



Roj: **STSJ M 15854/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:15854**

Id Cendoj: **28079330032013101120**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2013**

Nº de Recurso: **1496/2011**

Nº de Resolución: **784/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAFAEL MARIA ESTEVEZ PENDAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2011/0180943

Recurso número 1496/2011

Ponente: Don Rafael Estévez Pendás

Recurrente: Novasoft Ingeniería, S.L.

Procurador: Sr. González Sánchez

Demandado: Servicio Madrileño de Salud

Letrado: Sr. Letrado de la Comunidad de Madrid

Codemandados:

Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.

Procurador: Sra. Ortiz Cornago

Compusof, S.A.

Procurador: Sra. Fernández Pérez

SENTENCIA nº 784

Ilmo. Sr. Presidenta:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Margarita Pazos Pita

Don Rafael Estévez Pendás

En Madrid, a 29 de noviembre del año 2013, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. , representada por el Procurador Don Pedro Antonio González Sánchez, contra el Servicio Madrileño de Salud, defendido por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que por Ley le corresponde. Comparecen como codemandados de una parte la mercantil Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A., representada por la Procuradora Doña María del Carmen Ortiz Cornago, y de otra la mercantil Compusof, S.A., representada por la Procuradora



Doña Aranzazu Fernández Pérez. La cuantía de este Recurso es de 1.523.276,16 €. Es ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don Rafael Estévez Pendás, que expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de Hecho

Primero.- Se interpuso este Recurso el día 6 de septiembre del año 2011, formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia que, estimando sus pretensiones, anulase la Resolución impugnada y, en consecuencia, los actos y trámites posteriores hasta la adjudicación del concurso, retrotrayendo las actuaciones al momento de la propuesta de adjudicación del contrato a aquella recurrente, continuándose el procedimiento con arreglo a lo legalmente establecido hasta la adjudicación a dicha recurrente o, subsidiariamente, y para el caso de estar ejecutándose o haberse ejecutado el contrato, que se le indemnice en la cantidad de 1.354.000 €, imponiendo las costas a la Administración demandada.

Segundo.- El Letrado de la Comunidad de Madrid y las mercantiles codemandadas contestaron a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la recurrente, interesando en primer lugar la inadmisión del Recurso por las causas que oponían y, subsidiariamente, su íntegra desestimación, condenando en costas a la parte recurrente.

Tercero.- Practicada la prueba que en su día se admitió, se despachó por las partes el trámite de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 26 de junio del año 2013. En la tramitación de este Recurso se han cumplido todas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia, por la carga de trabajo que en este momento pesa sobre el ponente.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Se impugna en este proceso contencioso-administrativo el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio del año 2011, por el que se dispuso lo siguiente:

1º.- Estimar parcialmente el Recurso especial interpuesto por Novasoft Ingeniería, S.L. frente a la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 29 de abril del año 2011, por la que se adjudicó el contrato denominado " Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos incluyendo la instalación de la Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital 12 de Octubre " a la mercantil Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.

2º.- Declarar nula la referida Resolución de 29 de abril del año 2011, retrotrayendo las actuaciones al momento en el que se detectan los errores del informe de valoración de 28 de febrero del 2011, debiendo quedar acreditada la justificación de su anulación en los términos más arriba expuestos.

3º.- Que procede el mantenimiento de las proposiciones presentadas y contenidas en los sobres cuya apertura tuvo lugar en la reunión de la Mesa de Contratación del día 2 de marzo del 2011, así como las correspondientes a los sobres abiertos en la reunión de la Mesa de Contratación del día 6 de abril del 2011, respetando en las actuaciones los términos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

4º.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público .

5º.- 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público .

Segundo.- La Comunidad de Madrid y la mercantil codemandada oponen una serie de causas de inadmisión del Recurso que son, en primer lugar que la Resolución de 23 de marzo del 2011 era recurrible conforme al artículo 37.2 de la Ley de Contratos del Sector Público por ser un acto de trámite que producía perjuicios irreparables a la aquí demandante, siendo así que ésta dejó firme la referida Resolución, que por otra parte esa Resolución de 23 de marzo del 2011 fue impugnada por la mercantil demandante fuera del plazo especial de 10 días previsto en el artículo 37.2 de la Ley mencionada , y finalmente que en el Recurso especial que aquella interpuso contra la Resolución de adjudicación del contrato de fecha 29 de abril del año 2011, solo se ataca esta última Resolución y no la de fecha 23 de marzo del año 2011 que se impugna en la demanda.

Las causas anteriores de inadmisión, por las singulares circunstancias que concurren, solo pueden ser resueltas una vez analizado el fondo del Recurso, por lo que nos remitimos a ese momento.

Tercero.- El Acuerdo impugnado del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio del año 2011 dice, en la que ahora interesa, lo que sigue literalmente:



" 1.- Por lo que respecta a la vulneración de las fases del procedimiento, debe partirse de que la Resolución de la Dirección Gerencia de 23 de marzo de 2011, considera que en la valoración se han producido errores, - **sin que se acredite en la documentación que obra en el expediente cuáles eran los errores existentes en el informe de valoración que justificasen la anulación del mismo** - , porque así lo señala la empresa Telefónica, que solicita otra valoración y por ello que se efectúe una nueva " convocatoria " para apertura de proposiciones.

Debe tenerse en cuenta, que el artículo 134.2 de la LCSP establece que " La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello ". Este orden procedimental no es casual, sino que la Ley taxativamente ordena que la evaluación de las ofertas en los aspectos objetivos se realice una vez analizada la misma por lo que a sus aspectos subjetivos se refiere, para evitar que influya en el criterio de los evaluadores de estos últimos, el resultado de la primera. Así esta norma procedimental tiene como ratio última preservar la imparcialidad y objetividad a la hora de valorar los criterios subjetivos de la oferta, evitando que cuestiones como la de una oferta económicamente interesante puedan pesar en el juicio de los técnicos a la hora de valorar otros criterios.

