRLCSP establece que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que en su caso hubiese exigido.

Queda acreditado en el expediente administrativo que en el presente caso una vez adjudicado el contrato no se ha formalizado el correspondiente contrato debido a la negativa, expresa o tácita de la empresa adjudicataria.

Por otro lado hay que considerar que si el adjudicatario de un contrato, que además ya ha constituido la garantía definitiva, reconoce que no puede formalizar el contrato, solo puede entenderse que procede a retirar dicha oferta, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 62.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de aplicación supletoria en este caso, *“si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida”*.

Ahora bien deben aun determinarse las consecuencias económicas que lleva consigo la retirada de la oferta en aplicación con lo dispuesto en el artículo 156.4 antes citado.

En este caso no estaba prevista la constitución de garantía provisional en el PCGY, por lo que no procede obviamente el efecto de incautación de la garantía provisional previsto en el artículo 62.1 del RGLCAP, previo al artículo 103 del TRLCSP que configura la exigencia de dicho tipo de garantía como potestativa. Ahora bien sí que estaba constituida la garantía definitiva, que sin embargo de acuerdo con el artículo 100 del TRLCSP no tiene por objeto garantizar el mantenimiento de las ofertas, puesto que parece un supuesto poco probable que el adjudicatario no mantenga su oferta después de haber sido propuesto como adjudicatario, requerido para que presentase la correspondiente documentación y haber constituido efectivamente la garantía definitiva.

Como ya hemos señalado, en el caso de que se produzca la retirada de la oferta entre la adjudicación y la formalización del contrato, el artículo 156.4 del TRLCSP permite que de la garantía definitiva se incaute el importe de la garantía provisional que en su caso, se hubiese exigido. Pero de nuevo nos encontramos con que al no haberse exigido garantía provisional no se pueden trasladar a la garantía definitiva, las obligaciones de que respondería la garantía provisional, por lo tanto no procedería la incautación de la misma para hacer efectiva la responsabilidad por posibles daños causados a EMT como consecuencia de la retirada de la oferta, sin perjuicio de que tales daños, de haberlos se resarzan como corresponda, por vía indemnizatoria.

La entidad contratante que decide prescindir de la garantía provisional en la tramitación de un contrato asume el riesgo de no poder resarcirse del perjuicio que le pueda ocasionar la retirada de una oferta o como en este caso la no formalización del contrato. Riesgo que no aparece legalmente cubierto por la garantía definitiva que pudiera haberse constituido ya que ésta únicamente responde de los daños y perjuicios en la ejecución del contrato o las penalizaciones incurridas por la empresa en desarrollo del mismo.

Por todo ello la reclamación debe estimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar la reclamación interpuesta por don O.V.M., en nombre y representación de GLOBALLY EVENTOS Y COMUNICACIONES, S.A. (GLOBALLY)

contra la incautación parcial de la fianza definitiva por importe de 22.286,68 euros, correspondiente al contrato de “Suministro, implantación y explotación de una solución de Marketing dinámico embarcado en los autobuses”, nº de expediente:13/050/3-N de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.(EMT) debiendo devolver la mencionada cantidad, sin perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a reclamar mediante el ejercicio de las acciones oportunas el resarcimiento de los daños que se le hubieran ocasionado.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación 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 108 de la LCSE.