

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

En Madrid, a 31 de agosto de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Edugest Formación Educativa S.L. y Crecer Juntos S.L., ambas en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito Municipal de Barajas, de fecha 17 de julio de 2023, por el que adjudica el contrato de servicios de “prestación del servicio educativo en la escuela infantil “La Colina”, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2022/00841, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio de licitación publicado en el DOUE el 10 de marzo de 2023 y el 13 de marzo en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.638.601,57 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 9 licitadores, entre ellos la recurrente.

## **Segundo.- Antecedentes**

Tras el desarrollo normal del procedimiento de licitación se alcanzó el momento procesal de clasificación de las ofertas, resultando primera de ellas Zahir Infantil S.L.

La mesa de contratación requirió la documentación que acredita la declaración inicialmente presentada y que se recoge en el artículo 140 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y el resto de documentación requerida en el artículo 150.2 de la misma norma.

Tras considerar suficiente la documentación presentada por Zahir Infantil S.L., se procedió a la adjudicación del contrato con fecha 17 de julio de 2023.

**Tercero.-** El 1 de agosto de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la representación legal de Edugest Formación Educativa S.L. y Crecer Juntos S.L., ambas en compromiso de UTE, en el que solicita la anulación de la adjudicación por no haber presentado la adjudicataria toda la documentación requerida y, en segundo lugar, la modificación de la puntuación obtenida por la recurrente en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El 3 de agosto de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los

procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En plazo y forma presenta escrito Zahir Infantil S.L., de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 17 de julio de 2023, e interpuesto el recurso,

en este Tribunal, el 1 de agosto de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso dos son los motivos de impugnación.

En primer lugar la falta de acreditación por parte de Zahir Infantil S.L., de encontrarse dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y al corriente de pago en dicho impuesto.

Concretamente consideran que: *“La documentación aportada por la entidad Zahir Infantil, S.L., recoge un “Certificado de Situación en el Censo de actividades Económicas de la AEAT”, que aportamos junto a este escrito como **DOCUMENTO N.º CINCO**, que **no recoge el alta en la Escuela Infantil La Colina ni una declaración responsable.***

*Además, adjuntamos a este escrito, como **DOCUMENTO N.º SEIS**, copia del recibo del IAE de la Escuela Infantil de La Colina, objeto de este recurso, abonado por la entidad adjudicataria el pasado veinticinco de julio de dos mil veintitrés, lo que prueba -inexorable e indubitativamente- que la licitadora Zahir Infantil, S.L. no pudo ni tampoco cumplimentó adecuadamente el trámite del artículo 150.2 de la LCSP y la Cláusula 28 del PCAP, por lo que debe resultar de aplicación lo recogido en el propio artículo 150.2 de la LCSP que ya hemos transcrito, en el sentido de **“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta”.***

A este motivo de recurso el órgano de contratación manifiesta en su escrito de alegaciones: *“En relación con el primer criterio impugnativo, el recurrente alega, en suma, que la adjudicataria no ha acreditado correctamente el cumplimiento de la*

*obligación de hallarse al corriente respecto al impuesto sobre actividades económicas, lo que conllevaría subsiguientemente en aplicación del artículo 150.2 LCSP entender que el licitador ha retirado su oferta, debiendo procederse “a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.*

*Al respecto, procede indicar que la actuación de la Mesa de Contratación permitió comprobar fehacientemente el cumplimiento de esta obligación por parte de la adjudicataria en los términos definidos por el artículo 13.1 LCSP, que señala que “A efectos de lo previsto en el artículo 20, párrafo f), de la Ley se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurren las siguientes circunstancias:*

*a) Estar dadas de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerzan actividades sujetas a este impuesto, en relación con las actividades que vengan realizando a la fecha de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos, que les faculte para su ejercicio en el ámbito territorial en que las ejercen”.*

*Esta alegación queda acreditada por cuanto:*

*a) ZAHIR INFANTIL, S.L. presentó certificado de situación en el censo de actividades económicas de la AEAT, firmado electrónicamente el 28 de marzo de 2023 **(DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 1)** en el que se constata fehacientemente el alta de la citada mercantil en 6 actividades correspondientes al epígrafe/sección IAE 931.1 (guardería y enseñanza infantil) que se desarrollan en el municipio de Madrid (cuota municipal). Este documento acredita incontestablemente que la adjudicataria estaba de dada de alta en el censo de actividades económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2023 y que desarrolla 6 actividades en el ámbito territorial del municipio de Madrid coincidentes con la que es propia del objeto contractual.*

*b) ZAHIR INFANTIL, S.L. presentó carta de pago del impuesto sobre actividades económicas correspondiente al epígrafe/sección IAE 931.1 (guardería y enseñanza infantil), aportándose documento liquidativo emitido por la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid con número de identificador 81522500*

004840001, justificativa de que el pago del impuesto correspondiente al ejercicio 2023 se ha efectuado dentro del periodo voluntario (del 1 de octubre de 2022 al 30 de noviembre de 2022), tal y como se acredita a través del calendario de tributario 2023 del Ayuntamiento de Madrid que se aporta como **DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 3**. El abono se produjo a través de cargo en cuenta con fecha valor de 24 de noviembre de 2022.

c) Es por ello que se acredita por ZAHIR INFANTIL, S.L. la inexistencia de deudas tributarias a través de la presentación de dos certificados emitidos por la Agencia Tributaria de fecha 14 de junio de 2023 (vigencia de 6 meses) y por la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid de fecha 14 de junio de 2023. Ambos se aportan como **DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 4**.

d) El alta de la actividad concreta referida a la escuela infantil La Colina debe producirse en los términos exigidos por la normativa tributaria, es decir, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurren las circunstancias que se señalan, que en el supuesto del impuesto de actividades económicas será la de estar dada de alta en dicho impuesto cuando ejerzan efectivamente la actividad sujeta. Desde esta perspectiva, ha de indicarse que, tal y como determina el anexo I del pliego de cláusulas administrativas que rigen este contrato: “10.- Plazo de ejecución y lugar de ejecución. (Cláusulas 10, 11, 23 y 45) Plazo total: El inicio del contrato será el 16 de agosto de 2023, siendo su finalización el 15 de agosto de 2026”.

El adjudicatario en su escrito de alegaciones justifica su situación de hallarse al corriente de pago de todas sus obligaciones tributarias en parecidos términos que el órgano de contratación.

A la vista de las posiciones de las partes, este Tribunal considera suficientemente acreditado que la adjudicataria no mantiene deudas tributarias que la lleven a encontrarse en una prohibición de contratar de las detalladas en el artículo 71.1 de la LCSP, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

El segundo de los motivos objeto de impugnación es la incorrecta calificación de la oferta de la recurrente en referencia a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

Considera la recurrente en términos generales y con relación a las valoraciones de la oferta que se han realizado, la falta de contenido en algunos apartados de esta valoración teniendo en cuenta que en el PCAP no se especificaban subapartados o contenidos específicos que hubieran permitido a todos los licitadores conocer tales circunstancias y, en su caso, haber decidido expresamente sobre las mismas.

Mencionan también la extensión máxima del proyecto a presentar. Pasan a analizar en más de 25 páginas uno por uno los distintos criterios de adjudicación y el contenido del informe de su calificación técnica. Alegaciones que no se reproducen en esta Resolución para por razón de extensión.

El órgano de contratación defiende su criterio calificador en los siguientes términos. *“Respecto a este segundo criterio impugnativo procede realizar las siguientes consideraciones:*

*a) En distintos subcriterios, el Comité de Expertos ha apreciado que en ese apartado del proyecto existen elementos con una letra inferior a 12 pulgadas, tamaño de letra que incumple lo recogido en el pliego.*

*La exigencia deviene directamente del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares que, como es sabido, constituye cuerpo normativo de este contrato y al que debe sujetarse plenamente la licitación presentada.*

*Desde esta perspectiva ha de señalarse que el pliego de cláusulas administrativas particulares define una exigencia de tamaño mínimo de letra que resulta íntegramente aplicable a todo el proyecto de gestión educativa presentado por cada licitador, sin que se permita por dicho pliego distinguir entre apartados principales y notas a pie de página o apartados secundarios, sino que todos ellos deben asumir ese requisito, justamente por qué con él se garantiza la igualdad de trato entre todos los licitadores, al implicar fijar la misma limitación de espacio a la hora de presentar*

*los distintos proyectos educativos. Atender a las consideraciones expuestas por el recurrente implicaría habilitar un trato disímil que vulneraría los principios contractuales de no discriminación e igualdad entre los licitadores exigidos por el artículo 1 LCSP.*

