

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.B.P. y don I.J.S.S., en nombre y representación de Benort Social, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 29 de octubre del 2018, por el que se entiende retirada la oferta del recurrente a la licitación del contrato “Programa de intervención con mayores en situación de riesgo mediante la realización de talleres en siete Centros de Mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social”, número de expediente: A/SER-006870/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de agosto de 2018, se publicó en el Portal de Contratación del Sector Público de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del contrato mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 741.870 euros.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que de acuerdo con el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

“Medios electrónicos.

Licitación electrónica. Se admite la presentación de ofertas por medios electrónicos: NO.

Notificaciones y comunicaciones telemáticas: SI.

Para la práctica de las notificaciones, se utilizará el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid.

Aún en los casos en que no resulte exigible que presenten la oferta por medios electrónicos, para las restantes comunicaciones, notificaciones y envíos documentales, los interesados se relacionarán con el órgano de contratación por medios electrónicos.

Las notificaciones a las personas jurídicas se realizarán obligatoriamente a través del Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid, en aplicación de los artículos 14 y 43.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para lo cual la empresa o su representante legal deberán de estar dados de alta en este sistema.

Quienes figuren como interesados o representantes en procedimientos abiertos en la Comunidad de Madrid pueden enviar comunicaciones o aportar nuevos documentos al correspondiente expediente, accediendo a la página de “Gestiones y trámites” del sitio web de la Comunidad de Madrid (<https://gestionesytramites.madrid.org>). También existe la posibilidad, en esa misma página, de utilizar un formulario genérico de solicitud para presentar documentos y comunicaciones dirigidos a cualquier órgano de la Comunidad de Madrid.

Tablón de anuncios electrónico:

Se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales o desproporcionados mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública.”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 3 empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, con fecha 4 de octubre de 2018, la Mesa de contratación realizó la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Benort Social, S.L., y se le requirió la presentación de la documentación prevista en la cláusula 15 del PCAP.

Con fecha 23 de octubre de 2018, se vuelve a reunir la Mesa de contratación para la calificación de documentación presentada constando en el Acta: *“se observan defectos en la documentación presentada debiendo subsanarlos de la siguiente forma:*

- Aportando bastanteo de poder por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid de don C.V.D.

- Acreditación de la solvencia técnica o profesional, puesto que en la documentación presentada no se acrecita cumplir el requisito que el importe anual ejecutado durante el año de mayor ejecución sea igual o superior a 170.000 euros”.

El día 24 de octubre de 2018, se publica en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el siguiente anuncio:

“COMUNICADO PARA SUBSANACIÓN DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

La Mesa de Contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ha acordado en su reunión del día 23 de octubre de 2018, solicitar a la empresa BENORT SOCIAL, S.L. que proceda a la subsanación de los siguientes defectos y omisiones observados en la documentación presentada para concurrir al procedimiento abierto convocado para la adjudicación del contrato titulado “Programa de intervención con mayores en situación de riesgo mediante la realización de talleres en siete Centros de Mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social”: - Falta bastanteo de poder por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid de don C.V.D. - Acreditación de la solvencia técnica o profesional, puesto que en la documentación presentada no se acrecita

cumplir el requisito que el importe anual ejecutado durante el año de mayor ejecución sea igual o superior a 170.000 euros.

En consecuencia, se concede de plazo a dicha empresa hasta las 14:00 horas del día 26 de octubre de 2018 para que puedan subsanar ante la Mesa de contratación los defectos u omisiones reseñados, mediante la presentación de la documentación requerida en la División de Contratación Administrativa de la AMAS, calle Agustín de Foxá, 31 – 4ª planta, advirtiéndose que la no subsanación dentro del plazo concedido será causa de inadmisión de la proposición. La Secretaria de la Mesa de Contratación.”

La empresa Benort Social, S.L., a la que no se notificó el requerimiento, presentó la documentación mencionada con fecha 29 de octubre de 2018.

Mediante Acuerdo de 29 de octubre de 2018, la Mesa de contratación considera que la empresa ha retirado su oferta al no haber subsanado en plazo los defectos y requiere a la empresa clasificada a continuación, la presentación de la documentación correspondiente.

