

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.J.M.R., en nombre y representación de AEBIA Tecnología y Servicios S.L., contra el Decreto de 21 de julio de 2016 del Concejal Presidente del Distrito de Moratalaz, por el que se acuerda la exclusión de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio integral para los socios de los tres Centros Municipales de Mayores del Distrito de Moratalaz 2016-2018”, número de expediente: 300/2016/00116, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 de mayo y 7 de junio de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, la convocatoria para la licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterios valorables mediante cifras o porcentajes y un valor estimado de 974. 448,66 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron seis empresas entre ellas la recurrente.

Con fecha 7 de julio de 2016 se celebró la Mesa de contratación al objeto de valorar la documentación administrativa de los distintos licitadores, en la que se constató con respecto a la mercantil AEBIA TECNOLOGÍA Y SERVICIOS, S.L., (en adelante AEBIA), que únicamente presentó en el sobre A “documentación administrativa” declaración responsable en los términos del artículo 146.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). En consecuencia se le requiere para que aporte la totalidad de la documentación que debería haber incluido en el sobre A relativa a la capacidad y solvencia de AEBIA.

La comunicación del requerimiento se efectuó por correo electrónico el 8 de julio a las 11:15 horas en el que se hace constar *“En el caso de no presentar dicha documentación en el plazo citado de tres días hábiles, a contar desde el día siguiente a la recepción de la correspondiente notificación, (el plazo termina el día 12 de julio de 2016) se procederá a rechazar su proposición”*. En el reporte del envío se indica que se completó la entrega a estos destinatarios o grupos pero que el servidor de destino no envió información de la notificación de entrega.

Consta asimismo la contestación al indicado requerimiento por parte del representante de AEBIA el día 11 de julio en el que acusando recibo de la recepción de la documentación se indica *“Procederemos a preparar toda la documentación solicitada y la presentaremos antes de las 14 horas del día 14 de julio”*.

Debe asimismo destacarse que con fecha 8 de julio de 2016, a las 10:41 horas, se había publicado en el Perfil del Contratante como “información adicional” la fecha y hora de la Mesa de contratación para la apertura del sobre de criterios valorables en cifra o porcentajes del expediente arriba referenciado se realizará el día 13 de julio de 2016 a las 10:30 horas, en lugar del día 11 de julio de 2016 a las 10:30, inicialmente previsto.

Por último en la reunión de la Mesa de contratación de 13 de julio de 2016, se da cuenta de que la empresa AEBIA no ha aportado la documentación solicitada en trámite de subsanación, por lo que se deja constancia en el Acta correspondiente de que la Mesa acuerda su exclusión de la licitación. Este acuerdo se comunicó a la recurrente el 22 de julio de 2016.

No consta que tal y como se indica en el correo electrónico del día 11 de julio, el día 14 se presentara la documentación requerida.

Con posterioridad se acuerda proponer la adjudicación a favor de la empresa Hatford con fecha 27 de julio de 2016.

Tercero.- Con fecha 3 de agosto de 2016, se interpuso recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de la oferta de la recurrente, ante este Tribunal que ese mismo día lo remitió al órgano de contratación requiriéndole para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), remitieran el expediente administrativo y el informe a que se refiere el mismo artículo, lo que se realizó el 8 de agosto siguiente.

Junto con la comunicación se notificó la Resolución 2/2016, de 29 de julio, de la Presidenta del Tribunal por la que se suspende la tramitación de los Recursos Especiales en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición del mismo, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

En el recurso se solicita que se deje sin efecto la exclusión recurrida, retrotrayendo el procedimiento a fin de permitir a la recurrente la presentación de la documentación de subsanación requerida, considerando que se vulnera la normativa

aplicable, a las notificaciones, tanto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) como en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo señala que *“El requerimiento emitido por la Administración recoge que el plazo de tres días se computa desde la recepción de la correspondiente notificación, terminando el día 12 de julio de 2016. Tal requerimiento partió del presupuesto de que la notificación surtiría efectos desde la fecha en la que se remitió el correo electrónico (8 de julio de 2016), al entender que todos los licitadores a los que se requirió accederían a su contenido el mismo día de la remisión en los términos del artículo 28.2 de la Ley 11/2007”,* pero que *“nada impidió a la mercantil AEBIA TECNOLOGÍA Y SERVICIOS, S.L., presentar su documentación hasta el día 14 de julio de 2016, teniendo conocimiento del derecho que le asistía al respecto como bien puso de manifiesto en su correo electrónico de fecha 11 de julio de 2016, sin que ninguna comunicación de esta Administración Municipal se opusiese a que así lo hiciese en tal plazo”,* lo que considera como una dejación de su derecho a subsanar en el plazo que corresponde demostrando con ello mala fe al plantear el recurso y una actividad contraria a la doctrina de los actos propios, pretendiendo en vía de recurso abrir un nuevo plazo subsanatorio adicional.

Solicita en conclusión la desestimación del recurso y la imposición de una multa a la recurrente.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que ninguno de los interesados haya presentado el correspondiente escrito de alegaciones.

Quinto.- Mediante Resolución 2/2016, de 29 de julio, de la Presidenta del Tribunal se suspende la tramitación de los Recursos Especiales en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición del mismo, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa AEBIA Tecnología y Servicios S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido excluida.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el Decreto de 21 de julio de 2016, del Concejal Presidente del Distrito de Moratalaz, por el que se acuerda la exclusión de la recurrente a la licitación del contrato, fue notificado el 22 de julio de

2016, e interpuesto el recurso el 3 de agosto, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la exclusión de la oferta de la recurrente al no haber subsanado el requerimiento que le fue efectuado para que aportara la documentación administrativa correspondiente al sobre A.

No resulta controvertida la aplicación de la normativa reguladora de las notificaciones en la LRJPAC ni en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, puesto que no en vano el procedimiento de licitación es un procedimiento administrativo al que a falta de normativa específica se aplica la LRJPAC, por lo que a las notificaciones se refiere, de acuerdo con el apartado 4 de la Disposición adicional decimosexta del TRLCSP *“Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios”*.

En concreto el artículo 28 en sus apartados 2 y 3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Público, establece que *“El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.*

Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso". En ese punto no difiere la notificación electrónica de lo previsto en el artículo 57 de la LRJPAC que al regular la eficacia de los actos administrativos señala que la misma quedará demorada, entre otros supuestos, cuando esté supeditada a su notificación.

El órgano de contratación no defiende que su actuación inicial concediendo un plazo de subsanación de tres días fijo y sin tener en cuenta la fecha efectiva de recepción del correo electrónico, fuera ajustada a derecho, antes bien parece reconocer que el requerimiento efectuado no permitía subsanar la documentación en plazo al no tener en cuenta su recepción, quizá dando por supuesto que al tratarse de una notificación efectuada por medios electrónicos la fecha de envío y recepción coincidirían, al afirmar que *"el interesado interpreta correctamente el cómputo de los plazos para contestar el requerimiento desde la fecha en la que según él ha tenido acceso al contenido de la notificación, fijando la finalización de este plazo el día 14 de julio de 2016, es decir, que interpreta en sus términos correctos el alcance del plazo para contestar al requerimiento"*.

Este Tribunal constata en primer lugar que el Acuerdo de la Mesa de contratación proponiendo la exclusión de la oferta de la recurrente 13 de julio de 2016 y consiguientemente la publicación de la nueva fecha para la apertura de las ofertas publicada en el Perfil del Contratante el 8 de julio de 2016 no son ajustadas a derecho en tanto en cuanto colocan a la recurrente en ese momento en una situación de indefensión al no permitirle subsanar los defectos padecidos por no tener en cuenta la fecha de recepción del correo electrónico.

Sentado lo anterior el órgano de contratación solicita, sin embargo, la desestimación del recurso, como más arriba se ha expuesto al no haber procedido la recurrente a subsanar tampoco en los términos ofrecidos por la misma en su correo de recepción el día 14 de julio.

En este punto cabe considerar que la recurrente no fue notificada de su exclusión hasta el día 22 de julio, una vez que por Decreto del Concejal de Distrito se acoge la propuesta de la Mesa de contratación del día 13 de julio y se notifica a la recurrente. Asimismo debe señalarse que no consta la asistencia al acto de subsanación de la documentación administrativa, sin que la recurrente tampoco acredite o siquiera sea indique nada al respecto. Es por ello que hasta la fecha de la notificación de la exclusión el 22 de julio, en buena lógica la recurrente desconocía su exclusión del procedimiento de licitación, pero no procedió a la entrega de la documentación que se le había solicitado en el plazo que ella misma había indicado en su correo el día 14 de julio.

De lo anterior cabe colegir el incumplimiento del requerimiento de subsanación tanto en el momento marcado por la Administración, como en el momento indicado por la propia recurrente, sin que conste ningún hecho o actuación por parte del órgano de contratación anterior al 14 de julio que hiciera pensar a la recurrente que no debía atender al requerimiento efectuado o que había sido excluida del procedimiento circunstancia que no se produjo hasta el día 21 de julio.

Por lo tanto no atendido el requerimiento en ningún momento no se cumple lo dispuesto en el artículo 81, apartados 2 y 3 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el*

pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”.

Procede por tanto desestimar el recurso.

Sexto.- Solicita el órgano de contratación la imposición de una multa por mala fe a la recurrente, señalando que *“el del día 14 de julio de 2016, demostrando con ello mala fe planteando un recurso especial en materia de contratación ante unos hechos que teniendo conocimiento del derecho que le asistía para subsanar hasta una fecha concreta, dejó pasar, para posteriormente proceder a su impugnación, contrario al principio de “bona fides” que ha de regir cuantas relaciones tanto contractuales como extracontractuales se planeen entre los sujetos”.*

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de 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”.*

Los conceptos temeridad y mala fe aunque íntimamente ligados presentan distintos matices, basados en el alcance subjetivo que presenta la mala fe respecto de la temeridad, si bien en este tipo de procedimientos suelen ir unidas. Efectivamente si un recurso carece de fundamento, pero dicha carencia no puede residenciarse en la conducta del recurrente, difícilmente podrá hablarse de mala fe. Considera la jurisprudencia que concurre temeridad respecto de los recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal

Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión.

En este caso no puede predicarse sin más mala fe por el hecho de no haber presentado la documentación en el propio plazo considerado por la recurrente, que a la postre se vio excluida del procedimiento, cuando el defecto inicial en cómputo del plazo para subsanar los defectos es imputable a la Administración, siendo la presentación del recurso manifestación del legítimo ejercicio del derecho de defensa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don Juan J.J.M.R., en nombre y representación de AEBIA Tecnología y Servicios S.L. contra el Decreto de 21 de julio de 2016 del Concejal Presidente del Distrito de Moratalaz por el que se acuerda la exclusión de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio integral para los socios de los tres Centros Municipales de Mayores del Distrito de Moratalaz 2016-2018”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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