



Recurso nº 1741/2022

Resolución nº 143/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 09 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.B.F., en representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., contra la adjudicación derivada del “Acuerdo marco de suministro de combustibles líquidos para el Ministerio de Defensa en el territorio nacional”, Lote 1: Gasolinas y gasóleos tipos A, B y C para Península e Islas Baleares y Lote 2: Gasolinas y gasóleo tipo A en Islas Canarias, expediente 2021/JCMDEF/00000096E, convocado por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 19 de junio de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (“Plataforma de Contratación”) el anuncio previo del “Acuerdo Marco de suministro de combustibles líquidos para el Ministerio de Defensa en ámbito nacional”, con número de expediente 2021/JCMDEF/00000096E.

El anuncio de licitación del Acuerdo Marco (en adelante, AM) mediante procedimiento negociado con publicidad se publicó el 12 de mayo de 2022, en la referida Plataforma de Contratación. De conformidad con los anuncios publicados en Plataforma de Contratación, BOE, y DOUE, el plazo para presentar solicitudes de participación finalizó el 21 de junio de 2022, a las 12:00 h.

Su objeto se divide en un total de doce lotes, de los cuales interesa destacar los siguientes, por ser objeto de este recurso:

- Lote 1: gasolinas y gasóleos tipos A, B y C para Península e Islas Baleares, con un presupuesto base de licitación de 91.674.517,76 euros (IVA incluido).



- Lote 2: gasolinas y gasóleo tipo A en Islas Canarias, con un presupuesto base de licitación de 2.435.995,56 euros (IVA incluido).

El valor estimado conjunto del contrato es de 767.570.795,32 €

Segundo. En efecto, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (el “PCAP”) que rige el AM, el procedimiento de selección de empresas y de adjudicación de este contrato se estructura en las siguientes cuatro fases (cláusula 13 del PCAP):

- Fase 1. Presentación de solicitudes de participación (Sobre nº 1). No se presentaron para los lotes 3 y 4. Cabe mencionar que la recurrente también optó, junto con los lotes 1 y 2 aquí controvertidos, a los lotes 6, 7, 10 y 11.

Es de reseñar que en este sobre debía constar la solicitud de participación y el DEUC de los solicitantes. En ese punto destaca en los pliegos que *“En el caso de que el “representante” de la empresa o UTE licitadora al que procede efectuar las notificaciones y requerimientos sea distinto del declarante del DEUC, se adjuntará “declaración responsable” con la expresa identificación de datos de contacto a efectos de comunicaciones y notificaciones, en particular constará: nombre y apellidos del representante, Número de Identificación Fiscal (NIF), dirección postal, teléfono, nº fax y dirección de correo electrónico, lugar, fecha y firma, incluyendo la declaración la referencia a que todo lo declarado está de acuerdo con este PCAP cuyo contenido declara conocer y aceptar íntegramente.”*

Por otro lado, en la cláusula 18 se contiene la indicación del modo de presentación de proposiciones, indicando que la presente licitación tiene carácter electrónico. A través de la Plataforma de Contratación debían remitirse las ofertas iniciales. Se añadía allí que *“El correo a efectos de comunicaciones del usuario operador Económico deberá coincidir con el indicado en la declaración responsable ajustada al formulario de Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que se requiere en la documentación del Sobre número 1. (Documentación acreditativa de la personalidad, aptitud para contratar con el sector público y del cumplimiento de requisitos previos).”*

La cláusula 11, por otro lado, regula el perfil del contratante y las comunicaciones, indicando que *“Las comunicaciones en el procedimiento se realizarán por medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP. A los efectos previstos en el artículo 138.3 de la*



LCSP, la información adicional que se solicite sobre los pliegos, o sobre la información complementaria del presente AM, deberá solicitarse a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP).

