

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

En Madrid, a 13 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña L.O.A., en nombre y representación de Enviser Servicios Medio Ambientales, S.A.U., contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de poda del arbolado del Municipio de Villanueva del Pardillo”, expediente nº 1.20.2018.09, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de noviembre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria del contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 157.000 euros y la duración cuatro meses.

Segundo.- A la licitación han concurrido 10 licitadores, uno de ellos la recurrente.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en la cláusula novena regula la presentación de proposiciones y documentación administrativa recordando en el apartado 9.1 que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En dicha cláusula establece, en el apartado 9.2, que *“Para la licitación del presente contrato, no se exige la presentación de ofertas utilizando medios electrónicos debido a que se requieren de equipos ofimáticos especializados de los que no dispone el órgano de contratación, justificación de conformidad con el apartado 3.c de la Disposición adicional decimoquinta de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”*

A continuación en el apartado 9.3 de esa misma cláusula, relativo al contenido de la proposiciones, dispone que en el sobre A de documentación administrativa se incluirá **“a) Declaración Responsable del licitador** *indicativa del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración (Anexo I).*

La declaración responsable se presentará conforme al modelo incluido en el Anexo del presente Pliego”.

En el Anexo I del PCAP, el licitador declara bajo su responsabilidad, *“Que la dirección de correo electrónico en la que realizar las notificaciones es _____”*.

En la cláusula Decimoquinta del PCAP al regular las ofertas anormalmente bajas, en su párrafo primero establece que cuando alguna de ellas este incurso en presunción de anormalidad *“se concederá a los licitadores afectados un plazo de cinco días hábiles para que puedan presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permiten ejecutar dicha oferta en esas condiciones, con los*

critérios se señalan al respecto en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...)

La Mesa de contratación, en su reunión celebrada el 30 de noviembre de 2018, procedió a realizar la apertura de los sobres B *“Proposición económica y Criterios cuantificables de forma automática”* de los licitadores constatando que ocho de las ofertas se encuentran incursas en presunción de anormalidad por lo que acordó requerir a las mercantiles UTE Andrialala-Alvac, Ingeniería y Diseños Técnicos S.A.U, Enviser Servicios Medio Ambientales S.A.U, Valoriza Servicios Medioambientales S.A, Elecnor S.A, Brócoli S.L, Aema Hispánica S.L y Natura Constructiva S.L. la justificación de sus ofertas. Lo que se notificó el mismo día 30 de noviembre mediante correo electrónico en la dirección que todos habían indicado en la declaración responsable y publicando el acta de la sesión la Plataforma del Sector Público ese mismo día. En dicho requerimiento se indica expresamente que el plazo dado para presentar la justificación es *“de cinco días hábiles desde el envío de la presente notificación”*.

Finalizado el plazo de subsanación en la reunión de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2018, constató que Enviser Servicios Ambientales SAU (en adelante Enviser) había presentado la justificación de su oferta el 10 de diciembre de 2018, por lo que la consideró fuera de plazo y acordó su exclusión, formulando propuesta de adjudicación del contrato a favor de Natura Constructiva, S.L., por ser la empresa clasificada en primer lugar, a la que se requirió la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

Cumplido dicho trámite, la Junta de Gobierno Local acordó con fecha el 17 de enero de 2019 adjudicar el contrato a Natura Constructiva, S.L.

Tercero.- El 21 de enero de 2019 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación Enviser en el que solicita se anule el

acto de exclusión y se retrotraiga el procedimiento al momento en que se debió estudiar la justificación de la viabilidad de la oferta económica de su oferta. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento.

El 30 de enero de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), por las razones que se verán al analizar el fondo del recurso.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ningún escrito.

Quinto.- Con fecha 23 de enero de 2019, la Junta de Gobierno Local acordó suspender el procedimiento de contratación hasta tanto se resuelva por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Enviser, publicando el acuerdo en la Plataforma de contratación del sector público al día siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse

un licitador excluido “*cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone contra la propuesta de rechazo de la mesa el acto de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

La propuesta de rechazo de la Mesa, en principio, no es uno de los actos recurribles de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 b) de la LCSP. Tampoco puede considerarse un acto de trámite cualificado en tanto en cuanto requiere su aceptación por el órgano de contratación.

Sin embargo en este caso, el órgano de contratación ha asumido la propuesta de la Mesa y adjudicado el contrato el 17 de enero de 2017 por lo que habiendo refrendado el rechazo de la oferta, se debe admitir el recurso por economía procedimental.