En este caso, como se ha expuesto en la narración de los hechos, en la sesión de la Mesa del día 2 de marzo de 2011, se da cuenta del resultado del informe de valoración de los criterios de adjudicación, mediante juicio de valor, y procede a la apertura de las proposiciones. En posterior reunión de 9 de marzo la mesa procede a la aplicación de la puntuación de todos los criterios de adjudicación y formula propuesta de adjudicación.

Al presentarse por Telefónica escrito el 16 de marzo, poniendo de manifiesto lo que considera errores en la valoración técnica, la Mesa propone realizar una nueva valoración técnica, que obviamente será posterior a la apertura de las ofertas económicas que ya se abrieron el 2 de marzo anterior, vulnerando, según se aduce, lo dispuesto en el artículo 134.2 antes recogido, así como su finalidad, puesto que es obvio que los técnicos a la hora de realizar la nueva valoración de aspectos no cuantificables mediante fórmulas , **conocían el importe de las ofertas económicas realizadas por los licitadores que habían superando la primera fase de valoración.**

Siendo así que tal valoración es adecuada a la literalidad de la norma, no lo es menos que en el caso de que se haya puesto de manifiesto la existencia de alguna irregularidad, durante la tramitación del procedimiento de licitación, ello puede exigir una revisión de la valoración de las ofertas presentadas, lo que en modo alguno puede implicar que no sea posible la corrección de los errores padecidos en la valoración de los criterios de adjudicación. De manera que en este caso, como es obvio, no se aprecia que las actuaciones del órgano de contratación constituyan una vulneración de lo dispuesto en el artículo 134 de la LCSP .

2.- Por otra lado, aduce el recurrente que se ha vulnerado el derecho de audiencia e información por parte del órgano de contratación al no darse traslado a los mismos del escrito presentado por Telefónica.

En este caso el escrito de Telefónica solicitando la revisión de la valoración que se le había efectuado, no ha sido calificado como recurso por parte del órgano de contratación, por lo que no se ha seguido el procedimiento establecido en los artículos 310 y siguientes de la LCSP , en concreto el artículo 316.3 de la misma, sino que parece que se consideró como unas meras alegaciones en el seno del procedimiento.

Ahora bien, no es de recibo hurtar al resto de licitadores la posibilidad de alegar en relación con las deficiencias invocadas, cuando de facto se está tratando al indicado escrito como un recurso y el mismo tiene los mismos efectos en tanto en cuanto se ha producido una alteración de la valoración inicial efectuada.

Sin embargo, debe considerarse que, en este caso si bien no se concedió trámite de audiencia, no se ha producido indefensión determinante de la nulidad del procedimiento en los términos señalados por la Jurisprudencia ..., **puesto que la Resolución de 23 de marzo de 2011** , declarando la nulidad de la valoración y ordenando la elaboración de un nuevo informe de valoración de todas las ofertas, fue notificada a los licitadores el 24 de marzo , fijando igualmente en la misma, la fecha de apertura de proposiciones económicas . **Contra esta Resolución la empresa Novsoft Ingeniería, S.L., no formuló ninguna reclamación** .

3.- Otro de los motivos de nulidad aducidos es la falta de motivación de la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de 29 de abril, adjudicando el contrato. Dicha motivación se recoge en los siguientes términos " por características de la proposición del adjudicatario/s determinante de la adjudicación a su favor: La oferta ha sido seleccionada como la más ventajosa económicamente mediante la aplicación de los criterios del pliego del expediente por haber obtenido la máxima puntuación de todas las admitidas según anexo de valoración de criterios adjunto. "

El artículo 135.4 de la LCSP exige en cuanto a su contenido que " La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil del contratante ". Es cierto que como ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones (Vid. resolución 13/2011 de 1 de junio), la exigencia de motivación no supone una explicación exhaustiva o sumamente detallada, basta una explicación



sucinta o que queden acreditados los fundamentos de la resolución a efectos de su control posterior en relación a su adecuación al fin perseguido por los mismos, pudiendo incluso realizarse por referencia a documentos obrantes en el expediente administrativo, tal y como entre otras permite la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 .

En el presente caso la Resolución de adjudicación de 29 de abril de 2011, la justifica en los siguientes términos: Motivación de la adjudicación.- Características de la proposición del adjudicatario determinante de la adjudicación a su favor. La oferta del adjudicatario ha sido seleccionada como la económicamente más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios objetivos que figuran en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente y haber obtenido la máxima puntuación de todas las admitidas, según el anexo de valoración de criterios adjunto ". Esta motivación por referencia al informe técnico de valoración que se resume en el anexo, sería suficiente desde los parámetros más arriba indicados. Ahora bien, en este caso el expediente de contratación presenta una peculiaridad y es que ese informe de valoración la que se remite la Resolución de adjudicación se ha adoptado, en cumplimiento de Resolución de 23 de marzo de 2011 modificando una primera valoración, tras asumir las alegaciones de Telefónica sin que resulta suficientemente justificado en la Resolución el cambio de criterio.

Adolece por tanto la Resolución de adjudicación de un defecto de falta de motivación que provienen del propio informe de adjudicación en el que no se exponen los motivos que llevan a estimar las tantas veces citadas alegaciones de Telefónica, exigencia que además debe reforzarse si cabe, en el supuesto de cambios de criterio o corrección de errores por parte del órgano de contratación.

Por lo tanto no se considera suficientemente motivada la adjudicación ya que la notificación no contiene los extremos que exige, en todo caso, el artículo 135.4 de la LCSP por no ofrecer la información precisa para interponer los licitadores excluidos o descartados el recurso especial, conforme al artículo 130 de la LCSP , suficientemente fundado.

4.- *Debe examinarse lo aducido en fase de alegaciones en relación con el carácter de baja desproporcionada o anormal de la oferta presentada por Telefónica, en la segunda convocatoria, que fue considerada como tal por el órgano de contratación, según los parámetros establecidos en los pliegos.*

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 136 de la LCSP " Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. "

Consta en el expediente que por la Mesa de contratación se solicitó tal información a Telefónica, que remitió un informe en dicho sentido. Sin embargo, no consta la recepción formal del mismo en el órgano de contratación, careciendo el mismo de fecha y firma. Además a la vista de tal informe se puede afirmar que el mismo no contiene argumentos que precisen las condiciones de la oferta y su viabilidad.

