



Roj: **SAN 2419/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2419**

Id Cendoj: **28079230042016100226**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2016**

Nº de Recurso: **61/2014**

Nº de Resolución: **267/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2419/2016,**
STS 1054/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000061 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00857/2014

Demandante: AMADIP ESMENT FUNDACIÓN

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **61/2014** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **AMADIP ESMENT FUNDACIÓN** representada por el Procurador D Ludovico Moreno Martín, asistido del Letrado D. Rafael Company Corró frente a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 29 de noviembre de 2013; siendo demandada la Administración del Estado (Servicio Público de Empleo Estatal), representado por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 19 de febrero de 2014, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 14 de marzo de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.
2. Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte sentencia por la que estimando el presente recurso anule la resolución de exclusión de la recurrente en el procedimiento de referencia y ordene a la demandada continuar la tramitación del expediente con la adjudicación en su caso de la calificación y selección como agencia de colocación.>>
3. La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 2 de junio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisión del presente recurso o, subsidiariamente la desestimación del mismo, declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida
4. Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó escrito de conclusiones, , tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó..
5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la lima. Sra. Da MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección .**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto del recurso la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 29 de noviembre de 2013 por la que se ACUERDA:

"Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por D. Fernando Rey Maquieira Palmeren representación de la entidad AMADIP ESMENT FUNDACIÓN, contra la Resolución, de fecha 23 de septiembre de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por la que se le excluye de la licitación del Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la Colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas (Expediente PA nº 17/13), por entender que el requerimiento de subsanación no fue debidamente cumplimentado.

Segundo.- Levantar la suspensión del expediente de contratación...

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."

2. Son antecedentes relevantes para la presente decisión, tal y como se recogen en la propia Resolución impugnada, los siguientes:

- La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, el día 13 de agosto de 2013, con corrección de errores publicada en el BOE el día 14, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas. El valor estimado del contrato, según consta en la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas (PCP), se cifra en 200.000.000 ?.

- Durante la tramitación del procedimiento administrativo de contratación de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en fecha 19 de septiembre de 2013 la Mesa Central de Contratación del Servicio Público de Empleo Estatal acordó la exclusión de AMADIP ESMENT FUNDACIÓN por no haberse aportado la documentación cuya subsanación le fue requerida.

Con fundamento en el acuerdo adoptado por la Mesa Central de Contratación, la Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal, como órgano de contratación del Organismo, adoptó en fecha 23 de septiembre de 2013 el **acuerdo de excluir del procedimiento de contratación** a la entidad AMADIP ESMENT FUNDACIÓN.

Dicho acuerdo fue notificado al licitador en fecha 26 de septiembre de 2013.



Más, en concreto, la decisión que ahora se impugna tuvo en cuenta los siguientes hechos:

"- Concluido en fecha 30 de agosto de 2013 el plazo para la presentación de proposiciones relativas al procedimiento abierto nº 17/13, la Mesa Central de Contratación, en la reunión celebrada en fecha 10 de septiembre de 2013 (día 12, según pie de firma del acta) acordó, en lo que interesa al presente recurso, solicitar a AMADIP ESMENT FUNDACIÓN la subsanación de la siguiente documentación:

Presentar original o fotocopia debidamente compulsada de los siguientes documentos: escrituras de constitución y otorgamiento de poder, tarjeta de identificación fiscal.

- En fecha 13 de septiembre de 2013 (viernes), mediante correo electrónico remitido a la dirección amadip@amadipesment.com, se dirigió el requerimiento de subsanación al licitador referido, concediéndole un plazo de tres días para subsanar la documentación. En dicho correo electrónico se hacía constar expresamente que "la documentación deberá entregarse directamente en el Registro del Servicio Público de Empleo Estatal, calle Condesa de Venadito nº9 (planta baja). Plazo de presentación: tres días hábiles". El órgano de contratación señala en su informe que la fecha de remisión del requerimiento fue el 12 de septiembre de 2013, pero de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende que fue el día 13.