Tercero.- Con fecha 6 de noviembre de 2018, se recibió en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Benort Social, S.L en el que alega que no le fue notificado individualmente el requerimiento de subsanación puesto que la publicación no es suficiente , que el Acta de la Mesa no especificaba si debía de subsanar o completar la documentación y finalmente que el plazo concedido, dos días, vulnera lo previsto en el artículo 141.2 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP) que son tres días y que además deben ser hábiles, por lo que la presentación efectuada se encuentra dentro de plazo.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, recibidos el Tribunal el 11 de mayo de 2018. En el informe se solicita la desestimación del recurso alegando que la Mesa ha actuado de acuerdo con lo previsto en el PCAP que establece las subsanaciones se comunicarán mediante la publicación en el Portal.

Quinto.- No se ha dado traslado del expediente a los interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Benort Social, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

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 el Acuerdo de la Mesa de contratación de tener por retirada la oferta

de la recurrente en un procedimiento de licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el Acuerdo impugnado no ha sido notificado, si bien la recurrente se da por notificada el día 30 de octubre de 2018, tras su publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, por lo que el recurso interpuesto el 6 de noviembre, se encuentra dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo de recurso sostiene la recurrente en primer lugar que en el acuerdo de la Mesa de contratación 23 de octubre de 2018 *“no se dispone absolutamente nada del plazo que había de darse a la mercantil para poder efectuar la subsanación, como tampoco determina cuales son la causas que motivan la observación de los defectos que deben ser subsanados (debiéndose de determinar si los mismos deben ser objeto de subsanación, corrección, o para que se presenten aclaraciones o documentos complementarios), más cuando se aporta toda la documentación requerida en fecha 5 de octubre de 2018, documentos que con carácter previo a su presentación fueron revisados en el departamento de contratación”*.

Respecto al comunicado de 24 de octubre de 2018, considera que se trata de un requerimiento que no se ajusta a la legalidad por contravenir lo dispuesto en el artículo 141.2 de la LCSP que dispone que el plazo será de tres días, *“aplicando esta normativa a nuestro caso la Mesa debía haber dado a Benort Social SL un plazo de tres días, que, partiendo de que el comunicado de la Secretaria se emitió el 24 de octubre, el plazo empezaría a computar el día 25 y finalizaría el día 29 pues el sábado 27 y domingo 28 son inhábiles”*. Además alega que la comunicación de la secretaria de la Mesa no es conforme a derecho *“por el medio empleado para notificarlo a mi representada. El medio empleado para la notificación es el de colgar el requerimiento en el Tablón de Anuncios del órgano de contratación, sin haber efectuado una*

notificación o comunicación (ni tan siquiera verbal) a mi representada.

Esta publicación debe ser adicional a la comunicación personal por aplicación de los principios más elementales de seguridad jurídica y no causar indefensión, que deben presidir toda actuación de la Administración Pública. Máxime cuando en nuestro caso se hizo constar en la solicitud de participación una dirección electrónica a la que dirigirse como medio de comunicación con la empresa”.

Finalmente argumenta que el acuerdo de 29 de octubre de 2018 incurre en motivo de nulidad de pleno derecho *“pues debía haber aceptado la documentación presentada por mí representada el día 29 de octubre de 2018”.*

El artículo 150 de la LCSP, relativo a la Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato, establece en su número 2 que *“Una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.*

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta (...).”

Si bien es cierto que el apartado citado establece que son los servicios de contratación los que han requerir al licitador la documentación correspondiente y no

señala expresamente que sea preciso que se reúna nuevamente la Mesa, no puede olvidarse que con independencia del órgano que lo haga, el requerimiento y las actuaciones que deriven de la presentación o no de la documentación han de producirse con las mismas garantías para el licitador tanto si lo lleva a cabo la propia Mesa de contratación como si son los servicios de contratación.

