

Acuerdo n^o: **20/13**
Consulta: **Consejero de Economía y Hacienda**
Asunto: **Recurso Extraordinario de Revisión**
Aprobación: **18.12.13**

ACUERDO de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 18 de diciembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por la presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, a través del consejero de Economía y Hacienda, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por B.L.B., en nombre y representación de la empresa A, contra la Resolución del director gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 26 de julio del 2013, por la que se adjudica el contrato “*Servicio de operación y explotación de los sistemas de información del Hospital General Universitario Gregorio Marañón*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo, por el trámite ordinario, de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley del Consejo, en relación con el recurso extraordinario de revisión referido.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se procedió a darle entrada con el número 605/13, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por

reparto de asuntos a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen, los que a continuación se relacionan:

1.- Mediante Resolución de 21 de marzo de 2013 del gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas correspondientes al “*Servicio de operación y explotación de los sistemas de información del Hospital General Universitario Gregorio Marañón*”, con un valor estimado de 2.866.844,40 euros, IVA excluido. El anuncio de la convocatoria se publicó respectivamente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial del Estado y Diario Oficial de la Unión Europea los días 11, 13 y 16 de abril de 2013.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), exigía en el apartado 5.2 del Anexo 1, a efectos de acreditar la solvencia técnica.

“Artículo 78.1 apartado a) del TRLCSP: Relación de los principales servicios Declaración o trabajos realizados en los tres últimos años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán

comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterios de selección: Con el objetivo de justificar la solvencia técnica necesaria para la ejecución de los trabajos, se deberá aportar al menos, una credencial firmada que demuestre experiencia previa, en los últimos tres años, en la implantación y soporte de la aplicación HCIS.

En este sentido dicha credencial deberá cubrir los siguientes puntos:

- Experiencia en implantación/soporte a la aplicación HCIS en al menos tres hospitales siendo al menos uno de ellos de la Comunidad de Madrid*
- Experiencia en servicios de implantación y soporte a la aplicación/mantenimiento al menos durante dos años de un sistema HCIS en un hospital de gran tamaño (500 camas).*
- Experiencia en la integración de la aplicación HCIS con otro sistema de información departamentales del Hospital”.*

2.- A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación, en su reunión del día 23 de mayo de 2013, procedió a la apertura de la documentación administrativa y requirió a tres de las licitadoras la subsanación de la documentación. En concreto, a la empresa B se le requirió la subsanación de las deficiencias apreciadas en la documentación acreditativa de la solvencia técnica en relación con los certificados de SESCAM y de C presentados. La citada empresa en el plazo de subsanación aportó un certificado del SESCAM y un certificado de C.

En la reunión de 5 de junio de 2013, la Mesa acordó excluir a la empresa B por considerar que los certificados aportados en el plazo de subsanación, no reunían las condiciones exigidas. En concreto se consideró que los certificados aportados no acreditaban la experiencia en implantación y soporte de la aplicación HCIS.

Con fecha 12 de junio de 2013 se dicta resolución de adjudicación del contrato a la empresa A.

3.- La empresa B interpuso el día 20 de junio de 2013 recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 5 de junio de 2013 por el que resultaba excluida de la licitación, tramitándose bajo el número 92/2013. El objeto del recurso, resultó ampliado como consecuencia de la interposición de otro posterior contra la adjudicación del contrato, al que se le asignó el número 102/2013, y que fue acumulado al anterior, al apreciarse identidad en el asunto objeto de ambos recursos, al estar dirigido al mismo órgano de contratación, existir identidad en los interesados y que la resolución que se dictase, afectaba a ambos.

El TACP, analizados los documentos que constaban en el expediente, las alegaciones efectuadas y el informe del órgano de contratación, previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que se señalaba que los certificados aportados por la empresa B solo acreditaban una parte de la experiencia requerida, dictó la Resolución 100/2013, de 3 de julio de 2013, en la que consideraba que la participación en las actuaciones que describían los certificados aportados permitía acreditar la experiencia de la recurrente, teniendo en cuenta el principio de libre concurrencia y para facilitar la mayor participación en el procedimiento de licitación, y por tanto estimaba el recurso 92/2013, contra la exclusión, anulando la adjudicación efectuada y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de ofertas e inadmitiendo el recurso 102/2013, contra la adjudicación por la

imposibilidad de impugnar de forma sucesiva los actos de exclusión de los licitadores, en su condición de actos de trámite cualificados, y los actos de adjudicación de los contratos.

