



**EB 2023/229**

**Resolución 071/2024, de 12 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NOTACOOOLCOMPANY, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que hacen uso de los certificados en la nube de IZENPE y que funcionarán en los diferentes Sistemas Operativos (Windows, Mac, IOS, Android)”, tramitado por IZENPE.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 13 de noviembre de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la NOTACOOOLCOMPANY, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que hacen uso de los certificados en la nube de IZENPE y que funcionarán en los diferentes Sistemas Operativos (Windows, Mac, IOS, Android)”, tramitado por IZENPE.

**SEGUNDO:** El día 17 de noviembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre el 21 y el 23 de noviembre.



**TERCERO:** Traslado el recurso a los interesados con fecha 27 de noviembre, no se han recibido alegaciones.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Representación y legitimación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.M.B., que actúa en nombre y representación de NOTACOOLCOMPANY, S.L.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, IZENPE, empresa de certificación y servicios, tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

## **SEXTO: Motivos del recurso**

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) El órgano de contratación no puso a disposición de la mercantil recurrente la notificación con el fin de que ésta procediera a subsanar los defectos advertidos por aquél. En este sentido, ha de señalarse que una notificación no practicada no puede surtir los efectos inherentes a ella y mucho menos la exclusión del licitador del proceso de licitación, pues no se le dio la oportunidad de subsanar el defecto de la oferta.

b) La inexistencia de rastro alguno de la notificación implica la nulidad del expediente de contratación al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido. Además, dentro del campo de las notificaciones electrónicas es la Administración la que debe probar que éstas se han practicado conforme a los requisitos exigidos legalmente.

c) Asimismo, se hace constar que el poder adjudicador no ha respetado el plazo establecido en el artículo 153.3 LCSP respecto a la formalización del contrato cuando éste es susceptible de recurso especial.

d) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del expediente, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del Sobre A con el fin de que la administración contratante notifique y requiera oportunamente a la recurrente para que ésta pueda subsanar la documentación requerida.

## **SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador considera que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

a) IZENPE entiende que la recurrente ha podido indicar una dirección de notificación errónea en el Anexo IV sobre notificación electrónica al señalar como tal [info@notacool.com](mailto:info@notacool.com) en lugar de [info@notacoolcompany.com](mailto:info@notacoolcompany.com), por lo que no recibió correctamente la solicitud de subsanación enviada el 15 de septiembre de 2023.

b) Al respecto, ha de tenerse en cuenta la necesaria diligencia debida de todo operador económico a la hora de la tramitación electrónica y que resulta exigible a quien se quiere beneficiar de la obligación de transparencia en el procedimiento.

c) Prueba del envío de la solicitud de subsanación es que otras dos licitadoras subsanaron la documentación requerida en tiempo y forma, habiendo sido requeridas para ello utilizando el mismo medio.

#### **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, la recurrente defiende que no se le notificó el requerimiento de subsanación efectuado por el poder adjudicador y que provocó su exclusión del procedimiento al no poder atenderlo, lo que le ha situado en una posición de indefensión. IZENPE, sin embargo, manifiesta que sí se le notificó dicho requerimiento correctamente. A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que el recurso debe estimarse por las razones que se exponen a continuación.

##### a) Sobre las notificaciones en los procedimientos de contratación

Por lo que se refiere a esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) En primer término, se ha de acudir a lo previsto en la cláusula "47.6 Notificación electrónica" del PCAP que, en relación con la documentación que han de presentar las empresas licitadoras para acreditar su

capacidad y solvencia, exige que indiquen la dirección a efectos de notificaciones, con la consideración de dirección electrónica habilitada y surtiendo los efectos establecidos en la D.A 15ª LCSP. Consta en el expediente que la recurrente aportó debidamente dicha dirección de correo electrónico siguiendo las instrucciones del Anexo IV del pliego. Asimismo, el poder adjudicador adjunta como prueba un pantallazo del requerimiento efectuado mediante correo electrónico a la dirección de correo indicada por la recurrente que, sin embargo, ésta niega firmemente haber recibido.

- 2) Respecto del punto anterior, debe señalarse que, a juicio de este OARC/KEAO, es irrelevante que el apartado 47.6 del PCAP citado establezca a los efectos de la notificación electrónica que el correo electrónico designado en el Anexo IV se considerará dirección electrónica habilitada a los efectos establecidos en la D.A. 15ª LCSP, dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como es el régimen de notificaciones en el contexto de los procedimientos administrativos al suponer éste una garantía fundamental del derecho de defensa del interesado. En este sentido, una verdadera dirección electrónica habilitada requiere de unos pasos para su obtención, como son el registro en el servicio mediante firma digital, la compleción de un formulario, copia del código de validación y la firma del alta, nada de lo cual consta en el presente procedimiento por lo que dicha cláusula del PCAP ha de entenderse nula al conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- 3) Al margen de lo anterior, este Órgano entiende que la notificación del requerimiento de subsanación efectuada desde una dirección de correo electrónico de IZENPE a la dirección de correo electrónico señalada por la recurrente carece de las características propias de la notificación electrónica que regula la Disposición adicional 15ª LCSP en la que textualmente se establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. En este sentido, ambos sistemas suponen un

servicio electrónico de notificaciones para facilitar a los interesados el acceso y comparecencia a sus notificaciones, de forma que se puede acreditar fehacientemente, entre otras circunstancias, la recepción de las mismas, de conformidad con lo que exige el apartado 1, letra e) de la Disposición adicional 16ª en relación con el apartado 8 de la Disposición adicional 15ª, ambas de la LCSP.

- 4) En el presente supuesto, queda claro que el medio utilizado impide al poder adjudicador (que es a quien corresponde garantizar la efectividad de la notificación y probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez), ante la negativa de la recurrente, acreditar de forma fehaciente ni la fecha y hora de la puesta a disposición ni la de la recepción o acceso por el interesado del requerimiento efectuado, sin que el pantallazo del correo enviado que consta en el expediente tenga valor probatorio para constatar las circunstancias reseñadas, de forma que no puede considerarse como una notificación electrónica, de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP, ni puede, por tanto, dotarse de validez. Y el diáfano ejemplo de las negativas consecuencias de la indebida equiparación entre una dirección de correo electrónico “normal o habitual” con una dirección electrónica “habilitada” es el presente supuesto, en el que la recurrente se encuentra excluida de la licitación sin que exista prueba suficiente de que se hubiera puesto a su disposición la notificación debatida, lo que le ha llevado a una situación de indefensión que ha de ser corregida por no haber podido ejercer el trámite de subsanación pertinente.
- 5) En conclusión, las notificaciones electrónicas en los procedimientos regulados por la LCSP han de realizarse necesariamente por alguno de los dos únicos medios previstos, con carácter exclusivo, en su DA 15ª y que, a su vez, aquéllos cumplan con los requisitos establecidos en la DA 16ª, lo que no se produce en el presente caso, y sin que el hecho invocado por el poder adjudicador de que otros licitadores hayan recibido también el requerimiento por el mismo medio pueda convalidar la ilegalidad del medio de notificación empleado.

b) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe estimarse, anulándose la adjudicación del contrato y, por ende, la exclusión previa de la recurrente con el fin de retrotraer el procedimiento para que se efectuó una fehaciente notificación del requerimiento de subsanación a la recurrente y tras ese trámite se continúe con la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### III.- RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la NOTACOOOLCOMPANY, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que hacen uso de los certificados en la nube de IZENPE y que funcionarán en los diferentes Sistemas Operativos (Windows, Mac, IOS, Android)”, tramitado por IZENPE, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en el sentido expresado en la letra b) del Fundamento jurídico octavo.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

**TERCERO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**CUARTO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2024ko apirilaren 12a**

Vitoria-Gasteiz, 12 de abril de 2024