No consta que se solicitase el informe técnico preceptivo para considerar que la oferta pudiese ser cumplida a satisfacción de la Administración y por tanto no fue emitido.

Estas actuaciones han vulnerado el procedimiento establecido en el artículo 136 de la LCSP , que no puede ser considerado como una mera formalidad más del procedimiento, que puede cubrirse con la simple petición del informe aclaratorio, sino que el mismo debe contener las razones que permitan considerar la seriedad y viabilidad de la oferta presentada, no sirviendo en caso contrario, para la finalidad establecida por la Ley. Por lo tanto al no reunirse los requisitos precisos para considerar cumplido el trámite de aclaración y no justificarse en el expediente en modo alguno que la oferta era viable en sus términos, la Resolución de 29 de abril de 2011 no debió adjudicar el contrato a una empresa que había realizado una oferta en presunción de temeridad sin justificar su viabilidad, por lo que la misma es nula.

5.- *Además de todo lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la Resolución de 29 de abril de 2011, por la que se adjudica el contrato, dispone que la formalización del mismo se realizará en el plazo de cinco días naturales en contra de lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP que, para los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, establece que la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran 15 días hábiles desde la notificación de la adjudicación.*



Si bien no consta en el expediente que el contrato haya sido formalizado, debe ponerse de manifiesto esta irregularidad en el contenido de la resolución de adjudicación. " (los subrayados y las letras negritas anteriores, y todos los posteriores, son nuestros).

Cuarto.- En su escrito de demanda la mercantil recurrente sostiene la nulidad de la Resolución del órgano de contratación de fecha 23 de marzo del año 2011 por la que se dejó sin efecto el informe técnico de 28 de febrero del año 2011 y se ordena realizar un nuevo informe técnico de las ofertas presentadas y una nueva adjudicación del concurso.

Expone la demandante que resulta sorprendente que el Acuerdo impugnado del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid únicamente declare la nulidad de la Resolución del órgano de contratación de fecha 29 de abril del año 2011 por la que se adjudica el contrato, y sin embargo no acuerde la nulidad de la Resolución del órgano de contratación de 23 de marzo del año 2011 y de las actuaciones derivadas de esta Resolución, y ello porque en ella, contraviniendo frontalmente el procedimiento legalmente establecido, se acuerda la nulidad del primer informe de valoración técnica - que daba la mayor puntuación a la demandante - y se ordena la emisión de un nuevo informe técnico, sin justificar los motivos de esta decisión y además con la circunstancia agravante de que al realizarse el segundo informe técnico, ya había tenido lugar la apertura de las ofertas económicas de los licitadores admitidos.

Considera que las anteriores actuaciones del órgano de contratación infringen total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido en materia de adjudicación de los contratos del sector público, incurriendo en causa de nulidad de pleno derecho que detalla así:

- La presentación del escrito de Telefónica de fecha 16 de marzo del 2011, no es un trámite previsto ni amparado legalmente, y no tiene la consideración de Recurso especial de los artículos 310 y siguientes de la LCSP .

- No se dio traslado de dicho escrito al resto de los licitadores, vulnerando su derecho a alegar lo que a su derecho conviniera, infringiendo el derecho de audiencia de los interesados recogido en la Constitución.

- Pese a que se trata de un trámite no previsto, se estima la petición de Telefónica contenida en su escrito de 16 de marzo del 2011 relativa a la revisión de la puntuación técnica que a dicha entidad dio el informe de valoración de 28 de febrero del 2011.

- El trámite y admisión del escrito de Telefónica de 16 de marzo del 2011 se produce con posterioridad a la apertura de las ofertas económicas de las empresas admitidas, y una vez recaída propuesta de adjudicación del contrato a favor de la mercantil recurrente, lo cual infringe el orden preceptivo en las fases de valoración de las ofertas que se recoge en el artículo 134 de la LCSP y en los artículos 26 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo , alterando el normal régimen de concurrencia competitiva y el principio de igualdad de oportunidades entre los licitadores, quebrantando además el secreto de sus proposiciones.

Sostiene que la Resolución de 23 de marzo del 2011 es del todo improcedente porque carece absolutamente de motivación, lo que vulnera el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , así como la nulidad de todas las actuaciones administrativas que derivan de aquella, y también porque ese nuevo informe técnico posterior en el tiempo a la valoración de las ofertas económicas de los licitadores admitidas va en contra de lo ordenado por el artículo 134.2 de la LCSP y el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 , de los artículos 81 y siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Pliego de cláusulas administrativas particulares que regía este concurso.

Afirma que no niega la facultad del órgano de contratación de subsanar un supuesto error o irregularidad durante la tramitación del procedimiento, sino que lo que defiende es que dicha subsanación, en cualquier caso, lo que no puede es vulnerar la legislación aplicable, los principios que deben garantizarse en la contratación pública y los derechos y garantías fundamentales de los licitadores, máxime cuando el supuesto error se ha puesto de manifiesto mediante un trámite no previsto legalmente.

Dice que la adjudicación del contrato que antes de la Resolución de 23 de marzo del año 2011 se acordó a su favor supone, si no un derecho adquirido, sí una expectativa de derecho legítima para ella, que incluso llegó a formalizar la garantía definitiva, habiéndose defraudado los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima que rigen en la contratación pública.

Mantiene la recurrente que no es cierta la afirmación del Tribunal Administrativo de Contratación relativa a que no formuló ninguna reclamación contra la citada Resolución de 23 de marzo del 2011, exponiendo que con fecha 4 de abril del 2011 anunció su propósito de formalizar un Recurso especial en materia de contratación contra dicha Resolución, solicitando al efecto copia de la documentación integrante del expediente de contratación, la cual le fue desestimada por el órgano de contratación con el argumento de que



no se trataba de un acto recurrible, posponiendo esta posibilidad a actos de trámite posteriores, razón por la cual la recurrente se vio obligada a esperar a la Resolución de adjudicación del contrato de fecha 29 de abril del año 2011 para plantear el Recurso especial, por todo lo cual considera que el Tribunal Especial de Contratación debió haber entrado a conocer no solo de la impugnación de la Resolución de 29 de abril del 2011 por la que se adjudicaba el contrato, sino también de la previa Resolución de 23 de marzo del año 2011 y de todas las actuaciones posteriores derivadas de esta última Resolución.