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en este pliego o resto de documentación, las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en el perfil del contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia”

▪ Fase 2. Invitación a presentar ofertas (Sobre nº 2). Una vez determinadas las empresas licitadoras admitidas, el Ministerio de Defensa (en lo sucesivo, MINISDEF) las invita a presentar oferta. El 28 de junio de 2022, se ofreció un plazo para presentar ofertas mediante la herramienta electrónica de la Plataforma de Contratación Este plazo finalizó el 12 de julio de 2022, a las 12:00 horas. Todas las empresas que solicitaron participar presentaron oferta (salvo la única interesada en el lote 12, que quedó desierto, como antes había quedado los lotes 3 y 4)

Tras la apertura de los Sobres nº 2, el asesor técnico del expediente debe emitir un informe inicial de valoración de ofertas –lo hizo mediante primer informe de 13 de julio de 2022-. Los licitadores cuyas ofertas resulten admitidas en esta fase, adquieren el derecho a participar en la siguiente, en la que tiene lugar la negociación sobre el único criterio de adjudicación (el precio).

▪ Fase 3. Negociación: subasta electrónica. Los licitadores que hayan presentado oferta válida pueden mejorar su oferta económica contenida en el Sobre nº 2 mediante la participación en la subasta electrónica. Aunque no participen en ella, la oferta durante la segunda fase sigue vigente. El PCAP obliga a dejar “constancia de las invitaciones que se hayan realizado para participar en la subasta electrónica”, así como a que los licitadores reciban igual trato. Asimismo, el PCAP contempla la realización de una prueba antes de la subasta y el detalle de la participación en esta. Una vez finalizada la subasta, el asesor técnico debe emitir un informe final de valoración de ofertas, que contenga la propuesta de clasificación de estas y de adjudicación (cláusulas 13 y 15 PCAP).

Por otro lado, la cláusula 18 del PCAP añadía lo siguiente:



El correo a efectos de comunicaciones del usuario operador Económico deberá coincidir con el indicado en la declaración responsable ajustada al formulario de Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que se requiere en la documentación del Sobre número 1. (Documentación acreditativa de la personalidad, aptitud para contratar con el sector público y del cumplimiento de requisitos previos).

La cláusula 17 sobre el DEUC dispone que: *“En el caso de que el “representante” de la empresa o UTE licitadora al que procede efectuar las notificaciones y requerimientos sea distinto del declarante del DEUC, se adjuntará “declaración responsable” con la expresa identificación de datos de contacto a efectos de comunicaciones y notificaciones, en particular constará: nombre y apellidos del representante, Número de Identificación Fiscal (NIF), dirección postal, teléfono, nº fax y dirección de correo electrónico, lugar, fecha y firma, incluyendo la declaración la referencia a que todo lo declarado está de acuerdo con este PCAP cuyo contenido declara conocer y aceptar íntegramente.”*

El 28 de junio de 2022, se ofreció un plazo para presentar ofertas mediante la herramienta electrónica de la Plataforma de Contratación a quienes mostraron su interés, incluida la recurrente, y después de que se admitiese a todos los licitadores. Este plazo finalizó el 12/07/2022, a las 12:00 horas.

El 21 de julio de 2022, la Junta de Contratación remitió a las empresas interesadas la carta de invitación para la subasta electrónica, mediante correo dirigido a la dirección electrónica indicada en el correspondiente DEUC (que forma parte del Sobre nº 1).

Todas las empresas remitieron acuse de recibo de la invitación, excepto la empresa REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. (la recurrente). Desde la Secretaría de la Junta de Contratación se remitieron las siguientes comunicaciones a REPSOL, solicitando que confirmara su intención de participar en la subasta:

- Correo electrónico de 21 de julio de 2022 a las 15:00 horas, con su correspondiente justificante de entrega.
- Correo electrónico de 22 de julio 2022 a las 13:22 horas, con su correspondiente justificante de entrega.



- Correo electrónico de 25 de julio de 2022 a las 12:15 horas, enviado por la empresa que realiza la subasta (ITBID)
- Correo electrónico de 26 de julio de 2022 a las 15:39 horas, con su correspondiente justificante de entrega.
- Correo electrónico de 26 de julio de 2022 a las 15:43 horas, con su correspondiente justificante de entrega.
- El órgano de contratación refiere además varias llamadas telefónicas, y mensajes en el buzón de voz.

El 27 de julio de 2022 se realizó la subasta de prueba para asegurar que todos los participantes admitidos al procedimiento tuvieran un conocimiento adecuado de las reglas sobre la subasta electrónica real. Este evento de prueba tuvo un resultado satisfactorio. Todas ellas firmaron su correspondiente certificado de formación, a excepción de REPSOL, que no participó en la subasta de prueba.

Finalmente, el 28 de julio de 2022, se celebraron las subastas electrónicas para los lotes 1, 2 y 5.

▪ Fase 4. Clasificación de ofertas, adjudicación y formalización. El 5 de agosto de 2022, el asesor técnico del expediente emitió informe con propuesta de adjudicación de los lotes, según la subasta electrónica. Las mejores ofertas realizadas en la subasta por los demás licitadores de los lotes 1 y 2, le permitieron a estos obtener la adjudicación.

De conformidad con lo establecido en la letra e) del artículo 13.4 de la Orden DEF/194/2021, de 8 de febrero, por la que se regula la contratación centralizada y se establece la composición y competencias de las Juntas de Contratación, la aprobación de la clasificación de ofertas corresponde a la Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.

Tercero. El 11 de agosto de 2022, se interpuso recurso número 1132/2022 por la propia recurrente, contra la falta de notificación de invitación a la subasta y contra el acto de celebración de dicha subasta, que fue inadmitido por este Tribunal mediante resolución 1259/2022, de 13 de octubre de 2022, por no haber en el momento de la interposición acto



recurrible, y “sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”, conforme al artículo 44.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto. El 5 de diciembre de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación el Acta n.º 951, de 2 de diciembre de 2022, de la Junta de Contratación, por la que se adjudican a las licitadoras UTE ESTACIONES DE SERVICIO DE GUIPÚZCOA, S.A. – ESERGUI DISTESER, S.L. (“UTE EESS Guipúzcoa - Esergui”) y a DISA los Lotes 1 y 2, respectivamente.

Quinto. El presente recurso contra los acuerdos de adjudicación de los lotes nº 1 y 2, fue interpuesto el 28 de diciembre de 2022.

Sexto. Previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 29 de diciembre de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente administrativo y su informe, de 5 de enero posterior, interesando la desestimación del recurso.

Séptimo. El 5 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal sometió a alegaciones de los demás interesados el recurso. El 13 de enero de 2023 se hicieron alegaciones por DISA RED, S.A. y por UTE ESTACIONES SERVICIO GUIPUZCOA, interesando la desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 12 de enero de 2023, acordando mantener la suspensión de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, y 22.1.1.º del 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 (RPERMC).

Segundo. En relación con el plazo para la interposición del recurso, el recurrente lo habría interpuesto dentro de plazo previsto conforme al artículo 50.1.d) de la LCSP, de 15 días.

Tercero. Aun en relación con los requisitos procedimentales para la admisión del recurso, debe examinarse si la recurrente goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad del acuerdo de adjudicación, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

El artículo 48 de la LCSP dispone que: "*podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*".

El interés legítimo de la recurrente es indudable, pues es la otra licitadora de los lotes en cuestión, con mejor oferta inicial, y que no ha rebajado precio en la fase del procedimiento diseñada para ello porque, según alega, no tuvo conocimiento de su celebración, por lo que es evidente que afecta a sus derechos e intereses legítimos la celebración de la subasta sin su concurrencia, de la que interesa su anulación.

Cuarto. Finalmente y en cuanto al contrato objeto del recurso y los actos que se impugnan, se recurre la adjudicación en procedimiento desarrollado para llevar a efecto el acuerdo marco para suministro, cuyo valor estimado es de 767.570.795,32 €.

La licitación en la que los actos recurribles se han producido, se rige por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS).

Aun cuando el artículo 59 de la citada Ley se remita a la Ley de Contratos 30/2007 (actualmente sustituida por la LCSP) lo cierto es que la LCSPDS no ha perdido vigencia tras su entrada en vigor, de modo que la remisión a los artículos 310 y ss. de la Ley 30/2007 habrá de entenderse hecha a los artículos 44 y siguientes de la vigente LCSP.

Pues bien, para este concreto sector, Defensa y Seguridad, la Ley es clara en especificar que solo cabe recurso especial en materia de contratación para los contratos sujetos a regulación



armonizada, siendo así que el artículo 5 de la LCSPDS delimita los contratos que, en este determinado ámbito, está sujetos a regulación armonizada, estando sujetos los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 431.000 euros.

Ya de manera supletoria, el artículo 44.1.b) de la LCSP, establece.

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

c) Los acuerdos de adjudicación”

El acto es por tanto recurrible.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la imposibilidad para la recurrente de conocer la notificación de la invitación a la subasta, que considera que proviene, por un lado, del incumplimiento por la Administración de las formalidades previstas en materia de notificaciones y de las circunstancias concurrentes en cada caso, de las que destaca la diligencia de la recurrente para favorecer la notificación y el desconocimiento del acto notificado tal como concurren en el presente caso. Ello conllevaría la infracción de los derechos a la igualdad y a la proscripción de indefensión de la recurrente.

No hay duda de que el recurso reconoce entre los hechos y como número 17 -adverado por documento 11 acompañado- que la cuenta de correo electrónico indicada al efecto de comunicaciones en el DEUC y en el perfil del usuario de la Plataforma de Contratación (institucionesggcc@repsol.com) estaba configurada de modo que, en determinados casos, impidió que los correos llegasen a la bandeja de recibidos. En concreto, se reconoce por la recurrente que *“determinados mensajes entrantes no se reciben y quedan disponibles en la*



carpeta de entrada del buzón, sino que quedan archivados automáticamente en una determinada carpeta electrónica de uso puntual y específico. Por tanto, la revisión ordinaria del buzón institucionesggcc@repsol.com en aplicación de la diligencia debida, no permitía el acceso a los referidos correos”.

No obstante, al margen de que pudiera existir un error de configuración en la llegada de comunicaciones electrónicas a la recurrente, a lo que se añade la evidente e inexplicable falta de diligencia de la recurrente en supervisar y corregir dicho defecto, debemos analizar, previamente, si el órgano de contratación, al cursar la comunicación de invitación a tomar parte en la subasta a la recurrente, se ajustó a lo ordenado en el PCAP y, con carácter fundamental y prioritario, a lo que dispone la LCSP, para lo cual debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a. Los pliegos expresan que las comunicaciones y notificaciones a realizar habrían de hacerse electrónicamente (“Las comunicaciones en el procedimiento **se realizarán por medios electrónicos**, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP –cláusula 11) , mediante dirección de correo electrónico, que había de ser el de la persona señalada a tal efecto en el DEUC o el tercero especialmente indicado, si bien ciertos actos, y en particular la presentación de ofertas, entre otros, habrían de llevarse a efecto específicamente a través de la Plataforma de Contratación.

Por otro lado, los pliegos, que no fueron recurridos, refieren en varias ocasiones una dirección de correo electrónico para las comunicaciones (y que en el caso de la subasta, como fase electrónica gestionada por tercero, tienen la prevención de realizar una de prueba para que precisamente los requerimientos técnicos no impidan la realización de ofertas a la baja durante los 15 minutos de su duración).

Por lo demás, se remiten a la ley para entender realizadas las notificaciones. Ninguna tacha tienen, pero no señalan cómo debe producirse la notificación de la convocatoria de subasta, con lo que tenemos que acudir a las normas generales sobre esta comunicación.

b. El artículo 143 de la LCSP, establece lo siguiente respecto de las notificaciones de las invitaciones a las subastas electrónicas:



*“5. Antes de proceder a la subasta electrónica, el órgano de contratación efectuará una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación y, a continuación, **invitará simultáneamente, por medios electrónicos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que participen en la subasta electrónica.** (...)”*

6. La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica. (...).

7. Entre la fecha de envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica habrán de transcurrir, al menos, dos días hábiles”.

Del citado precepto resulta claro que la invitación a la subasta debe hacerse “por medios electrónicos”, sin más. El envío no es regulado en este artículo: solo dice que es preciso que entre el envío y el acto de subasta deben mediar dos días hábiles.

c. Ello nos conduce a una norma más general: la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP, a que se remiten indirectamente el citado precepto antes transcrito y los pliegos. Dicha Disposición Adicional dispone, en lo que interesa a este recurso, lo siguiente:

“1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.



2. La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

(..)

8. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la Disposición adicional decimosexta de la presente Ley”

De la lectura del precepto transcrito, se extrae que, a diferencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), la LCSP, como legislación específica y preferente frente a la primera Ley mencionada, utiliza la comunicación electrónica como medio exclusivo de notificación de las resoluciones, acuerdos y actos dictados en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la citada Ley y, desde luego, no distingue entre personas físicas o jurídicas, como sí hace la LPACAP.

La exposición de motivos de la LCSP ya lo proclamaba:

“Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario.”



De ahí que el apartado 2 de la Disposición Adicional Decimoquinta sea tan taxativo y excluyente, al exigir que la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los procedimientos de contratación se hagan por medios exclusivamente electrónicos. Así lo ha expresado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe 1/18:

(..)

La Disposición adicional decimoquinta de la mentada norma se refiere a las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley. En ella se contiene una regla general según la cual “las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.” A esta regla hay que añadir una segunda de la máxima importancia según la cual “La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.”

(..)

Pero recordemos que la norma general de procedimiento administrativo establece un sistema en el que la notificación electrónica es preferente y, en todo caso, exigible cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. A de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la notificación electrónica no es preferente, sino como detalla la DA 15ª es el medio exclusivo de notificación de las resoluciones dictadas en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la Ley. En este punto la norma contractual pública no diferencia a las personas físicas de las jurídicas y, en consecuencia, a pesar de que en la legislación sobre procedimiento administrativo común sí se podría observar este trato diferenciado, en la Ley de Contratos no puede decirse lo mismo.

(..)

2. La segunda cuestión planteada en la presente consulta inquiriere si los actos que deben notificarse conforme a la DA 15ª son exclusivamente aquellos en que los artículos de la Ley que los regulan aluden expresamente a la citada disposición adicional. La consulta cita una serie de supuestos en que así ocurre y destaca otros en que no es así, limitándose a mencionar la necesidad de realizar algún tipo de notificación. Pues bien, la propia DA 15ª nos



deja claro que todas “las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.” A esta regla hay que añadir, para realizar una correcta interpretación desde el punto de vista sistemático y de la intención del legislador una segunda regla según la cual “la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley” exige la práctica de las notificaciones por medios electrónicos. De la interpretación conjunta de ambos preceptos extraemos las siguientes conclusiones:

- *Cuando estamos en presencia de actos insertos en el procedimiento de adjudicación del contrato el legislador nos dice categóricamente que la notificación de los mismos debe hacerse por medios exclusivamente electrónicos.*
- *En la medida en que los Estados miembros disponen de la posibilidad de llegar más lejos que la propia Directiva en su regulación, el legislador español ha querido extender la aplicabilidad obligatoria de la notificación y comunicación por medios electrónicos a todas las notificaciones a las que se refiere la presente Ley, las cuales se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, pero no a través de otros medios distintos.*

(..)

Por lo tanto, el legislador no ha querido establecer diferencia alguna entre las notificaciones establecidas en el marco de la adjudicación del contrato y las que puedan tener que verificarse en un momento anterior o posterior. Por el contrario, el régimen de exclusividad de las notificaciones electrónicas, a través de las figuras de la dirección electrónica habilitada o de la comparecencia electrónica, es aplicable a todos los actos de notificación a que se refiere la Ley, ya se mencione expresamente en ellos o no la DA 15ª”. (todos los subrayados son nuestros).

A iguales conclusiones ha llegado este Tribunal en varias de sus resoluciones. En este sentido, dijimos en la Resolución 769/2022, que son nulos los medios alternativos a los electrónicos o los preferentes respecto a éstos fijados en los pliegos (Resolución 769/2022).

En línea con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP, no cabe identificar comunicaciones cursadas a través de la “dirección electrónica habilitada” con las



cursadas únicamente a través de “dirección electrónica”. A partir de la vigencia de la LPACAP, (en la que únicamente se hace referencia a la dirección de correo electrónico residualmente como medio de comunicación –que no, notificación- en sus artículos 66.1 b) y el último párrafo del apartado 1º y el apartado 6º, ambos del artículo 41), sólo cabe identificar como únicos medios para la práctica de las notificaciones por medios electrónico, dos, que pueden utilizarse indistintamente:

- Mediante comparecencia en sede electrónica de la Administración u organismo actuante.
- A través de la dirección electrónica habilitada única.

Pues bien, si examinamos las actuaciones realizadas en este procedimiento de contratación incorporadas en el expediente remitido a este Tribunal, se observa que, la invitación para tomar parte en la subasta electrónica, a diferencia de la invitación para participar en el procedimiento de contratación que sí se hizo a través de la Plataforma de Contratación, se hizo mediante un e-mail desde una dirección de correo electrónico del MINISDEF (documento nº 19.5 del expediente) a la dirección de correo señalada por la recurrente en el DEUC, pero no puede considerarse, por lo antes expuesto, como una comunicación electrónica, de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP, ni puede, por tanto, dotarse de validez. El artículo 145.3 LCSP exige que la invitación a la subasta electrónica se haga exclusivamente por medios electrónico y la comunicación cursada, no lo es. Por otra parte, la controversia no debe centrarse en si la dirección facilitada por REPSOL tiene la consideración de legalmente habilitada, sino en el medio de comunicación empleado por la Administración.

Y, además, precisamente porque se envió desde una dirección de correo electrónico no se ha podido acreditar, de manera fehaciente, la fecha de envío y recepción de esa comunicación, en contra de lo que exige la Disposición Adicional Decimosexta, apartado 1, letra e), en relación con el apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta, ambos de la LCSP:

“e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y, notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma”.



En este sentido, lo único que consta en los documentos nº 19.6, 19.11, 19.13 y 19.15 del expediente, en relación con el correo electrónico de invitación a la subasta electrónica enviado es la siguiente leyenda, que carece de valor probatorio para constatar la recepción del correo:

“Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega:

institucionesggcc@repsol.com <mailto:institucionesggcc@repsol.com>

Asunto: Invitación subasta electrónica AM Combustibles, Expte. 2021/JCMDEF/00000096E, Lotes 1, 2 y 10”.

Aunque la recurrente, de haber supervisado adecuadamente el funcionamiento de su dirección de correo electrónico, es posible que pudo haber conocido antes de la celebración de la subasta electrónica la invitación a participar, lo cierto es que aparte de que el medio de comunicación no tiene validez, **tampoco, tan siquiera, el órgano de contratación puede acreditar la recepción del envío de la invitación y este extremo, por otra parte, es negado taxativamente por la recurrente**, al menos, hasta la fecha que ya se había celebrado dicha subasta. El que otras empresas hubieran recibido la invitación a través del medio empleado por el MINISDEF y, en consonancia, participaran en la subasta electrónica (las adjudicatarias de los dos lotes del contrato en discusión), este hecho no puede convalidar nunca la ilegalidad en cuanto al medio de comunicación empleado.

Por otra parte, no existe en el recurso una aceptación expresa por parte del recurrente de la utilización de la dirección de correo electrónico como vía válida de comunicación, sino que en el recurso, precisamente, se cuestiona el sistema de notificación empleado.

Por todo ello, el recurso ha de ser estimado y, en consecuencia, anularse los acuerdos de adjudicación de los lotes nº 1 y nº 2, impugnados por la recurrente y proceder a la retroacción de las actuaciones contractuales al momento inmediatamente anterior a la invitación a participar en la correspondiente subasta electrónica que deberá realizarse por alguno de los medios previstos, con carácter exclusivo, en la LCSP.

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. D.B.F., en representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., contra la adjudicación derivada del “Acuerdo marco de suministro de combustibles líquidos para el Ministerio de Defensa en el territorio nacional”, Lote 1: Gasolinas y gasóleos tipos A, B y C para Península e Islas Baleares y Lote 2: Gasolinas y gasóleo tipo A en Islas Canarias, expediente 2021/JCMDEF/00000096E, convocado por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, acordando la anulación de dichos acuerdos y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación en los términos expuestos en el párrafo final del fundamento jurídico quinto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP

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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES