TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 839/2015

Recurso nº 844/2015

Resolución nº 839/2015

En Madrid, a 18 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. RC. P.S., en nombre y representación de PARALAB, EQUIPAMIENTOS INDUSTRAIS E DE LABORATORIO, contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación del Instituto Geológico y Minero de España, dictado en el expediente de licitación del contrato de "Adquisición e instalación de un espectrómetro de fluorescencia de rayos X por dispersión de longitudes de onda de altas prestaciones. (Expediente: 7497/2015)", este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Geológico y Minero de España convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 14 de mayo de 2015, en el Diario Oficial de la Unión Europea ,el 6 de mayo, y en la plataforma de contratación del sector público, licitación para adjudicar, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, el contrato de adquisición e instalación de un espectrómetro de fluorescencia de rayos X por dispersión de longitudes de onda de altas prestaciones. (Expediente: 7497/2015)", con un valor estimado 183.000,00 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001de 12 de octubre.

Tercero. El 18 de junio de 2015 se reunió la mesa de contratación para la calificación de la documentación administrativa, acordando solicitar a la empresa PARALAB las cuentas anuales de 2014, escritura de constitución de la sociedad y los poderes del representante, para lo cual se le concede el plazo de 3 días hábiles, lo que se le comunica formalmente mediante fax el 19 de junio al número de teléfono que consta en

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es

el membrete del sobre número 1, correspondiente a la oficina de la empresa recurrente en Barcelona, del que consta el oportuno “OK” de recepción.

El 25 de junio se reúne de nuevo la mesa de contratación para el examen de las subsanaciones realizadas por los licitadores, acordándose la exclusión de la empresa recurrente, lo que se le comunica el 8 de julio, igualmente, mediante fax al número anteriormente indicado, constando también en el expediente el “OK” de recepción.

Previa solicitud de las justificaciones documentales de las transmisiones vía fax del requerimiento de subsanación y de la comunicación de su exclusión, PARALAB ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación del acuerdo impugnado y la retroacción del procedimiento al momento de apertura de los sobres que contienen las ofertas de los licitadores.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido con el correspondiente informe.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, no habiéndose evacuado el trámite por ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del TRLCSP.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El acto recurrido ha sido dictado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, el motivo esencial del recurso es el de si se ha realizado o no correctamente el requerimiento de subsanación, dándose la oportunidad al recurrente de subsanar aquello, que por la Mesa se consideraba que debía subsanar en su oferta. Además de este motivo, la recurrente alega que no es procedente que se le solicite la aportación de la documentación a la que se hace referencia en el requerimiento subsanación.

El órgano de contratación, por su parte, en el informe alega que en el la cláusula X.2 del PCAP se preveía expresamente la posibilidad de realizar las correspondientes comunicaciones mediante telefax, utilizando para ello uno de los números de fax que aparecían en el membrete de los sobres presentados por la recurrente. Asimismo, justifica la procedencia del procedente el requerimiento de la documentación solicitada en el trámite de subsanación.

Sexto. De acuerdo con lo expuesto se hace preciso examinar, en primer término, si la actuación del órgano de contratación remitiendo el requerimiento de subsanación al licitador, a un fax que, aunque constase en el membrete del sobre correspondiente a la documentación administrativa, no ha sido señalado expresamente por el licitador a los efectos de notificaciones, es o no suficiente, para entender que dicha notificación se ha realizado correctamente, y, por tanto, el acto administrativo despliega o no toda su eficacia jurídica.

El artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común bajo la rúbrica "Práctica de la notificación" dispone lo siguiente:

"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.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo."

La interpretación que consolidada jurisprudencia ha dado a este precepto supone que a sensu contrario en los procedimientos iniciados de oficio, el legislador se ha cuidado mucho de permitir a los ciudadanos lo que se denomina "notificaciones a la carta" para evitar la dispersión de notificaciones a tantos lugares y por tantos medios como implicados en un procedimiento, debiendo estar por un lado a lo que fije la Ley reguladora del concreto procedimiento y por otro lado, a cualquier lugar que la Administración considere conveniente, si bien garantizando su idoneidad.