*Es por ello que el criterio general aplicado por el comité de expertos a todas y cada una de las licitaciones de escuelas infantiles del Ayuntamiento de Madrid en los 21 distritos, que es el de no valorar los elementos que no cumplan con esta obligación, se entiende plenamente ajustado a derecho, proporcional y adecuado, procediendo la desestimación íntegra de la alegación efectuada por el recurrente en este punto.*

*b) De igual forma, por el recurrente se pone de manifiesto su disconformidad en la valoración efectuada por el comité de expertos, a cuyo efecto para cada uno de los subcriterios recoge la valoración efectuada por el mismo para añadir a continuación distintos elementos que contiene el proyecto educativo que supuestamente pondrían de manifiesto la incorrección de la valoración atribuida.*

*Este argumento debe ser igualmente desestimado por cuánto la valoración efectuada por el comité de expertos ha conocido el contenido del proyecto educativo presentado por la recurrente, pero pone de manifiesto que la falta de detalle en algunos aspectos o la falta de concreción en otros, impide atribuir la máxima puntuación en cada subcriterio que ha sido objeto de valoración.*

*Es decir, la capacidad del comité de expertos para realizar su juicio valorativo implica necesariamente su habilitación correlativa para definir un mínimo o determinado nivel de desarrollo o concreción, con el que el recurrente puede o no estar de acuerdo pero que resulta plenamente ajustado a derecho por estar motivado y por haber sido igual para todos los licitadores. Hurtar al comité de expertos su capacidad para definir el nivel de desarrollo o concreción exigible para cada criterio implicaría, de hecho, cercenar la autonomía necesaria a este órgano de valoración. Parece que, en este punto, el recurrente quisiera que los criterios no valorables en cifras y porcentajes que constituyen parte esencial por la naturaleza de este contrato, sufrieran una suerte de mutación u objetivación que los asimilará en mayor medida a los criterios valorables en cifras o porcentajes, lo cual constituye una contradicción en sus propios términos.*



(...)

*Las alambicadas conclusiones que son expuestas a lo largo del recurso para cada uno de los criterios que han sido objeto de valoración por el comité de expertos acaban concluyendo en un argumento que no puede sino calificarse como extrajurídico, cuál es “la sorpresa” que manifiesta el recurrente respecto al hecho de que en distintas licitaciones el recurrente siempre ha obtenido una puntuación significativamente más alta que la adjudicataria, aportando un cuadro comparativo que carece de toda virtualidad en relación con el presente recurso. Resulta evidente afirmar que, con independencia de la veracidad o no del argumento expuesto, actuaciones pretéritas no constituyen elementos que condicionen las valoraciones en licitaciones posteriores.*

(...).”

Si bien la adjudicataria ha efectuado manifestaciones sobre este motivo de recurso, la defensa de su calificación no es el motivo impugnatorio, sino la pretendida corrección de la puntuación lograda por la recurrente, por lo que sus alegaciones no han de ser tenidas en cuenta en este momento.

A la vista de las posiciones de las partes nos encontramos ante dos actuaciones o hechos diferenciados, en primer lugar, la falta de concreción de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en los pliegos de condiciones, tal y como manifiesta la recurrente.

A este respecto hay que recordad que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del

clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La presentación de oferta por parte de la recurrente sin previamente impugnar el PCAP por oscuridad en sus términos relativos a la puntuación del proyecto solicitado, conllevan a una aceptación incondicional del texto, no pudiendo a resultas de la licitación invocar aspectos del PCAP para justificar el recurso interpuesto.

En segundo lugar, y en relación al informe emitido por el comité de expertos sobre el proyecto requerido, debemos resaltar, en primer lugar, el argumento del órgano de contratación sobre la extensión de los proyectos que queda claramente identificado en el PCAP y que sobradamente conocía la recurrente, así como las consecuencias de su incumplimiento.

En segundo lugar, debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por falta de conocimientos técnicos en la materia por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

*Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.*

*Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.*

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación ha sido motivada suficientemente y previamente revisada, concluyendo en los mismos términos que se apreciaron por el comité de expertos que calificaron los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor que nos ocupan.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea

arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Edugest Formación Educativa S.L. y Crecer Juntos S.L., ambas en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito Municipal de Barajas, de fecha 17 de julio de 2023, por el que adjudica el contrato de servicios de “Prestación del servicio educativo en la escuela infantil “La Colina”, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2022/00841.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.