



**Recurso nº 026/2013**

**Resolución nº 060/2013**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de febrero de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A. R. R., en representación de ALCALÁ BC SERVICIOS Y PROCESOS S.A. contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales” (Expediente 1007/2012), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO) anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del “Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales”, en el Boletín Oficial del Estado con fecha 8 de diciembre de 2012, y con un presupuesto neto de licitación de 1.022.475 €.

**Segundo.** Contra la exclusión, la empresa ALCALÁ BC SERVICIOS Y PROCESOS S.A., a través de su representante, presentó escrito en el registro del órgano de contratación, solicitando la anulación del proceso de licitación dado que la falta de confirmación de recepción del requerimiento de subsanación le impidió participar en la licitación con igualdad respecto al resto de candidatos.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

**Tercero.** La Secretaría del Tribunal, el 24 de enero de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ninguna de ellas ha evacuado este trámite.

**Cuarto.** Con fecha 23 de enero el Tribunal acordó recabar audiencia al órgano de contratación sobre la posible adopción de oficio de la medida provisional de suspensión del procedimiento, de acuerdo con los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP en adelante).

**Quinto.** El Tribunal en sesión de fecha 28 de enero de 2013 acordó de oficio la suspensión del procedimiento de contratación de acuerdo con los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP.

**Segundo.** El acto recurrido es la exclusión del licitador recurrente por no haber cumplimentado el requerimiento de subsanación de la documentación del sobre nº 1 en plazo. Se trata de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado supera los 200.000 euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Respecto a la impugnación de la exclusión del procedimiento de licitación en cuanto a su aspecto formal, hay que señalar que la mercantil recurrente fue excluida por la mesa de contratación en su sesión de 9 de enero de 2013 con presencia de un representante de la misma. No consta si se publicó en el perfil de contratante y tampoco figura en el expediente remitido a este Tribunal la notificación formal de la exclusión.

Sobre el recurso dirigido contra la exclusión y las formas de plantearlo, este Tribunal, en resolución 317/2011 de 14 de diciembre, ya tuvo ocasión de señalar: *“A este respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en resoluciones anteriores, por todas la 274/2011, en la que se afirma que “Respecto de los actos de exclusión acordados por la mesa de contratación, el artículo 310.2.b) de la LCSP incluye expresamente entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación “los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.*

*Por su parte el artículo 314.2.b) de la LCSP, al regular el plazo de interposición del recurso especial establece que “Cuando el recurso se interponga contra actos de trámite -entre los que se incluye la exclusión del procedimiento- adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.*

*De acuerdo con lo anterior el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión. Por tanto, para este supuesto concreto, la LCSP prevé, pero no impone, expresamente la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión.*

*Si embargo, el artículo 135.4 de la LCSP admite también la notificación de la exclusión con el acuerdo de adjudicación al señalar que “La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: (...) b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.”*

*Por tanto, a diferencia del supuesto anterior, el artículo 135.4 de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación, no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos.*

*En consecuencia, la LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2 de la LCSP. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto de que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el*

*recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado”.*

Lo cierto es que tuvo conocimiento de la exclusión el propio 9 de enero de 2012 por lo que ha optado, y es admisible, por la primera vía señalada, de recurrir el acto de trámite cualificado.

**Tercero.** La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso ha sido interpuesto en el plazo de los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2. a) del TRLCSP.

**Quinto.** El recurrente alega que el requerimiento de subsanación de la documentación del sobre nº 1 enviado por correo electrónico por el IMSERSO fue catalogado por su servidor como virus y por ello no fue entregado al destinatario por lo que no hubo aviso de confirmación de lectura y entrega. Invoca los artículos 45.5º y 59.1º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como el 139 y la disposición adicional 16ª del TRLCSP, considerando que se ha vulnerado el principio de igualdad y transparencia y que, por ello, concurre causa de nulidad de las actuaciones. Para ello acompaña informe emitido por su proveedora de servicios de correo electrónico.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de 24 de enero de 2013 argumenta que, de acuerdo con la cláusula 9.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el licitador está obligado a facilitar una dirección de correo electrónico en la documentación que integra su oferta. Añade que el servidor que gestiona el correo del licitador no envió ningún reporte al IMSERSO indicando que había catalogado el correo como virus y que había procedido a su eliminación sin entregarlo al destinatario, por ello la falta de notificación no puede ser imputable al IMSERSO ni tampoco, por lo mismo, el trato discriminatorio al licitador.

**Sexto.** La cuestión de fondo se centra en discernir si la notificación efectuada por el IMSERSO del requerimiento de subsanación de la documentación del sobre nº 1 fue efectuada correctamente. Ni el recurrente ni el órgano de contratación discrepan en la

admisibilidad del medio de efectuar la notificación, esto es, mediante correo electrónico previamente facilitado por el licitador, sino de la forma en que se efectuó la notificación.

Es preciso analizar, en primer término, el régimen jurídico que resulta de aplicación comenzando por la Disposición Adicional decimosexta del TRLCSP relativa al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, que se refiere en sus números 1 e) y 4 a esta cuestión:

*“1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes:*

*e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación 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.*

*4. Las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.*

*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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 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.”*

La remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe entenderse efectuada al artículo 59.1º: *“1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que*

*permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.*

*La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.”*

Ahora bien, debe tenerse en consideración la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, más específica en la materia. De hecho, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) en su sentencia de 25 noviembre 2011(RJCA 2011\909) ya señaló: *“Pero no debe olvidarse la vigencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio (RCL 2007, 1222 y 1293), de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Se trata, además, ésta de una Ley especial que, en su eventual confluencia normativa y concursal, debe prevalecer sobre aquella otra 30/1992, más general (y básica), en razón de la misma especialidad de la primera. “*

La Ley 11/2007 dispone en su artículo 27.3º: *“Las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas.”* Y en el artículo 28. 2º: *“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.”*

Por su parte, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, regula en su artículo 39 la notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico: *“Se podrá acordar la práctica de notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que se genere automáticamente y con independencia de la voluntad del destinatario un acuse de recibo que deje constancia de su recepción y que se origine en el momento del acceso al contenido de la notificación.”*

**Séptimo.** Expuestas las líneas generales del régimen jurídico de aplicación, se extrae como conclusión que la notificación por medios electrónicos requiere del cumplimiento de requisitos técnicos y formales por ambas partes intervinientes, tanto el emisor debe tener constancia de la recepción, como el receptor debe emitir esa confirmación de la recepción.

El artículo 28.2º de la Ley 11/2007, exige que quede constancia tanto de 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*, y es este último inciso del precepto el que ha generado mucho debate doctrinal. Podemos citar, entre otros, el análisis, que efectúa Eduardo Gamero Casado en “Las notificaciones electrónicas de la Administración. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)”. Editorial Aranzadi, SA, Abril de 2011: “A. *Momento en que debe entenderse practicada la notificación. El art. 28.2 LAE dispone: «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».* Este párrafo determina el *dies a quo* de la notificación, que se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso del interesado a su contenido. No es sencillo determinar el sentido de este precepto.

*Si interpretamos la expresión en sentido literal, la notificación solo sería válida cuando quede probado que el interesado ha llegado a acceder materialmente al contenido de la notificación misma. Si atendemos a la secuencia anteriormente descrita, cuando la notificación se contiene en un fichero adjunto a un mensaje electrónico, esto supone que debemos disponer de algún medio probatorio del momento en el que el destinatario abrió ese fichero adjunto al mensaje electrónico. Esta consecuencia resulta sencillamente absurda, y supondría una inexplicable diferencia respecto del régimen de las notificaciones postales, en las que basta la entrega al destinatario o persona habilitada para que se entienda practicado el trámite, sin necesidad de que el cartero deje constancia de que el destinatario abrió el sobre para conocer el contenido de la notificación.*

*Por esta razón entiendo que, cuando la notificación se articula en los términos expuestos, debe entenderse practicada cuando el destinatario se descargue en un equipo terminal el*

*mensaje electrónico con el que se procede a la notificación (es decir, el «tercer momento» de la relación anterior), ya sea incorporándose directamente a dicho mensaje los contenidos propios de las notificaciones administrativas, ya sirviendo tan sólo para adjuntar un fichero en el que se contiene realmente la notificación. En la misma posición, ÁLAMO GONZÁLEZ, N. «La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos (en particular, registros telemáticos y notificaciones telemáticas)», REDA , nº 133, 2007, p. 128; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. Administración pública electrónica, op. cit. , p. 553. Ésta no es la opinión doctrinal mayoritaria: en general, se entiende que es preciso que el destinatario acceda verdaderamente al contenido de la notificación, aunque existen diferentes variantes de esta postura. Por ejemplo, VALERO TORRIJOS, J., El régimen..., op. cit. , pp. 171 y ss., parece dar a entender que comparte la misma opinión que definiendo en el texto, aunque prefiere que una reforma legal declare que se entenderá practicada la notificación en el momento en que el destinatario acceda al buzón o dirección electrónica (el momento 2 de la secuencia indicada) aunque no llegue siquiera a descargarse el mensaje. Por su parte, MARTÍN DELGADO, I., Las notificaciones... , pp. 98 y ss., es categórico al sostener la exigencia de que se demuestre que el destinatario accede materialmente al contenido de la notificación, extendiéndose en pormenorizar sus razones. También REGO BLANCO, M. D., «Registros...», op. cit. , p. 403, parece compartir esta última posición».*

Se observa, por tanto, que la doctrina no está de acuerdo en la interpretación del precepto ni existen todavía pronunciamientos jurisprudenciales que permitan acoger una u otra tesis.

En cualquier caso, en este supuesto lo que ha quedado acreditado es que el IMSERSO no tuvo constancia de la recepción del correo electrónico enviado a la mercantil recurrente, sin que se considere suficiente el mensaje automático emitido por su servidor que indica que *“su mensaje se ha transferido a un servidor que no acepta la responsabilidad de generar notificaciones sobre el estado de la entrega cuando ésta se ha realizado correctamente. Si no recibe un mensaje de fallo, puede dar por hecho que el mensaje ha sido entregado. No espere un aviso de confirmación de la entrega”*.

Por otro lado, la mercantil recurrente ni emitió un mensaje de fallo en la recepción ni tampoco otro que permitiese confirmar la recepción, tampoco su servidor fue habilitado



para catalogar el mensaje procedente del IMSERSO como mensaje seguro, cuando ya había sido utilizada esta dirección en ocasiones anteriores.

La falta de recepción del correo por los motivos expuestos, imputables a ambas partes, implica que la recurrente no pudiese subsanar en plazo aportando la documentación requerida y le impidió continuar en el procedimiento de contratación, por lo que ha sido limitativo de la concurrencia.

Procede retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de la recurrente y otorgar nuevo plazo de subsanación que permita la aportación de la documentación requerida.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A. R. R., en representación de ALCALÁ BC SERVICIOS Y PROCESOS S.A. contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales”. Expediente 1007/2012.

Procede retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de la recurrente y otorgar nuevo plazo de subsanación que permita la aportación de la documentación requerida.

**Segundo.** Levantar la suspensión del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 28 de enero de 2013.

**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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.