

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

En Madrid, a 30 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de EULEN Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la actuación material consistente en fijar como fecha de inicio del servicio el día 1 de julio del contrato “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043, lote 3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo del Ayuntamiento de Madrid se hace pública la licitación del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión denominado “Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, a adjudicar mediante procedimiento abierto, tramitación urgente y pluralidad de criterios, dividido en tres lotes. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOE de 15 de abril de 2016.

El presupuesto base de licitación asciende a 490.003.651 euros y el valor estimado a 1.252.962.126,43 euros.

Segundo.- La sociedad recurrente es la actual prestadora del servicio y concurrió a la licitación ofertando al lote nº 3.

El 24 de junio de 2016 se publica en el perfil de contratante la adjudicación a Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. En el anuncio consta: *“Plazo de ejecución. Fecha prevista de inicio: 01.07.2016”*.

El mismo día, por correo electrónico, se insta a la empresa saliente, la recurrente, a prestar su colaboración para que el inicio del servicio de ayuda a domicilio tenga lugar el 1 de julio, facilitando los datos, tanto relativos a los usuarios del contrato como del personal a subrogar por la nueva empresa adjudicataria.

El día 27 de junio de 2016 se procede a la formalización de los tres lotes, en los que el contrato se divide.

Tercero.- El 27 de junio de 2016 tuvo entrada el escrito calificado como recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EULEN Servicios Sociosanitarios, S.A. en el que solicita que *“lo admita, tenga por formulado, recurso especial en materia de contratación frente a la actuación material consistente en fijar como fecha de inicio del servicio el próximo 1 de julio, declare la nulidad de la misma, con los demás pronunciamientos que en derecho procedan”*.

El 29 de junio 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, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Dada la urgencia en la resolución del recurso que se dirige contra una consecuencia de la decisión de adjudicación y el plazo concedido para la formalización del contrato, y dado que no se tendrán en cuenta para la resolución del recurso otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se ha prescindido del trámite de audiencia a los posibles interesados. Ello no obstante, estando vigente el plazo de interposición del recurso contra la adjudicación recaída, en el supuesto de formularse recurso contra la misma se procederá a remitirlo a los interesados para cumplimentar dicho trámite.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora, que no ha sido seleccionada y que expone su intención de interponer recurso contra la decisión de adjudicación adoptada *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al contrato objeto de recurso y la posibilidad de impugnación del mismo, este ha sido calificado como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

Esta calificación es consecuente con la que tradicionalmente ha adoptado este contrato tramitado por el Ayuntamiento de Madrid. Este Tribunal tuvo ocasión de conocer la anterior convocatoria en 2012 y mediante Resolución 157/2012, de 19 de diciembre, se acordó inadmitir el recurso presentado contra la adjudicación de aquél contrato, considerando que la calificación del contrato como gestión de servicios públicos había sido consentida por los licitadores que habían participado en la misma al haber formulado oferta aceptando incondicionalmente el contenido de los pliegos y no se cumplían los umbrales del artículo 40.1.c) para ser recurrido.

No obstante, con posterioridad a dicha fecha, la posibilidad de recalificación de los contratos fue tratada en la II Reunión de Coordinación de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que tuvo lugar en Sevilla el 7 de noviembre de 2013. En ella se consideró que la competencia es una cuestión de orden público y la posibilidad de recurso no debe quedar condicionada por la inadecuada calificación del contrato. A fin de coordinar la actividad de los distintos Tribunales y otorgar seguridad a los operadores jurídicos en sus relaciones con los Tribunales y los órganos de contratación, se acordó proceder a la recalificación a los solos efectos de determinar la competencia del órgano encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación, sin alteración del régimen jurídico del contrato fijado en los pliegos, aunque se haya determinado incorrectamente por el órgano de contratación.

En consecuencia, a fin de dotar de seguridad jurídica y actuar de forma coordinada, a partir de dicha fecha, el Tribunal de Madrid adoptó dicho criterio y lo aplicó en todos los recursos presentados desde la fecha de la reunión de coordinación. En cuanto se refiere a los específicos contratos del servicio de ayuda a domicilio, que se vienen calificando como de servicios y otras veces como contratos de gestión de servicios públicos e incluso como administrativo especial, conoció en diversos recursos cuyos pliegos lo calificaban como de servicios aceptando esa calificación, y en cuanto a la necesidad de recalificación tuvo oportunidad de pronunciarse por primera vez en la Resolución 197/2015, de 26 de noviembre, en

relación al contrato de Servicio de atención domiciliaria del Ayuntamiento de Boadilla del Monte. En ella se exponía que *“Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado en el PCAP como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en el TRLCSP y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en el mismo.*

(...).

El elemento caracterizador de la definición, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II del TRLCSP y por el contrario, donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II, podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial.

En este caso el indicado Anexo II contempla con el número 25 los servicios sociales y de salud, con la única exclusión de los contratos de servicios sociales administrativos y los programas de acción municipal, excepciones que no encajan con el contrato que ahora nos ocupa”.

De acuerdo con ello y con todo lo anterior, este Tribunal consideró que el contrato debió ser calificado como de servicios, por lo que era susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) del TRLCSP.

El hecho de que la recurrente haya concurrido a la licitación, -vinculada obviamente por los pliegos-, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, *“La circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal, (...), como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web”.*

Considerar que por la indebida calificación del contrato este quede excluido de la posibilidad de recurso especial, podría constituir una infracción del derecho a un recurso útil y eficaz previsto en la Directiva 89/665/CEE, modificada por la 2007/66/CEE, de 11 de diciembre de 2007, de cuya transposición se deriva el recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación la gestión de un servicio público puede configurarse tanto mediante el contrato de gestión de servicio público definido en el artículo 8 del TRLCSP en las modalidades previstas en el artículo 277, cuando existe riesgo en la gestión y ésta es asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

Si bien conforme a la legislación anterior a la vigente Ley de Contratos del Sector Público era habitual tipificar los contratos como el presente, como de gestión de servicios públicos, en la actualidad este tipo de prestaciones podría calificarse como un contrato de servicios definido en el artículo 10 del TRLCSP. En este caso concreto incluido en la categoría 25 “Servicios Sociales y de Salud” del Anexo II (CPV 85312000-9 “servicios de asistencia social sin alojamiento”, que se recoge en el PCAP).

El establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste, es una cuestión de gran importancia en el ámbito de la contratación. Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la calificación de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o servicios depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada y la posibilidad de control vía recurso especial en materia de contratación.

El TRLCSP, siguiendo la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, vigente en el momento de publicación de la convocatoria, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados del recurso especial, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

No es por tanto baladí, la caracterización de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, planteándose la cuestión de la calificación del contrato a efectos de examinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública.

Así lo advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que se refiere expresamente a la calificación de los contratos de acuerdo con la tipificación de la LCSP (hoy TRLCSP):

“Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración». Hasta la

regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación”.

Esta es también la línea interpretativa establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios. En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma”.

El examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 31)”*.

Finalmente, a efectos de la aplicación de las definiciones de los tipos contractuales conviene traer a colación las reciente Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Si bien dicha Directiva puede tener efecto directo en cuanto contenga disposiciones claras, concretas y no condicionadas, solo lo será a partir del 18 de abril de 2016 y la publicación de esta convocatoria es anterior, las definiciones recogidas en el artículo 5, que a su vez recogen lo que ya había indicado la jurisprudencia, pueden tenerse en cuenta a efectos interpretativos.

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios, se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario tal y como se desprende del concepto recogido en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y en la nueva Directiva 2014/23/UE, siendo trasladables a este caso las consideraciones de la anteriormente mencionada Resolución de este Tribunal 197/2015, de 26 de noviembre.

Trasladando las ideas expuestas al supuesto analizado, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista.

Tanto el apartado 4 del PCAP, como la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, establecen que la compensación económica por la prestación del servicio público, la percibirá el contratista que resulte adjudicatario por dos vías.

1º) El precio a abonar por la Administración.

2º) Las aportaciones económicas a abonar por los usuarios en función de la renta.

En el apartado 4 del PCAP se dice que: *“El Ayuntamiento no responderá del impago de las aportaciones económicas a abonar por los usuarios”*.

Consta en el expediente el informe de la Oficina de Colaboración Público Privada sobre la viabilidad económico financiera del contrato en el que se concluye que según las hipótesis facilitadas por el Área de Gobierno de Equidad, Derechos sociales y Empleo recogidas en el Proyecto de explotación, realizadas en base a la experiencia de dicha Area de Gobierno, el precio por hora establecido que servirá de base a la licitación, ofrece una rentabilidad adecuada, en concreto del 5,44% para el lote 3.

Tal como alega la recurrente, en el caso que nos ocupa consta en el pliego, (apartado 4 del Anexo I “Régimen económico de la concesión”), que el adjudicatario factura un precio hora por los servicios prestados, del que participa en un porcentaje bajo el usuario, según su nivel de renta. Los usuarios, son aquellos a los que el propio Ayuntamiento reconoce el derecho a la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio y las empresas prestan dicho servicio en el lote que le corresponde. En el caso que nos ocupa los Distritos correspondientes al Lote 3: Centro, Arganzuela, Moncloa-Aravaca, Latina y Carabanchel. Esto es, el adjudicatario es el único que puede prestar este servicio en la zona comprendida en el lote adjudicado, los usuarios son seleccionados por el Ayuntamiento, el precio pactado es un precio hora del que el usuario participa en una cantidad mínima y en el que el Ayuntamiento asume la mayor parte del coste del servicio: *“El importe total a facturar (IVA incluido)*

se calculará aplicando el precio unitario a los servicios efectivamente prestados y deduciendo la aportación económica de los usuarios”.

Por tanto, el riesgo de demanda es nulo, en tanto el adjudicatario puede adaptar perfectamente la plantilla a las horas de prestación del servicio. Incluso, el riesgo de impago, es igualmente mínimo, teniendo en cuenta la parte del precio que abonan los usuarios 3 y que el propio Ayuntamiento al fijar el valor estimado del contrato indica en la página 57 del Anexo I al pliego: *“Valor estimado del contrato: 1.178.702.604,01 €, a lo que se añade las aportaciones de los usuarios, tanto del período inicial del contrato, como de las posibles prórrogas, por importe de 74.259.522,42 €, lo que supone un total de 1.252.962.126,43 €”.*

En consecuencia, se trata de un contrato tipificado como servicios y susceptible de recurso especial en materia de contratación en virtud del artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En este momento procede analizar si el acto contra el que se dirige el recurso es alguno de los incluidos en el artículo 40 del TRLCSP.

Según el recurrente el acto recurrido es la decisión material del órgano de contratación de iniciar el servicio el próximo 1 de julio, cuando la adjudicación es de fecha 24 de junio.

Opone el informe del órgano de contratación que realmente no se impugna ningún acto ni actuación administrativa, sino el contenido del PCAP, cuyo apartado 5 del Anexo I establece como plazo de duración de la concesión “desde el 1 de julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2019”, por lo que el recurso sería extemporáneo procediendo su inadmisión. Recuerda al efecto que la presentación de oferta, según el artículo 145.1 del TRLCSP supone la aceptación incondicional de los pliegos y su contenido. Asimismo aduce que dado que no se recurre la adjudicación no opera la suspensión automática a que se refiere el artículo 45 del TRLCSP.

Aunque el contrato se encuentra adjudicado, el acto recurrido expresamente citado no es éste. Tampoco los motivos de recurso achacan ninguna ilegalidad a la decisión de adjudicación. La decisión sobre la formalización del contrato sin respetar el plazo suspensivo que establece el artículo 156.3 no figura en la relación de actos susceptibles de recurso. Se trata además de un acto posterior a la adjudicación, incluido en la notificación que es instrumental de la anterior y consecuencia de la misma y de la calificación que se haya otorgado al contrato.

A efectos de determinar la posibilidad de interposición de recurso cabe exponer que el recurso especial en materia de contratación es un recurso precontractual, es decir, que trata de corregir cualquier infracción del procedimiento en un momento previo a la perfección (formalización) cuando todavía es posible corregir las decisiones ilegales.

Como hemos visto anteriormente aunque la calificación del contrato otorgada por el órgano de contratación es la de gestión de servicios públicos, realmente nos encontramos ante un contrato que tiene encaje en la definición de contrato de servicios. En consecuencia a efectos de determinar el recurso procedente, plazo de interposición y órgano para resolverlo, procede la aplicación de lo establecido en el artículo 156.3 y en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

El artículo 156.3 del TRLCSP establece que: *“Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes”*.

Se trata de garantizar el efecto útil del recurso especial, de manera que no se obstaculice la depuración de ilegalidades.

El efecto útil de la Directiva de recursos no puede quedar recortado por determinadas previsiones de un pliego que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores ni impiden su participación en la licitación pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública, en cuanto no se permite que las decisiones posiblemente ilegales sean recurridas con posterioridad cuando es notificado el acto de adjudicación y se produce una lesión efectiva en los derechos del licitador.

El recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad obtener una resolución rápida y eficaz, de manera que una decisión ilegal no se pueda consolidar por la perfección del contrato. Evidentemente la infracción de lo dispuesto en el citado artículo 156 supondría la formalización del contrato sin haber esperado a conocer la existencia de algún posible recurso y la posible incardinación en alguno de los supuestos especiales de la cuestión de nulidad previstos en el artículo 37 del TRLCSP, además, la posible estimación del que se interponga debería suponer la anulación del contrato formalizado y la consiguiente liquidación.

En consecuencia, siendo la infracción anterior a la formalización del contrato procede concluir que dicho acto es susceptible de recurso.

Según el informe del órgano de contratación, a pesar de que la notificación de adjudicación se realizó el 24 de junio, el conocimiento del acto y la obligación de realización de los trámites necesarios para el traspaso del servicio al nuevo contratista eran conocidos por la recurrente desde el día 30 de mayo en que en acto público se procedió a la lectura de la puntuación obtenido en los criterios valorables mediante juicio de valor y a la apertura de los sobres que contenía criterios valorables mediante fórmulas o porcentajes. Por lo tanto, a partir de ese día, 30 de mayo de 2016, todos los licitadores asistentes a ese acto público, se encontraban en plena disposición de conocer qué puntuación total se les asignaría y a partir de esa fecha la recurrente era perfecta conocedora de la obligación que le incumbía, en

cuanto a dar cumplimiento a lo establecido en el PPT que hasta ese momento venía ejecutando.

Lo alegado no puede tener ninguna consecuencia ni en cuanto al plazo de interposición del recurso (que se inicia con la remisión de la notificación de adjudicación), ni en cuanto a la posibilidad de espera en cuanto al inicio de la ejecución del contrato, puesto que si bien el apartado 4 del anexo I del PCAP establece que se iniciara el 1 de julio de 2016, también se prevé que si se produjese un retraso en la fecha inicialmente programada para la iniciación del contrato, tendrá como efecto una reducción del plazo de ejecución, y en consecuencia de las prestaciones del contratista, dando lugar a una reducción del importe de adjudicación.

Si bien el informe del órgano de contratación niega que se haya dado la circunstancia antes enunciada, es decir que se haya producido un retraso, dado que la adjudicación ha tenido lugar el 24 de junio, con antelación al 1 de julio, también es cierto que ante la advertencia del ahora recurrente, ante la muy probable interposición de recurso y ante las dudas sobre la tipificación del contrato y la competencia del Tribunal para resolverlo, debería haberse aplicado dicha previsión.

Quinto.- Además, como consecuencia de la readecuación de la calificación del contrato, la recurrente solicita la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 45 del TRLCSP, es decir el mantenimiento de la suspensión automática.

Según lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP, la tramitación del expediente se encuentra suspendida. El artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que cuando el recurso se interponga contra el acto de adjudicación, el órgano de contratación suspenderá de inmediato la ejecución del mismo si el recurso se interpone ante él o,

en otro caso, en cuanto reciba el requerimiento del Tribunal para remitir el expediente de contratación. Y el apartado 3 del mismo artículo establece que en los procedimientos de contratación por lotes, cuando el recurso se interponga respecto a la adjudicación de lotes concretos, la suspensión solo afectará a los lotes que sean objeto de impugnación.

El artículo 46.3 del TRLCSP señala que dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, el órgano encargado de la resolución del recurso especial, decidirá sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 45 TRLCSP, entendiéndose ésta vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento.

Dicho artículo es la traslación al derecho nacional del contenido de los considerandos 4 y 5 y el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CE, de recursos (redacción actual dada por la Directiva 2007/66/CE) en virtud de los cuales, la suspensión automática del expediente de contratación en fase de adjudicación, tiene por objeto de evitar que con la formalización del contrato se puedan consolidar situaciones de ilegalidad e impedir que se causen otros perjuicios a los interesados afectados, como garantía de que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación de un contrato *“Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”*.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adopción de la medida cautelar exige que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia (en este caso resolución) que se dicte, e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad. Aun

concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre a un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Con la suspensión de la tramitación del expediente de contratación se evita que con la posible formalización del contrato se puedan causar otros perjuicios a los interesados afectados y especialmente al adjudicatario, que, en su caso, se facilite la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la posible infracción y se evita que se produzcan situaciones que pudieran derivar en indemnizaciones a los perjudicados.

En el caso que nos ocupa, tal como alega la recurrente, la decisión del órgano de contratación de iniciar el servicio el próximo 1 de julio, cuando la adjudicación es de fecha 24 de junio y no ha transcurrido el plazo suspensivo de 15 días hábiles necesarios para valorar la posible interposición del recurso contra la decisión adoptada, ocasiona un perjuicio a los interesados, pues en la práctica supone privar de efecto suspensivo al recurso especial en materia de contratación que pudiera interponerse frente a la adjudicación o, bien, privarle de la práctica totalidad del plazo de 15 días y de la posibilidad de acceder al expediente o solicitar los informes de valoración pertinentes.

Por otra parte la realidad de los hechos es que con la previa calificación del contrato como gestión de servicios públicos no era preceptivo el plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización, habiendo tenido lugar ésta el día 27 de junio. Ninguna virtualidad tendría que en este momento se acordara la suspensión de la

formalización por ser de imposible cumplimiento, tampoco la anulación de la adjudicación sin haberse formulado un recurso y acreditado alguna decisión ilegal. La posibilidad de recurso especial en materia de adjudicación, tal como solicita la motivación del recurso ha sido reconocida en la fundamentación jurídica de esta Resolución y la posible corrección de la ilegalidad que se ha puesto de manifiesto, si se formula recurso es posible, declarando la nulidad del contrato en salvaguarda de los intereses del recurrente.

Si se ha producido un retraso en las fechas previstas de adjudicación e inicio de los trabajos, ello no puede ignorar el derecho de los interesados a formular el recurso procedente dentro del plazo suspensivo establecido en la ley, para la defensa de sus derechos, pero tampoco se puede acordar la suspensión de la ejecución de un contrato ya perfeccionado con los daños alegados en el informe de contratación, cuando además sería factible la corrección de la decisión de invocarse y apreciarse alguna infracción, en el recurso que en su caso se interponga dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la notificación de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de EULEN Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la actuación material consistente en fijar como fecha de inicio del servicio el día 1 de julio del contrato “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043, lote 3, en cuanto a la

calificación del contrato y la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación.

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.- Denegar la suspensión de la tramitación del lote 3 del expediente de contratación “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043.

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 49 del TRLCSP.