

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

En Madrid, a 2 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.A.P., en nombre y representación de la Fundación Grupo Norte, contra la exclusión de la licitación de los lotes 1 y 6 del contrato de Gestión integral en la modalidad de concierto, de diversos centros de día y programas adscritos a la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, para la ejecución de medidas y otras actuaciones de medio abierto previstas en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (seis lotes), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 25 de febrero de 2014 se publica la licitación del contrato objeto del recurso, tramitado por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 5 de marzo de 2014. El periodo de duración previsto es de 9 meses, prorrogables, iniciando su ejecución el 1 de abril de 2014. El valor estimado del contrato es de 4.108.752,38 euros.

Segundo.- En el apartado séptimo de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) se estableció como criterio de selección que para acreditar la solvencia técnica *“Los licitadores deberán aportar una relación de los principales servicios realizados en los tres últimos años en el ámbito de menores infractores, que incluya importe, fechas y entidades públicas destinatarias de los mismos cuya competencia sea la ejecución de medidas judiciales objeto de este contrato, debiendo acreditar haber realizado al menos dos servicios o trabajos de objeto y duración similar, adjudicados o suscritos en dicho periodo. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente en la materia”*.

Tercero.- En la sesión celebrada el 10 de marzo de 2014, la Mesa de contratación verificó que Fundación Grupo Norte no había acreditado la solvencia técnica con la documentación que había aportado para licitar a los lotes 1 y 6, motivo por el cual fue requerida para subsanar este requisito.

Posteriormente, en su sesión de 13 de marzo de 2014, la Mesa de Contratación analizó la documentación aportada por Fundación Grupo Norte, acordando su exclusión de los citados lotes 1 y 6, ya que de los dos certificados presentados por esta Entidad para la subsanación, tan sólo uno podría tenerse en cuenta como acreditativo de la solvencia técnica.

Cuarto.- El 20 de marzo de 2014 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Doña M.A.P., en nombre y representación de la Fundación Grupo Norte, contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 14 de marzo por el que se excluye a la recurrente de la contratación por el motivo ya indicado.

El recurso alega vulneración del principio de libre concurrencia dado que los certificados aportados para acreditar su solvencia técnica o profesional se adecúan a lo exigido en el PCAP. Por otra parte alega indefensión puesto que tratándose de un

acto limitativo de derechos no ha sido suficientemente fundado, lo que provoca la nulidad del acto administrativo y la falta de motivación impide realizar las mínimas alegaciones en orden a la defensa de sus intereses.

Quinto.- El 21 de marzo de 2014, se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación junto al 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 (TRLCSP).

Alega el órgano de contratación que uno de los certificados presentados para acreditar la solvencia técnica, concretamente el certificado emitido por el Ayuntamiento de Ponferrada, acredita la adjudicación de un contrato de gestión de un Centro de Día de Menores, sin especificar (pese al contenido del clausulado del Pliego de Condiciones Técnicas de contrato de gestión de servicios licitado por el Ayuntamiento de Ponferrada que se adjunta a dicho certificado) que en el mismo se ejecuten medidas judiciales impuestas a menores infractores, ni en qué términos, ya que se alude de forma genérica e indeterminada a “gestión del Centro de Día para menores en Ponferrada”. A su vez, el importe que se refleja en dicho certificado es considerablemente inferior al presupuesto del contrato objeto de licitación, de ahí que a juicio de la Mesa no puede entenderse como similar, de conformidad con lo establecido en el apartado séptimo de cláusula primera del PCAP.

Afirma que no se acredita el cumplimiento íntegro de los requisitos de solvencia técnica exigidos como apreció la Mesa de contratación, máxime cuando la Fundación Grupo Norte persistió en aportar en fase de subsanación el mismo certificado expedido por el Ayuntamiento de Ponferrada, el cual no fue admitido en fase de calificación de la documentación administrativa por la Mesa a los efectos de la acreditación del criterio de solvencia técnica. Tampoco cabe alegar indefensión de la licitadora ni falta de motivación en este acto de trámite, dado que, además, aún no se ha notificado la adjudicación del presente contrato en cuya comunicación se reflejarán los motivos que justificaron la exclusión de la licitadora Fundación Grupo

Norte y que ya fueron enunciados en la sesión de la Mesa de contratación de fecha 13 de marzo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Cabe, en primer lugar, analizar la competencia del Tribunal para la resolución del presente recurso.

El contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, tramitado mediante procedimiento abierto a adjudicar mediante pluralidad de criterios, no habiéndose previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo. El objeto del contrato según el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP se incluye en la clasificación CPV 85300000-2 “Servicios de asistencia social y servicios conexos”.

Según consta en el PCAP el régimen jurídico del servicio viene regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que establece entre otras cuestiones las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores o jóvenes y las reglas para la ejecución de dichas medidas y los derechos y deberes de los menores afectados por las mismas y al efecto el artículo 45 de dicha ley atribuye a las comunidades autónomas la competencia para la ejecución de tales medidas: *“podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”*. Lo cual no es óbice para atribuirle su verdadera naturaleza contractual sujeta a la normativa de contratos del sector público y así se ha considerado por la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, que lo ha calificado como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto.

De acuerdo con dicha calificación, tal como sostiene el informe del órgano de contratación, el contrato no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación en cuanto no alcanza el umbral previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años. El contrato tiene una duración de nueve meses prorrogable por otros nueve y no prevé gastos de primer establecimiento, luego no cumple las condiciones de admisibilidad del recurso para este tipo de contratos.

No obstante, los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación deben proceder a examinar la naturaleza jurídica de los contratos realizada por los órganos de contratación para comprobar si se ajusta a lo establecido en el TRLCSP, para revisar si puede estar comprendido en alguno de los tipos contractuales regulados, a los solos efectos de establecer su propia competencia, aunque dicha cuestión no hubiera sido planteada por los recurrentes. La simple aceptación de la calificación que hace el PCAP y considerar que por ello el contrato queda 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.

La transposición de la Directiva 2004/18 a nuestro ordenamiento se realizó por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público que incorporó la definición del contrato de servicios de la Directiva 2004/18/CE en el actual artículo 10 del TRLCSP, pero mantuvo la figura del contrato de gestión de servicio público tradicional del Derecho español en cuatro modalidades: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, que procede de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de Contratos de Estado, y cuya definición ha permanecido prácticamente inalterada desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 hasta el actual artículo 277 TRLCSP.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es irrelevante, a efectos de determinar la inclusión o no en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias, la calificación jurídica o la definición según el derecho interno, dado que la definición de los contratos públicos es materia del derecho comunitario.

La jurisprudencia de la Unión Europea recoge las diferencias entre el contrato de concesión de servicios y servicios no analizando otras formas de gestión de los servicios públicos que sólo existen en el derecho interno.

De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación del sector público 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 85300000-2 “*Servicios de asistencia social y servicios conexos*”, que se recoge en el PCAP).

La naturaleza de estos contratos es una cuestión compleja que no puede ser resuelta con la simple aceptación del *nomen iuris* asignado al contrato en el PCAP

sino que requiere un examen de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes. Debemos pues analizar si el contrato objeto del recurso, por analogía, puede considerarse un contrato de servicios a efectos de determinar la competencia para conocer del recurso especial.

El contrato de gestión de servicios públicos es una figura tradicional del derecho nacional español, ajena al derecho comunitario, el cual no había hecho una regulación hasta la muy novedosa Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta figura típicamente española ha dado lugar a que algunos contratos que de acuerdo con la normativa interna se configuran como contratos de gestión de servicios público, se califiquen desde el punto de vista de las directivas comunitarias como contratos de servicios con consecuencias en cuanto al régimen jurídico que les es de aplicación.

El establecimiento de una línea diferenciadora entre la gestión 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, que presenta cierta dificultad de delimitación y que ha sufrido una evolución paralela al avance de la normativa comunitaria.

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 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 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 comunitario no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso ni los servicios de las categorías 17 a 27 ni 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 acceda a este recurso.

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”.

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 transposición 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)”.*

El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE define la concesión de servicios como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Esta es también la línea interpretativa establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 12/2010, 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”. Y concluye que los contratos que tengan por objeto encomendar a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública podrán ser calificados como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y fuera de dichos casos como contratos administrativos especiales. En términos análogos, y asumiendo las conclusiones del anterior informe, se pronuncia también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el informe 2/2014, de 22 de enero.

De esta forma no es el objeto del contrato, sino la forma fijada para retribuir al contratista, en cuanto determina la asunción del riesgo derivado de la explotación, la que diferencia el régimen jurídico de ambos tipos contractuales (servicios y gestión de servicios públicos), siendo el objeto del contrato de servicios, de acuerdo con la

misma Directiva 2004/18/CE los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II del TRLCSP.

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, antes citado, (por ejemplo mediante el cobro de tarifas a los usuarios del transporte público, o de una red de teledistribución, por ejemplo STJUE 13 de octubre de 2005 Parking Brixen).

Este concepto de asunción del riesgo se analiza en diversas sentencias del TJUE entre las que cabe destacar 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst. Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser). Así lo ha entendido también este Tribunal en sus resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 32/2014, de 17 de febrero, o la 93/2013, de 26 de junio.

El hecho de que una actividad esté calificada como servicio público aunque sea obligatorio no determina necesariamente que su prestación por un tercero sea calificable como un contrato de gestión de servicios públicos, pues como hemos visto sólo hay contrato de esta naturaleza cuando la actividad es susceptible de ser explotada económicamente y se traslada el riesgo derivado de la explotación del mismo al adjudicatario. El criterio del riesgo es aplicable a todas las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, incluido el concierto, como ha sido calificado el que nos ocupa, porque la regulación de este tipo contractual es aplicable a todas sus modalidades y en concreto el artículo 281, relativo a las prestaciones económicas para hacer efectivo el derecho a la explotación del servicio en función de su utilización, se aplican a todas las modalidades. Y sobre todo porque para el derecho comunitario solo existen los tipos nominados “servicios” y “concesión de servicios”, debiendo reconducirse las denominaciones de las

legislaciones nacionales a los tipos reconocidos en las directivas de la Unión Europea. Y porque la jurisprudencia del TJUE se aplica a cualquier modalidad nacional. En este sentido se pronuncia el informe 2/2012 de 30 de mayo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

La concesión constituye la forma más típica de gestión de servicios públicos y se caracteriza por la cesión a un empresario de una esfera de actuación originariamente administrativa que asume el riesgo de la explotación.

El concierto como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos por la que se exige que el empresario con el que se contrata venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate también debe interpretarse de acuerdo con el mismo criterio de asunción de riesgo a fin de determinar su adecuada incardinación como contrato de gestión de servicios públicos o como de servicios. Los órganos consultivos en materia de contratación, en los informes sobre adecuación de la calificación de los contratos, tampoco distinguen ninguna modalidad de gestión de servicios públicos para excluirla del criterio diferenciador riesgo de explotación.

Por influencia de la transposición del derecho comunitario la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público incorporó la Directiva 2004/18/CE y una nueva definición del contrato de servicios que abarca ahora un nuevo contenido ampliado respecto de la definición anterior, incluyendo prestaciones que con la normativa de contratación administrativa anterior se tipificaban como gestión de servicios públicos y otros calificados como administrativos especiales en la medida en que tengan como objeto alguna de las actividades que detalla el Anexo II del TRLCSP. Sin duda hubiera sido más adecuado, desde el punto de vista de la seguridad jurídica una correcta transposición a la normativa nacional del derecho comunitario incorporar la mismas denominaciones y definiciones del derecho comunitario, evitando así la necesidad de la labor realmente dificultosa de acudir a la

vía interpretativa para la identificación de los conceptos en la terminología tradicional del derecho nacional que se mantiene pero con un contenido diferente.

En la práctica la ampliación de la definición del contrato servicios comporta no sólo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público sino también que la forma de gestión indirecta en que preferentemente se dará el riesgo de explotación sea la concesión y en menor medida el concierto.

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. Pues la retribución no consiste en el derecho a explotar el servicio sino que el abono se realizará mensualmente por certificaciones mensuales equivalentes a la novena parte del precio del contrato una vez se haya informado que el trabajo se ha desarrollado a plena y total satisfacción. Es decir con independencia del nivel de demanda. Todo lo anterior conduce a considerar que el adjudicatario no asume riesgo por la explotación del servicio, sino que más bien realiza una serie de prestaciones que sirven al SERMAS como instrumento auxiliar en términos que configuran el contrato como de servicios.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite en el marco de un contrato de servicios, comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, por lo que es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.- Tratándose de uno de los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, cabe analizar ahora si el acto recurrido es uno de los enumerados en el artículo 40.2 del TRLCSP.

El citado artículo en su apartado b) dispone que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación: *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.*

En el acto público de 13 de marzo, la Mesa de contratación informó a los asistentes de la exclusión del procedimiento de adjudicación, sin que haya tenido lugar una notificación formal de las causas de la misma.

Señala la recurrente que la oferta económica y documentación técnica presentada cumplen con todos y cada uno de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas, por lo que la exclusión sin motivar razonadamente las causas de tal exclusión le producen una indefensión total y absoluta y un perjuicio irreparable en su derecho a licitar al contrato en cuestión.

Siendo el acto de exclusión un acto recurrible, sin embargo no se ha producido una notificación expresa que permita la interposición de un recurso suficientemente fundado. Por ello el recurso no concreta una fundamentación fáctica de los supuestos incumplimientos que puedan demostrar error en decisión de la Mesa de contratación. El recurso carece en este sentido de desarrollo argumental que lo sustente, no correspondiendo a este Tribunal reconstruir de oficio ni suplir la falta de razonamiento de las partes, correspondiendo a las mismas proporcionar la fundamentación jurídica y fáctica para que pueda pronunciarse.

El acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a un licitador es susceptible del recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzara a contar el plazo para la interposición del recurso especial, desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión.

La notificación es el acto administrativo mediante el cual se pone en conocimiento de los interesados la producción de un acto administrativo que afecta a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, que por lo tanto tiene un carácter instrumental o accesorio respecto del acto que pretende comunicarse. La notificación tiene un carácter finalista pues persigue que el destinatario del acto lo conozca de forma adecuada para poder, en su caso, reaccionar frente a él. Asimismo opera como una condición jurídica de eficacia, respecto del interesado, del acto a que se refiere y en consecuencia los plazos de impugnación se computan a partir de la notificación siempre que sea correcta o en otro caso, desde que se tenga constancia que el interesado conoce el acto de forma adecuada.

Según consta en el expediente remitido a este Tribunal, se ha informado verbalmente a los licitadores en el acto público de apertura de proposiciones económicas. Pero dicha comunicación no reúne la información suficiente ni los requisitos formales para que los licitadores puedan interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado.

Interesa indicar en este punto que el TRLCSP, en su artículo 151.4, impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación también a los licitadores excluidos, con el propósito de que se pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas

de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, éste puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en Resoluciones entre las que cabe citar la 67/2011. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en diversas Resoluciones, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan, ajustada a lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarlo en ocasión de la adjudicación.

En el acto público la Mesa de contratación informó a los asistentes, de la exclusión del procedimiento de la recurrente, sin que haya tenido lugar una notificación formal de las causas de la misma. Tal actuación se ajusta a lo establecido en el artículo 83.4 del RGLCAP y 20.3 del RGPCPM. La Mesa de contratación ha actuado de acuerdo con el procedimiento en materia de contratación

al comunicar la exclusión de la recurrente, sin que sea exigible la notificación formal y motivada hasta el momento de la adjudicación, sin perjuicio del derecho de los licitadores de solicitar aclaraciones o formular recurso, de considerarlo conveniente.

En consecuencia, no habiéndose facilitado la información necesaria para la interposición del recurso mediante la adecuada notificación formal de la exclusión, el licitador recurrente no está en condiciones de formular un recurso adecuado y el Tribunal no puede suplir la falta de argumentación.

Lo anterior, sin embargo no produce indefensión al recurrente. El licitador deberá ser adecuadamente informado de las causas de exclusión con motivo de la notificación de la adjudicación, momento en que puede considerarse en condiciones de interponer recurso fundado, por lo que no es admisible la impugnación de la exclusión a través del recurso interpuesto que carece de la necesaria argumentación fáctica y jurídica.

El TRLCSP establece la obligación de remitir a los licitadores la información que permita determinar si ha existido o no una infracción para, en su caso, interponer el recurso. Es doctrina reiterada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por Doña M.A.P., en nombre y representación de la Fundación Grupo Norte, contra la exclusión de los lotes 1 y 6 de la licitación del contrato de Gestión integral en la modalidad de concierto, de diversos centros de día y programas adscritos a la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, para la ejecución de medidas y otras actuaciones de medio abierto previstas en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (seis lotes), pudiendo interponer recurso 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.- 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.