4.- En cumplimiento de la Resolución 100/2013 del TCAP, el 9 de julio de 2013, el director gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, dictó Resolución anulando la adjudicación a favor de A y retro trayendo las actuaciones al momento de valoración, admitiendo la oferta de la empresa B.

En la Mesa de contratación celebrada el día 15 de julio de 2013 se procede a la apertura de la proposición económica de B. El resultado fue que el precio ofertado por ésta empresa era inferior al ofrecido por A, de manera que al obtener mayor puntuación total se propuso la adjudicación a su favor. Una vez presentada la documentación requerida por el artículo 151.2 del TRLCSP se dicta Resolución de adjudicación de 26 de julio de 2013 a favor de B.

5.- El día 5 de agosto de 2013 la empresa A efectúa ante el órgano de contratación el anuncio previo de interposición de recurso especial contra el acto de adjudicación y con la misma fecha presenta una declaración en la que expresa:

“(...) esta empresa ha tenido conocimiento de unas circunstancias de hecho que alteran significativamente el proceso de adjudicación de dicho expediente. Por tanto, esta empresa considera que este imponderable debe ser tenido en consideración por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, los hechos son los siguientes:

- La empresa B ha resultado adjudicataria de dicho expediente, tras haber recurrido su previa exclusión del procedimiento, mediante la

acreditación de su solvencia técnica mediante una certificación emitida por C.

- A ha tenido contacto con C por medio de su responsable de Servicios Informáticos (CIO), el cual ha puesto en nuestro conocimiento los siguientes hechos que afectan directamente a este procedimiento:

- La certificación aportada por B no tiene validez desde el punto de vista de acreditación de solvencia técnica, teniendo en consideración que la persona firmante de C (...) no tiene potestad ni entidad jurídica para certificar trabajos a ningún proveedor.*

- La empresa B no ha participado en ningún proyecto de implantación/soporte/mantenimiento a la aplicación HP-HCIS en el ámbito de C, ni en la integración de la aplicación HP-HCIS con otros sistemas de información departamentales en el periodo 2009 a 2013.*

Por lo expuesto solicitamos al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, que requiera confirmación formal a C de estos puntos.

De esta forma podrá quedar acreditada la falsedad documental en la que presuntamente ha podido incurrir B y por tanto acreditada la improcedencia de la adjudicación de dicho expediente a la empresa B”.

Reunida la Mesa de Contratación del hospital el día 6 de agosto 2013 se procedió a la discusión del escrito presentado por la empresa A y por unanimidad se decidió solicitar a C, como emisora del citado certificado, aclaración sobre la acreditación de la solvencia técnica de B en los siguientes términos:

- “1.- Si la persona que certifica el Documento de colaboración tiene la potestad para certificar trabajos a proveedores.*
- 2.- Si los trabajos realizados por la empresa B, se corresponden con trabajos de implantación, soporte y mantenimiento de aplicaciones HP-HCIS”.*

El día 8 de agosto de 2013 se recibe un correo electrónico del director de Sistemas de Información de C dirigido al presidente de la Mesa de contratación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, en el que, sobre la aclaración requerida, adjuntaba una carta firmada por él, en el que manifestaba lo siguiente:

“Por la presente aclaro y rectifico cualquier otro documento realizado previamente en nombre de la compañía a efectos de la acreditación de los trabajos realizados por B para C.

La empresa B realizó para C un proyecto cuyo objetivo era analizar la viabilidad de hacer funcionar la aplicación HP-HPCIS V3. 6, sobre una arquitectura de software libre. Para ello, participó en una Prueba de Concepto en el entorno de Desarrollo de Migración a stack open source. Este estudio se realizó durante los meses de noviembre y diciembre de 2012”.

