

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Muskan Eventos S.L.L. (en adelante Muskan), contra el Decreto de Alcaldía nº 1349/2021, de 8 de abril de 2021, por el que se acuerda no adjudicar el contrato para la prestación del servicio diurno de acompañamiento (SEDA) por razones de interés público, en el municipio de Majadahonda, número de expediente 4/20, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 25 de febrero de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público se convocó la licitación del contrato de referencia a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y sin división de lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 189.038,30 euros y su plazo de duración será de un año prorrogable por otro.

Segundo.- A la licitación del contrato se han presentado 5 empresas, entre ellas, la recurrente.

Mediante Decreto 3447/2020, de 5 de octubre, el Alcalde como órgano competente, aceptó la propuesta de clasificación realizada por la mesa de contratación a favor de MUSKAN. Además, se le requiere a la empresa que presente en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el día siguiente a aquél en que se hubiera recibido el requerimiento, la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refiere el artículo 140.1 de la LCSP. Entre la documentación solicitada se le requiere el depósito de la garantía definitiva.

El 23 de octubre de 2020, se emite Diligencia para hacer constar que MUSKAN presenta toda la documentación requerida, incluyendo el justificante de pago de la garantía definitiva por importe de 3.465 euros.

En virtud de la moción de la concejal de Bienestar Social, Mayores y Educación del 28 de octubre de 2020, se insta a la desestimación de la continuidad de la licitación, motivada por la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato cumpliendo lo estipulado en los pliegos.

El 29 de octubre de 2020, la directora técnica de Servicios Sociales emite informe en el que propone el desistimiento del procedimiento de contratación.

El 11 de noviembre de 2020, se celebra sesión de la mesa de contratación para la toma de conocimiento de las actuaciones indicadas anteriormente y propone al órgano de contratación el desistimiento por razones de interés público y proceder a la devolución de la garantía definitiva, ante la imposibilidad de adjudicar el contrato por razones de interés público.

Mediante Decreto de Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre, se acuerda desistir del contrato de referencia por razones de interés público.

Con fecha 5 de enero de 2021, se presenta ante este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación por la representación de MUSKAN contra el Decreto de Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre, por el que se acuerda desistir por razones de interés público del contrato para la prestación del servicio diurno de acompañamiento (SEDA) en el municipio de Majadahonda, solicitando la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento al momento de la formalización del contrato de referencia.

El 28 de enero de 2021, mediante Resolución 44/2021 de este Tribunal se resuelve dicho recurso y se pone de manifiesto que *“a juicio de este Tribunal el acto de desistimiento no se ajusta a lo prescrito en el artículo 152 de la LCSP, pues al estar fundamentado en razones de interés público solo procedería la decisión de no adjudicar el contrato. En consecuencia, debe estimarse el recurso contra la Resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación, anulando la resolución impugnada y ordenando la retroacción del procedimiento al momento del dictado de una nueva resolución o a la continuación del procedimiento según proceda”*, y por ello acuerda *“Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Muskan Eventos S.L.L., contra el Decreto de Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre, por el que se acuerda desistir por razones de interés público del contrato para la prestación del servicio diurno de acompañamiento (SEDA) en el municipio de Majadahonda, número de expediente 4/20, anulando la Resolución impugnada por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 152 de la LCSP”*.

El 18 de febrero de 2021, se reúne la mesa de contratación para la toma de conocimiento de la Resolución 44/2021 de este Tribunal y propone al Alcalde anular el Decreto 4261/2020 y la decisión de no adjudicar el contrato por razones de interés público.

Mediante el Decreto de la Alcaldía nº 1349/2021 de 8 de abril de 2021 resuelve:

“PRIMERO.- ANULAR el Decreto de Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre, por el que se acuerda desistir por razones de interés público del contrato para la prestación del servicio diurno de acompañamiento SEDA en el municipio de Majadahonda, ordenando la retroacción del procedimiento al momento del dictado, dando así cumplimiento al acuerdo del Tribunal de anular la Resolución impugnada por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 152 de la LCSP.

SEGUNDO.- La decisión de no adjudicar el contrato por razones de interés público debidamente motivada en el expediente 4/2020, corroborando que a fecha actual se siguen manteniendo la crisis sanitaria motivada por el COVID-19, y por tanto, estamos en la misma situación en el momento de dictar el Decreto de Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre, siendo a día de hoy imposible ejecutar el Contrato de prestación del servicio diurno de acompañamiento.

En la Resolución del Tribunal discrepa de la alegación del recurrente al plantear al Tribunal que las razones de interés público constan debidamente justificadas en el expediente, puesto que dicho Tribunal observa que en el expediente si hay una descripción detallada de los motivos por los que se acuerda no adjudicar el contrato, basados en la situación sanitaria provocada por la pandemia actual.

Esta decisión de no adjudicar el contrato se sustenta además en lo expuesto en la Resolución del Tribunal en el que dice que: “el acto de desistimiento no se ajusta a lo prescrito en el artículo 152 de la LCSP, pues al estar fundamentado en razones de interés público solo procedería la decisión de no adjudicar el contrato. En consecuencia, debe estimarse el recurso contra la Resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación, anulando la resolución impugnada y ordenando la retroacción del procedimiento al momento del dictado de una nueva resolución o a la continuación del procedimiento según proceda”.

Esta decisión se completa por lo expuesto por el Tribunal que concluye lo que a continuación se reproduce: “que en este caso no procedía desistimiento del procedimiento de contratación, toda vez que no se funda en una infracción del procedimiento tal y como prescribe el artículo 152.4, sino que se justifica en una razón

de interés público debiendo por ello haber adoptado la decisión de no adjudicar el contrato tal y como se establece en el artículo 152.3”.

TERCERO.- Notificar la Resolución de no adjudicar el contrato a MUSKAN EVENTOS S.L.L por razones de interés público a todos los licitadores”.

El 3 de agosto de 2021, MUSKAN interpone recurso contra el Decreto 1349/2021, de 8 de abril de 2021, solicitando la anulación de dicho decreto y ordenando la retroacción del procedimiento para que proceda a la inmediata adjudicación y formalización del contrato de referencia.

El 18 de agosto de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación del recurso y la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 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 propuesta como adjudicataria *“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 el 8 de abril de 2021, publicado en la Plataforma de la Contratación del Sector Público el 7 de julio de 2021, si bien manifiesta el recurrente que dicho acto no le fue notificado y que no tuvo conocimiento de su publicación hasta el 14 de julio de 2021, hecho que no es desvirtuado por el órgano de contratación, por lo que la presentación del recurso el 3 de agosto de 2021 ha de considerarse dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP. desde el momento que el recurrente tuvo conocimiento del acto impugnado.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto finalizador del procedimiento de 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.

La actuación impugnada es recurrible en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.c) del artículo 44 de la LCSP, en tanto en cuanto el acuerdo de no adjudicar el contrato constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato así como el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, que regula el artículo 152 de la LCSP, si bien no figuran expresamente recogidas entre las actuaciones que pueden ser objeto de recurso en el apartado 2 del artículo 44 de la LCSP ponen, sin duda, fin al procedimiento de contratación, por lo que se vienen considerando por este Tribunal susceptibles de recurso de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que resulta de aplicación al recurso especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.1 de la LCSP.

Quinto.- El recurrente a lo largo de un extenso recurso de 104 folios alega que el acto recurrido no se le ha notificado de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente y que en el mismo no consta los recursos que se pueden interponer por lo que se le ha causado indefensión. Asimismo, pone de manifiesto otras irregularidades tales el tiempo transcurrido desde que se emite el Decreto Alcaldía nº 1349/2021 de 8 de abril de 2021 hasta que se publica el 7 de julio de 2021.

Muskan en su recurso vuelve a incidir en cuestiones planteadas en el recurso interpuesto anteriormente contra el Decreto de desistimiento y que ya fueron resueltas por este Tribunal mediante la Resolución 44/2021.

Considera el recurrente que si el Ayuntamiento pretendiese ahora, cuatro meses después, con los centros de mayores reabiertos y la incidencia acumulada en la franja de edad a la que se dirige el programa en los mínimos históricos, decretar la decisión de no adjudicar debería argumentarlo basándose en otros informes distintos del que en octubre de 2020 pretendía servir de soporte a la decisión de desistimiento que ha sido anulada, pues es evidente que la situación no es la misma sino que la situación actual aconsejaría la inmediata puesta en marcha del programa en beneficio de los mayores destinatarios del programa que están sufriendo las consecuencias de no poder disfrutar de las actividades de socialización que el programa SEDA pone a su disposición. Por ello considera que la resolución impugnada podría calificarse de arbitraria.

Por otro lado, alega que todavía no se ha producido la devolución de la fianza definitiva depositada por Muskan el día 14 de octubre de 2020. En este sentido indica que la Resolución 44/2021 del TACPCM al anular el decreto de desistimiento una de las consecuencias era que anulaba el punto segundo del citado Decreto.

SEGUNDO.- *“Proceder a la DEVOLUCIÓN de la garantía definitiva depositada por importe de 3.465,00-€, a la empresa MUSKAN EVENTOS S.L.L ante la imposibilidad de adjudicar el contrato por razones de interés público”.*

Por ello considera que se produce un nuevo efecto perverso puesto que el adjudicatario propuesto que ya depositó la fianza definitiva en fecha 14 de octubre de 2020, ni es designado adjudicatario definitivo ni puede recibir la devolución de la garantía definitiva ordenada en el decreto de desistimiento puesto que ha sido anulado por el TACP.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que la inexistencia de notificación expresa e individual no afecta a la validez del acto, sino a su eficacia por lo que nos encontramos ante irregularidades no invalidantes. Añade que estas irregularidades son fruto de unas circunstancias concretas del servicio de contratación municipal y la marcha de la TAG asignada al expediente a otra administración, que provocaron esta irregularidad en el cierre del expediente que nada tiene que ver con mala fe o abuso de poder como argumenta el recurrente.

Alega el órgano de contratación que el recurrente no hace sino repetir estos mismos argumentos ya resueltos en el recurso anterior, y esta Administración no ha hecho sino dar efectivo cumplimiento a la Resolución de dicho recurso, sin modificar el fondo de la cuestión consistente en la decisión de no adjudicar el contrato por los mismos motivos ya conocidos por el propio recurrente, ante la situación de pandemia actual.

Opone el órgano de contratación que *“Finalmente, la última línea argumental del recurrente indica que no puede basarse la decisión de no adjudicar por razones de interés público en el mismo informe que motivó la resolución de desistimiento anulada, sino que debiera haber existido nuevo informe pues considera que la situación de la Pandemia en febrero de 2021, así como en abril de 2021, era distinta y pesa a estar en pleno Segundo Estado de Alarma, se podría adjudicar el contrato*

una vez finalizado éste el 9 de mayo de 2021. Este motivo ha de rechazarse de plano, puesto que las razones de interés público han quedado más que justificadas en el expediente, basados en la situación de pandemia, situación de todo punto imprevisible incluso en el corto plazo, y prueba de ello son las constantes olas de evolución del virus, así como las distintas restricciones y medidas casi diarias de las distintas Administraciones Públicas implicadas en la lucha contra el COVID 19, y la mayor parte de ellas encaminadas a la protección de la población más vulnerable, principales destinatarios del objeto del contrato que nos ocupa.

Muestra de lo anterior es que el propio recurrente propone incluso en su escrito modificaciones en la forma de prestación del servicio, de forma que toma fuerza y sentido aún más la decisión de esta Administración de no adjudicar el contrato en los términos inicialmente previstos y con las obligaciones previstas en unos pliegos redactados en una situación de normalidad absoluta, pues estas adaptaciones desvirtuarían el contrato inicial en los términos de la licitación publicada.

En consecuencia, no ha existido ningún cambio en la situación pandémica que modifique las razones de interés público que han llevado a esta Administración a tomar la decisión de no adjudicar el contrato de razón”

Por último, el órgano de contratación solicita al Tribunal que declare expresamente la mala fe o temeridad por parte del recurrente al interponer este segundo recurso especial por reiterar los motivos ya resueltos por el TACP, y por negar la evidencia de que la pandemia por el COVID-19 es motivo suficiente para adoptar la decisión de no adjudicar un contrato de prestación de servicio de acompañamiento a mayores planteado en los pliegos para una situación de normalidad previa a la situación sanitaria actual.

Por ello, solicita sean tenidos en cuenta los perjuicios ocasionados a este órgano de contratación, incluidos los gastos directos de pago de tasas de los dos recursos.

Vistas las alegaciones de las partes procede pronunciarse sobre las distintas cuestiones planteadas.

En relación con la indefensión alegada por el recurrente por la falta de notificación del acto, así como la no indicación del recurso que se puede interponer contra el mismo, este Tribunal no puede más que acoger las pretensiones del órgano de contratación pues estas irregularidades no son invalidantes, ni han producido indefensión al recurrente, toda vez que MUSKAN ha tenido conocimiento del acto y ha impugnado el mismo alegando lo que considere oportuno en defensa de sus intereses.

Por otro lado, ya se ha puesto de manifiesto que el recurrente reproduce una serie de alegaciones y argumentos que ya planteó en el anterior recurso y que fueron resueltos por este Tribunal mediante la Resolución 44/2021, por lo que nos remitimos a la misma.

Por lo que se refiere a la anulación del Decreto de desistimiento, este Tribunal ya puso de manifiesto en la reiterada Resolución 44/2021 que, en contra de lo alegado por el recurrente, hay una descripción detallada de los motivos por los que se toma ese acuerdo, basado en la situación sanitaria provocada por la pandemia actual. No obstante, se acordó anular dicho Decreto porque cuando existen razones de interés público solo puede adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, no procediendo el desistimiento.

Ahora el recurrente considera que la situación actual es distinta de la existente en el momento que se dictó el decreto de la Alcaldía nº 4261/2020, de 27 de noviembre de 2021 por el que acuerda el desistimiento del procedimiento de licitación y que el órgano de contratación debería haber remitido nuevos informes y adjudicarle el contrato. En sentido no hay que olvidar que a pesar de que el Decreto por el que se acuerda no adjudicar el contrato se publica el 7 de julio, el mismo fue emitido el 8 de abril, fecha en la que todavía estaba vigente el estado de alarma, pero es más,

actualmente no podemos decir que estemos en una situación de normalidad, de hecho desde el mes de abril ,y como apunta el órgano de contratación, hemos sufrido distintas olas de evolución del virus con sus correspondientes restricciones.

Por todo ello se desestima el recurso interpuesto pues el órgano de contratación ha dado debido cumplimiento de lo establecido en la Resolución 44/2021 de este Tribunal.

Por último, señalar que el recurrente alega que no se le ha devuelto la garantía definitiva que ha depositado. Sobre esta cuestión no se pronuncia el órgano de contratación. En este sentido, este Tribunal recuerda al órgano de contratación que debe realizar los trámites para la devolución de dicha garantía en el supuesto que proceda.

SEXTO.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al Órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”*.

En este sentido, la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de marzo de 2015, recurso 265/2014 señalaba en relación al artículo 47.5 del TRLCSP, *“que en relación con el origen de esta norma cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 en el que se indicaba que parecía oportuno articular ‘algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial’, en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la ‘facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe’, pues ‘en la contratación pública también está presente*

el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas’.

Pues bien, interpretando el precepto y analizando un supuesto prácticamente idéntico al de autos, la SAN (3ª) de 6 de febrero de 2014 (Rec. 456/2012) razona que “es de apreciar el abuso de derecho tenido en cuenta en la resolución recurrida, por cuanto las alegaciones formuladas por la recurrente en su nuevo recurso especial ante el TACRC reproducían los mismos argumentos que ya habían sido desestimados de modo que su nuevo recurso administrativo sólo podrá tener como finalidad la suspensión del procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo tanto para los adjudicatarios como para la entidad contratante y el interés público por llevar aparejada una suspensión automática’. En la misma línea nos hemos pronunciado en la SAN (4ª) de 14 de julio de 2013 (Rec. 3595/2012) y 14 de mayo de 2014 (Rec. 278/2013) donde hemos dicho que ‘la finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación, suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que sea resuelto’. Se trata en suma de garantizar lo que podríamos denominar ‘seriedad’ en el recurso”.

Como se ha expuesto, en el presente recurso MUSKAN a lo largo de su extenso escrito de 104 páginas, la mayoría de las alegaciones formuladas reproducían los mismos argumentos que ya habían sido resueltos mediante la Resolución 44/ 2021, siendo el resto de cuestiones planteadas meras irregularidades en el procedimiento, por lo que este Tribunal aprecia temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de una multa de 1.000 euros.

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 Muskan Eventos S.L.L., contra el Decreto de Alcaldía nº 1349/2021, de 8 de abril de 2021, por el que se acuerda no adjudicar el contrato para la prestación del servicio diurno de acompañamiento (SEDA) por razones de interés público, en el municipio de Majadahonda.

Segundo.- Imponer una multa de 1.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la LCSP.

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

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