Es decir, recibida la documentación deberá calificarla y si hubiese en la misma algún defecto u omisión subsanable, se deberá notificar debidamente esa circunstancia a la empresa y otorgar el plazo de subsanación correspondiente. Solamente si transcurrido ese plazo el licitador no hubiese subsanado, se podrá considerar que ha retirado su oferta.

El Tribunal ha mantenido en diversas resoluciones, entre otras, la Resolución 229/2018 de 25 de junio, el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) expuesto en su Resolución 255/2012, de fecha 14 de noviembre de 2012, en relación con el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), sobre la obligatoriedad de una comunicación individual, el cual argumenta: *“Entendemos, por contra, que el citado artículo exige que los responsables de la contratación hagan posible una comunicación individual del requerimiento de subsanación, bien en forma verbal o por otro medio, y ello por cuanto la literalidad del artículo 81 ha de entenderse en el contexto del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la concurrencia competitiva (...) como resulta de la Guía de la Comisión Nacional de Competencia, en la que se afirma: \2. Subsanción de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas”*.

De esta forma, debe concluirse que la comunicación de la necesidad de subsanación de documentación efectuada por la Mesa de contratación exige

notificación individual (verbal o escrita) para que pueda ser atendida por el afectado, que se efectuará en la forma prevista en el PCAP y la publicación no puede sustituir a la primera y que tiene por objeto el conocimiento por todos los interesados del requerimiento efectuado.

Según los documentos que constan en el expediente, lo que se ha producido en este caso es la publicación de una comunicación que no puede confundirse ni con una notificación ni con el requerimiento a la recurrente.

Con independencia de lo que establezca el PCAP, debe tenerse en cuenta que la subsanación de defectos así como la presentación de la justificación de la viabilidad en el caso de una oferta incurso en baja desproporcionada, son actos que implican un procedimiento contradictorio con un plazo determinado y que por tanto en base al principio de seguridad jurídica, deben ser notificados en la forma prevista en el Pliego y su publicación no equivale a la notificación.

Si bien el artículo 150 de la LCSP nada dice sobre la posibilidad de subsanar la documentación en esta fase procedimental, puede considerarse de aplicación, por analogía, lo dispuesto en el artículo 141 de la LCSP, relativo a la declaración responsable y otra documentación, el cual señala: *“2. En los casos en que se establezca la intervención de Mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.*

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

A mayor abundamiento, en aplicación de la disposición final cuarta de la LCSP que establece la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, que aprueba la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPACAP), sería aplicable el artículo 73.2, el cual reconoce la posibilidad de subsanación de la documentación presentada en cualquier procedimiento administrativo, otorgándose para ello un plazo de diez días. Esta aplicación supletoria

de la LPACAP al procedimiento de contratación es unánimemente admitida por la doctrina, valga por todos el Informe nº 4/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio.

En base todo lo anterior debe concluirse que, no habiéndose notificado en debida forma el requerimiento de subsanación de la documentación, cabe aplicar lo previsto en el artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, según el cual en el caso de notificaciones defectuosa el plazo comienza desde que el interesado realice acciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación.

Es decir, en el presente caso consta en el expediente un escrito de la empresa recurrente mediante el que hace entrega de la documentación requerida de fecha 29 de octubre, es ese día el que debe contar a efectos del plazo de subsanación, plazo que en ningún caso puede ser inferior a tres días, como señala el artículo 141.2 de la LCSP. Los días son naturales tal y como dispone la Disposición adicional duodécima de la LCSP. De manera que habiendo presentado en plazo la documentación requerida, la Mesa debió aceptarla y realizar su calificación

Por todo ello, procede la estimación del recurso, anulando el Acuerdo de 29 de octubre de 2018 y retrotrayendo el procedimiento para que por la Mesa se califique la documentación presentada. Tras ese trámite, el órgano de contratación resolverá motivadamente lo que proceda sobre la adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.B.P. y don I.J.S.S., en nombre y representación de Benort Social, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 29 de octubre del 2018, por el que se entiende por retirada la oferta del recurrente a la licitación del contrato “Programa de intervención con mayores en situación de riesgo mediante la realización de talleres en siete Centros de Mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social”, número de expediente: A/SER-006870/2018.

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 58.2 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL