

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

En Madrid, a 31 de mayo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.A., en nombre y representación de Supernova Asistencias, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Puente de Vallecas del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 3 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 3 del contrato “Programación y ejecución de las actividades culturales, Vallecultura, en el Distrito de Puente de Vallecas para el año 2017-2018” número de expediente: 300/2016/01482, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de diciembre de 2016 se publicó en el DOUE y el 28 de diciembre de 2016 en el Perfil del contratante y en el Boletín Oficial del Estado la convocatoria del contrato denominado “Programación y ejecución de las actividades culturales, Vallecultura, en el Distrito de Puente de Vallecas para el año 2017-2018”, dividido en cinco lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 1.531.337,06 euros.

En cuanto al lugar de presentación de ofertas, la cláusula 18 del Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala: “*las proposiciones se presentarán en la forma, plazo y lugar indicados en el anuncio de licitación, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 80 del RGLCAP*”.

El indicado anuncio de licitación, publicado en el BOE, establece como fecha límite de presentación de ofertas “*a) Veintinueve días naturales a partir del siguiente a la publicación del presente anuncio, hasta la hora de cierre de los registros de las oficinas de atención al ciudadano de Líneamadrid de este Distrito (si el último día de presentación fuese inhábil o sábado, se pospondrá hasta el siguiente hábil), finalizando por tanto el 26 de enero de 2017 a las 17:00*

. En cuanto al lugar de presentación señala:

- “1) Dependencia: Ayuntamiento de Madrid. Oficinas Atención al Ciudadano de “Vallecas” o “Numancia”.
- 2) Domicilio: Avenida de la Albufera, 42, o calle Monte Olivetti, 14, respectivamente.
- 3) Localidad y código postal: Madrid - 28038.
- 4) Dirección electrónica: *ncontrapvallecas@madrid.es*”.

Segundo.- A la licitación del lote 3: CINE-ESTUDIO, “la pequeña filmoteca y cine de verano”, concurrieron cinco empresas, una de ellas la recurrente.

El 26 de enero de 2017 la empresa Supernova presentó su oferta a las 16:48 horas en la oficina de Correos de Lalín (Pontevedra). Consta asimismo que, remitió un correo electrónico al órgano de contratación con indicación de “importancia ALTA”, a las 17:21 horas en el que se adjuntaba la justificación de envío de la propuesta por correo.

La Mesa de calificación celebrada el 1 de febrero de 2017, decidió excluir a la empresa Supernova Asistencias, S.L., por no haber sido comunicada la presentación de la oferta tal y como exige el apartado 4 del artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (RGLCAP).

Por último, mediante Decreto de 3 de abril de 2017, el Concejal Presidente de la Junta Municipal de Puente de Vallecas adjudica el lote 3 del contrato a la mercantil Merino y Merino Producciones, S.L., siendo notificado a Supernova Asistencias, S.L., el 5 de abril de 2017.

Tercero.- El 28 de abril de 2017, tuvo entrada en este Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación contra el Decreto de 3 de abril de 2017 del Concejal Presidente de la Junta Municipal de Puente de Vallecas por el que se adjudica el lote 3 y se excluye la oferta de la recurrente haciendo constar como motivo de su exclusión *“De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al no haber comunicado mediante fax el envío de la documentación por correo postal”*.

En el recurso Supernova alega indefensión puesto que el órgano de contratación no procedió a notificar el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación en su reunión del 1 de febrero de 2017, notificándose el 5 de abril de 2017, junto con la adjudicación, así como vulneración del artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE) y del artículo 80.4 del RGLCAP, en cuya virtud debía haberse admitido sin discriminación la comunicación efectuada por correo electrónico, máxime cuando se utilizó de forma supletoria al fax, para anunciar la presentación de la oferta, si bien por errores técnicos en la recepción no consta recibido. Además solicita al Tribunal acceso al expediente, ya que habiendo sido solicitado en el anuncio de interposición de su recurso con fecha 27 de abril, no ha sido conferido por el órgano de contratación.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal el día siguiente hábil se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), lo que verificó el día 8 de abril de 2017.

En su informe el órgano de contratación sostiene que la actuación de la Mesa es conforme al Pliego que conforma la ley del contrato y al art 80 del RGLCAP, que no ha sido derogado por la Directiva 2014/24/UE y solicita la desestimación del recurso en aras del principio de igualdad de oportunidades y la garantía del procedimiento y el principio de unidad en la celebración de la Mesa de contratación de apertura de los sobres de documentación administrativa.

Quinto.- Con fecha 10 de mayo de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Con fecha 8 de mayo por la Secretaría del Tribunal se dio trámite de audiencia a los demás interesados en el procedimiento, sin que se haya presentado escrito alguno de alegaciones.

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 Supernova para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica cuya oferta no fue admitida en la licitación y “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- También queda acreditado que el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto impugnado es de 3 de abril de 2017, la notificación se realizó el 5 de abril, y se ha interpuesto el recurso el día 28 de este mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- Conviene comenzar dando respuesta a la solicitud de acceso al expediente formulada por el recurrente a este Tribunal al no haber sido atendida su petición realizada al órgano de contratación mediante el anuncio de interposición del recurso. Esta solicitud encuentra su fundamento en el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (REPER), cuando establece que *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”*.

Como manifestara el Tribunal en reiteradas ocasiones, valga por todas, la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por la doctrina emanada de los Tribunales de la Unión Europea, en concreto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 20 de septiembre de 2011, que resuelve el asunto T-461/08 Evropaïki Dynamikiy; y en la

Directiva 2007/66/CE, del Parlamento 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 públicos cuyo considerando 6 señala que se debe dar a los licitadores el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar procedimiento de recurso. Cuando se notifique la decisión de adjudicación se debe proporcionar información que sea esencial a favor de un recurso eficaz. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal.

Este Tribunal considera oportuno recordar que el principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP. La competencia del Tribunal en este aspecto viene delimitada por la necesidad de garantizar un recurso efectivo frente a las decisiones del órgano de contratación (recurso especial en materia de contratación), y tal competencia no se puede extender con carácter general a toda solicitud de ejercicio del derecho de acceso al expediente, cuyo régimen está constituido por la regulación contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG). Por tanto, el Tribunal solo será competente, en el ámbito de la revisión contractual, cuando lo sea para resolver el recurso cuyo ejercicio se está impidiendo con la denegación del acceso a la información que, en su caso, permitiría fundarlo, esto es se trata de una competencia de carácter instrumental.

En este caso, consta en la documentación que acompaña al recurso que la solicitud de acceso formulada al órgano de contratación fue entregada en la oficina postal de Lalín el 27 de abril de 2017 y recibida en el registro del Distrito de Puente de Vallecas el 30 de ese mismo mes, habiendo finalizado el plazo de interposición el

día 26 de abril, lo que ha impedido materialmente al órgano de contratación resolver dicha petición, sin que ni siquiera se haga mención en su informe.

Por otra parte, el recurso formulado ante este Tribunal el día último del plazo de interposición se encuentra debidamente motivado constando al recurrente todos los hechos y circunstancias de la resolución adoptada como acredita en su escrito, sin que esté suficientemente motivada la solicitud de acceso al expediente por lo que no resulta procedente el examen del expediente administrativo de licitación.

Sexto.- El objeto del recurso exige el examen de la adecuación a derecho de la exclusión de la oferta de la recurrente, por incumplimiento por la recurrente de lo dispuesto en el art 80.4 del RGLCAP, si bien con carácter previo debe examinarse la alegación relativa a la falta de notificación independiente del acuerdo de la Mesa de contratación por el que se decide la exclusión de su oferta, lo que según aduce le genera indefensión.

Respecto de esta cuestión, el órgano de contratación opone que a la Mesa de apertura de los sobres de criterios valorables en cifras y porcentajes celebrada el 15 de febrero de 2017, asistió el representante legal de Supernova informándole entonces de los motivos de su exclusión.

Como concluía este Tribunal en la Resolución 61/2013, de 24 de abril, “*ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma.*

El TRLCSP, en su artículo 151.4, sí impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente

permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince hábiles días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar la 56/2011, la 67/2011 o la 77/2012. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en las Resoluciones mencionadas, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla en ocasión de la adjudicación”.

Por tanto, la no notificación formal del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación no causa indefensión al interesado que ha podido interponer su recurso debidamente fundamentado contra el acto por el que se adjudica el contrato, el cual si ha sido notificado conforme a lo establecido en el art 151.4 del TRLCSP, debiendo desestimarse el recurso por este motivo.

Séptimo.- Examinadas las dos cuestiones anteriores procede pronunciarse sobre la admisibilidad de la oferta de la recurrente. Opone el órgano de contratación que ni en los correos electrónicos enviados el día el 26 de enero de 2017 a las 17:20 horas y a las 17:26 horas, ni en el recurso presentado se adjuntan reportes de los intentos fallidos de la comunicación por fax a la Junta Municipal de Puente de Vallecas. Manifiesta que adjunta copia del reporte que certifica que el número de fax indicado en el anuncio se encontraba en perfecto funcionamiento, si bien dicho documento no se encuentra realmente entre los remitidos a este Tribunal. Por otro lado aporta como prueba del correcto funcionamiento del fax, el reporte del envío efectuado por otra de las mercantiles licitantes, IKEBANA Animación y Ocio, S.L., a las 17:22 del 26 de enero de 2017, incorporado al expediente (páginas 27-29 del expediente).

En primer lugar cabe resolver frente a lo alegado por la recurrente que no resulta acreditado en el recurso que hubiera intentado realizar la comunicación del envío de la oferta por correo mediante fax y que este fuera fallido tal y como señala el órgano de contratación, prueba que le hubiera resultado sencilla, mediante la simple aportación de los reportes negativos del intento de envío de los faxes que la recurrente afirma haber intentado enviar.

Este Tribunal considera que en este caso cabe aplicar lo previsto en el artículo 1214 del Código Civil, que establece el principio de que incumbe la carga de probar los hechos a quien ejercita la pretensión y en este sentido se pronuncia entre otras, la Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995, Sala 3^a Sección 5^a. En el ámbito procedural el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba dispone: “*Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ello aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención*”. El apartado 6 de este artículo, añade que, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares Secc. 3, 79/2005, de 22 de febrero, se pronuncia

sobre esta norma en los términos siguientes: “*Esta regla general puede intensificarse o alterarse según los casos aplicando el criterio de facilidad en virtud del principio de buena fe en vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditación para la otra*”.

En este caso la carga de la prueba y la facilidad probatoria la ostenta el recurrente, como acabamos de indicar. Por lo tanto no puede tenerse por acreditado el intento fallido de cumplir con la exigencia de la cláusula 18 del PCAP, en cuanto se remite al RGLCAP en relación a la forma de llevarla a cabo. Sin embargo esta cuestión no es determinante en este caso, sino que debe dilucidarse si era admisible el anuncio por medios distintos al fax con independencia de la operatividad del mismo.

Debe analizarse para ello el alcance interpretativo que debe darse al indicado artículo 80 del RGLCAP, y su relación con el PCAP regulador del presente contrato, a la luz de los textos normativos posteriores al mismo que lo han ido superando y de los principios que deben regir la contratación pública especialmente el de concurrencia y proporcionalidad en las medidas que se adopten ante los incumplimientos por alguna de las licitadoras.

