

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

En Madrid, a 20 de junio de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.A.S., en nombre y representación de la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A., contra la resolución del Ayuntamiento de Getafe, de fecha 16 de mayo de 2012, por la que se notifica el Acuerdo de la Junta de Gobierno adjudicando el procedimiento abierto convocado para llevar a cabo el “Servicio de ayuda a domicilio”, relativo al expediente de contratación 4/12, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Getafe, el 17 de enero de 2012, aprobó los Pliegos para llevar a cabo, mediante procedimiento abierto, el servicio de ayuda a domicilio. La licitación fue publicada en el perfil de contratante el 20 de enero y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 30 de enero.

Segundo.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Getafe, en sesión celebrada el 20 de marzo de 2012, acordó adjudicar el contrato a Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L., remitiéndose la notificación a los licitadores el 2 de abril.

Tercero.- El 23 de abril de 2012 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A. (en adelante SERALIA), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Getafe, de fecha 20 de marzo de 2012, de adjudicación del contrato.

El recurso fue resuelto por este Tribunal el 9 de mayo de 2012 (Resolución 48/2012) acordando estimarlo parcialmente, *“retrotrayendo las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación, al objeto de que la misma se notifique debidamente motivada con el contenido del artículo 151.4 del TRLCSP a todos los licitadores del procedimiento”*.

Cuarto.- En cumplimiento de la citada Resolución fue notificado nuevamente el Acuerdo de adjudicación adjuntando los informes técnicos de valoración de las ofertas que sirvieron de base a la adjudicación realizada y actas de la Mesa de contratación. En la notificación se hace constar que *“contra el presente acuerdo no procede interposición de recurso especial en materia de contratación, ya que la resolución dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid entró en el fondo del expediente, declarando que el acuerdo que se notifica es conforme a derecho, por lo que podrá interponer, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid”*. La notificación fue remitida el día 21 de mayo.

Por el Ayuntamiento de Getafe se continuó el procedimiento y se formalizó el contrato el 31 de mayo.

Quinto.- No obstante la notificación remitida, SERALIA anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación el 30 de mayo y procede a su presentación ante este Tribunal el día 7 de junio.

La recurrente considera, en primer lugar, que pese a lo señalado en la notificación recibida, es posible la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación del contrato. En segundo lugar argumenta sobre los efectos producidos en el expediente de contratación tras la adjudicación de un contrato sobre el que es posible interponer recurso especial, señalando que la formalización de un contrato que es susceptible del recurso no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de adjudicación a los licitadores y que la interposición del recurso contra la adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación. En tercer lugar considera que la formalización anticipada del contrato por el Ayuntamiento de Getafe le ha provocado un perjuicio patrimonial por lo que reclama una indemnización de daños y perjuicios cuantificada en 4.285,81 euros diarios desde la formalización del contrato hasta la resolución del recurso. En consecuencia solicita:

- En primer lugar la procedencia de la interposición del presente recurso especial frente a la resolución del Ayuntamiento de Getafe de 16 de mayo.
- En segundo lugar que se declare la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios como solución más beneficiosa a la de solicitar la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de la notificación de la adjudicación y la consecuente nulidad de la formalización del contrato y una vez así se condene al Ayuntamiento de Getafe al abono de 4.258,81 euros diarios en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Dentro del plazo concedido se ha recibido escrito de alegaciones de Valoriza

Servicios a la Dependencia, S.L. en el que manifiesta que “*erróneamente, a nuestro juicio, el Ayuntamiento de Getafe procedió a notificar dicha resolución recogiendo la coletilla de la imposibilidad de presentar recurso contra la misma, cuando sí era, a nuestro entender, susceptible del mismo.*” Considera que la invalidez de la notificación no impide en algunos casos la subsanación de la misma o la producción de efectos. En este caso esa convalidación de los efectos de la notificación se ha producido mediante la interposición del recurso que motiva este procedimiento, siendo evidente que su presentación no le ha producido indefensión ni vulneración de derechos quedando perfectamente subsanada la posible deficiencia de la notificación.

En cuanto a los efectos producidos en el expediente de contratación Valoriza recuerda que solo se solicita que se admita el recurso y la solicitud de indemnización no habiendo solicitado ni la nulidad de la resolución, ni su anulabilidad ni que se retrotraigan las actuaciones, por lo que no se solicita que se modifique o varíe la misma. En cuanto a las consecuencias de la formalización anticipada del contrato y la solicitud de indemnización por daños y perjuicios alega que la formalización del contrato es consecuencia de una actuación de buena fe y que la recurrente busca un beneficio aprovechándose de una notificación defectuosa que no le produjo efecto negativo alguno y que pretender cuantificar la indemnización con la misma cantidad de la facturación diaria supone un abuso y enriquecimiento injusto pues no ha soportado los gastos de ejecución y afirma que el daño no es imputable a la Administración, sino consecuencia de no haber sido seleccionada su oferta en un proceso de licitación.

Considera también que existe mala fe en la presentación del recuso pues alegando cuestiones formales pretende una indemnización desproporcionada de unos daños y perjuicios no acreditados y por tanto debe establecerse una condena de las costas de este proceso a la recurrente. Finaliza solicitando que sea íntegramente desestimado por carecer de fundamento alguno las pretensiones contenidas en el recurso con expresa condena en costas para la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar se debe determinar el recurso procedente contra el Acuerdo de adjudicación que se notifica el 16 de mayo en cumplimiento de la Resolución 48/2012, de 9 de mayo, de este Tribunal.

La notificación remitida por el Ayuntamiento de Getafe niega expresamente la posibilidad de recurso administrativo especial al considerar que la Resolución dictada entró al fondo del asunto. En la motivación de la citada Resolución 48/2012 consta que *“el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, por lo que el contenido de aquella notificación no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP”*. Y tras su argumentación correspondiente, en los fundamentos de derecho afirma que *“en consecuencia ha de concluirse que aún figurando en el expediente unas actuaciones de valoración suficientemente motivadas que fueron soporte de la decisión adoptada y figurando en el expediente de contratación, la notificación practicada no recoge la información que preceptivamente debe contener y no permite interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, por lo que el contenido de aquella notificación no resulta conforme con lo dispuesto en dicho texto legal”*. Por lo expuesto y lo argumentado en los fundamentos de derecho, se acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto por SERALIA, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación, al objeto de que la misma se notifique debidamente motivada con el contenido del artículo 151.4 del TRLCSP a todos los licitadores en el procedimiento.

Es decir, no se trata de cumplir una mera formalidad, sino que del cumplimiento de las formalidades de la notificación se deriva la posibilidad de formular recurso, fundado o no, contra el Acuerdo que se está notificando. La finalidad de la nueva notificación es que el recurrente cuente con la información

precisa que le permita, si así lo considera oportuno, la interposición de un recurso contra la decisión de adjudicación. Ello supone que frente al acto notificado, ahora con el contenido adecuado, los interesados pueden formular el recurso regulado en el artículo 40 y siguientes del TRLCSP. En ningún momento era posible al Tribunal entrar a conocer del fondo de un asunto que no ha podido plantearse por la recurrente por no contar con la información suficiente para argumentar el recurso, puesto que ni siquiera podía valorar su procedencia. El recurrente únicamente pedía la anulación de la adjudicación basándose en una cuestión de forma como era la ausencia de motivación pero no hacía (ni tenía elementos para hacerlo), alegaciones sobre la decisión misma.

Negar a la recurrente la posibilidad de interponer recurso contra la decisión de adjudicación una vez que se le facilita la información necesaria para hacerlo es contraria a Derecho. En esto, además, coinciden tanto la recurrente como la adjudicataria en el trámite de alegaciones.

Se ha producido, por lo tanto un defecto en la nueva notificación remitida el 21 de mayo, cual es no indicar como procedente el recurso especial en materia de contratación. No obstante la recurrente no se ha visto privada de ejercer tal derecho y prueba de ello es la interposición del recurso que estamos tramitando, lo cual subsana los defectos de que adolecía. Así lo establece el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) que dispone que las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen los demás requisitos previstos en su apartado 2 (en el que figuran los recursos procedentes y el plazo de interposición) surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la motivación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. Esta convalidación del defecto de notificación se basa en la doctrina de los actos propios, pues no puede admitirse ignorancia fundada en la notificación

defectuosa y a la vez interponer el recurso adecuado que pone de manifiesto el conocimiento del acto recurrido.

Segundo.- Sentada la procedencia del recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación cabe analizar la admisibilidad del presentado en este caso concreto.

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la notificación. Sin embargo se hace una vez producida la formalización del contrato y conocida ésta por el recurrente, por lo que la resolución que pudiera recaer no puede subsanar con carácter precontractual los posibles defectos invocados.

Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la notificación de adjudicación de un contrato de servicios incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado asciende a 7.139.423,07 euros, por lo que se trata de un acto referido a un tipo contractual susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Sin embargo ni un solo reproche se dirige contra el acto de adjudicación ni contra el acto auxiliar de notificación, salvo el defecto del recurso procedente que como se ha señalado en el apartado anterior ha quedado sanado por la interposición del recurso. En ningún momento encontramos una petición de modificación o variación de la misma en base a una infracción de la normativa de contratos del sector público. El petitum se limita a solicitar que se declare la procedencia de la interposición del recurso, cuestión que una vez se ha reconocido en el apartado anterior no tiene ninguna trascendencia si no se argumenta o se pretende la anulación de alguna actuación del procedimiento. Pero la petición de que se admita el recurso sin que se decida ninguna cuestión de posible ilegalidad del procedimiento de contratación únicamente conduciría a admitir la posibilidad de interposición de un recurso para el que luego el mismo recurrente no encuentra

fundamentos. El principio de congruencia vincula al Tribunal a estar a lo pedido y discutido en el asunto, por lo que procede desestimar el recurso

Por otra parte aunque el acto declarado que se recurre es la notificación de la adjudicación, la segunda solicitud del recurso es la indemnización de daños y perjuicios en base a la formalización del contrato antes de que finalizara el plazo suspensivo que debe transcurrir cuando sea procedente el recurso especial. Por tanto puede concluirse que se está recurriendo contra el acto de formalización. Pero el recurso especial en materia de contratación es un recurso precontractual que no incluye entre los actos susceptibles del mismo los del procedimiento que se dicten con posterioridad a la adjudicación. Así se desprende tanto del artículo 40 del TRLCSP, que enumera los actos recurribles, como de la regulación del recurso en la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 2007/66/CE, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La formalización no es un acto susceptible de recurso y sería, por tanto, inadmisibile en este supuesto.

Tercero.- De ser la intención del recurrente, como parece desprenderse del contenido de su escrito, recurrir contra la formalización del contrato y obtener la indemnización solicitada en base a la ilegalidad de ésta por no haber respetado el periodo suspensivo que se debió observar, podíamos considerar que estamos ante un error en la calificación del recurso, pues lo procedente sería la cuestión especial de nulidad a que se refiere el artículo 37 y siguientes del TRLCSP.

La Administración debe facilitar la tramitación de cualquier recurso que sea procedente aunque no sea la calificación del presentado. Al efecto conviene recordar que el artículo 110.2 de la LRJAP-PAC establece que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

Los supuestos especiales de nulidad fueron introducidos por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, resultando aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP. La regulación integrada en los artículos 37 a 39 es la transposición a la legislación nacional, dentro de las categorías jurídicas internas, de los supuestos de ineficacia del artículo 2 quinquies de la Directiva 2007/66/CE que establece que “1. *Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:*

(...)

b) en caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 bis, apartado 2, de la presente Directiva, si dicha infracción privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato”.

Procede analizar si se da el supuesto especial de nulidad previsto en el artículo 37.1.b) del TRLCSP que permita la recalificación del recurso interpuesto. El citado artículo establece que:

“1. Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros serán nulos en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 156.3 para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

1º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes; y,

2º que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta”.

La apreciación de este supuesto especial de nulidad requiere acumulativamente de tres requisitos:

1º Que no se haya respetado el plazo previsto en el artículo 156.3 para la formalización del contrato. Se da el supuesto.

2º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación. La formalización del contrato antes de que transcurra el periodo suspensivo ha dejado al recurrente sin la posibilidad de interponer un recurso precontractual, es decir resuelto con anterioridad a la formalización, que, en su caso, permita corregir la decisión ilegal del órgano de contratación antes de la misma. El recurso interpuesto con posterioridad a la perfección del contrato, aunque se ha denominado recurso especial en materia de contratación, carece de los caracteres de rapidez y eficacia exigibles al mismo y su resolución no permitiría corregir con anterioridad a la perfección los posibles defectos de tramitación. Luego también se cumple este requisito del supuesto de invalidez.

3º Que, además, concurra alguna infracción del procedimiento que le hubiera impedido obtener la adjudicación. No se alega por la recurrente ninguna infracción del procedimiento y como se ha señalado al analizar la admisibilidad del recurso especial para nada se reprocha acto alguno del procedimiento de adjudicación ni el contenido del acto de adjudicación que le ha sido notificado, por lo que aun existiendo una infracción formal del procedimiento, como es la no observancia del plazo suspensivo para la formalización del contrato, la consecuencia no puede determinar la nulidad del contrato, pues ningún perjuicio se deriva para quien nada

alega a favor de su posible adjudicación y el no haber obtenido ésta no es consecuencia de la posible infracción, sino del contenido de su propia oferta.

Por lo tanto tampoco cabe estimar el recurso en base a la recalificación del escrito y su tramitación como cuestión de nulidad.

Cuarto.- Finalmente se debe analizar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

Según alega la recurrente la misma sería consecuencia de la formalización anticipada del contrato, pues con ese adelanto se perjudica a la misma al no prestar el servicio que actualmente realiza, y que ha sido adjudicado a otro licitador, durante los días en que se ha hecho tal adelanto.

Al efecto se funda la pretensión de indemnización en el artículo 47.3 el TRLCSP que dispone que *“Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso”*.

Es decir, como primer requisito para obtener la indemnización ha de producirse una infracción legal de la que se deriven los daños y perjuicios y esa infracción legal ha de figurar o ser el sustento del recurso. Debe darse una relación de causalidad entre el incumplimiento aducido y reconocido en la Resolución que se dicte y los daños producidos. Una vez acreditada la existencia de esa relación procedería determinar la cuantía de los daños en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante y no exclusivamente como se solicita en función del montante de la facturación diaria.

El análisis que se ha realizado en los fundamentos de derecho anteriores pone de manifiesto que la infracción del procedimiento consistente en la

formalización del contrato antes del transcurso del plazo de 15 días no ha tenido como consecuencia impedir al recurrente ser adjudicatario del contrato. La finalidad de dicho plazo es facilitar la interposición de un recurso rápido y eficaz que permita una decisión antes de la adjudicación del contrato, o en caso de incumplimiento plantear una cuestión de nulidad, pero no garantiza un derecho del licitador de alargar el plazo de formalización cuando del procedimiento seguido no se le deriva ningún perjuicio respecto de ser posible adjudicatario.

Si del contenido del recurso y de la gravedad de la infracción se hubiera determinado el derecho del recurrente a la obtención del contrato se habría cumplido la condición necesaria para la indemnización, el daño derivado de la privación al mismo de cumplir el contrato. Como ya hemos visto nada se alega sobre la adjudicación a la empresa Valoriza, ni por tanto ha sido estimada por el Tribunal causa alguna que pueda dar lugar a la indemnización. La formalización anticipada pone fin a otro expediente de contratación, distinto al procedimiento que es objeto del recurso, cuya fecha de finalización era *“hasta el día en que entrara en vigor el nuevo contrato derivado del expediente de contratación recurrido”*. Por tanto el daño, en su caso, no se ha producido en el expediente objeto de recurso, sino en la fase de ejecución de otro contrato. Por ello no procede la pretensión de indemnización solicitada ni entrar a valorar la cuantía de la misma.

Quinto.- El Ayuntamiento de Getafe es una entidad local del ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid. De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Desestimar el recurso interpuesto por Don A.A.S., en nombre y representación de la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A., contra la resolución del Ayuntamiento de Getafe, de fecha 16 de mayo de 2012, por la que se notifica el Acuerdo de la Junta de Gobierno adjudicando el procedimiento abierto convocado para llevar a cabo el “Servicio de ayuda a domicilio”, (expediente de contratación 4/12).

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.