

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

En Madrid, a 4 de marzo de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.F.B., en nombre y representación de Satie Arquitectos, S.L.P. contra el acuerdo por la que se la excluye del expediente de contratación correspondiente al contrato para los trabajos de “Consultoría y Asistencia Técnica de las actuaciones promovidas en las Parcelas 1.4 y 1.7.2 del ámbito El Rosón en Getafe (Madrid)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de septiembre de 2014, se publicó en el Perfil de contratante de la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Getafe (EMSV), el anuncio de licitación del contrato de Consultoría y Asistencia para las actuaciones promovidas en las Parcelas 1.4 y 1.7.2 del ámbito El Rosón en Getafe con un presupuesto máximo de licitación de 980.000 euros. Asimismo se publicó la convocatoria en el BOE el 7 de octubre de 2014, y en el DOUE el 27 de septiembre.

En el pliego de condiciones técnicas y económico administrativas del contrato

se establecen criterios de valoración tanto valorables mediante fórmulas o porcentajes, como mediante juicio de valor.

Una vez abierta la documentación administrativa que las licitadoras incluyeron en el sobre A con fecha de 21 de noviembre de 2014 se envía a todos los licitadores, incluyendo a la recurrente, que se presenta con el lema Getafe_NZEB, requerimiento para subsanar los defectos encontrados por la Mesa de contratación en la documentación aportada, por correo electrónico, sin que conste que dicho requerimiento fuera recibido ni atendido por la misma.

Con fecha 27 de noviembre de 2014 se envía correo electrónico a todos los licitadores, para anunciar fecha y hora de la apertura de las proposiciones que tuvo lugar en acto público el 2 de diciembre de 2014, constando en el Acta correspondiente a dicho acto que se da cuenta de la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, invitando a los asistentes a que realizaran alegaciones, indicándose que ninguno de los representantes de los asistentes tiene nada que manifestar. Ese mismo día se notificó por correo electrónico a las recurrentes el resultado de la Acta y su exclusión del procedimiento de licitación.

El 17 de diciembre la Mesa de Contratación propone la adjudicación a la oferta que se ha presentado con el lema “La curva de la Felicidad”, elevándose propuesta de adjudicación al Consejo de Administración de EMSV al día siguiente.

El día 22 de enero de 2015 la ahora recurrente remite un correo electrónico al órgano de contratación interesándose por el estado de tramitación del expediente ya que según se indica en el mismo, “*No hemos recibido notificación alguna respecto al proceso de adjudicación*”. Dicho correo se contesta el día 26 remitiendo el Acta de la mesa de contratación donde se acuerda su exclusión.

Por último con fecha 30 de enero se acordó por el Consejo de Administración de EMSV adjudicar el contrato que fue formalizado el día 2 de febrero.

Consta asimismo en el expediente administrativo que la recurrente solicitó el 6 de febrero la devolución de la documentación presentada a la licitación, remitiendo un correo electrónico el día 10 anunciando la retirada de aquella el día 12 de febrero, constando un recibo de retirada que coincidiendo con la información facilitada por el órgano de contratación, incluía la devolución de los sobres B y C cerrados ya que no fueron objeto de estudio ni de apertura y del aval.

Segundo.- El 18 de febrero de 2015 fue presentado ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación en el que se solicita que se anule la exclusión del procedimiento de la oferta de la recurrente, dándosele en su caso plazo para subsanar los defectos padecidos, puesto que afirma, no les fue comunicada ni la convocatoria de la Mesa de contratación y subsidiariamente de no ser ello posible, que se anule todo el procedimiento de licitación. Respecto del anuncio previo el a que se refiere el artículo 44.12 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), consta presentado ante el órgano de contratación el 19 de febrero de 2015.

El mismo día 18 se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.1 del TRLCSP, lo que se verificó el día 20 siguiente. En dicho informe además de solicitar la inadmisión del recurso por extemporaneidad y por falta de anuncio previo al ser este posterior al propio recurso, manifiesta que *“Como se acredita en la relación de comunicaciones por correo electrónico se notificó en varias ocasiones la exclusión por parte de la mesa de contratación de la oferta presentada (correos de fecha 02 de diciembre de dos mil catorce, 26 de enero de dos mil quince y 02 de febrero de dos mil quince), poniendo a disposición del tribunal o de técnicos informáticos que considere el servidor y los ordenadores desde los que se enviaron dichos correos para verificar dicha cuestión. No resulta comprensible que Satie Arquitectos reciba en la misma dirección de correo electrónico y desde las mismas direcciones unas*

notificaciones sí y otras no, extrañamente no recibiendo las que comunicaban su exclusión por parte de la Mesa de Contratación hasta el pasado día 2 de febrero (...)”.

Se indica en el informe del órgano de contratación que todas las comunicaciones se hicieron a la dirección de correo electrónico facilitada por la empresa “getafe_nzeb@gmail.com”.

Tercero.- Con fecha 24 de febrero se ha concedido trámite de audiencia a la adjudicataria del contrato, que con fecha 3 de marzo ha presentado escrito de alegaciones en las que sostiene que procede inadmitir el recurso por extemporáneo puesto que según afirma la recurrente tuvo conocimiento de la exclusión de su oferta, o bien desde el 2 de diciembre o cuando menos desde el 26 de enero fecha en que le fue enviada el acta de la reunión de la Mesa. Señala asimismo que no se le ha ocasionado ninguna indefensión a la recurrente y que la posibilidad de subsanación de defectos no es obligatoria sino potestativa para la Mesa, sin perjuicio de que considera que los defectos padecidos por la recurrente no son subsanables. Por último alega sobre la falta de acreditación de las exigencias de solvencia por parte de la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación correspondiente a un contrato de servicios, con CPV 71221000 categoría 12, del Anexo II del TRLCSP, y de cuantía superior a 207.000 euros, por lo tanto sujeto a

regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- Especial análisis merece el plazo de interposición del recurso, requisito de admisibilidad del mismo.

El recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso rápido y eficaz. La Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos, dispone en relación al recurso y su plazo de interposición, en el artículo 2 quater, que la legislación nacional debe establecer los plazos mínimos para la interposición del recurso.

Afirma la recurrente que la fecha en la que tiene conocimiento del acto recurrido es el día 2 de febrero de 2015, por lo que el recurso se presenta dentro del plazo establecido en el artículo 44 del TRLCSP.

Teniendo en cuenta que el acto recurrido es la exclusión de la oferta de la recurrente de la que se dio cuenta en el acto público de la Mesa de contratación el 2 de diciembre de 2014, notificándose asimismo por correo electrónico a las licitadoras ese mismo día el recurso presentado el 19 de febrero de 2015, sería, en principio, claramente extemporáneo, de acuerdo con el artículo 44 del TRLCSP que establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles (...) 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.”*

Ahora bien, debe señalarse que, aunque no consta en el expediente ni tampoco se aduce nada al respecto por la recurrente, si bien en el informe del órgano de contratación se indica que las comunicaciones se hicieron a la dirección de correo electrónico facilitada por la empresa *getafe_nzeb@gmail.com*, la propia empresa, como más arriba se recoge, se dirige al órgano de contratación desde la dirección *getafe.nzeb@gmail.com*. De esta forma a lo largo del expediente administrativo constan hasta tres direcciones de correo electrónico distintas en las que se efectúan comunicaciones en el seno del procedimiento de licitación.

Así, se comprueba que las comunicaciones para la subsanación de defectos (el 21 de noviembre), para la convocatoria al acto de apertura de documentación (el 27 de noviembre) se realizaron a dirección, *getafe.nezeb@gmail.com*, que como decimos es la dirección de correo electrónico utilizada por la recurrente, constando un correo electrónico del día 17 de noviembre de 2014, enviado a las 13:08 horas desde la misma dirección (*getafe.nzeb@gmail.com*) al órgano de contratación remitiendo justificante de envío para el procedimiento. Mientras que la notificación de la exclusión el 2 de diciembre de 2014, se remite a la dirección *getafe_nzeb@gmail.com*. Además una vez adjudicado el contrato la empresa se dirige al órgano de contratación, no a través del primer correo electrónico asignado al lema con que se presenta la oferta sino con el propio de la empresa (*sat4@satie-arquitectos.com*).

A todo ello cabe añadir que no consta en el expediente que el órgano de contratación haya requerido que se designe un correo electrónico a efectos de comunicaciones, tal y como exige el artículo 151.4 TRLCSP *“La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el*

artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días”, que a la sazón previene que “Para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.6. Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos.”

A mayor abundamiento, aun de poder considerarse que el correo electrónico designado a efectos de comunicaciones es getafe.nzeb@gmail.com, al haberse remitido desde el mismo la oferta, lo cierto es que no consta la recepción de las comunicaciones que se efectuaron a dicho correo, por lo que no cumpliéndose los requisitos del artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, no cabe considerar que dichas comunicaciones hayan surtido efecto a falta de cualquier indicio en tal sentido en el expediente.

Por tanto no puede tenerse por cierto que la recurrente recibiera las comunicaciones efectuadas en el seno del procedimiento habida cuenta de las diferentes direcciones a que se realizan tales envíos y de la falta de acreditación de la recepción de las mismas.

Por último, cabría aun considerar como día inicial del cómputo del plazo aquél en que se comunica a petición de la recurrente que su oferta ha sido excluida, el día 26 de enero, -esta vez no al correo de la candidatura, sino al de la propia empresa (sat4@satie-arquitectos.com)-, día desde el que el recurso presentado el 19 de febrero sería extemporáneo. Sin embargo, de nuevo no consta la efectiva remisión del envío de los datos adjuntos, *“Acta 2 de diciembre pdf; ACTA Y PROPUESTA CONCURSO- xxxx pdf”*, hasta el día 2 de febrero, fecha hecha valer por la recurrente y desde la que el recurso debe entenderse interpuesto en plazo.

Cuarto.- Aduce el órgano de contratación que la recurrente carecería de legitimación al solicitar la devolución de la documentación aportada en el expediente con fecha 6 de febrero donde se incluía el aval y los sobres B y C cerrados, que no fueron objeto de apertura ni de estudio.

Esta circunstancia, entiende el órgano de contratación, que indica la aceptación tácita por parte de esta sociedad a la resolución del concurso y la falta de interés legítimo para interponer el recurso una vez que proceden a la retirada de la documentación aportada. De hecho solo se ha podido remitir al Tribunal la parte de documentación correspondiente a la oferta de la recurrente de la que se custodiaba copia escaneada.

Este Tribunal considera que la solicitud de devolución de la documentación condiciona de modo efectivo la suerte que pueda seguir el recurso y por ende la legitimación de la recurrente, entendiendo la legitimación como una cuestión de fondo.

Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*, habiéndose señalado en diversas resoluciones, -vid. a este respecto nuestra reciente Resolución 22/2015, de 4 de febrero,- que dicho interés legítimo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale o se residencia en la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones

objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

En el caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que aun de prosperar la pretensión de la recurrente de que se retrotrajera el procedimiento para proceder a la valoración de la oferta, tal pretensión deviene en imposible ante la devolución de la documentación presentada que no permite tener en cuenta dicha documentación, ya que al no estar custodiada por el órgano de contratación no existe garantía alguna del mantenimiento de la misma, de forma que resulte factible la salvaguarda de los principios de igualdad y concurrencia.

Debe señalarse de conformidad con lo establecido en el artículo 87.4. Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, “*Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados*”. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y de una aconsejable prudencia por parte del órgano de contratación, en este caso la devolución se produce como consecuencia de una solicitud por parte de la recurrente, que si bien no manifiesta de forma expresa su voluntad de retirar la oferta, pudo ser considerada como tal por parte del órgano de contratación, tanto más cuanto nada hacía pensar que fuera a recurrir el Acuerdo por el que se la excluye del procedimiento de licitación, al no haber presentado el anuncio preceptivo, ni indicar nada al respecto cuando el recurso se interpuso tal solo 6 días después de la retirada de la documentación, constando en el expediente varios contactos de la recurrente con el órgano de contratación.

Por lo tanto al ser imposible la pretensión de retroacción por motivos imputables a la propia recurrente, la misma carece de legitimación activa respecto de tal pretensión.

Quinto.- Vista la imposibilidad de retroacción del procedimiento, que determina la falta de legitimación de la recurrente, respecto de dicha pretensión, en el recurso se solicita asimismo “*En caso de no resultar posible la anterior demanda solicitamos que se proceda a declarar la nulidad de todo el procedimiento.*” Para justificar tal petición no hace valer más argumentos que los esgrimidos respecto de la falta de notificación generadora de indefensión.

De acuerdo con lo anterior, solo cabe examinar si la exclusión de la recurrente

es o no adecuada a derecho al no habersele concedido plazo para subsanar los defectos padecidos en la documentación presentada con el objeto de acreditar la solvencia exigida y en su caso si la misma constituye causa de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

Como hemos indicado más arriba no queda acreditada la recepción de la comunicación del día 21 de noviembre, en la que se concede a la recurrente un plazo de tres días hábiles para subsanar los defectos que enumera, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 22 y 81.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, pero esta circunstancia, sin perjuicio de eventuales acciones resarcitorias que puedan corresponder a la recurrente, no determina la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación, sin que se haya invocado como decíamos causa alguna que determine tal nulidad por la recurrente.

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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.F.B., en nombre y representación de Satie Arquitectos, S.L.P. contra el acuerdo por la que se la excluye del expediente de contratación correspondiente al contrato para los trabajos de Consultoría y Asistencia Técnica de las actuaciones promovidas en las Parcelas 1.4 y 1.7.2 del ámbito El Rosón en Getafe (Madrid), por falta de legitimación activa de la recurrente, en cuanto a la pretensión de retroacción del procedimiento para admitir su propuesta y valorarla.

Segundo.- Desestimar el recurso respecto de la pretensión de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

Tercero.- 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 multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.