Pues bien la Ley reguladora de los procedimientos de contratación, el vigente TRLCSP, dispone lo siguiente en relación con las notificaciones en su disposición adicional quinta, apartado primero:

"Las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución por correo, por telefax o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación podrán también hacerse por teléfono, en el caso y en la forma previstos en el apartado 4 de esta disposición adicional".

Por su parte, el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre prevé:

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

Conforme a los preceptos transcritos cabe indicar que es el órgano de contratación en cada procedimiento el que debe determinar el medio o los medios de notificación a los licitadores y que en los procedimientos de licitación sólo se admiten esos medios establecidos en la disposición adicional quinta (y no otros) para entender válidamente realizadas las comunicaciones con las consecuencias que ello conlleva para la eficacia del acto administrativo en cuestión.

Como corolario lógico de lo expuesto el órgano de contratación tiene que establecer el medio o medios a utilizar y dar difusión y publicidad a los mismos antes de iniciar el procedimiento en cuestión en aras al principio de seguridad jurídica. Al no decir nada la disposición adicional quinta del TRLCSP, su fijación podría ser única para todos los procedimientos y venir determinada en la página web de la entidad contratante o concretarse para cada uno de ellos en los anuncios de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De acuerdo con lo anterior, la cláusula X.2 del PCAP, prevé que: "La Mesa abrirá el sobre nº 1 que contiene la documentación general previamente a la apertura de las proposiciones económicas de acuerdo con el vigente artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si existieran defectos en la documentación presentada, se podrá conceder, si lo estimara conveniente, un plazo no superior a tres (3) días para que el licitador los subsane. A estos efectos el secretario lo comunicará a la dirección de correo electrónico o bien por telex, telefax o telegrama a los interesados la documentación a subsanar, concediéndoles el plazo previsto en el apartado anterior, sin perjuicio de la publicación del oportuno anuncio en el perfil del contratante: www.igme.es."

Por su parte, la cláusula IX.1, relativo a las proposiciones de los licitadores, exige que en todos los sobres que contengan la documentación que integra la proposición, se consigne una dirección de correo electrónico en que se efectuará las notificaciones. No obstante, declara expresamente que las notificaciones se harán por cualquier medio que permita tener constancia fehaciente de su recepción por el destinatario.

Por tanto, en este procedimiento de contratación, aunque hay una referencia expresa a los medios de notificación individualizada que se va a utilizar en el mismo, no se establece en los apartados cláusula IX.1 del PCAP, la exigencia a los licitadores de que en la carátula del sobre 1, referente a la documentación administrativa, se indique un número de fax, sino sólo exige que se consigne una dirección de correo electrónico en que se efectuará las notificaciones. De la exigencia de esta dirección de correo electrónico podría inferirse que existe una suerte de predilección por parte del órgano de contratación del medio y para realizar notificaciones, sin embargo, el pliego declara expresamente que podrán utilizarse otras vías de comunicación.

Ahora bien, dicho esto, no puede tampoco obviarse que el Tribunal Supremo tiene declarado (así, por ejemplo, en la sentencia de 7 de febrero de 1996, RJ 1996/996) que "la finalidad primaria y esencial de las notificaciones" es "que los interesados se enteren de lo que ha resuelto la Administración", añadiendo que "por eso las notificaciones defectuosas (...) surten efecto desde la fecha en que se hace manifestación expresa en tal sentido o se interpone el recurso procedente -art. 79.3-, ya que en estos supuestos la Ley presume que el interesado tiene cabal conocimiento de la resolución dictada", toda vez que "lo decisivo en esta materia es que los interesados conozcan el contenido de las resoluciones administrativas que puedan afectar a su esfera jurídica". En el mismo sentido, la sentencia de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998/7961) ha recordado que, si bien es cierto que "los Tribunales deben garantizar el estricto cumplimiento de los actos de comunicación para que se asegure que los destinatarios reciben los actos de la Administración, sin embargo, no puede llegarse a extremos de ritualismo tales que permitan desconocer la realidad de las cosas" (en el mismo tenor, cabe citar las Sentencias de 6 de junio de 2006 (recurso núm. 2522/2001), FD Tercero; de 12 de abril de 2007 (recurso núm. 2427/2002), FD Tercero; de 27 de noviembre de 2008 (recurso núm. 5565/2006), FD Cuarto ; y de 16 de diciembre de 2010 (recurso. núm. 3943/2007), FD Tercero]).

En este sentido, debe tenerse presente, que el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (al que se remite el artículo 33 TRLCSP para la definición de las causas de anulabilidad de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos del sector público y, por ende, de estos mismos contratos) señala en su apartado 2 que "el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados", siendo este el principio con arreglo al cual deben examinarse las incidencias concurrentes en la notificación de cualquier acto administrativo a la hora de decidir sobre su validez o invalidez.

Pues bien, para resolver la cuestión planteada cabe traer la Resolución 49/2014 de este Tribunal en la que se analiza en profundidad la doctrina jurisprudencial sobre la validez de las notificaciones y la medida en que los defectos padecidos en su práctica comportan efectiva indefensión, y que, en un supuesto similar al presente estimó inadecuada la notificación practicada a la recurrente que se practicó en un número de fax distinto al indicado en el correspondiente sobre, aun cuando el número de fax al que se envió el requerimiento de subsanación respondía al que el mismo órgano de contratación había utilizado para esta empresa en otros procesos de licitación. La referida resolución añadía que: "Además, admitir, como pretende el órgano de contratación, que la validez del número de fax, a los efectos de las notificaciones a realizar, se acredita porque el mismo aparece en una página web de la empresa recurrente sería tanto como admitir la posibilidad de efectuar las notificaciones a cualquier dirección que las empresas hagan constar en sus páginas web, con abstracción de la dirección o número de fax -como es el supuesto-que las mismas hayan proporcionado a tales efectos, lo cual sería causa de clara inseguridad, máxime como es el caso de la recurrente con delegaciones en diferentes provincias".

Aplicando la doctrina de la citada resolución, parece razonable concluir, que el hecho de que el requerimiento de subsanación cursado a la actora se haya practicado en un número de fax, no designado expresamente por aquélla a los efectos de práctica de notificaciones, debe ser calificado como un defecto sustancial, y como tal con trascendencia invalidante, sin que sea admisible la notificación a un número de fax que consta

en el membrete del sobre, máxime cuando en el mismo se recogen dos números distintos correspondientes a dos localidades diferentes, y que pueden haber caído en desuso, a pesar de que aparezcan en el membrete de los sobres empleados para presentar la documentación, lo cual genera una evidente inseguridad para el licitador

Además en el presente caso era fácilmente deducible que los números de fax que constan en los membretes de los sobres no eran adecuados para la notificación, puesto que de la documentación administrativa resulta que en el fax enviado por PARALAB solicitado la admisión en el procedimiento de licitación, ya se indicaba entre los datos de identificación un número de fax distinto a los del membrete del sobre, que se corresponde con la numeración de Portugal. A lo anterior cabe añadir que la recurrente es un sociedad portuguesa, y el número de teléfono que se indicada en el sobre, el cual podría haberse considerado como apto para las notificaciones en función de las circunstancias concurrentes, también se corresponde con la numeración portuguesa.

A juicio de este Tribunal, si en el proceso de licitación hay que impulsar la máxima concurrencia siempre que se cumplan los requisitos exigidos y hay que adoptar interpretaciones y conductas contrarias a un excesivo rigor formalista nada más adecuado que entender que el licitador no ha recibido la notificación en plazo y por ende no ha podido presentar documento alguno en aras a subsanar los defectos puestos de manifiesto por la Mesa de contratación, por haberse efectuado la susodicha comunicación a un fax no designado expresamente para la práctica de notificaciones.

En consecuencia, procede estimar en este punto el recurso, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior previo a las exclusiones de la ahora recurrente.

Séptimo. Admitida la invalidez de la notificación practicada, debe analizarse la procedencia de que la mesa de contratación solicite la documentación indicada en el requerimiento de subsanación. En particular, en el trámite de subsanación la mesa de contratación solicitó la presentación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, escritura de constitución de la empresa y el poder del representante.

Considera la recurrente que no procede la presentación de las referidas cuentas anuales con base en que, tanto a la fecha límite de presentación de las ofertas como a la fecha del requerimiento de subsanación, no había vencido el plazo máximo legal para la aprobación de las cuentas del ejercicio correspondiente

Si acudimos al pliego de cláusulas administrativas particulares se observa que en el apartado 5 del anexo de pliego de cláusulas administrativas particulares se hace referencia a las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio y al informe de auditoría, si fuese preceptivo.

Está cláusula del pliego debe leerse a la luz de lo dispuesto en el artículo 75 del TRLCSP que establece que en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato. Entre estos medios de acreditación de la solvencia admisibles se hace referencia al patrimonio neto y ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de

cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

Por tanto, la referencia del pliego a las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio, debe entenderse que se refiere a las del ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobación de las mismas.

En este sentido, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, establece en el artículo 164 que la junta general ordinaria se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior. De acuerdo con este precepto, si el ejercicio económico contable finaliza el 31 de diciembre de un año, como ocurre con la recurrente según resulta de la documentación que obra en el expediente, el plazo de aprobación de las cuentas anuales finalizaría el 30 de junio del año siguiente. Por tanto, a la fecha en que comienza el plazo de presentación de ofertas, que finalizó el 15 de junio, no había vencido la obligación de aprobación de cuentas anuales, por no haber transcurrido el plazo de 6 de meses que para ello se dispone.

No obstante, el régimen de aprobación de cuentas anuales expuesto es aplicable a las sociedades domiciliadas en España. En el caso de la recurrente habrá que atender a la normativa portuguesa que le sea de aplicación, de acuerdo con el artículo 9.11 del Código Civil, para determinar el régimen de aprobación de las cuentas anuales, y, por ende, si es procedente o no la exigencia de las correspondientes a 2014.

De acuerdo con lo anterior, la mesa de contratación, aunque no podía, con carácter general, solicitar en el trámite de subsanación las cuestas anuales correspondientes al ejercicio 2014, en el supuesto de la recurrente deberá acreditar, dado que su domicilio social radica en Portugal, que, conforme al Derecho que le es aplicable, a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas no había vencido el plazo máximo para la aprobación de las cuentas anuales de 2014.

En cuanto a la procedencia de la solicitud de la escritura de constitución de la empresa recurrente, debe traerse a colación el artículo 72 del TRLCSP que establece que “la capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación”. Por su parte, el artículo 9 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, señala que “las empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo acreditarán su capacidad de obrar mediante la inscripción en los Registros o presentación de las certificaciones que se indican en el anexo I de este Reglamento, en función de los diferentes contratos”, siendo para los contratos de suministros y en el caso de Portugal el «Registro Nacional das Pessoas Colectivas»

Por tanto, si procede que por la recurrente se atienda el requerimiento de la documentación que acredite su capacidad de obrar mediante la aportación del correspondiente certificado del «Registro Nacional das Pessoas Colectivas», si bien no es preciso la presentación de la escritura de constitución de la empresa, como se solicitó por la mesa de contratación.

Por último, en cuanto a la improcedencia de la aportación del poder del representante, debe indicarse que se trata de un requisito que es exigible a todo licitador que actúa a través de representante, como resulta de la cláusula IX.1.1 del PCAP y así se dispone expresamente en el artículo 146.1 a) del TRLCSP y 21 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual de acuerdo con el artículo 23 del reglamento citado deberá presentarse traducido de forma oficial al castellano. Por lo que procede su exigencia por la mesa de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. RC. P.S., en nombre y representación de PARALAB, EQUIPAMIENTOS INDUSTRAIS E DE LABORATORIO, contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación del Instituto Geológico y Minero de España, dictado en el expediente de licitación del contrato de "Adquisición e instalación de un espectrómetro de fluorescencia de rayos X por dispersión de longitudes de onda de altas prestaciones, (Expediente: 7497/2015)" ordenando reponer las actuaciones al momento de la apertura del sobre de la documentación administrativa, sin perjuicio de conservar aquellas partes de dicho acto, así como los actos y trámites posteriores, cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.