En consecuencia, en este caso el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso en este caso, el recurso se dirige contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación el 21 de diciembre de 2018, por el que se propone el rechazo de su oferta que no ha sido notificado, dándose por notificado el recurrente con la publicación del acta en la PLACE el día 8 de enero de 2019, por lo que el recurso interpuesto el día 21 de enero estaría dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Alega el recurrente que el requerimiento para justificar la viabilidad de su oferta se ha realizado el 30 de noviembre de 2018 a las 13:16, mediante correo electrónico ordinario a la dirección genérica designada “*enviser@enviser.net*”, sin siquiera solicitar su acuse de recibo, con el siguiente tenor literal “*se le concede un plazo de 5 días hábiles desde el envío de la presente notificación, para que presente una justificación de su oferta en la que se aclaren los elementos económicos en los que fundamenta la misma, determinando claramente su viabilidad para la correcta ejecución del contrato de conformidad con lo referido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. Dicha justificación no podrá superar las 10 hojas a doble cara*”.

Afirma que fue recepcionado en horario de oficina el siguiente día hábil a la notificación, el 3 de diciembre, y contestado el requerimiento el día 10 de diciembre.

Opone que dado que el Ayuntamiento reconoce que carece de medios ofimáticos y justifica que se da uno de los supuestos de excepción de la utilización de medios electrónicos para las notificaciones, debería aplicar supletoriamente el régimen dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo que en cuanto al cómputo de plazos, que prevé que se iniciará al día siguiente de su notificación, por lo que la justificación de la oferta presentada por Enviser el 10 de diciembre de 2018 se encuentra en plazo, ya que no resulta posible aplicar lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP concerniente a las Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley, que computa el inicio del cómputo desde la fecha de envío de la notificación, al no haberse realizado el requerimiento ni mediante una dirección de correo habilitada, ni comparecencia electrónica.

Opone que conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 4^o de la LCSP la normativa de aplicación sería la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y en sus normas

complementarias y cita el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Por lo que sostiene que conforme a lo establecido en el artículo 30.3 de la LPACAP, el computo del plazo a tener en cuenta es *“a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación”* (del acto).

En segundo lugar señala que el correo electrónico *envisar@envisar.net* al que el órgano de Contratación remitió el justificante de la oferta económica, únicamente se facilita como canal auxiliar de comunicación para la puesta en conocimiento de circunstancias del procedimiento de licitación tales como la citación para las sesiones de la Mesa, o el cambio de las mismas, en definitiva actos sobre los cuales no recaiga la obligación de la práctica de una notificación, como puede ser el acto de justificación de la presunta baja temeraria que pudiera acarrear la exclusión de un licitador. Sostiene por tanto que la notificación es defectuosa según lo establecido en el art. 43 de la Ley 39/2015 que se refiere de manera taxativa a la comparecencia electrónica y la Dirección Electrónica Habilitada y aclara que no es lo mismo una dirección electrónica habilitada que un correo electrónico, ni tampoco notificación electrónica con aviso electrónico de notificación.

Por su parte el órgano de contratación alega que el requerimiento para la justificación de la baja se notificó en el correo electrónico que Enviser comunicó en su declaración responsable según modelo que figura en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, junto con el resto de la documentación administrativa, como según manifiesta se viene haciendo desde hace tiempo y mediante publicación de todos los actos llevados a cabo en el procedimiento de contratación en el perfil del contratante (alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público) en la que se indicaba su oferta *“se encuentra incurso en presunción de anormalidad, por lo que se le concede un plazo de 5 días hábiles desde el envío de la presente notificación, para que presente una justificación de su oferta en la que se aclaren los elementos económicos en los que fundamenta la misma, determinando claramente su viabilidad para la correcta ejecución del contrato de conformidad con lo*

referida en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. Dicha justificación no podrá superar las 10 hojas a doble cara”.

Alega además que a la licitación le resulta de aplicación la LCSP conforme a su DF 4º y a la cláusula trigésima del PCAP que rige la licitación, teniendo la LPACAP carácter supletorio. Alega que la DA 15ª de la LCSP establece un sistema específico y concreto de notificación por medios exclusivamente electrónicos y que el cómputo de los plazos será desde la fecha de envío de la notificación siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario, es decir cuando el acto no se haya publicado debidamente en el Perfil, los plazos se computaran desde la recepción de la notificación por el interesado. Advierte que el acta de la mesa de contratación que recogía la petición de la justificación a los licitadores se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de noviembre, que es la fecha del envío de la notificación electrónica, por tanto el plazo comienza el 30 de noviembre y finaliza el 7 de diciembre.

Explica que la recurrente no aduce que no recibió la notificación o que la leyó otro día, y considera que simplemente no tuvo la diligencia debida de leerla detenidamente y por eso no contestó en plazo dado, pretendiendo ahora obtener una ventaja injustificada y vulnerando el principio de igualdad entre todos los licitadores, después de haber aceptado este medio de comunicación que entiende es conforme con lo establecido en el artículo 140.4 de la LCSP.

Concluye que “la dirección de correo electrónico habilitada es aquella que debe mencionar expresamente el recurrente o el licitador cuando presenta la declaración responsable y en ella autoriza que se verifique cualquier notificación posterior”.

Se debe reiterar que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a

los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

En este caso el PCAP (cláusula Novena) estipula que la licitación no es electrónica, y excepcionalmente requiere que los licitadores declaren una dirección de correo electrónico en la que efectuar notificaciones.

Comprueba el Tribunal que en este caso la Mesa fijó expresamente el plazo en cinco días hábiles desde el envío de la notificación, por lo que solo cabe interpretar que el *dies a quo* para el cómputo del plazo es el 30 de noviembre de 2018. Asimismo comprueba que si bien tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento el día 10 de diciembre, la documentación presentada fue firmada el día 7 de diciembre de 2018, consciente seguramente del plazo habilitado para ello.

Plantea el recurrente que el requerimiento efectuado no ha sido conforme a derecho. Dado que la convocatoria de esta la licitación ha sido publicada estando en vigor la LCSP, ambos interesados reconocen que resulta de aplicación lo dispuesto en la DF Decimoquinta de la LCSP, si bien con conclusiones opuestas.

Consta en el expediente que la notificación se realizó mediante una dirección de correo electrónico, no habilitada, sino particular de la empresa tal y como prevé el PCAP, que no consta haya sido impugnado y ello a pesar de que dicho Ayuntamiento

cuenta con una sede electrónica y ha habilitado un Servicio de Notificaciones Electrónicas que habría permitido constatar fehacientemente tales notificaciones.

El artículo 140.1.a) 4º de la LCSP en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos en la licitación establece *“1. En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:*

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

4.º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

El PCAP ni en la cláusula novena ni en el Anexo I obliga que la dirección de correo que deba designar el licitador a fin de practicar las notificaciones sea *“habilitada”*.

Por otra parte la DA15ª de la LCSP, con carácter general, obliga a que en las notificaciones a las que se refiere la presente Ley *“se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica”* y en el apartado 2 insiste *“2. La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

(...)

3. Con respecto a los intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos con arreglo al presente apartado, el envío de información se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos.”

Se debe traer a colación lo manifestado por este Tribunal en la Resolución 229/2018, 25 de julio, respecto del régimen de notificaciones en las licitaciones y de las publicaciones de sus actos; *“El artículo 81.2 del RGLCAP, que desarrolla la anterior, establece que “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 este precepto se desprende con claridad que son dos los sistemas establecidos respecto de la difusión de la actividad de la Mesa de contratación, de un lado la comunicación o notificación individual al interesado al que se dirige la actuación y además de la publicidad (sin perjuicio de la notificación individual y verbal a los interesados). Este artículo, además, debe interpretarse en el contexto en que las

comunicaciones entre particulares y administraciones en las Mesas de contratación se producían en la propia asistencia a las mismas o por los sistemas tradicionales de notificación previstos en la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Cada uno de los sistemas tiene su propia finalidad, la notificación por un lado atiende a que el interesado tenga cabal conocimiento de aquello que se le requiere y proceda a su cumplimiento, como instrumento de garantía del derecho de defensa; mientras que la publicación general atiende a la transparencia y al principio de igualdad en la consideración del procedimiento de licitación como de concurrencia competitiva que exige arbitrar mecanismos para evitar ventajas injustificadas de unos licitadores sobre otros”.

Pero es que además, más claro resulta el artículo 19.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, que establece que: *“Si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados a que afecten, mediante telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado, de la fecha en que se reciba y del contenido de la comunicación, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. Sin perjuicio de lo anterior, la Mesa podrá disponer que las circunstancias indicadas se hagan públicas por el medio que a este efecto se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. De lo actuado conforme a este apartado se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”.*

En este caso el requerimiento de documentación se refiere a un elemento esencial de un procedimiento de contratación: la justificación de la viabilidad de la oferta. Estando justificada la excepcionalidad de la licitación para que no se utilicen medios electrónicos con arreglo a la LCSP, y existiendo constancia documental y

reconocimiento por parte del recurrente de que el requerimiento se efectuó el 30 de noviembre a la 13:16, que fue publicada el mismo día el acta correspondiente, solo cabe considerar el día a quo para el cómputo del plazo la fecha de envío del correo 30 noviembre de 2018 y no de su recepción, por lo que el plazo finalizaría el 7 de diciembre de 2018.

Por todo ello, resultando acreditado que el órgano de contratación ha documentado y realizado el requerimiento para la justificación de la oferta conforme a lo dispuesto DA 15ª de la LCSP y demás normativa de aplicación, el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 doña L.O.A., en nombre y representación de Enviser Servicios Medio Ambientales, S.A.U., la exclusión de su oferta en el contrato “Servicio de poda del arbolado del Municipio de Villanueva del Pardillo”, expediente nº 1.20.2018.09.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en estos procedimientos.

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 59 de la LCSP.