- En fecha 16 de septiembre de 2013, Da E. E. T, en su condición de secretaria de AMADIP, remite correo electrónico al órgano de contratación en el que se hace constar que se ha procedido a la remisión de los documentos requeridos mediante correo certificado urgente, ofreciéndose a remitir los mismos por correo electrónico.

- En fecha 18 de septiembre de 2013, a las 12:34:38, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación la documentación requerida. Dicha documentación fue remitida por correo ordinario.

- La Mesa Central de Contratación en la reunión celebrada en fecha 19 de septiembre de 2013 acordó excluir a AMADIP ESMENT FUNDACIÓN, indicando lo siguiente:

"No ha subsanado en plazo la documentación que le fue requerida tras el examen por los miembros de la Mesa del Sobre nº1 (original o fotocopia debidamente compulsada de las Escrituras de Constitución y Otorgamiento de Poder así como tarjeta de identificación fiscal). Por este motivo, la documentación aportada fuera de plazo no puede ser tenida en cuenta en el presente procedimiento."

- Como consecuencia del anterior acuerdo, la Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal, como Órgano de Contratación del organismo, adoptó en fecha 23 de septiembre de 2013 el acuerdo de excluir del procedimiento de contratación a la entidad AMADIP ESMENT FUNDACIÓN...."

3. La Entidad recurrente insiste en sus argumentos ya esgrimidos ante el Tribunal Administrativo, en síntesis: que la documentación requerida no fue presentada fuera plazo porque en fecha 16 de septiembre de 2013 se envió correo electrónico al órgano de contratación comunicando que la documentación iba a ser remitida por correo certificado urgente. A juicio de la recurrente la cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares permite que la comunicación con el órgano de contratación se realice a través de la dirección contratación@sepe.es y, por tanto, el correo remitido anunciando a su vez que la documentación se remitiría por correo certificado urgente, es suficiente para entender cumplimentado en plazo el requerimiento de subsanación. En apoyo de su argumentación invoca el artículo 81 del RGLCAP aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que prevé la forma de actuación de la mesa de contratación en la calificación de la documentación y que en ningún caso se menciona la forma o canal válido para llevarlo a cabo. Por ello entiende que el mail enviado el día 16 de septiembre (dentro del plazo de tres días hábiles), que no fue contestado en ningún momento, es válido, máxime cuando el pdf de la documentación no se adjuntó en el mismo documento dado el volumen, pero se puso a disposición del órgano de contratación en la forma que se indicase, sin haber obtenido si quiera respuesta al mismo, por lo que se consideró realizado correctamente el trámite de subsanación.

A lo que se opone el Abogado del Estado que entiende que el modo de proceder de la recurrente impide que se entienda cumplido el requerimiento de subsanación.

4. La cuestión a resolver, es pues, muy concreta: si debe entenderse debidamente atendido el requerimiento de subsanación por parte de la recurrente y, correlativamente, si fue ajustada a derecho la exclusión de la actora de la licitación precisamente por entender la Mesa de contratación, primero, y el TACRC, después, que el requerimiento de subsanación no había sido debidamente cumplimentado.

Para ello debemos partir de lo realmente acontecido, tal y como quedó más arriba descrito.

La respuesta de la Sala ha de ser afirmativa visto lo acontecido en el caso concreto y teniendo en cuenta, además, lo siguiente:

- Por de pronto que el canal electrónico no sólo es válido para la aplicación de lo establecido con carácter general en el artículo 6 a) de la Ley 11/2007 de 22 de junio de *Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos* que, en principio, avalaría la tesis de la recurrente, sino que el propio pliego de Condiciones Administrativas Particulares, bajo la rúbrica " *Convocatoria de la licitación, acceso a la documentación y comunicación con el órgano de contratación* ", en concreto, la cláusula 9 establece que:

" ... para los actos de presentación distintos de la presentación o el anuncio del envío de las proposiciones, los licitadores podrán emplear el correo electrónico *contratacion@sepe.es* ... "

No hay duda que tanto los derechos y garantías establecidos por la Ley 11/2007 que permitirían al ciudadano elegir el canal de comunicación con las Administraciones, sino que por estricta aplicación del propio Pliego de Condiciones que rige el concurso, la utilización del canal electrónico debe tener plena validez.

- Por otra parte tampoco hay duda de que en este caso la documentación fue remitida por la recurrente por correo certificado el día 16 de septiembre de 2013, y, por tanto, dentro del plazo al efecto concedido (tres días) a las 12,06 horas, mediante carta certificada en la Oficina de Correos de la ciudad balear.

- Pero es que el propio 16 de septiembre de 2013, y por tanto dentro del plazo de tres días hábiles, a las 12,36 se intentó remitir la documentación por correo electrónico a la Dirección del SEPE información/consulta sobre disponibilidad de enviar los documentos solicitados ya diligenciados, en un documento pdf " *El documento pdf con todo ocupa aproximadamente 12 mb no se si su sistema lo admite. Quedamos a su disposición para cualquier comentario* ". Y, sin embargo, tal y como consta en el e- mail que obra en el expediente, dicha comunicación no mereció siquiera contestación del SEPE dejando claramente de atender, cuando menos, una consulta del administrado sobre una determinada tramitación urgente, dando, así, la callada por respuesta para luego excluir celosamente al administrado a quien ni se le contestó a su comunicación electrónica, algo que en este caso se nos muestra inexcusable si tenemos en cuenta las razones de urgencia aludidas por la Administración y el perentorio plazo que había sido otorgado al administrado para la subsanación.

Por ello, hemos de estimar el recurso y entender que la documentación fue presentada en plazo porque en plazo se envió (el 16 de septiembre de 2013) el correo electrónico al órgano de contratación comunicando que la documentación iba a ser remitida por correo certificado, lo que también se hizo en esa misma fecha.

No sólo es que el mail enviado por la recurrente se realizó dentro del plazo de tres días hábiles (artículo 81 del RGLCAP, Real Decreto 1098/2001), y que no fue advertido el administrado de la invalidez del sistema telemático utilizado, (lo que le hubiera dado la posibilidad de actuar dado que el plazo finalizaba el día 17), sino que, además, existió un defecto respecto a la forma de actuar de la mesa de contratación, vulnerando lo dispuesto en la cláusula 15 del PCAP que establece que " *si existieran defectos en la documentación presentada ... se comunicará a los afectados ... concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para ello, con el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se les excluirá de la licitación* ". Siendo así que, en este caso no se dio cumplimiento a lo preceptuado en esta última cláusula que si bien recoge únicamente el plazo y el apercibimiento en caso de incumplimiento desde luego, tampoco excluye el método utilizado en este caso para dar cumplimiento al requerimiento de subsanación de la documentación del caso.

La propia Administración reconoce que el requerimiento dirigido por el órgano de contratación no contenía una advertencia de tan importantes consecuencias negativas para el caso de no atenderse el requerimiento (la exclusión de la licitación) sin que la Sala pueda validar la opinión del Tribunal Administrativo cuando afirma que dicha omisión no puede suponer la modificación de las consecuencias que lleva aparejada la falta de subsanación porque precisamente las mismas estaban determinadas en el PCAP: una cosa es que la Cláusula 15 del PCAP determine el procedimiento a seguir cuando se aprecien defectos en la documentación presentada, y otra cosa bien distinta la obligación que recae sobre el Secretario de la mesa de contratación de comunicar a los interesados por fax o correo electrónico la documentación que hubieran de subsanar, eso sí, con el apercibimiento exigido en la propia cláusula 15 el PCAP.

Por todo ello el recurso debe ser estimado.

5. Las costas deberán imponerse a la Administración demandada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo promovido por **AMADIP ESMENT FUNDACIÓN**, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 29 de noviembre de 2013;



a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, con sus inherentes consecuencias legales

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo , **recurso de casación ordinario**, en el plazo de diez días, a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución. Art. 89 LJCA), y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS