

Recurso 21/2016**Resolución 74/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 6 de abril de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.** (en adelante, ASISTTEL) contra el Decreto de la Alcaldía, de 20 de enero de 2016, por el que se adjudica el contrato denominado “Ayuda a domicilio en el término municipal de Úbeda” (Expt. Co41/2015), convocado por el Ayuntamiento de Úbeda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 18 de noviembre de 2015, el citado anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado con número 276. Asimismo, el 30 de octubre de 2015, fue publicado en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Úbeda.



El valor estimado del contrato asciende a 4.230.769,23 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre .

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la ahora recurrente.

TERCERO. Con fecha 9 de diciembre de 2015 se recibe en el Ayuntamiento de Úbeda email remitido por la entidad ASISTTEL, S.A., adjuntando documento acreditativo del envío de su oferta por mensajería, recibándose su oferta al día siguiente.

CUARTO. El 11 de diciembre de 2015, la Mesa de contratación, en el acto de calificación de la documentación del sobre 1, acordó no admitir la proposición presentada por la entidad ASISTTEL, S.A., por presentar sus ofertas fuera del plazo establecido en la cláusula 9.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

QUINTO. La Mesa de contratación, tras la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, en sesión de 14 de diciembre de 2015, informó a los asistentes que la entidad ASISTTEL, S.A. había presentado su oferta fuera de plazo, por lo que la Mesa declaró su inadmisión y procedió a la apertura de los sobres B, “Propuesta Técnica”, haciéndose entrega al Coordinador de Servicios Sociales para la emisión de informe.



Posteriormente, con fecha 18 de diciembre de 2015, la Mesa de contratación en el acto público de apertura de las proposiciones que contienen la documentación de los criterios evaluables de forma automática y, tras la lectura del informe emitido y la apertura de los sobres C, “Oferta Económica”, acuerda proponer como adjudicataria a la entidad ARQUISOCIAL, S.L..

SEXTO. El 29 de diciembre de 2015, la entidad recurrente, ASISTTEL, S.A., presenta en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda escrito de “*Observaciones y reservas contra las sesiones de la Mesa de contratación del Contrato de Servicio de Ayuda a Domicilio en el municipio de Úbeda*”, en que la recurrente señalaba que:

“(...) presentamos el escrito de reclamación o queja, previo al Recurso Especial en materia de contratación (art. 40 TRLCSP), que dejamos por anunciado si no se nos contesta o se admite y valora nuestra oferta antes del plazo de quince días (art. 44 TRLCSP), que deben computarse desde el 14 de diciembre de 2015, fecha en que se decide dejar fuera nuestra oferta.

Si antes del 4 de enero de 2016 no recibimos respuesta, dejamos por anunciado que formalizaremos Recurso Especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de Asisttel y cuantos actos posteriores se dicten en el presente procedimiento (...).”

SÉPTIMO. El 14 de enero de 2016, tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda escrito anunciando la interposición del Recurso Especial en materia de contratación contra el acuerdo adoptado por la Mesa, de fecha 18 de diciembre de 2015.

OCTAVO. El 20 de enero de 2016, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a favor de la entidad ARQUISOCIAL, S.L.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad



ASISTTEL, S.A. el 25 de enero de 2016.

NOVENO. El 1 de febrero de 2016, tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda escrito anunciando la interposición del Recurso Especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación, adoptada por Decreto de la Alcaldía de 20 de enero de 2016.

Finalmente, el 8 de febrero de 2016, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ASISTTEL, S.A. contra el citado Decreto de la Alcaldía, de 20 de enero de 2016.

DÉCIMO. Mediante oficio del órgano de contratación se remite a este Tribunal copia del citado escrito de interposición del presente recurso así como la documentación necesaria para la tramitación del mismo. Dicha oficio tuvo entrada en el Registro este Tribunal el pasado 15 de febrero de 2016.

UNDÉCIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 23 de febrero de 2016, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose presentado en plazo por la entidad ARQUISOCIAL, S.L..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



En el presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de un municipio, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su nueva redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto,.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Úbeda ha remitido informe donde afirma que no dispone de órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, y considerando que se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén número 93, de 18 de mayo de 2015, Edicto por el que se acuerda derogar el Reglamento regulador del funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Úbeda, resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios que pretende concertar una Administración Pública, cuyo valor estimado asciende a 4.230.769,23 euros. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP, el recurso procedente es el recurso especial en materia de contratación, siendo competente para su resolución este Tribunal.



Sobre este extremo, debe indicarse que el acto formalmente impugnado y el que debe tomarse en consideración a efectos de analizar los requisitos de admisión del recurso es la adjudicación, aún cuando la recurrente ataque sustantivamente el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la Mesa de contratación, al que alude la resolución de adjudicación.

CUARTO. De acuerdo con las consideraciones del fundamento anterior, se debe determinar a continuación si el recurso en cuestión ha sido interpuesto en el plazo establecido, según lo preceptuado al respecto en el artículo 44.2 del TRLCSP que dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe al recurso alega que el mismo se ha interpuesto fuera del plazo legalmente establecido y basa su alegación en que la recurrente, aun cuando interpone el recurso contra la resolución de adjudicación, lo que pretende realmente es impugnar el acto de la Mesa por el que se inadmitía su proposición frente al que ya había anunciado su intención de interponer recurso el 29 de diciembre de 2015.

En este sentido, entiende el órgano de contratación que al no constar la interposición de dicho recurso ante el propio órgano de contratación o ante el Tribunal con anterioridad al 30 de diciembre de 2015, fecha que estima como último día del plazo para la presentación del recurso, el mismo resulta extemporáneo. Así, a juicio del órgano de contratación, la recurrente estaría utilizando ahora como subterfugio la notificación del acto de adjudicación para recurrir fuera de plazo legalmente el acuerdo de exclusión de la licitación.

Visto lo anterior y en lo que aquí interesa, en cuanto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de las resoluciones, y en concreto a las



exclusiones de los licitadores, establece el artículo 151.4 del TRLCSP que “La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

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.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3.

La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar



rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.”

Del transcrito artículo 151.4 se infiere la imposición expresa al órgano de contratación de la obligación de notificar la adjudicación a los candidatos descartados y a los licitadores excluidos. Asimismo el artículo 40.2 del TRLCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso “*Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*”

En consecuencia, el TRLCSP establece dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: por un lado, el recurso especial contra el acto de adjudicación y, por otro lado, el recurso especial contra el acto de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la Mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión, éste podrá impugnarla en el acto de adjudicación.

Asimismo, de lo anterior se infiere que la normativa contractual no obliga a la Mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación. Sin embargo, lo más correcto desde el punto de vista administrativo es notificar de forma separada e individualizada cada una de las exclusiones, aunque como se ha expresado anteriormente no existe una obligación legal que imponga esta forma de actuar a la Mesa de contratación o, en su caso, al órgano de contratación.



En el supuesto examinado, como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, en sesión de 11 de diciembre de 2015 la Mesa de contratación en el acto público de apertura del sobre A “documentación administrativa”, acordó no admitir la proposición presentada por la entidad recurrente, ASISTTEL, S.A., dando traslado del acta de dicha sesión a los licitadores, emplazando a las empresas, cuyas ofertas habían sido admitidas, para la sesión de 14 de diciembre de 2015, sin que exista constancia de su recepción por parte de la recurrente.

Asimismo, manifiesta la recurrente en su recurso que, el mismo 11 de diciembre de 2015, recibe una llamada por parte del órgano de contratación informando que el lunes 14 de diciembre de 2015 se procedería a la apertura de los sobres, pero que su proposición quedaría excluida al haber sido enviada por mensajería.

Pues bien, del análisis del correo electrónico de 11 de diciembre de 2015, por el que se daba traslado a los licitadores del acta de la misma fecha, se observa que la notificación efectuada a la entidad recurrente fue enviada a la dirección de correo electrónico direccionsad@assistel.com, mientras que el correo electrónico consignado por la empresa en el escrito de remisión de su proposición era direccionsad@asisttel.com, sin que exista constancia por escrito de su recepción ni, por tanto, de su contenido. Por otra parte, tampoco de la comunicación telefónica puede presumirse que la recurrente conociera con precisión el contenido y alcance del citado acuerdo.

Como ya señalaba este Tribunal en su reciente Resolución 43/2016, de 18 de febrero, es necesario aclarar que la falta de notificación en forma de un acto administrativo afecta, en principio, solo a su eficacia, no a su validez. Un acto administrativo y su correspondiente notificación son actuaciones distintas y separadas, por lo que su notificación defectuosa no valida o invalida el contenido del acto que se notifica, en todo caso demora el inicio de sus efectos.



Asimismo, y aun admitiendo que la Mesa de contratación no haya comunicado en la forma debida los motivos de la exclusión de la recurrente, la única consecuencia que esta insuficiente notificación supone para la recurrente es que se demore la eficacia de su exclusión, a los solos efectos de poder impugnarla, hasta que aquella realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance de la misma.

Estas observaciones han sido recogidas en el 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, expresando lo siguiente en el segundo párrafo del apartado 5 de su artículo 19 *“Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso”*.

En los casos de notificación defectuosa resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 58.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con el cual dicha notificación solo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional (sentencia 158/2000, de 12 de junio), lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, recoge.



Tomando en consideración cuanto hemos dicho, resulta evidente que las notificaciones efectuadas deben cumplir con los requisitos legalmente establecidos, pues la notificación inexistente o defectuosa podría causar indefensión al interesado. Así, debemos recordar que, como mantiene el Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse sobre el particular, en la sentencia de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/4169), que señala *“como presupuesto general, (...) lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es determinar si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para -si lo deseaba- poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo”*, señalando luego que al objeto de determinar si debe entenderse que el acto administrativo o resolución notificada llegó o debió llegar a conocimiento tempestivo del interesado, los elementos que, con carácter general deben ponderarse, son dos: *“En primer lugar, el grado de cumplimiento por la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las*



formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación.”

Todos los citados elementos, señala la citada sentencia, *“deben ser ponderados teniendo siempre presente, de un lado, el principio antiformalista que, como ya hemos señalado, rige en materia de notificaciones, y, en síntesis, viene a implicar que, en este ámbito, lo decisivo no es que se cumplan las formalidades legales, sino que el interesado haya tenido o haya podido tener conocimiento tempestivo del acto; y, de otro, el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los administrados.”*

En el supuesto que se examina, puede entenderse que la notificación defectuosa quedó convalidada con el escrito presentado el 29 de diciembre de 2015, dirigido al órgano de contratación, debiendo considerarse, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, que es a partir de ese momento cuando surte efectos la notificación del acuerdo de exclusión, siendo la fecha que debe considerarse como “dies a quo” en el cómputo del plazo. Así pues, habiendo finalizado el plazo para la presentación el 18 de enero de 2016, el recurso presentado el 8 de febrero de 2016 en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda resulta extemporáneo.

Siendo ello así, la recurrente debió impugnar el acto de exclusión de su oferta, del cual podemos concluir que tuvo pleno conocimiento el 29 de diciembre de 2015, pues el mismo era susceptible de recurso como acto de trámite cualificado al amparo del artículo 40.2 b) del TRLCSP. Así pues, el plazo para la presentación del recurso especial habría finalizado el 18 de enero de 2016, de manera que el recurso presentado el 8 de febrero de 2016 en el Registro del Ayuntamiento de Úbeda resulta extemporáneo. En este sentido, dado que la recurrente conocía el contenido del acto a fecha 29 de diciembre de 2015, y la



misma anunció su intención de interponer el recurso especial, el no haberlo hecho en plazo supone haber consentido y dejado firme aquel acto, sin que pueda ahora combatirlo impugnando el acto de adjudicación bajo la apariencia de que es un acto distinto.

Con base en lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso por extemporáneo y por dirigirse sustantivamente contra un acto que ya ha adquirido firmeza, al no constar que se recurriera tras el conocimiento fehaciente de su contenido y alcance. Es por ello que se hace innecesario cualquier examen sobre los motivos de fondo en que el recurso se sustenta.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.** (en adelante, ASISTTEL) contra el Decreto de la Alcaldía de 20 de enero de 2016 por el que se adjudica el contrato denominado “Ayuda a domicilio en el término municipal de Úbeda” (Expt. Co41/2015), convocado por el Ayuntamiento de Úbeda, al ser el mismo extemporáneo y haber adquirido firmeza el acto sustantivamente impugnado.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