Para ello debemos comenzar examinando los condicionantes legales del mecanismo de comunicación controvertido. Alega la recurrente que desde la aprobación del RGLCAP han pasado 16 años, durante los que los cambios en el modo de relacionarse con la Administraciones Públicas han sido absolutos, comenzando por la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos hasta la culminación con la LPACAP, y sostiene que medios como el fax o télex, recogidos en el RGLCAP han decaído a favor del uso cotidiano del correo electrónico como medio que asegura la recepción del contenido entre licitadores y órganos de contratación. Argumenta que La Directiva 2014/24/UE, en concreto su artículo 22, tiene efecto directo desde el 18 de abril de 2016, de cuyo literal se deduce claramente que debía haberse admitido

sin discriminación la comunicación por correo electrónico efectuada de forma supletoria al fax, que por errores técnicos en la recepción no fue posible enviar. Añade que el propio artículo 80 RGLCAP permite anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta por correo electrónico si se admite en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación por su parte considera la LPACAP, deroga la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y que en la nueva ley de procedimiento administrativo común no existe ninguna referencia al TRLCSP, por lo que no es de aplicación directa, estando plenamente en vigor el artículo 80 del RGLCAP y añade que en el PCAP no se indicó como medio de justificación de las ofertas presentadas por correo ordinario el envío de un correo electrónico ya que en el momento de la licitación, la Junta Municipal de Distrito de Puente de Vallecas no dispone de medios técnicos suficientes para que el envío del anuncio por correo electrónico sea válido ya que este no permite tener constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones ni se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. Advierte que no habiendo sido traspuesta la Directiva 2014/24/UE, no ha tenido efecto derogatorio del RGLCAP, que las referencias al correo electrónico del PCAP que cita el recurrente se refieren exclusivamente a la potestad que tienen de facilitar los propios licitadores un correo electrónico a efectos de notificación y que el objeto de la doctrina y jurisprudencia en la que se fundamenta el recurso, no es el requisito formal de la correcta comunicación.

En primer lugar debe fijarse cuál es el régimen jurídico aplicable a las formas de aviso de presentación de la oferta en correos, que tiene por finalidad funcional no lo olvidemos, emitir que el órgano de contratación esté informado de la remisión de la oferta, sin necesidad de su recepción efectiva hasta 10 días después, lo que tiende a proporcionar una concurrencia lo más amplia posible no limitándola en cuanto a la forma de presentación de las ofertas, como se desprende con claridad del Informe 39/98, de 16 de diciembre de 1998, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que distingue el distinto alcance de los

requisitos establecidos por el precepto -entonces el artículo 100 del RGCE-, la presentación de la proposición en la oficina de Correos, el anuncio del envío y su justificación mediante télex, fax o telegrama al órgano de contratación, y la recepción de las proposiciones dentro de los diez días siguientes a la fecha de terminación del plazo señalada en el anuncio, señalando respecto de estos dos últimos:

“(...) Los transcritos párrafos cuarto y quinto del artículo 100 del Reglamento fueron introducidos en su texto por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, con la finalidad de prever la presentación de proposiciones por correo que, establecida en las Directivas comunitarias entonces en vigor (Directiva 71/305/CEE sobre contratos de obras, y Directiva 77/62/CEE, sobre contratos de suministro) no recogía la legislación española. Por ello se establece una norma específica consistente en anunciar por télex o telegrama el envío por correo de la proposición, justificando la fecha de imposición del envío y cumplidos estos dos requisitos admitir las que se reciban durante diez días naturales siguientes a la fecha de terminación del plazo señalada en el anuncio. Con ello las normas reglamentarias no olvidan que lo decisivo es la recepción por el órgano de contratación de la respectiva proposición, siendo los requisitos establecidos (anuncio del envío y su justificación) y los efectos (ampliación en diez días naturales para la indicada recepción) elementos accidentales que cumplen la finalidad de resolver la falta de inmediatividad entre presentación y recepción que se da en la presentación por correo y que no existe en la presentación ante el órgano de contratación, en la que los actos de presentación por el licitador y recepción por el órgano de contratación se producen de forma simultánea. Por otra parte, la necesidad de que la licitación no permanezca indefinidamente abierta a la espera de proposiciones cuyo envío se ha anunciado y justificado explica la ampliación del plazo en diez días naturales que se produce en estos casos (...)”.

Se trata por tanto de determinar si la normativa aplicable obliga a admitir el correo electrónico como sostiene la recurrente o el fax como aduce el órgano de contratación.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que nos hallamos inmersos en un proceso normativo derivado de la necesidad de transponer las nuevas directivas de contratos, en concreto la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo periodo de transposición concluyó el 18 de abril de 2016, lo que determina el despliegue del mecanismo paliativo del incumplimiento de la obligación de transposición consistente en la aplicación directa de las Directivas siempre que se den los requisitos para invocar su efecto directo. En este caso su artículo 22, “Normas aplicables a las comunicaciones”, tiene eficacia demorada hasta el día 18 de abril de 2018, por lo que hasta dicha fecha no podemos hablar de efecto directo, aunque sí de interpretación *secundum directiva* para evitar la pérdida del efecto útil de la misma en su caso, tal y como, entre otras, resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK) asunto C-406/08.

Amén de que no puede invocarse el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE la misma se refiere a medios electrónicos de comunicación de forma genérica, entre los que se encuentran tanto el fax, como el correo electrónico, por lo que la invocación a dicha norma no sirve para determinar si la comunicación efectuada por correo electrónico es o no ajustada a derecho.

Ya en el ámbito nacional, la LPACAP, deroga la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, a la que sustituye, estableciendo en su artículo 12.1 “*Las Administraciones Pùblicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen*” y regulando en su artículo 14, el derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Pùblicas, si bien en su apartado 8, se establece que “*No se tendrán por presentados en el registro aquellos documentos e información cuyo régimen especial establezca otra forma de presentación*”. Esta

última previsión responde al principio *lex specialis derogat lex generalis* que invoca el órgano de contratación.

Pero de nuevo la aplicación de la LPACAP, no sirve para dilucidar el caso que ahora nos ocupa en tanto en cuanto se refiere a medios electrónicos con carácter general entre se deben entender incluidos, como hemos indicado, tanto el correo electrónico como el fax, que puede definirse como la transmisión telefónica de material escaneado impreso (tanto texto como imágenes), normalmente a un número de teléfono conectado a una impresora o a otro dispositivo de salida, convirtiéndola en un mapa de bits, cuya información se transmite como señales eléctricas a través del sistema telefónico. Por lo tanto cabe concluir que la normativa reguladora de la contratación pública no establece un sistema de comunicación sobre otro dentro del concepto comunicación electrónica por lo que resulta decisoria la aplicación de los pliegos.

Sentado lo anterior cabe concluir que la controversia debe ser resuelta al caso concreto a la vista del contenido de los pliegos.

En este caso debemos partir de la constatación de que el PCAP si bien contempla la comunicación por medio de correo electrónico para la subsanación de defectos y para la notificación de la adjudicación, para el caso de la presentación de ofertas por correo no es tan claro. Efectivamente tal y como hemos expuesto más arriba la cláusula 18 del PCAP remite al anuncio de licitación y al RGLCAP. A su vez el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante hace referencia a la entrega presencial (manual) facilitando la dirección postal, y una dirección de correo electrónico.

Por su parte el artículo 80.4 del RGLCAP establece: “*Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. También podrá anunciarse por correo electrónico, si bien en este último caso sólo si se admite*

en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio. Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso".

El órgano de contratación ha considerado que se ha producido un claro incumplimiento de lo establecido en el PCAP, cuyos términos eran claros estando la forma de presentación de la oferta perfectamente definida en su cláusula 18 mediante la remisión al artículo 80 del RGLCAP, que debe considerarse como una obligación de hacer en los términos previstos en el indicado artículo que consiste en “anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día” sin que el PCAP permita otro medio alternativo, siendo posible hacerlo en cualquier momento antes de las 24:00 horas del día 26 de enero, como acreditan haber realizado otros licitadores sin ningún impedimento en la misma franja horaria y que en cuanto a las referencias contenidas en el pliego sobre la utilización del correo electrónico, invocadas por la recurrente, están todas relacionadas con el derecho que asiste a los ciudadanos a “elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas” contemplada en el artículo 14.1 de la LPACAP, siendo válido provisionalmente el correo electrónico de conformidad con su Disposición transitoria cuarta. “Mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, las Administraciones Públicas mantendrán los mismos canales, medios o sistemas electrónicos vigentes relativos a dichas materias, que

permitan garantizar el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones”.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (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. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, por lo que de ser inequívoco su contenido en cuanto al sistema de comunicación el envío de una oferta por correo, al no haber sido impugnado el mismo no cabría sino su efectiva aplicación. Sin embargo en este caso del tenor literal de PCAP y de los anuncios, no puede deducirse con carácter inequívoco que no estuviera permitido el envío del justificador de envío por otros medios distintos del fax. Efectivamente como hemos indicado la cláusula 18 del PCAP solo contiene una remisión genérica al artículo 80 del RGLCAP que si bien se refiere como elemento principal de comunicación al fax, respondiendo a la época de que data, -año 2001-, en que dichas comunicaciones tenían una incidencia mayoritaria, también contempla la posibilidad de comunicación vía correo electrónico, si así lo permiten los pliegos siendo así que en este caso la referencia a la entrega manual y el hecho de haber facilitado una dirección de correo electrónico, pudiera haber hecho pensar a la recurrente que estaba admitida dicha posibilidad.

Además es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación. Por ello cabe añadir que los meros efectos formales que no impliquen un defecto de fondo o material, deben ser apreciados de forma restrictiva.

Por último en el examen de la cuestión cabe plantearse si se dan los requisitos del artículo 80 del RGLCAP para dar validez a la comunicación de la presentación de la oferta. Señala el órgano de contratación que la posibilidad de envío de la oferta o del anuncio de su presentación en una oficina de correos por correo electrónico, carece de validez al no incluir “*el contenido íntegro de las comunicaciones*”, al no aportar el reporte de intento de comunicación por fax del anuncio. Añade que cuando en el TRLCSP se regula en la Disposición adicional decimosexta el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en esa Ley, establece unos requisitos para garantizar la integridad de la comunicación mediante el uso de aplicaciones ad hoc, el registro electrónico, diferente al correo electrónico, que “*deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación*” . Registro electrónico del que el órgano de contratación no dispone, no estando todavía obligado a ello.

No se aprecia por parte de este Tribunal la falta de presencia de alguno de los requisitos que determinaría la inadmisibilidad del correo electrónico como medio de comunicación electrónica de la presentación de ofertas, que por otra parte no son distintos de los requisitos del e-mail.

Por ultimo concluye el órgano de contratación que no cabe admitir como válido el anuncio por correo electrónico de la presentación de la oferta por correo ordinario, en virtud del principio de igualdad de los concurrentes a la licitación, toda vez que las instrucciones indicadas en los Pliegos publicados son de obligado cumplimiento para todos.

No se aprecia tampoco en este caso que la admisión de uno u otro medio de comunicación sea discriminatoria con carácter general, máxime cuando la ley en principio permite a los licitadores optar por distintos medios de comunicación, ni

tampoco queda acreditado que un sistema de comunicación sea más oneroso que otro perjudicando su elección a unos licitadores sobre otros. A ello hay que añadir que no se han incumplido los requisitos cuya dispensa sí que constituiría un trato desigual, como sería el de superación del plazo de presentación de ofertas (hasta las 10:00 horas del día 26 de enero de 2017, o el de recepción de la oferta hasta 10 días después).

Por todo lo anterior debe estimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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, interpuesto por don J.L.A., en nombre y representación de Supernova Asistencias, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Puente de Vallecas del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 3 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 3 del contrato “Programación y ejecución de las actividades culturales, Vallecultura, en el Distrito de Puente de Vallecas para el año 2017-2018” número de expediente: 300/2016/01482, retrayendo el expediente al efecto de admitir la proposición presentada y de reunir los requisitos necesarios para ello, valorarla.

Segundo.- Denegar al recurrente el acceso al expediente.

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 sanción 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.