Seguidamente cita las tareas que realizó B dentro de la prueba citada y concluye:

“Este proyecto en ningún momento ha implicado tareas de implantación, mejora, soporte o mantenimiento de la aplicación HP-HCIS V3.6 en ninguno de los centros u hospitales de C. En ningún momento estos trabajos ni las conclusiones de los mismos han sido puestos en producción en ningún centro hospitalario de C. Una vez realizadas estas tareas no se continuó con dicho proyecto.

Todo lo cual les comunico a efectos de aclarar los trabajos realizados por B para nosotros”.

6.- Con fecha 6 de agosto de 2013 tuvo entrada en el TACP el recurso interpuesto por la empresa A manifestando que con posterioridad a la adjudicación a B del expediente de referencia, ha tenido conocimiento de unas circunstancias de hecho que alteran significativamente el proceso de adjudicación del expediente. Relata haber tenido contacto con C y que ésta le ha comunicado que la persona que emitió el certificado presentado por B *“no tiene potestad ni entidad jurídica para certificar trabajos en nombre de C a ningún proveedor”* y además que *“la empresa B no ha participado en ningún proyecto de implantación / soporte / mantenimiento a la aplicación HP-HCIS en el ámbito de C”*. Considera que la acreditación de la solvencia se ha realizado *“en base a un documento cuyo contenido no es veraz y por tanto no cubre realmente los requisitos de solvencia”*. Por ello suplica que se declare nula, anule o se deje sin efecto la adjudicación a favor de la empresa B, y en consecuencia se retrotraigan las actuaciones, procediéndose a efectuar una nueva valoración de las proposiciones y se declare la adjudicación del contrato a su favor.

Por Resolución de 8 de agosto de 2013 del director gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón se acordó suspender provisionalmente la tramitación del procedimiento.

El órgano de contratación remite el expediente al TACP el día 22 de agosto con su informe preceptivo sobre este recurso, en el que realiza una extensa y detallada exposición de los antecedentes y tramitación seguida en el expediente y reitera los informes emitidos en relación con el anterior recurso donde consideraba que la oferta de B no acreditaba los requisitos de solvencia técnica requeridos y reproduce igualmente los informes de la Subdirección General de Sistemas de Información del Hospital, donde sobre los certificados aportados por dicha empresa consideraba que no

daban cobertura a los tres supuestos exigidos de implantación, soporte y mantenimiento.

Sobre lo alegado por la recurrente en relación con la falta de capacidad del firmante por parte de C para certificar el contenido del documento, y el contenido del mismo, considera el informe que queda acreditado en la respuesta de C al requerimiento de la Mesa al expresar textualmente su director ejecutivo de Sistemas de Información, que *“rectifica cualquier otro documento realizado previamente en nombre de la compañía a efectos de acreditación de los trabajos realizados por B, por lo que niega la legitimidad del firmante del certificado aportado por B en la acreditación de la solvencia técnica por parte de C”*.

En segundo lugar en cuanto a lo denunciado en relación con la falta de cumplimiento de la solvencia técnica requerida por B, basándose en que el contenido del certificado de C no la acredita, se encuentra totalmente de acuerdo con la recurrente ya que, como se expresaba en los diferentes informes remitidos a la Mesa de Contratación, los certificados no eran válidos para acreditar la solvencia técnica requerida en los Pliegos al acreditar solo una parte de la experiencia requerida como esencial en el Pliego, debido a que no demuestran la experiencia previa exigida.

Además, revisada la respuesta del director ejecutivo de Sistemas de Información de C, se observa que aclarado el alcance de los trabajos realizados por B, en este escrito se confirma el incumplimiento de los requisitos de solvencia en cuanto a la naturaleza de trabajos realizados por B y el periodo acreditado de noviembre y diciembre de 2012, que no alcanza el periodo mínimo exigido de dos años, así como ausencia de acreditación de experiencia en integración de la aplicación HCIS. Manifiesta que coincide con la valoración realizada por la Subdirección de Sistemas de Información en los informes remitidos a la Mesa de contratación y por ello recomienda la exclusión de B al acreditarse que no

cumple los requisitos mínimos de solvencia exigidos en los Pliegos y finaliza exponiendo que:

“Dada la importancia y complejidad de los trabajos a desarrollar por el adjudicatario del presente contrato, y al objeto de garantizar que la adjudicación del mismo recaiga en una empresa con la solvencia técnica necesaria y requerida en los pliegos, y tal y como solicita la empresa recurrente A, y de no considerarse suficientemente rectificativo y aclaratorio el contenido del escrito presentado por el Director Ejecutivo de Sistemas de Información de C con fecha 8/8/2013, parece oportuno requerir al grupo C al objeto de que por la misma se certifiquen los trabajos realizados realmente por B durante el periodo 2009 a 2013 en relación a la participación de B en un proyecto de implantación, soporte y mantenimiento de aplicaciones HP-HCIS en el ámbito sanitario, todo ello si el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, lo estima necesario y procedente para resolución del presente procedimiento”.

Concedido trámite de audiencia, la empresa B formula alegaciones, en las que efectúa una relación de los antecedentes y expone que el TACP como consecuencia del recurso de B de 20 de junio de 2013 presentado contra su exclusión de la licitación donde se argumentaron una serie de consideraciones que fueron analizadas y valoradas oportunamente, dictó la Resolución 100/2013, la cual estimó íntegramente las pretensiones de B. Considera que la acreditación de la solvencia técnica de B es una cuestión que ya ha sido debatida y resuelta, habiendo tenido todas las partes interesadas la oportunidad de solicitar, en su momento, los medios de prueba que hubiesen estimado oportunos (incluida la solicitud de que C emitiera una nueva carta/solicitud) y haber alegado lo que a su derecho hubiera sido de interés.

Además sobre los términos del recurso presentado por A muestra su disconformidad y alega su falta de rigor jurídico y la liberalidad con la que atribuye comportamientos, responsabilidades y conductas a terceros, al asegurar que el certificado emitido por C para B es falso por contener información que no es veraz, sin adjuntar a su recurso medio de prueba alguno. Añade que el certificado se cuestiona desde dos puntos de vista: el de su validez a nivel corporativo, es decir, si la persona que lo suscribió tenía la capacidad suficiente dentro de C para firmar el mismo y sobre su contenido técnico.

En cuanto al primero de los puntos desde el que se cuestiona dicho certificado señala que cada empresa dentro de su propia organización interna tiene sus propios procedimientos para validar, ratificar, autorizar o apoderar la emisión de certificados como el presente y en cuanto a la solvencia técnica de B, considera que ha quedado acreditada su experiencia en la implantación/soporte a la aplicación HCIS también en C, y que el resto de los requisitos exigidos en la licitación para acreditar la solvencia técnica están sobradamente cubiertos y acreditados por B con el resto de certificados aportados a la licitación.

Por todo ello, solicita al TCAP la inadmisión del citado recurso confirmando la adjudicación del procedimiento y subsidiariamente, para el caso de que no fuera inadmitido el citado recurso especial en materia de contratación, declare no procedentes todas las pretensiones esgrimidas por A desestimando íntegramente las mismas.

7.- El 11 de septiembre de 2013 el TCAP formula el acuerdo de mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

La presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 19 de septiembre de 2013 formula propuesta de acuerdo en la que considera que el acto de adjudicación que se recurre

resulta de haberse estimado por el TCAP el recurso especial en materia de contratación interpuesto por B, por entender que la documentación aportada por la citada empresa podía implicar la acreditación de la solvencia técnica. Subraya que respecto a la resolución de adjudicación realizada en cumplimiento del Acuerdo del TCAP, resulta de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto en el recurso especial formulado anteriormente las cuestiones relativas a solvencia técnica de la empresa B.

No obstante señala que el Tribunal considera *“que el certificado aportado por B ha sido revocado por el Director Ejecutivo de Sistemas de Información de C y que resulta determinante la aclaración y especificación que por parte del mismo se hace de los trabajos realizados por la empresa B a C”*.

El TCAP advierte que la adjudicación a la empresa B adolece del vicio de nulidad establecido en el TRLCSP al no resultar acreditada la solvencia técnica y que la adjudicación se realizó en cumplimiento de una Resolución del TCAP que se adoptó teniendo en cuenta un certificado que posteriormente ha sido revocado.

La propuesta considera que al operar el efecto de cosa juzgada en relación con la resolución de adjudicación, al amparo de lo establecido en el artículo 110 de la LRJ-PAC, el recurso presentado por A puede ser considerado un recurso extraordinario de revisión fundado en la causa contemplada en el artículo 118.1.2^a de la LRJ-PAC (*“que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida”*).

Por lo expuesto, la propuesta considera que el conocimiento del documento aportado por el Director Ejecutivo de C durante la tramitación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por B tiene

valor esencial para la resolución de ese recurso por ello propone la estimación del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la representación acreditada de la mercantil A, y al mismo tiempo anular la Resolución de 26 de julio de 2013, del director gerente del Hospital Universitario Gregorio Marañón, por la que se adjudica el contrato “*Servicio de operación y explotación de los sistemas de información del Hospital General Universitario Gregorio Marañón*” Expediente aaa, declarando la nulidad de la Resolución y retrotraer las actuaciones al momento de la admisión de las ofertas.

8.- Consta en el expediente haberse comunicado a A y a B que el Pleno del TCAP calificó el recurso presentado como extraordinario de revisión y que se ha solicitado dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al amparo de lo establecido en el artículo 13.1. letra f) 3º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, al haber sido calificado por el Pleno del TCAP el recurso presentado por la empresa A contra la resolución de adjudicación del contrato “*servicio de operación y explotación de los sistemas de información del Hospital General Universitario Gregorio Marañón*” de 26 de julio de 2013 a favor de la empresa B, como un recurso extraordinario de revisión, en virtud de lo establecido en el artículo 110.2 de la LRJ-PAC cuando preceptúa que “*el error en la calificación del*

recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter “.

Este Consejo Consultivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la admisión del recurso extraordinario de revisión contra las resoluciones del TCAP. Así en nuestro Dictamen 661/11, de 30 de noviembre dijimos lo siguiente:

“Trasladando estas consideraciones relativas a la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC al supuesto que venimos analizando, este Consejo entiende que ante el silencio que guarda la LCSP sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra la resolución del recurso especial en materia de contratación, debe entrar en juego la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC, en cuanto normativa general en la materia, que debe cubrir las lagunas de que pueda adolecer la normativa contractual.

De esta manera conceptuado el recurso extraordinario de revisión en la LRJAP-PAC, como un recurso contra actos firmes en vía administrativa (artículo 118 de la LRJAP-PAC) y configurada la resolución de un recurso especial en materia de contratación dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como acto que pone fin a la vía administrativa (artículo 3.4 de la Ley autonómica 9/2010), no cabe duda de la admisibilidad de la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC en esta materia, dado su vocación de generalidad en materia de recursos administrativos y teniendo en cuenta el silencio de la LCSP en este punto.

Se ha de hacer notar por otra parte que la admisión del recurso extraordinario de revisión constituye una garantía para el administrado, ya que de no admitirse el recurso en este supuesto, se

vería abocado a acudir indefectiblemente a la vía contencioso-administrativa en los supuestos como el que nos ocupa, habiendo excluido expresamente la LCSP la revisión de oficio en esta materia. En este punto, el artículo 319.1 de la LCSP, en su párrafo segundo, introducido al acogerse la enmienda 24 formulada por el Grupo parlamentario socialista, dispone que “No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311...”, descartando explícitamente la procedencia de la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de la propia LCSP y en el capítulo I del título VII de la LRJAP-PAC, que bajo la rúbrica “de la revisión de los actos en vía administrativa” incluye la “revisión de oficio” en su capítulo primero, que a su vez contempla “Revisión de actos y disposiciones nulos” (artículo 102), “declaración de lesividad de actos anulables” (artículo 103), “Suspensión” (artículo 104), “Revocación de actos y rectificación de errores” (artículo 105) y “Límites a la revisión”(artículo 106).

Finalmente la interpretación mantenida por este Consejo, tal y como exige el artículo 3.1 del Código Civil en la interpretación de las normas, es conforme al espíritu y finalidad de la LCSP tras la reforma por la Ley 34/2010, que trata de cohonestar la necesidad de un recurso rápido y eficaz con el necesario respeto a las garantías de los derechos de los administrados, garantías que en este supuesto pasan por la posibilidad de revisar en vía administrativa la actuación del Tribunal contraria a derecho, sin obligar al perjudicado a acudir indefectiblemente a la vía contencioso-administrativa”.

Hechas estas consideraciones, la cuestión se centra en determinar si el escrito presentado por la empresa recurrente puede ser calificado, como postula la propuesta de resolución, como un recurso extraordinario de revisión contra la Resolución 100/2013, de 3 de julio, del TCAP, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa B contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 5 de junio de 2013, por el que esta última empresa resultaba excluida de la licitación.

Si analizamos el escrito presentado por la empresa A vemos que ésta lo califica como recurso especial en materia de contratación, realiza el anuncio previo para su interposición y lo formula contra un acto concreto, cual es el acto de adjudicación del contrato. Además el recurso, tal y como consta en el encabezamiento, se dirige al TCAP y solicita las medidas de suspensión del procedimiento previstas en el artículo 45 del TRLCSP.

Como bien señala la propuesta de resolución en sus fundamentos de derecho primero a cuarto, el recurso calificado como especial en materia de contratación se formula por persona legitimada para ello al amparo del artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Además el recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días contados a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP, pues recurrido el acto de adjudicación, éste fue notificado el día 26 de julio de 2013 y el recurso se presenta el día 6 de agosto siguiente.

El recurrente también ha dirigido el escrito al órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación, el TCAP , como resulta de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP en relación con el

artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y Racionalización del Sector Público

Resulta claro además que el recurso presentado se dirige contra un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, como es el acto de adjudicación de un contrato, artículo 40.2 c) del TRLCSP (“*Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: (...) c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.*”), en relación con el artículo 40.1 b) al tratarse de un contrato de servicios clasificado en la categoría 7 del Anexo II del TRLCSP con un valor estimado de cuantía superior a los 200.000 euros.

En cuanto a los motivos de impugnación, la empresa aduce la falta de solvencia de la empresa adjudicataria, lo que resulta admisible como fundamento del recurso especial en materia de contratación, por cuanto el texto legal no establece ningún límite al mismo, pudiendo fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. En este punto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido en la necesidad de “*garantizar la aplicación efectiva de las Directivas Comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse*” (STJUE de 11 de agosto de 1995, entre otras). La acreditación de solvencia es un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), de ahí la importancia de que ese requisito sea adecuadamente valorado y en su caso sea rectificadas cualquier infracción en relación con el mismo. En este sentido el artículo 62.1 del TRLCSP establece que “*Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en*

posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación” y el artículo 32 en relación con el artículo 31 del mismo texto legal, califica la falta de solvencia como una de las causas de nulidad de derecho administrativo de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos.

Por otro lado, en materia de procedimiento, se ha dado cumplimiento a las previsiones del artículo 44.1 del TRLCSP, al haberse anunciado previamente el recurso con carácter previo a su interposición en plazo legal, e incluso, al amparo del artículo 46.3 del TRLCSP, por parte del TCAP, mediante resolución de 11 de septiembre de 2013, se ha acordado el mantenimiento del efecto de suspensión del procedimiento de contratación que establece el artículo 45 del TRLCSP como efecto automático de la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación. Además con invocación del artículo 46.3 del TRLCSP, que establece el trámite de audiencia a los interesados en el recurso especial en materia de contratación, se ha conferido el citado trámite para formular alegaciones a las empresas interesadas en el procedimiento.

Conforme a lo expuesto hasta ahora, cuando la empresa recurrente formula adecuadamente un recurso especial en materia de contratación y esto es lo que resulta realmente de su escrito, no existe ningún error en la calificación del recurso que nos obligue a desvirtuar el carácter de sus manifestaciones e interpretar que su voluntad es interponer un recurso distinto, como efectúa el TCAP en su propuesta, realizando un doble esfuerzo interpretativo, pues, en primer lugar, debe interpretar que el acto recurrido no es el que menciona el recurrente en su escrito, el acto de adjudicación sino un acto distinto, la Resolución 100/2013, de 3 de julio, del TCAP, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa B. En segundo lugar, el recurso que se interpone como especial en materia de contratación conforme a las

previsiones legales, y respecto al que el propio TCAP ha conferido la tramitación que establece para dicho recurso el TRLCSP, incluso atribuyéndole el efecto de suspensión del procedimiento que la interposición de ese recurso lleva aparejado, según hemos expuesto anteriormente, debe interpretar no es tal recurso ordinario y potestativo, sino un recurso extraordinario como es el de revisión.

Esta interpretación garantista que realiza el TCAP en aras a facilitar el ejercicio de la acción, pues no es otro el objetivo del artículo 110.2 de la LRJ-PAC (así Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009), resulta a nuestro juicio en este caso improcedente e innecesaria. Improcedente porque, conforme hemos expuesto anteriormente, no entendemos que exista error en la calificación del recurso por parte de la empresa recurrente e innecesaria porque no se aprecian en este caso obstáculos que impidan al TCAP examinar el recurso planteado como especial en materia de contratación y resolver lo que estime procedente, de manera que el principio *pro actione* no tiene porque verse perjudicado.

En relación con esto último, el TCAP invoca el principio de “*cosa juzgada*” de manera que entiende que debería inadmitir el recurso, pues sostiene que si entrara a resolver sobre la solvencia de B planteada por la empresa recurrente incidiría sobre un asunto ya resuelto en su Resolución 100/2013 y respecto a la que operaría el mencionado principio. Debe observarse que esta invocación de la cosa juzgada administrativa es frecuente en los tribunales administrativos competentes en materia de recursos contractuales (cabe citar en este sentido la Resolución 20/2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, la Resolución 59/13 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía o en la Resolución 113/2013 del propio TCAP, entre otras muchas).

Ahora bien debemos señalar que no cabe hablar en este caso de *“la mal llamada <<cosa juzgada administrativa>>”* (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de octubre de 2004), que se suele emplear como fórmula equivalente a la de firmeza de los actos administrativos. En este punto señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989 que *“la expresión<< cosa juzgada administrativa>> responde más a una licencia del lenguaje, a un uso metafórico del concepto, que a la existencia de una base de analogía con la institución que y única: la cosa juzgada judicial”*.

También la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001 lo califica de *“completo dislate jurídico”* puesto que entiende que *“el concepto de “cosa juzgada” es propio y exclusivo de las resoluciones judiciales, en que se juzgan pretensiones, y , por tanto, su extensión a los procedimientos administrativos es inapropiada, y la única excusa es que se trata de un viejo resabio, que recuerda cuando existían en siglos pasados los Juzgados y Tribunales de la Hacienda Pública, y posteriormente de la errónea concepción “jurisdiccional” de los Tribunales Económicos-Administrativos (...)”*. Incluso aunque a efectos dialécticos trasladásemos al ámbito administrativo la aplicación del citado principio, no resulta admisible la postura del TCAP, pues no puede olvidarse que la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el procedimiento contencioso-administrativo, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2013 de manera que:

“basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca

examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente”.

Conforme a lo anterior, parece claro que no concurriría aquí el condicionante preciso para apreciar la cosa juzgada que invoca el TCAP, pues resulta evidente que los actos enjuiciados en uno y otro caso resultan distintos, pues el acto examinado en el recurso especial en materia de contratación anterior que dio lugar a la Resolución 100/2013 del TCAP fue el acuerdo de la Mesa de Contratación de exclusión de la empresa B, mientras que lo que ahora se enjuicia es un acto distinto, el acto de adjudicación, cuya conformidad a derecho no ha sido anteriormente examinada.

En virtud de lo dicho, en tanto el recurso planteado ante el TCAP debe ser considerado un recurso especial en materia de contratación, la emisión del dictamen no resulta procedente, en virtud de lo establecido en el artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en donde se regula el ámbito competencial del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo Consultivo toma el siguiente

ACUERDO

Devolver el expediente, cuyos datos figuran en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, por no ser procedente el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 18 de diciembre de 2013