Quinto.- Para la debida resolución de este Recurso es preciso dejar constancia de los siguientes antecedentes de hecho:

1º.- Convocado contrato de servicios denominado contrato denominado " Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos incluyendo la instalación de la Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital 12 de Octubre ", en reunión de la Mesa de Contratación del Hospital referido, de fecha 16 de febrero del año 2011, se acordó la apertura de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores admitidos, las cuales fueron remitidas al Jefe del Servicio de Informática para que, tras su evaluación, se emitiera el correspondiente informe de valoración técnica, de conformidad con lo previsto en el Anexo I punto 8.3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que regía el contrato, emitiéndose el informe en cuestión con fecha 28 de febrero del año 2011, el cual obra a los folios 182 y 183 del expediente administrativo.

2º.- En reunión de la Mesa de Contratación de fecha 2 de marzo del año 2011, se acuerda en primer término, de conformidad con lo expuesto en el informe técnico anterior, declarar que no alcanzan la puntuación mínima exigida (55% de los puntos) las ofertas presentadas por determinados licitadores, entre los cuales se halla la mercantil Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A..

Tras lo anterior el Presidente de la Mesa llama a asistir a los interesados al acto público de la apertura de las ofertas que han alcanzado la puntuación mínima, figurando como una de ellas la de Novasoft Ingeniería, S.L., y a continuación concede el Presidente la palabra a los asistentes (entre los cuales figura un representante de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A., según consta al folio 170 del expediente administrativo) para que formulen alegaciones, sin hacer ninguno de ellos alegaciones, y finalmente se efectúa la apertura de los sobres con las ofertas económicas de los licitadores admitidos.

3º.- Por escrito del Presidente de la Mesa de Contratación de fecha 2 de marzo del año 2011, se requiere a Novasoft Ingeniería, S.L: para que, con carácter previo a la propuesta de adjudicación del contrato, y dado que la baja de su proposición económica podría considerarse como desproporcionada o anormal, al amparo de lo previsto en el artículo 136 de la LCSP , se le concede audiencia para que antes de las 12 horas del día 7 de marzo del 2011, justifique la valoración de su oferta y precise sus condiciones para que pueda ser cumplida a satisfacción, remitiendo en plazo la empresa la justificación que se le requirió.

4º.- Con fecha 9 de marzo del año 2011 la Mesa de Contratación, por mayoría de los vocales que la integran, decide proponer al órgano de contratación como adjudicatario del contrato a la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L., por ser la licitadora que obtuvo mayor puntuación tanto en los aspectos técnicos de la oferta de acuerdo al informe técnico de 28 de febrero del año 2011, como en los aspectos económicos de aquella.

5º.- Por escrito de la Unidad de Contratación Administrativa del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 10 de marzo del 2011, se requiere a Novasoft Ingeniería, S.L. para que constituya la garantía definitiva del contrato y la documentación acreditativa de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, requerimiento que la empresa cumplimenta con fecha 18 de marzo del 2011.

6º.- Por escrito de la mercantil Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. dirigido a la Mesa de Contratación, con entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud de fecha 18 de marzo del año 2011, se expone expresamente su disconformidad con determinados aspectos de la puntuación que le otorga el informe técnico de fecha 28 de febrero del año 2011 , explicando en que consiste esa disconformidad, y se termina rogando que por dicha Mesa se revise la puntuación otorgada y se proceda a una nueva valoración de su oferta con arreglo a los argumentos señalados (sic).

7º.- A raíz del escrito anterior, y sin dar traslado al resto de los licitadores del escrito en cuestión para que alegasen lo que a su derecho conviniese tanto en relación a su procedencia como respecto de su contenido, la Mesa de Contratación en sesión de 23 de marzo del año 2011, acuerda lo que sigue textualmente:

*" Visto que en el Informe Técnico se detectan errores en las valoraciones realizadas sobre los criterios que figuran en el punto 8.3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el expediente, esta Mesa acuerda por unanimidad proponer al órgano de contratación **que se declare la nulidad del Informe Técnico de fecha 28 de febrero de 2011**, retro trayendo las actuaciones practicadas en el procedimiento al momento anterior a dicha valoración técnica . "*



No consta en el expediente administrativo que por la Mesa de Contratación se convocara a los licitadores a la sesión anterior de fecha 23 de marzo del 2011.

8º.- Por Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011, se acordó en primer lugar declarar la nulidad del Informe Técnico de fecha 28 de febrero del año 2011, retro trayendo las actuaciones practicadas en el procedimiento al momento anterior a dicha valoración técnica, en segundo lugar se ordenó la elaboración de un nuevo informe técnico en el que figure la revisión efectuada en el resultado de la calificación de de los criterios de adjudicación que constan en el punto 8 del Anexo 1 al Pliego, con el número 8.3, en tercer lugar que se proceda a convocar un nuevo acto público de valoración de ofertas en el que se informará del resultado de la valoración previa de los criterios de adjudicación y la puntuación obtenida por las ofertas, procediéndose a la apertura de las ofertas económicas que superen la puntuación mínima exigida, y finalmente devolver la garantía definitiva constituida por Novasoft Ingeniería, S.L.

Al pie de la mencionada Resolución constaba textualmente que contra ella podía interponerse Recurso contencioso- administrativo en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación , conforme a lo previsto en el artículo 46 de la Ley 2971998, de 13 de julio, sin perjuicio de cualquier otro Recurso que se estime procedente en Derecho.

9º.- Consta a los folios 247 y 248 del expediente administrativo que por correo electrónico enviado el 24 de marzo del 2011 se notifica a los licitadores la anterior Resolución, así como la convocatoria a los licitadores para sesión pública de la Mesa de Contratación a celebrar el 6 de abril del 2011, en la que se daría lectura al nuevo informe técnico y se procedería a la apertura de las nuevas proposiciones económicas.

10º.- Consta a los folios 249 y 250 del expediente administrativo la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de la anterior convocatoria de 6 de abril del 2011.

11º.- A los folios 345 y 346 del expediente administrativo *consta escrito de Novasoft Ingeniería con entrada en el Registro del Hospital 12 de Octubre el día 4 de abril del 2011 , a cuyo pie se solicita expresamente tener por anunciado en tiempo y forma Recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011 , y al tiempo se solicitan medidas provisionales al amparo del artículo 313 de la LCSP y la suspensión de la Resolución de fecha 23 de marzo del 2011 hasta que no se resuelva el Recurso especial en materia de contratación.*

En el referido escrito se expone que por Resolución del órgano de contratación de 10 de marzo del año 2011 le fue adjudicado el contrato a Novasoft Ingeniería, S.L. que posteriormente y a raíz de un recurso presentado por Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. con fecha 16 de marzo del 2011 solicitando la revisión de la puntuación técnica dada a esta última, se deja sin efecto la adjudicación inicial y se ordena la retroacción de actuaciones para una nueva valoración técnica, sin que se diera traslado de ese recurso de Telefónica al resto de los licitadores, con infracción del derecho de audiencia y de los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores recogidos en la LCSP.

Añadía la recurrente que en su momento expondría otros motivos de oposición a la Resolución impugnada, que además en su condición de licitador interesado en el concurso y de conformidad con lo previsto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , solicitaba copia de determinados documentos que detallaba, y concluía diciendo que la Resolución de 23 de marzo del año 2011 constituía un acto de trámite que, además de decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, produce indefensión a los derechos e intereses legítimos de los licitadores, todo ello según lo establecido en el artículo 310.2 de la LCSP .

12º.- El Hospital Universitario 12 de Octubre, en contestación al Recurso anterior, remitió escrito al representante de Novasoft Ingeniería, S.L. escrito de fecha 4 de abril del 2011 en el que exponía lo siguiente:

- En primer lugar hacía un resumen de las actuaciones practicadas a partir del escrito de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. de fecha 16 de marzo del 2011 solicitando la revisión de la puntuación técnica dada a esta última.

- A continuación se decía literalmente que: " la Resolución de 23 de marzo del año 2011 no trae causa de Recurso especial alguno en materia de contratación, **dado que no se ha interpuesto ningún recurso por ninguno de los licitadores al procedimiento**, motivo por el cual no se siguen los trámites procedimentales exigidos por los artículos 310 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre , de Contratos del Estado (sic). "

- Que el procedimiento de adjudicación no concluía en la fecha en la que se dicta la Resolución (se refiere sin duda a la Resolución inicial de fecha 10 de marzo del año 2011 por la que se adjudicó el contrato a Novasoft Ingeniería, S.L.), que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto, habiéndose retrotraído el procedimiento hasta el momento de lectura del nuevo Informe Técnico



(sic) y la apertura de sobres de documentación económica, si procede, actos de trámite contra los que podrá interponerse, así como contra la adjudicación, los recursos que se estimen convenientes para la mejor defensa de sus intereses.

13º.- Con fecha 4 de abril del 2011 el Jefe del Servicio de Informática realiza un nuevo informe técnico y en reunión de la Mesa de Contratación de fecha 13 de abril del año 2011 se propone la adjudicación del contrato a la mercantil Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A, dictándose finalmente por el Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre Resolución de fecha 29 de abril del año 2011 adjudicando el contrato a aquella sociedad, Resolución la anterior que recurrida por Novasoft Ingeniería, S.L. ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dio lugar a Resolución de este último de fecha 15 de junio del año 2011 que ahora se impugna ante esta Sala.

Sexto.- La Ley 34/2010, de 5 de agosto, introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la regulación de un nuevo Recurso especial en determinados contratos administrativos, con objeto de adaptar nuestro Derecho a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, que en su artículo 1 disponía que: " los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible...cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho Comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. "

De la regulación del Recurso especial mencionado, aplicable a este contrato por razón de la fecha en que se inició su tramitación, destacan los siguientes preceptos:

- Artículo 310. Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación *previo a la interposición del contencioso-administrativo* , los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el art. 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos :

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación,

b) *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.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación , a efectos de su corrección , y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el art. 97 de esta Ley.

5. No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de



26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6. El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo .

- Artículo 313. Solicitud de medidas provisionales

1. Antes de interponer el recurso especial regulado en este Libro, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

2. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas provisionales dentro de los cinco días hábiles siguientes, a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano decisorio, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida provisional, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas provisionales y resolverá sobre ellas en la forma prevista en el art. 316.

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

3. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución.

4. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

5. Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

- Artículo 314. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición

1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el art. 310.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 135.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 142 de esta Ley.

b) *Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción .*

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

3. *La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso .*



4. En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo anterior, cuya adopción solicite.

A este escrito se acompañará:

- a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.
- b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.
- d) El documento o documentos en que funde su derecho.
- e) El justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 de este artículo. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el apartado siguiente.

5. *Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso* , **se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos** , con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

- Artículo 315. Efectos derivados de la interposición del recurso

Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

- Artículo 316. Tramitación del procedimiento

1. El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

2. *Interpuesto el recurso* , **el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado** , quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado , **éste deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior** .

3. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, *y, de forma simultánea a este trámite* , **decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso** o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 313.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el art. 313 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo.

Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo anterior, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal.

4. Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.



El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

5. El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

- Artículo 317. Resolución

1. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

2. **La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión**, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. *En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación*, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del art. 135.

3. 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.

4. La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

5. 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 ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística.

- Artículo 319. Efectos de la resolución

1. **Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo** conforme a lo dispuesto en el art. 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el art. 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No procederá la revisión de oficio regulada en el art. 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el art. 311. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el art. 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. "

De los artículos acabados de reseñar resulta sin duda que el Recurso especial del que hablamos es de carácter potestativo, es decir que se interpone o no a discreción del legitimado para dicha interposición, que normalmente será cualquier licitador, pero lo anterior no significa en modo alguno que si un licitador o cualquier otra persona o entidad con interés legítimo para interponer este Recurso, decida efectivamente interponerlo, la Administración contratante o el órgano de contratación tengan facultades, por limitadas que sean, para decidir si procede o no admitir y tramitar el Recurso en cuestión, sino que lo único que cabe conforme al artículo 314 es que el órgano de contratación o el Tribunal de Recursos Contractuales examinen si se ha interpuesto en los



plazos previstos, si el escrito de interposición del Recurso se ha presentado ante el órgano correspondiente, y finalmente si se han cumplido las exigencias formales en el escrito de interposición recogidas en el número 4 del precepto reseñado, que si no se cumplen no dan lugar al archivo del procedimiento, sino que solo puede archivarse previo requerimiento de subsanación.

Por tanto una vez interpuesto el Recurso especial y cumplidos los requisitos del artículo 314, el procedimiento continúa indefectiblemente hasta que por el Tribunal de Recursos Contractuales se dicte Resolución estimando, desestimando o inadmitiendo el Recurso (artículo 317.2), como resulta de lo previsto en el artículo 316, y el Tribunal debe resolver necesariamente sobre las medidas cautelares si se han solicitado, y en su caso sobre la prueba, todo lo anterior de manera semejante a lo que ocurre cuando se interpone un Recurso contencioso-administrativo ante esta Jurisdicción, supuesto en el que no es posible que el Juez o Tribunal decida o no a su libre arbitrio y fuera de las causas tasadas de inadmisión del Recurso previstas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, si procede o no procede tramitar el Recurso, con la secuela de que si el Juez o Tribunal archiva al Recurso contencioso-administrativo al margen del procedimiento previsto al efecto o por una causa de inadmisión distinta de las legalmente tasadas, su resolución (Auto o Sentencia) será nula de pleno derecho, pudiéndose hacer valer esa nulidad tanto por vía de Recurso ordinario ante el Tribunal superior como por medio de incidente de nulidad de actuaciones y posterior Recurso de amparo.

Es más, del examen de los artículos 314 y 316 de la LCSP resulta que en este Recurso especial en materia contractual solo puede inadmitirse cuando el Tribunal de Recursos Contractuales dicta la Resolución del artículo 317.2, no antes durante la tramitación del Recurso, a diferencia en este punto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que es posible la inadmisión del Recurso contencioso-administrativo no solo en Sentencia sino antes, por medio de Auto, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto la causa de inadmisión (artículo 51.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio .

En el caso enjuiciado ya hemos visto en el Fundamento de Derecho Tercero que una vez propuesta por la Mesa de Contratación la adjudicación del contrato a la mercantil aquí demandante, y constituida por ésta la garantía definitiva, por un escrito de otro licitador que pedía la revisión de la valoración técnica de su oferta, la referida Mesa de Contratación, sin oír al resto de los licitadores sobre la anterior solicitud, dejó sin efecto su anterior propuesta de adjudicación y ordenó la práctica de un nuevo informe técnico sobre las distintas ofertas presentadas, siendo aceptadas esas actuaciones y la retroacción acordada por Resolución del órgano de contratación de fecha 23 de marzo del año 2011.

Esa Resolución de 23 de marzo del año 2011, que para empezar incurría en el defecto de no indicar que contra ella cabía el Recurso especial ante el Tribunal de Recursos Contractuales previsto en los artículos 310 y siguientes de la LCSP , fue pese a lo anterior impugnada con arreglo a este Recurso especial por Novasoft Ingeniería, S.L., por medio de escrito de fecha 4 de abril del año 2011, dentro por tanto del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 314.2 que, además y en principio se acomodaba a las previsiones del artículo 314.3 y finalmente contra un acto de trámite - la mencionada Resolución de 23 de marzo del año 2011 - que desde luego puede decirse tajantemente que decidía indirectamente sobre la adjudicación propuesta a favor de la mencionada sociedad y además producía a ésta, también en principio, indefensión y perjuicios de considerable entidad, por lo que en estas circunstancias lo único que procedía era que el órgano de contratación - el Hospital Universitario 12 de Octubre - diera al Recurso el trámite previsto en el artículo 316.2 apartado segundo de la LCSP , remitiendo el Recurso especial y el resto de documentación al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid para su tramitación, absteniéndose de realizar cualquier tipo de consideraciones jurídicas o de hecho como las contenidas en sus escritos de 4 de abril del año 2011 y en otros posteriores las cuales no solo son de todo punto contrarias a Derecho, sino además revelan el desconocimiento por dicho órgano de contratación del sistema especial de Recursos que la Ley 34/2010 introdujo en la LCSP, lo que cobra especial relevancia además porque Novasoft Ingeniería, S.L. no solo interpuso el Recurso especial, sino que además solicitó expresamente que quedara en suspenso la ejecución y efectos de la Resolución de 23 de marzo del 2011 hasta que se resolviera el Recurso especial interpuesto, solicitud que igualmente fue ilegalmente rechazada, con lo que en definitiva se impidió la finalidad del Recurso especial del que hablamos, que no es otra que la referida en el artículo 1 de la Directiva 2007/66/CE .

Por su parte el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuando resolvió el Recurso especial interpuesto por Novasoft Ingeniería, S.L. contra la Resolución de 29 de abril del año 2011 por la que se adjudicó el contrato a Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. , ante el contenido de las alegaciones de la parte recurrente, que se centraban en la improcedencia de la Resolución de 23 de marzo del año 2011, **y en concreto ante el suplico del Recurso especial relativo no solo a la nulidad de la Resolución de 29 de abril del año 2011, sino también a la nulidad de la previa Resolución del órgano de contratación de fecha 23 de marzo del año 2011, con retroacción de las actuaciones al momento anterior**



a la misma, debió examinar con cuidado el expediente administrativo que se le remitió por el órgano de contratación a fin de comprobar si efectivamente se interpuso o no contra la Resolución en cuestión algún tipo de Recurso, como así fue ya que se interpuso el Recurso especial de los artículos 310 y siguientes de la LCSP, como de manera inequívoca consta en los folios 345 y 346 del expediente administrativo, en lugar de declarar, de manera ciertamente incomprensible para esta Sala en el último inciso del punto 2 del Fundamento de Derecho Cuarto de su Acuerdo de fecha 17 de junio del año 2011 que: " Contra esta Resolución la Empresa Novasoft Ingeniería, S.L. no formuló ninguna reclamación ", lo que es de todo punto inexacto, y una vez comprobada la realidad de ese Recurso especial del que indebidamente se privó a la sociedad mencionada, el Tribunal de Contratación incluso de oficio, y previo sometimiento a las partes de esta cuestión para que alegasen lo que a su derecho conviniera, debió entrar a resolver sobre el Recurso especial interpuesto contra la Resolución de 23 de marzo del año 2011, al haber sido impugnada en plazo en su momento y haberse privado ilegalmente a la parte su derecho a la tramitación del referido Recurso especial, y ello como se ha explicado porque ese Recurso especial es un derecho procesal del legitimado para interponerlo y no una facultad del órgano de contratación o del Tribunal Administrativo que tiene que resolverlo.

Por todo lo anterior considera esta Sala que lo procedente en este momento no es estimar el Recurso contencioso- administrativo retrotrayendo las actuaciones para que por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública se entre a conocer del Recurso especial interpuesto por Novasoft Ingeniería, S.L. contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de fecha 23 de marzo del año 2011, sino que al haber cumplido la mercantil recurrente con su deber de interponer el Recurso especial en materia de contratación contra la mencionada Resolución, y al habérsele privado indebidamente por la Administración y por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública del enjuiciamiento y resolución de dicho Recurso especial, lo más conforme al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza a todos la Constitución, es que esta Sala entre a conocer si la mencionada Resolución de 23 de marzo del año 2011 es o no conforme a Derecho, y una vez resuelto este punto, decida lo procedente en relación a la adjudicación del contrato controvertido.

Séptimo.- Como ya se ha expuesto, por escrito de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. de 16 de marzo del 2011 dirigido a la Mesa de Contratación, se dio lugar a que por Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de fecha 23 de marzo del año 2011 se dejase sin efecto el primer informe de valoración técnica de fecha 28 de febrero del año 2011, en segundo lugar se dejase sin efecto la adjudicación del contrato a favor de Novasoft Ingeniería, S.L. propuesta por la Mesa de Contratación con fecha 9 de marzo del 2011, y finalmente se acordase la elaboración de un nuevo informe técnico; el escrito en cuestión era irregular e improcedente, y las actuaciones administrativas a las que da lugar el escrito no son solo irregulares e improcedentes, sino contrarias a Derecho al parecer de esta Sala, y ello por las siguientes razones:

1ª.- Con fecha 2 de marzo del año 2011 la Mesa de Contratación había celebrado acto declarado que la oferta de Telefónica no había alcanzado la puntuación mínima exigida de acuerdo al tan citado informe técnico de 28 de febrero del año 2011, sin que en el acto formulase protesta el representante de Telefónica, siendo así que en tal momento ya conocía el mencionado informe.

2ª.- El escrito de Telefónica de 16 de marzo del 2011 no era un Recurso especial en materia contractual, sino un simple escrito de queja de un licitador en un procedimiento contractual en el que ya se había producido la valoración de las ofertas y la adjudicación a un determinado contratista, de forma que la única consecuencia jurídica a la que podía dar lugar era a la prevista en el artículo 310.2 de la LCSP, siempre y cuando se cumpliese el presupuesto de aplicación de este precepto, que no es otro que la existencia de un defecto de tramitación, que si se examina el escrito referido no hace referencia a un mero defecto de tramitación sino a algo diferente, como es la disconformidad con los criterios de valoración del informe técnico de 28 de febrero del año 2011.

3ª.- Del escrito de Telefónica de 16 de marzo del año 2011 la Administración no dio traslado al resto de los licitadores para que alegasen lo que a su derecho conviniese, y ello pese a que en tal escrito lo que se pedía era que se procediera a una nueva valoración técnica de la oferta de Telefónica, lo que sin duda incidía en los derechos e intereses de tales licitadores.

4ª.- Siendo el escrito en cuestión una discrepancia de un licitador con la valoración de su oferta por un informe técnico producida tras la adjudicación del contrato a otro licitador, lo único que le cabía a Telefónica era haber interpuesto el Recurso especial en materia contractual contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 9 de marzo del año 2011 por el que propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato a Novasoft Ingeniería, S.L. pero es el caso que ese Recurso especial no lo interpuso Telefónica.

5ª.- La Mesa de Contratación, sin como se ha dicho ni siquiera oír al resto de los licitadores, propuso al órgano de contratación la nulidad del informe técnico de 28 de febrero del año 2011, y la realización de un nuevo informe técnico y en consecuencia una nueva propuesta de adjudicación del contrato, lo que efectivamente el órgano de contratación - el Director Gerente del Hospital - acordó por Resolución de 23 de marzo del año 2011.



Pues bien, como se ha dicho, aunque en el sistema que implanta en la LCSP la Ley 34/2010, de 4 de agosto, los contratos administrativos ya no se perfeccionan con su adjudicación, como era tradición en nuestro Derecho Administrativo, sino que se perfeccionan después, con la formalización del contrato, como dispone el artículo 27 de la LCSP, ello no supone ni implica que antes de dicha formalización pueda la Administración cambiar a su antojo, fuera de los cauces o procedimientos establecidos, la previa adjudicación del contrato a un determinado licitador, y ello porque la adjudicación del contrato - y en su caso la propuesta de adjudicación por la Mesa de Contratación al órgano de contratación -, si bien no supone su perfección, es un acto de trámite cualificado que afecta a los derechos e intereses legítimos de todos cuantos concurren al procedimiento de contratación, como revelan los siguientes preceptos de la LCSP:

- El artículo 34 de dicha Ley, que regula la revisión de oficio y la declaración de lesividad **de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación** de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, dispone se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que sin duda pone de manifiesto que los actos previos a la formalización del contrato, como en nuestro caso es la propuesta de adjudicación del contrato que a favor de Novasoft Ingeniería, S.L hace la Mesa de Contratación al órgano de contratación con fecha 9 de marzo del año 2011, no puede dejarse sin más sin efecto, sino que solo puede hacerse por medio de los cauces establecidos esto es, bien por medio de un Recurso especial en materia contractual interpuesto por cualquier licitador, bien por medio de la revisión de oficio o la declaración de lesividad que acuerde el órgano de contratación.

- El artículo 35 de la Ley, que regula los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de su adjudicación, cuando sea declarada a consecuencia de su revisión de oficio o de la declaración de lesividad, disponiendo al efecto que esa declaración de nulidad, cuando sea firme, *llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

- El artículo 37 de la Ley, que regula los supuestos especiales de nulidad contractual distintos de los generales previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contemplando entre tales supuestos especiales infracciones previas a la formalización del contrato, como es la de no haber respetado el órgano de contratación el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 140.3 para la formalización del contrato, o cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los arts. 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

- El artículo 135 de la Ley, que regula la clasificación de las ofertas, la adjudicación del contrato y la notificación de la adjudicación, de cuya lectura - en particular sus números 3 y 4 - resulta patente que aunque la adjudicación del contrato no perfecciona este, sin embargo es un acto de singular importancia, que requiere de una especial motivación, que ese acto de adjudicación vincula al órgano de contratación y solo puede dejarse sin efecto bien por medio de los Recursos especiales en materia de contratación bien a través de su revisión de oficio o de la declaración de lesividad, y que por todo lo anterior la adjudicación del contrato, en contra de lo que sostenía el Director Gerente del Hospital 12 de Octubre, es un acto que sí crea derechos e intereses legítimos a favor del adjudicatario.

Por todo lo expuesto estima esta Sala que la actuación de la Mesa de Contratación y del órgano de contratación, y en concreto la Resolución de este último de fecha 23 de marzo del año 2011, vulneran frontalmente la LCSP en lo relativa al procedimiento de adjudicación del contrato, incurriendo en la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que se está en el caso de la estimación del Recurso contencioso-administrativo, la anulación del Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio del año 2011, conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto, y la declaración de nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011 por la que se dejó sin efecto la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación a favor de la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. con fecha 9 de marzo del año 2011.

La nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia de fecha 23 de marzo del año 2011, determina que la propuesta de adjudicación a favor de Novasoft Ingeniería, SL realizada con fecha 9 de marzo del año 2011 era conforme a Derecho, y en consecuencia, y atendiendo a todo lo analizado en este Recurso, que el contrato debió ser adjudicado a la referida mercantil.



Ahora bien, como quiera que el contrato objeto de este Recurso fue adjudicado a Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. y al día de hoy está ejecutado en buena parte, ya no es materialmente posible que Novasoft Ingeniería, S.L. ejecute el contrato, por lo cual lo único que cabe es indemnizar a esta última por los perjuicios derivados de la no adjudicación.

En este sentido la indemnización de perjuicios en los casos de no haberse adjudicado el contrato a un determinado licitador que tenía derecho a dicha adjudicación, a salvo de que ese licitador acredite cumplidamente los daños reales causados, se estima que consiste en el lucro cesante derivado de la falta de adjudicación y ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recoge en la actualidad el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de su Sección 4ª de 2 de julio del año 2004 (Recurso número 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (Recurso número 6812/2001), de 19 de julio del año 2005 (Recurso número 6852/2001) y de 24 de enero del año 2006 (Recurso número 4600/2001) y de su Sección 7ª de 15 de noviembre del año 2011 (Recurso número 2800/2009).

Así las cosas se considera que la indemnización de perjuicios a favor de la recurrente debe cifrarse en el beneficio industrial, que será el 6% del importe por el que se propuso la adjudicación del contrato a Novasoft Ingeniería, S.L., sin incluir en dicho importe el IVA toda vez que este tributo el adjudicatario lo tiene que ingresar en la Hacienda Pública, esto es siendo 1.354.500 € el importe referido, el 6% de la cantidad anterior asciende a 81.270 €, que es la indemnización que la Administración demandada debe abonar a aquella.

Finalmente y en relación a las causas de inadmisión opuestas tanto por la Comunidad de Madrid como por la mercantil codemandada, van a ser rechazadas, y así en lo relativo a que la Resolución de 23 de marzo del 2011 quedó firme por no haber sido interpuesto contra ella el Recurso previsto en el artículo 37.2 de la LCSP, decir que ese Recurso en ningún momento figuraba al pie de la Resolución en cuestión, que además daba pie de Recurso contencioso-administrativo obviando el Recurso especial de los artículos 310 y siguientes de la LCSP que, pese a esa omisión, fue interpuesto en plazo por la interesada, por lo que es patente que no hay interposición fuera de plazo de ese Recurso del artículo 37.2, y finalmente tampoco hay desviación procesal en la pretensión de la demandante de que se anule la Resolución de 23 de marzo del 2011, porque bien claramente se pidió la nulidad de esta última Resolución con ocasión del Recurso especial contra la posterior Resolución de 29 de abril del 2011.

Octavo.- Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no se aprecian razones para una especial declaración sobre las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

Fallamos

Que con rechazo de las causas de inadmisión opuestas por la Comunidad de Madrid y por Administración demandada, estimamos en parte el Recurso contencioso-administrativo promovido por Novasoft Ingeniería, S.L. contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de junio del año 2011 reseñado en el Fundamento de Derecho Primero, el cual anulamos por no ser conforme a Derecho de acuerdo a lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto, declaramos la nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011 por la que se dejó sin efecto la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación a favor de la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. con fecha 9 de marzo del año 2011, por ser contraria a Derecho, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo, y declaramos el derecho de la mercantil recurrente a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad de 81.270 €, todo ello sin costas.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe Recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de diez días a partir de su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fátima Arana Azpitarte. Margarita Pazos Pita. Rafael Estévez Pendás.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.