

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS**  
**CONTRACTUALES**

**REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.** (en adelante, “**REPSOL**” o mi representada, indistintamente), con C.I.F. A-80298839 y domicilio, a efectos de notificaciones, en calle Méndez Álvaro, 44 de Madrid y, en su nombre y representación, D. [REDACTED], con D.N.I. n.º [REDACTED] y dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones: [REDACTED] según se acredita mediante escritura de poder que se acompaña al presente escrito como **Documento 1**, ante este órgano comparezco y, como mejor proceda en Derecho

**DIGO**

I. Que, el 5 de diciembre de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta n.º 951, del 2 de diciembre anterior, de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, relativa al acuerdo adoptado por dicho órgano de contratación consistente en la adjudicación de los Lotes 1 y 2 del “*Acuerdo Marco de suministro de combustibles líquidos para el Ministerio de Defensa en el territorio nacional*”, en el expediente de contratación 2021/JCMDEF/00000096E de referencia (“la **Adjudicación** y “el **Acuerdo Marco**” o “**AM**”, respectivamente).

Se acompañan a este recurso el acta n.º 951 citada como **Documento 2**.

II. Que, mediante el presente escrito, se interpone en tiempo y forma **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra la adjudicación de los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco de referencia, por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico y lesivos para los intereses de mi representada, de conformidad con los siguientes

**MOTIVOS**

**PRIMERO.- PRINCIPALES ANTECEDENTES**

Lo primero que interesa poner en conocimiento de la sección del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (“**TACRC**”) a la que nos dirigimos, es que mi representada ya acudió a este órgano para anular determinados actos celebrados dentro el procedimiento de contratación de los Lotes 1 y 2 -en concreto, la notificación de la invitación a participar en una subasta electrónica y su celebración sin que REPSOL pudiera participar- y que el TACRC consideró que

dichos actos de trámite no eran susceptibles de recurso, remitiendo y posponiendo expresamente su pronunciamiento sobre el fondo del asunto a la impugnación de una eventual adjudicación a otro licitador distinto de mi representada. En efecto, mediante Resolución n.º 1259/2022, de 13 de octubre (recurso n.º 1132/2022), este Tribunal inadmitió el recurso especial interpuesto por mi representada contra la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica y el acto de su celebración, relativo a los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, al entender que los defectos en la tramitación no serían recurribles aunque sí que dichas “*irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación*” (pág. 10 de la Resolución adjunta como **Documento 3**).

Pues bien, REPSOL ha hecho todo lo posible por poner de manifiesto dichas irregularidades ante el Ministerio de Defensa (en lo sucesivo, “**MINISDEF**”), antes de presentar el recurso n.º 1132/2022 y después, a fin de que no siguieran produciéndose actuaciones viciadas por defectos anteriores y por tanto anulables. Pese a ello, como consecuencia de la celebración de la subasta electrónica sin la participación de REPSOL, por no haber sido invitada según los medios electrónicos legalmente previstos, finalmente la Junta de Contratación ha adjudicado los Lotes 1 y 2 a otros licitadores. Por tanto, en el presente recurso reproduciremos una parte de los antecedentes y de los argumentos del recurso tramitado bajo el n.º 1132/2022 añadiendo la exposición y valoración de las actuaciones posteriores. Ello en la medida en que la sección que conozca de este asunto puede no ser la misma que la que se pronunció sobre el recurso anterior.

Expuesta la circunstancia anterior, a continuación incluimos una relación completa de todos los antecedentes relevantes a los efectos del presente recurso:

1. 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.
2. El anuncio de licitación del AM mediante procedimiento negociado con publicidad se publicó el **13 de mayo de 2022** en la referida Plataforma de Contratación. 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).

Un mismo licitador puede presentar oferta a todos los lotes y resultar adjudicatario de todos ellos.

Interesa destacar que este anuncio contenía la fecha límite para efectuar preguntas sobre la licitación y para la recepción de solicitudes de participación, pero **no figuraba en él la fecha de celebración de la subasta electrónica prevista como Fase 3 en el pliego.**

3. En efecto, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (el “PCAP”) que rigen 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 n.º 1).**
- **Fase 2. Invitación a presentar ofertas (Sobre n.º 2).** Una vez determinadas las empresas licitadoras admitidas, el MINISDEF las invita a presentar oferta. Tras la apertura de los Sobres n.º 2, el asesor técnico del expediente debe emitir un informe inicial de valoración de ofertas. Los licitadores cuyas ofertas resulten admitidas en esta fase, adquieren el derecho a participar en la siguiente, en la 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 n.º 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).
- **Fase 4. Clasificación de ofertas, adjudicación y formalización.**

4. Durante el plazo conferido para la presentación de solicitudes de participación, el **14 de junio** de 2022, D. [REDACTED] a quien posteriormente se identificaría como persona de contacto de REPSOL en el Documento Europeo Único de Contratación (“DEUC”), remitió desde su

propia dirección de correo electrónico [REDACTED] un e-mail al MINISDEF a fin de aclarar una duda relativa a la garantía provisional.

El MINISDEF contestó al día siguiente directamente al correo electrónico [REDACTED]. Se acompaña al presente recurso como **Documento 4** copia de las citadas comunicaciones. Este hecho se pone de manifiesto porque demuestra que al MINISDEF le constaba esta dirección de correo electrónico de la persona de contacto en REPSOL a efectos de esta licitación y de hecho la usó para responder a la pregunta que mi representada le había dirigido.

5. El **20 de junio** de 2022, antes del vencimiento del plazo máximo para solicitar la participación en la licitación, REPSOL presentó su solicitud junto con la documentación administrativa correspondiente. Uno de los documentos aportados es el DEUC, donde REPSOL hizo constar la siguiente información en la Parte II: información sobre el operador económico. “Correo electrónico: [REDACTED]”, y “Persona o personas de contacto: [REDACTED]”. Se adjunta el DEUC presentado como **Documento 5**.
6. El **28 de junio** de 2022 la **Plataforma de Contratación del Sector Público**, a través de su dirección de correo electrónico [REDACTED] **envió un correo electrónico a REPSOL** por el que se le comunicó que tenía una “*invitación final para participar en la Licitación*” de referencia en la Plataforma y que podía acceder directamente a su contenido mediante un enlace incluido en el mensaje. Se adjunta como **Documento 6** el correo electrónico y como **Documento 7** el documento de invitación a presentar el Sobre n.º 2 con la oferta económica, según la Fase 2 anteriormente identificada.

Este modo de comunicar a los licitadores la invitación a presentar oferta se corresponde con lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“**LCSP**”), pues el documento de invitación se pone a disposición de los licitadores a través de un enlace electrónico y el correo electrónico se utiliza únicamente para avisar al licitador de que tiene disponible dicho documento. De esta forma, aunque no se hubiera recibido el aviso mediante correo electrónico, los licitadores podían conocer de su existencia a través de su usuario habilitado porque el envío de la notificación queda automáticamente registrado en su perfil de usuario de la Plataforma de Contratación, con fecha y hora, al igual que el acceso a ella. En cambio, como veremos, **la notificación de la invitación a participar en la subasta no se realizó de la misma manera**, sino que únicamente se envió adjunta a un correo electrónico por parte del MINISDEF -no de la Plataforma de Contratación-, no estando este

medio previsto en la normativa de aplicación. Se adjunta como **Documento 8** la información disponible en el perfil de usuario de REPSOL, en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Según este documento, el 28 de junio a las 14:53:31 el MINISDEF envió la “*Invitación a Licitación*”, esto es, a presentar la oferta del Sobre n.º 2; el 29 de junio a las 13:52:22 se produjo la descarga de la comunicación y el 30 de junio a las 09:58:14 la respuesta. Posteriormente no figura actuación alguna pues, como explicamos seguidamente, fue el MINISDEF -no la Plataforma de Contratación- quien envió un mero correo electrónico -no un enlace- adjuntando la invitación a la subasta electrónica, sin que en este caso la notificación quedase registrada automáticamente, con fecha y hora, en la Plataforma.

Por lo demás, **esta invitación seguía sin identificar la fecha de celebración de la subasta:** “*Información adicional subasta electrónica: Se realizará una subasta electrónica con arreglo a lo previsto en los pliegos*” (última página de la invitación adjunta como **Documento 7**).

7. Antes del vencimiento del plazo conferido al efecto, el **30 de junio** de 2022 REPSOL presentó su Sobre n.º 2 respecto de los lotes a los que había sido invitada y, entre ellos, a los Lotes 1 y 2.
8. Dado que la fecha de celebración de la subasta continuaba sin darse a conocer, REPSOL mostró su interés y diligencia en el seguimiento de la licitación formulando una pregunta al MINISDEF. Así, mediante correo electrónico de **5 de julio**, el contacto designado por REPSOL, D. [REDACTED] volvió a comunicarse con el MINISDEF a través de su dirección de correo electrónico [REDACTED] para solicitar conocer “*qué fecha estimada podría haber para la celebración de la subasta*”. El MINISDEF le contestó a esa misma dirección de correo electrónico y no a [REDACTED], en el sentido de que la información figuraba en el apartado de preguntas de la Plataforma de Contratación. Y efectivamente, en ella se incluyó la respuesta, indicándose que “*la fecha aproximada para la subasta electrónica será sobre las dos últimas semanas de julio*”. Se adjuntan como **Documento 9** el correo electrónico enviado al MINISDEF y la respuesta publicada en la Plataforma.
9. El **12 de julio** de 2022 era la fecha fijada en la invitación para la apertura del Sobre n.º 2 (ofertas).
10. Desde entonces mi representada fue revisando periódicamente el buzón de entrada de [REDACTED] y su perfil de usuario habilitado para esta licitación en la

Plataforma de Contratación, a la espera de recibir la notificación para la invitación a la subasta o de que dicha notificación se publicara en el citado perfil. Adicionalmente, el **15 de julio** de 2022 la persona de contacto designada por REPSOL para esta licitación, realizó una llamada al MINISDEF para interesarse por la fecha de celebración de la subasta y la respuesta obtenida fue la misma que la ya publicada en la Plataforma: sobre las dos últimas semanas de julio.

11. El **21 de julio** de 2022, **el MINISDEF directamente -no la Plataforma de Contratación del Sector Público- envió a REPSOL las invitaciones a la subasta** para los Lotes 1, 2 y 10 **adjuntas a un correo electrónico -no el enlace para descargar los documentos-** (correo e invitación adjuntos como **Documento 10**). En efecto, el MINISDEF desde la dirección [REDACTED] remitió un correo electrónico adjuntando directamente las invitaciones a la subasta a [REDACTED]. Según lo explicado anteriormente, este modo de notificar no es el que la Administración había venido utilizando en esta licitación —ni tampoco el previsto normativamente como veremos-, pues ya hemos advertido que la invitación a presentar oferta (Sobre n.º 2) se comunicó por la Plataforma de Contratación del Sector Público mediante un correo electrónico enviado desde la dirección [REDACTED] que contenía un enlace al documento de invitación y que tanto el envío y recepción de la notificación como el acceso a ella constituyen acciones que quedaron registradas automáticamente, con día y hora, en el perfil de usuario de la Plataforma (véase el **Documento 8**). En cambio, como decimos, las invitaciones a la subasta se notificaron como archivos adjuntos a un correo electrónico remitido por el MINISDEF [REDACTED], **sin registrarse esta acción en el perfil de usuario de la Plataforma**. Así, en la información extraída de este perfil adjunta como **Documento 8** las **últimas acciones publicadas en agosto de 2022 consistían en:**

- (i) el envío de la invitación a licitar (28 de junio),
- (ii) la descarga de la comunicación (29 de junio), y
- (iii) la respuesta a la comunicación (30 de junio), es decir, la presentación de la oferta mediante el Sobre n.º 2.

En cambio, insistimos, **la invitación a la subasta electrónica no consta ni enviada, ni descargada ni respondida**, por lo que el MINISDEF no ha podido acreditar ni siquiera la fecha de su recepción.

Además, en el texto del correo figura literalmente que “se ruega que, en el momento de recepción de este correo electrónico, se remita a esta Junta de Contratación [REDACTED] **ACUSE DE RECIBO** del mismo, indicando la fecha de recepción”. **Nótese que no se está solicitando la confirmación del acceso a su contenido, sino únicamente de su recepción. Pues bien, ninguna confirmación, ni de recepción ni de lectura, pudo ser dada por parte de REPSOL hasta el 28 de julio, día en el que pudo acceder a su contenido.**

De hecho, consta en el expediente el mensaje automático generado por el servidor del MINISDEF según el cual:

**De:** MAILER-DAEMON  
**A:** [REDACTED]  
**Asunto:** Retransmitido: Invitación subasta electrónica AM Combustibles, Expte. 2021/JCMDEF/00000096E, Lotes 1, 2 y 10.  
**Fecha:** jueves, 21 de julio de 2022 15:00:45  
**Archivos adjuntos:** [Message Headers.msg](#)

---

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

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

Cabe destacar el siguiente contenido del mensaje automático: “**el servidor de destino no envió información de notificación de entrega**”. Esto es, pese a haberse requerido expresamente el acuse de recibo y pese a que cualquier servidor lo genera automáticamente en cuanto se recibe y accede a su contenido, **el servidor de REPSOL no envió dicha confirmación.**

Sin embargo, otros licitadores sí que acusaron recibo de la recepción de la invitación. En concreto, figuran en el expediente los correos electrónicos remitidos, ambos con fecha 21 de julio de 2022, por Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A. (“DISA”) y Esergui, S.A./Esergui Disteser, S.L., acusando recibo de las invitaciones a la subasta electrónica.

12. Dado que ni la persona de contacto ni el propio servidor de REPSOL habían confirmado la recepción del correo electrónico con la invitación a la subasta electrónica, el **22 de julio** de 2022, el MINISDEF envió un nuevo correo electrónico a [REDACTED] por el que “Se recuerda que estamos a la espera del **ACUSE DE RECIBO** de este correo electrónico” (negrita y subrayado literal) (adjunto en el **Documento 10**).
13. El **25 de julio**, una empresa externa al Ministerio, identificándose como gestor de la subasta del AM, remitió a [REDACTED] un correo electrónico con los datos de

acceso para la sesión de subasta de prueba prevista para el 27 de julio. En el mensaje figura que ello “*tal y como ha sido previamente informado*”. Ahora bien, REPSOL no accedió hasta el 28 de julio (celebrada ya la subasta) al correo electrónico de 21 de julio ni al recordatorio del día siguiente, ni tampoco a este correo para la subasta en prueba, por lo que ninguna información le constaba sobre esta sesión de prueba ni sobre la información que debía remitir al MINISDEF para participar en ella.

14. El **26 de julio** el MINISDEF solicitó acuse de recibo del correo del gestor de la subasta mediante correo electrónico enviado a [REDACTED]. Una hora más tarde envió otra solicitud de acuse de recibo del correo de 21 de julio, también a [REDACTED]. Sin embargo, como exponemos en el antecedente 17 de este recurso y acreditamos mediante el **Documento 11** adjunto, dichos mensajes se estaban archivando automáticamente en una carpeta electrónica distinta a la carpeta de entrada, razón por la que mi representada no podía acusar recibo pese a estar revisando a diario tanto su perfil de usuario en la Plataforma de Contratación como el buzón de entrada de [REDACTED]. Se adjuntan estos correos como **Documento 12**.
15. A pesar de que la Administración no podía acreditar que REPSOL hubiera recibido la invitación a la Subasta Electrónica, el MINISDEF se abstuvo de comunicar debidamente la invitación a través de los medios electrónicos legalmente previstos, que permiten registrar la fecha y hora de su recepción o acceso. De esta forma:
  - (i) el MINISDEF y la Plataforma de Contratación siguieron sin registrar la notificación de 21 de julio en el perfil de usuario de REPSOL ni tampoco se envió una nueva notificación a través de la Plataforma con un enlace a la invitación, lo cual habría generado automáticamente el correspondiente registro de envío y recepción o acceso,
  - (ii) ni siquiera el MINISDEF incluyó al menos la fecha de celebración de la subasta en la parte pública de la Plataforma de Contratación pese a tramitarse la adjudicación del AM mediante procedimiento negociado **con** publicidad, y
  - (iii) tampoco dirigió la solicitud de acuse de recibo junto con la invitación a la subasta al correo de la persona de contacto -D. [REDACTED] - pese a que dicha dirección de correo electrónico había sido utilizada previamente por el MINISDEF para comunicarse con REPSOL en esta licitación.



16. El **28 de julio** de 2022, dos días hábiles antes de que expirase el mes de julio -mes en el que el MINISDEF tenía intención de celebrar la subasta según la información oficial proporcionada- y como quiera que la LCSP obliga a convocar la subasta electrónica al menos con esa antelación de dos días hábiles (art. 143.7 LCSP), mi representada realizó una llamada telefónica al MINISDEF en la que **se le informó verbalmente de que la subasta electrónica había tenido lugar esa misma mañana, pese a que REPSOL -su propio servidor y la persona de contacto- no había acusado recibo de las notificaciones del MINISDEF de 21 y 22 de julio ni de la notificación del gestor de la subasta de 25 de julio para la sesión de prueba; ni el MINISDEF podía acreditar la fecha de entrega de dichas notificaciones; ni había transcurrido el plazo legal de 10 días para poder entender rechazada una notificación** (artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, “Ley 39/2015”-).
17. Dicha información dio lugar a que el equipo de REPSOL asignado a esta licitación, con el soporte del departamento responsable de sus sistemas informáticos, revisaran todas las carpetas electrónicas y terminasen localizando los correos electrónicos enviados a [REDACTED] desde el 21 de julio por el MINISDEF primero y por el gestor de la subasta después. Según el certificado adjunto como **Documento 11**, los sistemas informáticos de la compañía demuestran los siguientes hechos:
- a) El buzón [REDACTED] se configuró para gestionar de manera segura, inmediata y eficiente las comunicaciones enviadas por la Plataforma de Contratación y por los órganos de contratación a REPSOL. En concreto, para tal fin se dieron de alta y, por tanto, se permitió el acceso al buzón a una serie de usuarios, entre los que figura el equipo de trabajo asignado a la participación de mi representada en licitaciones convocadas por parte de entidades del sector público en España.
  - b) Hasta el 28 de julio de 2022 no hay evidencia de que los correos de 21, 22, 25 y 26 de julio (referidos en los hechos n.º 11, 12,13 y 14 anteriores) hayan sido enviados desde dicho buzón a otros destinatarios (ni de mi representada ni de personal externo o ajeno a ella). El buzón de la persona de contacto para esta licitación -D. [REDACTED] recibió un correo con los citados mensajes de 21, 22, 25 y 26 de julio por primera vez el 28 de julio, a las 15:27:25 horas. Posteriormente dichos mensajes también tuvieron entrada en el buzón de los usuarios del resto del equipo de trabajo asignado.

c) Resulta acreditado que, debido al funcionamiento electrónico del buzón [REDACTED] “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 [REDACTED] en aplicación de la diligencia debida, no permitía el acceso a los referidos correos” (punto 6 del certificado).

Estos hechos prueban que:

- (i) hasta el 28 de julio REPSOL no accedió a los correos electrónicos que el MINISDEF primero y una empresa externa (la gestora de la subasta) utilizaron para darle por notificado en lo que respecta a la invitación a participar en la Subasta Electrónica, por lo que mi representada desconocía completamente la existencia de dicha invitación y, en especial, las fechas de prueba y de celebración de la Subasta; y
- (ii) que REPSOL ha actuado con la debida diligencia en la gestión de dichas notificaciones, pues:
  - a. la circunstancia que motiva el acceso al contenido de los correos unos días más tarde de su recepción se debe a una regla automática que desviaba los mensajes a una carpeta electrónica concebida para un uso completamente ajeno al de esta licitación, y
  - b. ha demostrado su proactividad respecto a su participación en la licitación, revisando la Plataforma, contactando telefónicamente con el MINISDEF y, en todo caso, accediendo a los correos electrónicos que contenían la invitación y las reglas para participar en la subasta antes del plazo de 10 días desde su envío.

18. Mediante escrito, de **30 de julio**, REPSOL informó al MINISDEF de que en la tarde del 28 de julio había accedido a los correos electrónicos de 21, 22, 25 y 26 de julio dirigidos por esa Administración. De acuerdo con ello, solicitó al MINISDEF que fijase nueva fecha para la celebración de la subasta electrónica respecto de los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco de referencia, anulándose inmediatamente la subasta del día 28 de julio de haberse celebrado, o en su defecto que desistiera del procedimiento de licitación de los referidos lotes y que convocara uno nuevo en atención a la infracción de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP en conexión con el art. 43.2 de la Ley 39/2015. Se adjunta el escrito como **Documento 13**.

19. Ante el silencio absoluto por parte de la Administración, el **4 de agosto** mi representada solicitó el acceso al expediente de contratación del AM. En particular se pedía el acceso a la documentación acreditativa de las invitaciones a participar en la subasta cursadas; del resultado de este acto; y de la ratificación de las pujas posterior. El MINISDEF nuevamente hizo caso omiso de esta solicitud. Con todo, el **11 de agosto** mi representada interpuso recurso especial ante este TACRC contra la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica y contra la celebración de esta. En su recurso REPSOL solicitó la suspensión del procedimiento de contratación.
20. Mientras tanto, según figura en el expediente administrativo de referencia, se sustanciaron los siguientes trámites en el procedimiento de contratación: (i) el envío por parte del MINISDEF de un correo electrónico solicitando la ratificación de las ofertas de los licitadores tras la celebración de la subasta, y (ii) las ratificaciones de las respectivas pujas por parte de los otros licitadores, con fecha 29 de julio de 2022.
21. Mediante Resolución, de **25 de agosto** de 2022, el **TACRC acordó la medida cautelar de suspensión** del procedimiento de contratación en relación con los Lotes 1 y 2 solicitada por mi representada en el marco del recurso en especial tramitado bajo el n.º 1132/2022.
22. Sin embargo, pese a estar suspendido el procedimiento de contratación de referencia, con fecha 30 de septiembre de 2022 fue publicada en la Plataforma de Contratación el Acta n.º 925, de **1 de septiembre** anterior, emitida por la Junta de Contratación del MINISDEF, según la cual se aprobó el orden de clasificación de las ofertas para el Acuerdo Marco, a excepción de los Lotes 1 y 2, pero figurando ya en este documento el orden propuesto por el asesor técnico en dichos lotes y que es el siguiente:

Lote 1		Importe de Adjudicación
1ª	UTE ESTACIONES DE SERVICIO DE GUIPÚZCOA S.A ESERGUI DISTESER S.L.	4.085.999,74 €
2ª	REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.	4.136.936,81 €
Lote 2		Importe de Adjudicación
1ª	DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS S.A.U.	253.387,93 €
2ª	REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.	263.387,93 €

23. Según hemos adelantado al principio de este motivo, mediante Resolución n.º 1259/2022, de 13 de octubre (recurso n.º 1132/2022), notificada el 21 de octubre siguiente, este Tribunal inadmitió el recurso especial interpuesto por mi representada contra la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica y el acto de su celebración, relativo a los

Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, solo porque los defectos en la tramitación no serían, a su juicio, recurribles aunque sí que dichas “*irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación*” (pág. 10 de la Resolución).

24. La notificación de la Resolución n.º 1259/2022 llevó a mi representada a solicitar días más tarde -el 28 de octubre- al MINISDEF que se abstuviera de reanudar la tramitación del procedimiento de contratación, en lo que respectaba a los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, hasta que el órgano judicial competente se pronunciara sobre la medida cautelar; ello en atención a los perjuicios graves de “*difícil o imposible reparación*” que el propio TACRC había reconocido que se causarían si dicha tramitación continuase su curso y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 117.4 de la Ley 39/2015. Se adjunta el escrito como **Documento 14**.

25. Pese a ello, el MINISDEF continuó la tramitación del procedimiento de contratación. Así:

a) En fecha **3 de noviembre** de 2022 emitió el Acta n.º 945, por la que se aprobaba el orden de clasificación de las ofertas de los Lotes 1 y 2, en idénticos términos que los propuestos por el asesor técnico y transcritos *ut supra*.

A diferencia de otras actas aprobadas por el órgano de contratación, la n.º 945 no fue publicada en la Plataforma de Contratación hasta un mes después, el 5 de diciembre de 2022, con el Acta n.º 951 de adjudicación.

b) En efecto, el pasado **5 de diciembre** 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. El acuerdo de adjudicación contenido en el Acta n.º 951 constituye el acto objeto del presente recurso especial en materia de contratación.

26. Cabe señalar que el pasado 7 de diciembre solicité al MINISDEF acceso al expediente, a lo que esta Administración contestó antes del vencimiento del plazo para interponer recurso especial. Entre los documentos facilitados figuran los aportados por los adjudicatarios respectivos de los Lotes 1 y 2. De ellos se deduce que, **en el Lote 1, las dos empresas agrupadas bajo el compromiso de constituir una UTE han incurrido, al menos, en dos omisiones graves e insubsanables ya en este momento**. Así:

- (i) Los **DEUC** aportados por las dos sociedades integrantes de la futura UTE **están incompletos** pues **no figura** información ni dato alguno respecto a los requisitos de **solvencia económica y financiera, ni técnica o profesional** (se aportan los DEUC como **Documento 15**).
- (ii) Entre la documentación que debe entregarse antes de la adjudicación, **no figuran los certificados acreditativos de encontrarse al corriente de pago con la Agencia Tributaria** de ninguna de las dos sociedades miembros de la futura UTE.

Por tanto, este licitador no ha acreditado cumplir los requisitos de capacidad y solvencia mínimos, lo cual supone, como explicamos en el último motivo, que la adjudicación a su favor debe anularse.

Pasamos a exponer a continuación los fundamentos jurídicos de este recurso.

## **SEGUNDO.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-FORMALES**

### ***a) Acto recurrible***

La adjudicación de un contrato público -de un acuerdo marco- es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al apartado c) del art. 44.2 de la LCSP. De hecho este Tribunal inadmitió el recurso especial interpuesto por REPSOL contra la notificación de la invitación a la Subasta Electrónica y contra su celebración precisamente por considerar que todas *“las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”* (pág. 10 de la Resolución n.º 1259/2022 del TACRC), es decir, al resolver el presente recurso especial.

### ***b) Legitimación***

Mi representada está legitimada para interponer este recurso de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, por haber presentado oferta a los Lotes 1 y 2 del AM y porque, si se estimara el recurso, podría resultar adjudicataria. En efecto, la retroacción del procedimiento le permitiría ejercer su derecho a participar en la nueva subasta y, por tanto, mejorar su oferta económica, en igualdad de trato respecto de los otros licitadores. Nos remitimos en este punto a lo expuesto anteriormente en relación con el derecho de REPSOL a participar en la Fase 3 de subasta y que fue adquirido como consecuencia de haberse admitido su oferta en la Fase 2, derecho este esencial a efectos de la adjudicación de los Lotes 1 y 2.

*c) Plazo*

Tratándose de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo señalado en los apartados anteriores, el plazo para su interposición será de 15 días hábiles a partir del “*día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción*” (artículo 50.1.c) de la LCSP).

Dado que REPSOL tuvo conocimiento de la adjudicación mediante el anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el pasado 5 de diciembre, sin haber recibido una notificación individual, el presente recurso se presenta dentro del plazo legalmente establecido.

*d) Órgano competente*

El TACRC es competente para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación “*en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal*”, según el artículo 45.1 de la LCSP.

El acto objeto de recurso se dicta por el MINISDEF que es un poder adjudicador del sector público estatal conforme al artículo 3.2.a) de la LCSP. Por tanto, este Tribunal Administrativo Central resulta competente para conocer del recurso contra los dos actos recurridos.

**TERCERO.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES: ANULACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN POR LOS VICIOS EN LA NOTIFICACIÓN DE LA INVITACIÓN A PARTICIPAR EN LA SUBASTA**

**3.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: REQUISITOS PARA LA ANULACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO VICIADO DE DEFECTOS DURANTE EL PROCEDIMIENTO**

El acuerdo de adjudicación objeto de este recurso trae causa de actos anteriores dictados en el procedimiento de licitación y que están viciados de defectos constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho, lo cual impide la conservación de la propia adjudicación.

En efecto, según el artículo 47 de la Ley 39/2015, al que se remite expresamente el artículo 39 de la LCSP, son nulos de pleno derecho los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 47.1.a).

Pues bien, dos son los derechos fundamentales que asisten a REPSOL y que se han visto vulnerados en la licitación de los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco:

- (i) El **derecho a que no se le cause indefensión en el procedimiento** (art. 24.1 Constitución), lo cual sin embargo ha sucedido por los vicios de los que adolece la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica, que le impidieron acceder y conocer su contenido antes de que se celebrara y, por tanto, participar en ella. En este sentido cabe citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 448/2021, de 25 de marzo (RJ 2021/1334):

*“Y aunque el grueso de la doctrina constitucional sobre la incidencia que tienen las notificaciones defectuosamente practicadas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se ha forjado en el ámbito del proceso judicial, el propio máximo intérprete de la Constitución ha puesto de relieve que existen determinados supuestos en los que **este derecho puede verse afectado en el ámbito del procedimiento administrativo**, supuestos en los que la doctrina sentada en relación con los actos de comunicación procesal practicados por los órganos judiciales **resultará aplicable mutatis mutandis a las notificaciones de los actos y resoluciones efectuadas por la Administración**. Así sucede, en particular: a) **cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso** (...).*

*(...) hemos dicho que **"todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación" entre el órgano y las partes "no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido"** [Sentencia de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1408)]”.*

En este caso, los vicios en la notificación de la invitación a participar en la Subasta han impedido a REPSOL acceder al procedimiento de negociación del precio basado en la celebración de dicha subasta, derivándose de esta privación la imposibilidad de mejorar su oferta económica en los Lotes 1 y 2 y, por tanto, de no ser adjudicataria.

- (ii) El **derecho a la igualdad** (art. 14 Constitución), vulnerado desde el momento en que se celebró la subasta sin la participación de mi representada, pese a que esta había adquirido el derecho a participar en esa fase de negociación, clave para la adjudicación del contrato, por haber presentado una oferta válida; la mejor, de hecho, hasta que se celebró la subasta sin su presencia. El propio TACRC se ha pronunciado, entre otras, en su Resolución n.º 1188/2017, de 15 de diciembre, en el sentido de que la decisión de repetir la subasta “protege los principios de igualdad y no discriminación ya que el error de la plataforma impidió a uno de los licitadores contar con la información en tiempo real de lo que estaba sucediendo”. En este caso, la errónea notificación para participar a una subasta es equiparable a un error en la plataforma que sustenta su celebración.

Los vicios en las notificaciones causantes de indefensión obligan a anular los actos posteriores en el procedimiento. Así cabe citar, a título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 157/2021, de 8 de febrero (RJ 2021/709), que se apoya en otra del Tribunal Constitucional, sobre la anulación del acto que ponía fin a un procedimiento en el que la Administración había causado indefensión al interesado por los defectos en las notificaciones durante su tramitación:

*“No puede dudarse que esta falta de diligencia de la Administración demandada en la práctica de las notificaciones ha ocasionado una situación de indefensión material a la parte recurrente (...).*

*La misma conclusión se mantiene en la STC 70/2008 (FJ 7), esta vez en relación con un ulterior recurso en vía administrativa: “Pues bien, de la misma manera, la interposición por el sancionado y resolución por la Administración, del recurso de reposición contra el acuerdo sancionador, dictado sin ninguna intervención del interesado, no sirve para subsanar la omisión de las diligencias que hubieran hecho posible esa intervención para ejercitar en plenitud su derecho de defensa”.*

En el mismo sentido, también el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005/4307):

*“Otro tanto cabe decir de los vicios procedimentales en relación con la falta (...) de notificación para el levantamiento de actas de ocupación así como de las mismas actas puesto que **la nulidad acordada de la utilidad pública lleva consigo**, como expresamente se reconoce por la sentencia de instancia y se admite por el recurrente, **la nulidad de todas las consiguientes actuaciones expropiatorias incluida naturalmente las relacionadas con el levantamiento de las actas previas**”.*

En los apartados siguientes de este motivo detallamos los vicios en la práctica de la notificación de la invitación a la subasta electrónica, causantes de la indefensión y de la vulneración del derecho a la igualdad de trato que obligan a declarar la Adjudicación nula de pleno derecho.

### **3.2. EN CONCRETO, SOBRE LA DEFECTUOSA NOTIFICACIÓN**

La jurisprudencia de aplicación al caso -por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2021 (RJ\2021\1334), y en sentido análogo este TACRC en su Resolución n.º 080/2014, de 5 de febrero-, sintetiza los requisitos para que proceda anular los actos administrativos por desconocimiento de la notificación en dos:

1. *“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”* (FD Cuarto).



En el caso que nos ocupa, la Administración ha incumplido las reglas de notificación que aplican en el ámbito de la contratación pública y, en particular, las que debió seguir en la notificación de la invitación a participar en la Subasta Electrónica.

A ello dedicamos el motivo 3.3 siguiente.

2. “**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 aceptar la notificación” (FD Cuarto).

Tratándose de una notificación electrónica, el punto c) no aplica, por lo que nos centraremos en los otros dos en el motivo 3.4 siguiente.

### **3.3. LA NOTIFICACIÓN DE LA INVITACIÓN A PARTICIPAR EN LA SUBASTA ELECTRÓNICA INFRINGE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### ***a) Régimen jurídico de aplicación***

##### **a.1. Normativa y pliegos**

Las previsiones relevantes de la LCSP a efectos de este recurso son las siguientes:

- Los órganos de contratación “**difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos**” (artículo 63). Dicha difusión, no obstará la utilización de “**otros medios de publicidad adicionales en los casos que así se establezca**”. Vemos, por tanto, que la información sobre la actividad contractual está directamente vinculada con los **principios de transparencia y de libre competencia**.
- Uno de los datos que los licitadores deben poner en conocimiento del órgano de contratación a través de la entrega de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de las proposiciones, consiste en la “***designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de***

*contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares*” (artículo 140.1.a).4º LCSP).

- Por su parte, la citada Disposición adicional decimoquinta dispone lo siguiente:

*“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”.*

- **Dicha regla debe completarse con lo dispuesto en la Disposición adicional decimosexta de la LCSP, relativa a las normas a las que debe ajustarse el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos** en los procedimientos contemplados en la LCSP.

En particular, la letra e) de su apartado primero obliga a que *“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 cuanto a las **reglas para el envío de la invitación para participar en subastas electrónicas**, el artículo 143 de la LCSP establece lo siguiente:

*“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”.

Dichas concreciones de la norma específica han de completarse con las reglas de la norma general administrativa contenidas en la Ley 39/2015, de aplicación supletoria tal y como sostiene nuestra jurisprudencia, según exponemos en el apartado siguiente; en particular con:

- Las **condiciones generales para la práctica de las notificaciones** (artículo 41):
  - El interesado “**podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, pero no para la práctica de notificaciones**” (artículo 41.1).
  - Independientemente del medio por el que se realice la notificación (papel o medios electrónicos), las “**Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida**” (artículo 41.6).
- Asimismo, según el precepto que regula específicamente la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos (artículo 43), **solo hay dos medios electrónicos previstos normativamente** para efectuarlas:

*“1. Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo.*

*A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.*

*2. Las notificaciones por medios electrónicos **se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.***

*Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, **se entenderá rechazada cuando hayan***

**transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido**".

De este modo, resulta claro que, conforme a la normativa de aplicación, cualquier notificación que sea realizada por medios electrónicos, ha de cursarse bien mediante comparecencia electrónica, bien mediante la dirección electrónica habilitada o mediante ambas; y que se entenderá practicada en el momento en el que se produzca su acceso (esto es, en el caso que nos ocupa, el 28 de julio) o transcurridos 10 días desde la puesta a disposición, se haya accedido a ella o no.

En lo que respecta al PCAP, **el pliego rector de esta licitación no opta por la posibilidad prevista en el art. 140.1.a).4º de la LCSP relativa a la realización de las notificaciones mediante la dirección electrónica habilitada**. En efecto, en el PCAP no figura que la designación de una dirección de correo electrónico por parte de los licitadores sea para efectuar las notificaciones y que *"deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma"* (art. 140.1.a). 4º LCSP). En este sentido, el PCAP únicamente prevé:

- En genérico, que las comunicaciones en el procedimiento se realizarán *"por medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP"* (cláusula 11).
- En la cláusula relativa al *"modo de presentación de proposiciones de carácter electrónico"* (cláusula 18) y a estos efectos, que:
  - La licitación del AM *"tiene carácter electrónico"*, de modo que *"toda la documentación se presentará a través de la Plataforma de Contratación del Estado, a través de la «Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas», siendo la fecha de cierre de admisión de las mismas el día y hora fijados en el anuncio de licitación y en la Plataforma de Contratación del Sector Público"*.
  - Para utilizar dicha plataforma, los operadores económicos deben registrarse en ella y agregar esta licitación *"a su lista de favoritos, llamada «Mis Licitaciones»*. Esta acción *habilita el acceso del usuario a la Herramienta (...)"*.
  - *"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"* (regla esta que REPSOL ha cumplido

pues [REDACTED] es la dirección de correo electrónico incluida en el DEUC y en el perfil de usuario de REPSOL en la Plataforma de Contratación).

Por tanto, como puede apreciarse, **el PCAP no hace uso de la posibilidad de optar por la realización de notificaciones a través de la dirección de correo electrónico facilitada por los licitadores ni obliga al MINISDEF a habilitarla conforme a la disposición adicional decimoquinta.** Ello impide cursar las notificaciones a través de dicha dirección, por lo que, **en esta licitación, solo la comparecencia electrónica resulta un medio válido de notificación conforme a la LCSP y a la Ley 39/2015.**

Por lo demás, el PCAP obliga a que *“En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones que se hayan realizado para participar en la subasta electrónica, así como de las que han participado en la misma y las que no lo han hecho”* (cláusula 13, último párrafo de la Fase 3).

Ya hemos explicado anteriormente que el PCAP configura la participación en la subasta electrónica como potestativa pero que la tramitación del AM se basa en el procedimiento negociado y que precisamente *“en todos los lotes, la fase de negociación consistirá en la participación en la subasta electrónica”* (cláusula 13, primer párrafo de la Fase 3). En concreto, *“los licitadores que hayan presentado oferta válida pueden mejorar su oferta económica (que está contenida en el Sobre nº 2) mediante la participación en la subasta electrónica”* (cláusula 15, apartado 2). En efecto, durante la subasta los licitadores pueden mejorar la “prima de licitación” ofertada en la Fase 2, mediante la puja o pujas introducidas durante la celebración de ese acto conforme a las reglas de la cláusula 15 del PCAP. Por tanto, el derecho a ser invitado a la subasta, que se adquiere por parte del licitador que haya presentado una oferta en la Fase 2 calificada de admisible, es esencial a efectos de la adjudicación del contrato.

Finalmente, el propio PCAP en su cláusula 18 se remite a la Guía del Operador Económico en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la “**Guía del Operador Económico**”)<sup>1</sup>, según la cual *“los servicios de suscripciones se fundamentan en **el envío de un correo electrónico**, el cual **no es un medio fehaciente dado que no se puede garantizar la recepción y lectura del mensaje por su destinatario**”* (vid. página 87). Por lo demás, la Guía explica que la Plataforma de Contratación (vid. pág. 73):

---

<sup>1</sup> Puede consultarse en el siguiente enlace: [https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/f46c3a20-4517-4e54-aac3-dd3b2eb63f31/GuiaOperadorEconomico\\_v4.5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f46c3a20-4517-4e54-aac3-dd3b2eb63f31](https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/f46c3a20-4517-4e54-aac3-dd3b2eb63f31/GuiaOperadorEconomico_v4.5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f46c3a20-4517-4e54-aac3-dd3b2eb63f31)

- Ofrece tanto a los órganos de contratación como a los licitadores “*un servicio para el envío de notificaciones y comunicaciones en el desarrollo de un proceso de adjudicación*” (apartado 4.5 “*Mis comunicaciones*”, vid. página 73).
- **A través de ella**, en las licitaciones electrónicas los órganos de contratación pueden **enviar a los licitadores** “*invitaciones, requerimientos de subsanación, requerimientos de documentación, y notificaciones de adjudicación*” (vid. pág. 73).

#### a.2. Pronunciamientos relevantes

Nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa vienen declarando que el mero envío de un correo electrónico adjuntando el acto notificado no puede entenderse como una notificación válida y eficaz, pues este medio no permite a la entidad contratante acreditar la fecha y hora de su recepción. Esto es así, según los pronunciamientos a los que seguidamente nos referimos, incluso cuando el correo electrónico se recibe pero queda archivado automáticamente en una carpeta diferente a la del buzón de entrada (como en el caso objeto de este recurso). Esta conclusión se mantiene cuando el correo se dirige a la dirección comunicada por el licitador y aunque se haya usado previamente para atender otras notificaciones en la misma licitación. La consecuencia práctica es que no debería celebrarse ningún acto integrante de la notificación en estas circunstancias, sin que previamente haya quedado acreditado el acceso a su contenido por parte del interesado o, en su defecto, que se haya podido entender rechazada debido a la falta de acceso transcurridos 10 días naturales desde su puesta a disposición, por aplicación supletoria del art. 43.2 de la Ley 39/2015.

Así, este TACRC, en la reciente **Resolución n.º 117/2021**, de 12 de febrero, aborda un caso análogo al que nos ocupa, pues la notificación fue remitida al licitador por el órgano de contratación mediante correo electrónico y este fue recibido y automáticamente incluido en la carpeta electrónica de “*spam*” por el servidor del licitador. Además, en este supuesto esa dirección de correo electrónico del licitador ya se había utilizado anteriormente para atender otro requerimiento, pese a lo cual el TACRC estima el recurso por entender que la notificación no se realizó por las vías legalmente previstas en la D.A. 15ª de la LCSP y, en definitiva, no se pudo entender como practicada, con base en lo siguiente:

*“En el supuesto que nos ocupa, **no existe constancia de la publicación en el perfil del órgano de contratación** (no lo ha acreditado así el órgano de contratación). **Tampoco existe un rechazo de la notificación que deba tener por realizada ésta, al sentido del art. 43 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común** (aplicable sólo*

de manera supletoria) tanto en cuanto al mecanismo de notificación como a la acreditación de la puesta a disposición (...).

Así las cosas, **no parece que el aviso de requerimiento de aportación de documentación haya tenido notificación por las vías legalmente previstas**. Bien es verdad que **el cauce del correo electrónico del interesado se demostró, en el procedimiento, como un cauce de comunicación idóneo** pues, remitido al mismo el requerimiento para aportación de documentación para el desempate, aquél fue atendido.

**Sin embargo, alegada la falta de notificación, el órgano de contratación no puede acreditar que la misma se produjo, en términos legales. Es decir, no existe la posibilidad de oposición de la prueba de la notificación del mentado requerimiento.**

Por tanto, procede **estimar el recurso, anular el acto recurrido y retrotraer el procedimiento al momento anterior al requerimiento** del artículo 150.2 de la LCSP, para que se practique en debida forma con concesión de nuevo plazo”.

En el mismo sentido, el TACRC en su Resolución n.º 406/2018, de 23 de abril, también en un caso en el que el correo electrónico dirigido por la Administración quedó archivado automáticamente en una carpeta “spam”, no permite entender producida la notificación si no consta el acceso a su contenido:

**“Lo que en ningún caso es admisible es estimar producida la notificación por la mera constatación de la entrega en el buzón de la dirección de correo del acto notificado, cuando no hay constancia del acceso a su contenido, sin esperar a que trascurra el plazo en que la ley presume que la notificación ha sido rechazada por no accederse a su contenido.**

Toda vez que **la misma no se completó puesto que no hay constancia del acceso a su contenido sino meramente de su recepción**, como exige el artículo 43.2 de la LPACAP, **no se habría entendido realizado el requerimiento** hasta transcurridos cinco días naturales [10 días según la redacción actual del artículo 43.2 LPACAP] desde la puesta a disposición en la dirección de correo electrónico designada de la notificación sin acceder el interesado a su contenido, es decir el día 5 de febrero, momento en que, por estimar rechazada la notificación, hubiera de considerarse producido el trámite de requerimiento (...).”.



Igualmente esclarecedora es la Resolución n.º 863/2019, de 25 de julio, de este TACRC, que también enjuicia el caso de una notificación realizada mediante correo electrónico. Nótese además que los pliegos preveían la licitación electrónica, por lo que la consecuencia es la obligación de emplear la Plataforma de Contratación del Sector Público para realizar las notificaciones:

*“En vista de que los pliegos aplicables preveían que la licitación del presente contrato fuera electrónica, resultaba de especial trascendencia emplear el dispositivo previsto para efectuar notificaciones (que no es otro que la Plataforma de Contratación del Sector Público) a fin de acreditar de modo fehaciente tanto la fecha y la hora de los envíos, como la fecha y hora de su recepción, momento este último que constituye el dies a quo, o momento inicial en el cómputo de los distintos plazos para subsanar. Si bien en el expediente nada se indica en este sentido (...)*

*Sin embargo, prosigue el precepto, en casos como el presente en el que sólo se produjo una comunicación por vía correo electrónico el plazo debe computarse desde la recepción efectiva de la notificación por el interesado (...)”.*

*Lo anterior es consecuencia que el órgano de contratación nunca verificó que el mencionado requerimiento fuese recibido por la recurrente, y mucho menos indicó la fecha y hora de la recepción y que ello fue debido a que la forma de comunicación fehaciente empleada por el órgano de contratación resultó, aún en contra de su voluntad, ineficaz (...).*

*Incumbe al órgano de contratación acreditar no sólo el envío sino también la recepción de dicha comunicación y que se haga a través de la dirección de correo electrónico habilitada y no en cualquier forma”.*

En el mismo sentido, según la Resolución n.º 080/2014 de este TACRC:

*“Expuestas las líneas generales del régimen jurídico de aplicación, se extrae como conclusión que la notificación por medios electrónicos requiere del cumplimiento de requisitos técnicos y formales por ambas partes intervinientes, en tanto el emisor debe tener constancia de la recepción y el receptor debe emitir esa confirmación de la recepción (...).*

*Cuando en la notificación se han desconocido formalidades de carácter sustancial, en la medida en que éstas se consideran imprescindibles como medio para garantizar que la comunicación del acto o resolución tiene lugar, hay que presumir que estos no*



*han llegado a conocimiento tempestivo del interesado, causándole indefensión y lesionando, por tanto, su derecho a obtener la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836). Ahora bien, esta presunción admite prueba en contrario que, naturalmente, corresponde a la Administración (...), lo que sucedería, por ejemplo, cuando la Administración acredite suficientemente que el acto llegó a conocimiento del interesado*”.

La reciente **Resolución n.º 903/2022**, de 14 de julio, del TACRC nos recuerda que solo hay dos medios para efectuar las notificaciones electrónicas:

*“la Disposición adicional decimoquinta establece, con carácter exclusivo, cuáles deben ser los medios de comunicación utilizables en el ámbito de la LCSP. De ahí que el encabezamiento de la citada disposición lleve por título “Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley”.*

*En este sentido, su apartado 1, sólo prevé dos vías: “dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica” (“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica”).*

*Y, de acuerdo con la citada disposición adicional, nuestro legislador ha optado, siempre que se cumplan los requisitos fijados en la disposición adicional decimoquinta, por la de la remisión de la notificación (en caso de notificación mediante dirección electrónica habilitada) o desde la remisión del aviso de notificación (si fuera por comparecencia electrónica)”.*

A mayor abundamiento, la Resolución n.º 11/2019, de 11 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León nos recuerda la aplicación supletoria de la Ley 39/2015 y, en particular, del plazo de 10 días naturales para poder entender rechazada una notificación cuando el licitador no accede a su contenido:

*“Como ya se ha señalado la LCSP establece un sistema específico y concreto de notificación por medios exclusivamente electrónicos, si bien no regula el sistema a seguir en los casos en que el licitador no accede al contenido de la notificación, para lo cual, cabe aplicar, con carácter supletorio, el artículo 43.2 de la Ley 39/15, de 1 de octubre en cuanto a que las notificaciones realizadas en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada se entenderán practicadas cuando se acceda a su contenido, recogiendo asimismo que, en aquellos supuestos en los que la notificación*

*electrónica sea obligatoria, o hubiera sido elegida expresamente en el caso de los sujetos no obligados, **la notificación se entenderá rechazada si no se accede a la misma en el plazo 10 días naturales desde su puesta a disposición***".

Por último, sobre esta cuestión resultan esclarecedoras las consideraciones de la **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado** contenidas en su Informe 1/2018, de 2 de marzo de 2018, sobre diversas cuestiones relacionadas con las notificaciones electrónicas, pues en ella explica qué requisitos debe reunir la dirección de correo electrónico para que se considere habilitada a efectos de la LCSP y de la Ley 39/2015. Básicamente la Junta Consultiva entiende que la dirección de correo electrónico habilitada es "*consecuencia de un proceso específico que culmina con la habilitación concedida por la administración competente*" y que "*consiste en un sistema mediante el cual cualquier persona física o jurídica, tras solicitarlo cumpliendo con los requisitos técnicos pertinentes, dispone de una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones que por vía telemática pueda practicar las distintas Administraciones Públicas*".

Como puede apreciarse, en consonancia con lo anteriormente expuesto, la dirección de correo electrónico no puede utilizarse directamente como medio electrónico de notificación sin que reúna determinados requisitos. En concreto, debe haber sido habilitada por la Administración, lo cual significa que las notificaciones a través de ella deben permitir la constancia de la fecha y hora de su recepción o acceso, entre otros extremos.

#### ***b) Aplicación al caso***

La aplicación del régimen jurídico anteriormente expuesto al caso que nos ocupa supone lo siguiente:

- a) En esta licitación las comunicaciones se prevén por medios electrónicos, pero la entidad contratante no ha optado por la dirección electrónica habilitada como medio electrónico a efectos de practicar las notificaciones, pues el PCAP no contempla dicha opción en los términos dispuestos por el art. 140.1.a).4º de la LCSP, sino únicamente la obligación, para los licitadores, de designar una dirección de correo electrónico, dentro de la cláusula relativa al modo de presentación de las ofertas. De acuerdo con ello, en este expediente, el único medio electrónico de notificación posible es la comparecencia electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, que es el otro medio posible conforme a la D.A.15ª de la LCSP. Dicha comparecencia se articula mediante la puesta a disposición de la notificación en la Plataforma, acompañada del envío de un aviso a la dirección de correo electrónico comunicada por el interesado (D.A.15ª LCSP y art. 41.6 Ley 39/2015). Por tanto,

la utilización de la dirección de correo electrónico facilitada por el interesado como medio para realizar la comunicación de un acto que deba ser notificado con arreglo a las normas de contratación pública y a las normas administrativas, no sería válida, por no haberse previsto en el PCAP de este AM (solo la comparecencia electrónica lo es).

- b) En todo caso, las notificaciones en materia de contratación pública realizadas tanto mediante dirección electrónica habilitada como mediante comparecencia electrónica, deben **“poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado”**, entre otros extremos (D.A.16ª.1.e) LCSP). Sin embargo, la notificación de la invitación a la subasta electrónica no permitía al MINISDEF acreditar la fecha y hora de su recepción o acceso por REPSOL -ni previsiblemente por el resto de los licitadores- por cuanto el MINISDEF lo adjuntó directamente a un correo electrónico enviado desde su buzón:

- (i) Sin habilitar un enlace electrónico para acceder al documento que permitiese dejar constancia de esta actuación;
- (ii) Sin vincularse electrónicamente al perfil de usuario de cada licitador para este expediente en la Plataforma de Contratación, de forma que la fecha y hora de su envío, recepción y acceso no podían quedar registrados automáticamente en dicho perfil.

Dicho modo de proceder se aparta completamente de la invitación anterior a la presentación de oferta durante la Fase 2 anterior a la de subasta, pues en dicho caso:

- (i) Fue la Plataforma de Contratación -no el MINISDEF- quien envió el correo electrónico a los licitadores relativo a la invitación.
  - (ii) El correo electrónico contenía un enlace a la invitación -no la invitación como archivo adjunto-.
  - (iii) En definitiva, en dicho caso sí quedó registro en la Plataforma de Contratación de la fecha y hora de envío de la comunicación; del acceso a ella por parte de REPSOL; y de su contestación. Véase el **Documento 8** adjunto a este recurso.
- c) **La invitación a participar en la Subasta Electrónica es un acto que debe notificarse formalmente a través de los medios oficiales previstos normativamente** -en el caso de esta licitación, a través de la comparecencia electrónica- a los licitadores cuyas ofertas en la Fase 2 (Sobre n.º 2) hayan resultado admitidas, como es el caso de las ofertas de REPSOL

en los Lotes 1 y 2. Ello por cuanto se trata de un acto de trámite a través del cual los licitadores pueden ejercer un derecho esencial a efectos del resultado de la licitación: participar en la subasta electrónica y mejorar la oferta presentada en la Fase 2 anterior, de manera simultánea a las pujas de otros licitadores.

- d) La consecuencia de no haberse realizado la notificación a través de la comparecencia electrónica o, en todo caso, a través de un medio legalmente admisible que permita dejar constancia automática de la fecha y hora de su recepción, consiste en que **solo puede entenderse realizada dicha notificación en la fecha en que el licitador accede a su contenido o, en su defecto, en el plazo de 10 días naturales desde su puesta a disposición** (art. 43.2 Ley 39/2015, de aplicación supletoria en estos casos).
- e) De acuerdo con el propio TACRC en resoluciones análogas al caso que nos ocupa, **lo anterior no queda desvirtuado y, por tanto, no puede entenderse que la notificación se ha recibido en la fecha y hora de entrada en el buzón del licitador destinatario:**
- (i) Ni cuando el correo electrónico se recibe en el buzón correspondiente al correo electrónico facilitado por el licitador pero se archiva automáticamente en otra carpeta (Resoluciones n.º 117/2021 y n.º 406/2018), supuesto este que es el que nos ocupa pues ha quedado acreditado que:
- El correo electrónico enviado por el MINISDEF el 21 de julio de 2022 con la invitación a la Subasta como archivo adjunto, a la dirección facilitada por REPSOL a efectos de esta licitación, quedó archivado automáticamente en una carpeta distinta a la del buzón de entrada, prevista para un uso específico y residual, ajeno a esta licitación.
  - REPSOL no accedió al contenido de ese correo ni al de los correos posteriores por los que el MINISDEF le reiteraba la petición de acuse de recibo, ni al correo de la empresa externa gestora de la subasta con los detalles para la conexión y para la sesión de prueba, hasta el 28 de julio.
  - Dicho acceso se produjo antes del plazo de 10 días naturales.
- (ii) Ni a pesar de que la dirección de correo electrónico facilitada haya sido utilizada para atender requerimientos previos (Resolución n.º 117/2021). En el caso que nos ocupa, el MINISDEF había enviado otras notificaciones a la dirección facilitada por REPSOL en el DEUC para esta licitación. Sin embargo, REPSOL no había

contestado nunca desde esa dirección. Por el contrario, el contacto designado por REPSOL para esta licitación -D. [REDACTED] - utilizó siempre su propia dirección de correo electrónico corporativa en sus comunicaciones y respuestas al MINISDEF, mientras que esta Administración no envió la notificación a la Subasta ni las solicitudes de acuse de recibo, al propio correo de D. [REDACTED].

- f) **Si la notificación de la invitación a participar en la Subasta no podía entenderse realizada hasta el acceso a su contenido por parte de REPSOL o hasta el transcurso de 10 días hábiles desde su puesta a disposición, la Subasta no debió celebrarse.** En efecto, la LCSP prevé un plazo mínimo de dos días hábiles entre la invitación y la celebración de la subasta pero obviamente este plazo debe computarse conforme a las reglas para efectuar las notificaciones. Por tanto, solo cuando la invitación se notifica conforme a la LCSP, esto es, a través de la comparecencia electrónica o de la dirección electrónica habilitada, medios estos que deben permitir registrar el día y hora de su envío y de su recepción o acceso, el plazo de dos días hábiles computará desde que dicha notificación se recibe. Por el contrario, cuando la notificación no cumple estos requisitos, el plazo computará desde el acceso a la invitación o, en su defecto, desde el transcurso de 10 días naturales desde su notificación.
- g) **La consecuencia de la celebración de la Subasta en estas condiciones no es otra que la anulación de la adjudicación de los Lotes 1 y 2 para retrotraer el procedimiento al momento anterior, de forma que pueda tener lugar una auténtica fase de negociación del precio mediante la celebración de una nueva subasta.** Ello porque el defecto de notificación ha devenido insubsanable, al haberse materializado la privación a REPSOL de un derecho esencial que había adquirido en la licitación de los Lotes 1 y 2 de este expediente por haber sido invitado y admitido en este procedimiento negociado, a participar precisamente en la fase de negociación, fase esta determinante para la adjudicación pues es la que permite competir, simultáneamente y en igualdad de condiciones, para ofrecer el precio más bajo a la Administración.
- h) Recordemos que el precio es el único criterio de valoración de las ofertas en esta licitación. Por tanto, incluso desde la perspectiva del interés público concurrente, es la propia Administración la que ha resultado también perjudicada por el defecto de notificación y por la celebración de la subasta en estas circunstancias, pues la ausencia de REPSOL en los Lotes 1 y 2 ha mermado la presión competitiva a la baja de las pujas. A ello nos referimos en el motivo siguiente.

### *c) Conclusión*

En virtud de lo anterior, la adjudicación de los Lotes 1 y 2 debe anularse por defecto en la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica, defecto que ha devenido insubsanable al haberse celebrado sin que REPSOL pudiera participar y al haberse adjudicado dichos lotes a otros licitadores, lo cual vicia de nulidad el resultado de la propia Subasta, todo ello de conformidad con el artículo 47 de la Ley 39/2015.

### **3.4. PESE A HABER ACTUADO MI REPRESENTADA CON LA DEBIDA DILIGENCIA, NO PUDO ACCEDER AL CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN ANTES DE QUE LA SUBASTA SE CELEBRASE**

#### *a) Régimen jurídico de aplicación*

Una vez acreditada la infracción en el modo de practicar la notificación de la invitación a la Subasta Electrónica, en este apartado nos ceñiremos a invocar y aplicar a nuestro caso, las restantes condiciones exigidas por la jurisprudencia y doctrina administrativa para que proceda anular un acto mal notificado. Recordemos que dichas condiciones se resumen en el conocimiento del contenido del acto por parte del interesado y en la diligencia por parte de este y de la Administración con ocasión de ese trámite.

Pues bien, en este sentido, cabe citar dos pronunciamientos del Tribunal Supremo adicionales a la Sentencia, de 25 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal (RJ\2021\1334), con la que comenzábamos este motivo tercero del recurso:

- La Sentencia, de 16 de noviembre de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ\2016\6459) nos recuerda que, con independencia de si se cumplen o no las reglas para la práctica de las notificaciones, lo relevante es si el interesado tuvo conocimiento del acto:

*“Con carácter general se ha entendido que **lo relevante en las notificaciones no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas (...)** puesto que la finalidad constitucional, a la que antes se hacía mención, se manifiesta en que **su finalidad material es llevar al conocimiento de sus destinatarios los actos y resoluciones al objeto de que éstos puedan adoptar la conducta procesal que consideren conveniente a la defensa de sus derechos e intereses** y, por ello, constituyen elemento fundamental del*

*núcleo de la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada en el art. 24.1 de la Constitución española (CE )”.*

- La Sentencia, de 3 de marzo de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ\2016\1904) explica que el rechazo de una notificación equivale a que se tenga por efectuada; de ahí la importancia de respetar el plazo de 10 días naturales previsto en el art. 43.2 de la Ley 39/2015 mientras a la Administración no le conste la recepción de la notificación:

*“(…) la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación.*

*De ahí que, en el régimen de notificación de tan importante significado en el logro de una adecuada defensa de los administrados, se establezcan también ciertas exigencias para los destinatarios, de manera que el rechazo de la notificación realizada por el interesado o su representante implique que se tenga por efectuada la misma”.*

#### ***b) Aplicación al caso***

En el caso que nos ocupa:

- a) **Se ha acreditado que REPSOL no tuvo conocimiento del correo electrónico enviado por el MINISDEF el 21 de julio de 2022** adjuntando la invitación a la Subasta Electrónica y de su contenido, **hasta el pasado 28 de julio**. También se ha acreditado que REPSOL accedió a los correos posteriores del MINISDEF solicitando acuse de recibo de dicha notificación (correos de 22 y de 26 de julio), el 28 de julio. Lo mismo ocurre con el correo del gestor de la subasta, de 25 de julio, con los datos para participar en ella, así como con la solicitud de acuse de recibo de dicho mensaje enviada por el MINISDEF. Ninguno de estos mensajes fue conocido por REPSOL hasta el 28 de julio.
- b) **La causa del desconocimiento no radica ni en un incumplimiento ni en una falta de diligencia por parte de REPSOL**, quien:
  - (i) Revisó periódicamente su perfil de usuario para esta licitación en la Plataforma de Contratación, medio donde debían registrarse las notificaciones, durante la segunda quincena de julio de 2022, periodo en el que la Subasta debía celebrarse según la información oficial facilitada por el MINISDEF.

- (ii) Revisó igualmente el buzón de entrada del correo comunicado a efectos de notificaciones y también el de la persona designada como contacto en esta licitación, dirección electrónica esta que ya había sido utilizada para el intercambio de comunicaciones en esta licitación.
- (iii) Preguntó por la fecha de celebración de la subasta y contactó telefónicamente con el MINISDEF a estos efectos durante el mes de julio. La última vez fue el 28 de julio, momento en el que se le informó de que la Subasta Electrónica ya había tenido lugar.
- (iv) Accedió a la notificación del 21 de julio antes de que hubiera transcurrido el plazo de 10 días naturales para entenderla rechazada (el 28 de julio se produjo dicho acceso).
- (v) Puso en conocimiento del MINISDEF inmediatamente el error en la notificación y la necesidad de repetir la Subasta celebrada.

c) **Por el contrario el MINISDEF:**

- (i) Utilizó la dirección de correo electrónico comunicada por REPSOL, no para enviar un aviso ni un enlace de forma que en la Plataforma de Contratación pudiera quedar registrada automáticamente su recepción y acceso, sino para adjuntar directamente la invitación, lo cual le ha impedido poder acreditar la recepción o acceso al documento.
- (ii) Actuando de esa manera, se apartó completamente del modo de cursar la invitación a presentar oferta en la Fase 2.
- (iii) No publicó en la Plataforma de Contratación la fecha de la subasta, pese a tramitarse el AM mediante procedimiento negociado con publicidad; tampoco dio a conocer la fecha a los licitadores registrados en esta licitación a través de su perfil de usuario para este expediente en dicha Plataforma.
- (iv) Ante la ausencia del acuse de recibo del correo del 21 de julio y que **el propio sistema informático estaba generando mensajes automáticos de no confirmación de entrega** (“*el servidor de destino no envió información de notificación de entrega*”; véase el punto 11 del motivo primero), el MINISDEF no utilizó la dirección de correo electrónico del contacto de REPSOL declarado en el DEUC para esta licitación -D. ██████████ - pese a que ya había utilizado dicha dirección en otras comunicaciones previas a la invitación a la Subasta.



- (v) Tampoco impidió que la prueba previa del día 27 y que la subasta real del día 28 de julio se celebrasen, pese a no haber obtenido acuse de recibo de la invitación por parte de mi representada, ni tampoco el gestor de la subasta haber recibido respuesta, ni poder el MINISDEF acreditar la recepción o acceso o, en definitiva, conocimiento por parte de REPSOL de la convocatoria para la subasta, ni haber transcurrido 10 días naturales desde el 21 de julio (día de envío de las invitaciones a mi representada).

En estas circunstancias, se cumplen todos los requisitos para entender que los defectos de notificación obligaban, en la práctica, a entender que esta no se había producido pues el destinatario -mi representada- no había accedido a su contenido; y el motivo no radica en su falta de diligencia sino que ha sido el MINISDEF quien, notificando defectuosamente a través de un medio electrónico no válido y omitiendo la publicación del día de la subasta o su comunicación a través de la Plataforma de Contratación, así como ignorando la falta de acuse de recibo y el aviso a la persona designada como contacto por parte de mi representada mediante la dirección de correo electrónico previamente utilizada a estos efectos, ha impedido a REPSOL conocer la invitación, participar en la Subasta Electrónica y, en última instancia, devenir adjudicatario del contrato.

### ***c) Conclusión***

En virtud de lo anterior, la adjudicación de los Lotes 1 y 2 debe anularse por defecto en la notificación de la invitación a participar en la subasta electrónica, defecto que ha devenido insubsanable al haberse celebrado sin que REPSOL pudiera participar y al haberse adjudicado dichos lotes a otros licitadores, lo cual vicia de nulidad el resultado de la propia Subasta, todo ello de conformidad con el artículo 47 de la Ley 39/2015.

### **CUARTO.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES: VULNERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SELECCIONAR LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA**

La adjudicación de los Lotes 1 y 2 vulnera asimismo otro precepto legal: se trata del artículo 1.1 de la LCSP, en lo que respecta a la obligación de “*selección de la oferta económicamente más ventajosa*” y que viene igualmente consagrada en el artículo 67.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Esa obligación se traduce en que los órganos de contratación deben garantizar que el procedimiento de licitación, en su concepción y en su desarrollo efectivo, les permita seleccionar la mejor oferta. Ello en conexión clara con la “*eficiente utilización de los fondos destinados a (...) la adquisición de bienes*” que también ordena el art. 1.1 LCSP.

Dado que el procedimiento elegido para licitar el Acuerdo Marco consiste en el negociado con publicidad y que la fase de negociación se lleva a cabo exclusivamente a través de la celebración de una subasta electrónica para mejorar el precio inicialmente ofertado, resulta claro que la privación del derecho a REPSOL de participar en ella le ha impedido mejorar su oferta y ha resultado en que los licitadores restantes apenas han tenido que rebajar las suyas iniciales para dejarlas ligeramente por debajo de la formulada por REPSOL antes de la Subasta Electrónica. Así, los importes inicialmente ofertados por los licitadores en los Lotes 1 y 2 fueron los siguientes (*vid. pág. 5 del Documento 2*):

Lote	Empresa	Importe de valoración	Oferta válida	Importe máximo de valoración
1	Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. Y Esergui Disteser, S.L.	4.138.782,20 €	Sí	4.138.782,20 €
	Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.,	4.136.936,81 €	Sí	
2	Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A.U.	263.424,25 €	Sí	263.424,25 €
	Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.	263.387,93 €	Sí	

En la celebración de la Subasta, los precios ofertados fueron los siguientes (*vid. pág. 6 del Documento2*):

RESULTADOS DE LA SUBASTAS ELECTRÓNICAS REALIZADAS EL 28/07/2022		
Lote 1 10:00 horas		Importe de Valoración Ofertado €
1ª	UTE ESTACIONES DE SERVICIO DE GUIPÚZCOA S.A ESERGUI DISTESER S.L.	4.086.000,00 €
2ª	REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.	NO PARTICIPÓ EN LA SUBASTA
Lote 2 10:45 horas		Importe de Valoración Ofertado €
1ª	DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS S.A.U.	253.387,93 €
2ª	REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.	NO PARTICIPÓ EN LA SUBASTA

Como puede apreciarse, apenas hubo rebaja del precio durante la fase de Subasta respecto del precio inicial ofertado por REPSOL para cada Lote 1 y 2. En particular, en el caso del Lote 1,

mejora económica equivale a 1,2% de rebaja respecto de la oferta de REPSOL y, (ii) en el Lote 2, al 4% de rebaja respecto de la oferta de REPSOL para dicho lote.

De haberse permitido a REPSOL ejercer su derecho a participar en la Subasta celebrada, se habría permitido una auténtica negociación entre los dos licitadores admitidos en cada lote. Lo contrario ha supuesto que no haya habido negociación alguna, impidiendo así una real y efectiva concurrencia y, en definitiva, la selección de la oferta económicamente más ventajosa en ambos lotes. Por este motivo también la adjudicación de los Lotes 1 y 2 ha de anularse (art. 48.1 Ley 39/2015).

#### **QUINTO.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES: LA OFERTA DEL ADJUDICATARIO DEL LOTE 1 DEBIÓ EXCLUIRSE**

Según lo expuesto en el punto n.º 26 del motivo primero, dos son los defectos graves e insubsanables en este momento procedimental, que afectan a la documentación aportada por Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. y por Esergui Disteser, S.L. (“UTE EESS Guipúzcoa - Esergui”). Estos defectos impedían la adjudicación del contrato a su favor, razón por la que debe estimarse este recurso y, por tanto, el acto recurrido anularse. En concreto:

##### **1. Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. y Esergui Disteser, S.L. no presentaron la documentación administrativa (Sobre 1) conforme a lo exigido en el PCAP**

Como hemos ya adelantado, entre la documentación obrante en el expediente de licitación remitida por el MINISDEF, se encuentran los DEUC presentados en el Sobre 1 por las sociedades integrantes de la futura UTE que ha resultado adjudicataria del Lote 1. Pues bien, en los dos DEUC respectivos no se han cumplimentado ninguno de los datos de la parte 4 del DEUC relativos a la solvencia económica y financiera, y a la técnica o profesional. El hecho de que una de ellas -Esergui Disteser, S.L.- haya declarado estar “clasificada” o de que en una fase posterior (antes de la adjudicación) se hayan aportado determinados certificados de experiencia no exime de la obligación de rellenar este bloque entero de información requerida en el DEUC y en los propios pliegos; y desde luego no sirve para entender aportada toda la información acreditativa de los criterios de solvencia exigibles.

Sobre esta cuestión, **la cláusula 17 del PCAP requiere que los licitadores aporten en el Sobre 1 el DEUC, en el que constará que “la empresa o empresas que formen en su caso la UTE, tienen personalidad jurídica y capacidad de obrar suficiente, solvencia económica, financiera, técnica o profesional exigida para el AM”.**

Pese a observarse con claridad que los DEUC presentados por las empresas integrantes de la UTE no acreditan la solvencia económica y financiera, ni técnica o profesional (solo por el menor volumen de páginas de estos DEUC comparados con los de otros licitadores ya llama la atención), no consta que este grave defecto se haya subsanado, por lo que se ha adjudicado el Lote 1 a quien no ha acreditado cumplir con la solvencia mínima requerida en el momento procedimental oportuno, esto es, al tiempo de solicitar participar en esta licitación.

El propio TACRC ha considerado válidas las exclusiones de licitadores por no haber cumplimentado debidamente el DEUC, con base en lo siguiente: *“aunque un criterio antiformalista debe conllevar a permitir la subsanación del DEUC, lo que **no puede aceptarse es convertir el DEUC en un mero trámite sin incidencia alguna**, cuyas afirmaciones puedan ser modificadas con posterioridad a la presentación de las ofertas”* (Resolución n.º 40/2021, de 8 de enero, o en su más reciente Resolución n.º 1034/2022, de 9 de septiembre).

En sentido análogo, según la Resolución n.º 757/2022, de 23 de julio, del TACRC:

*“La explicación ofrecida en el recurso no se sostiene, pues se limita a citar de manera parcial el contenido de un requerimiento de subsanación que, leído en su totalidad, se presenta como suficientemente claro para que los licitadores cumplimenten correctamente el documento. Todo ello al margen de que la presentación de un DEUC indicando que no se cumplen los criterios de selección requeridos, en el trámite de subsanación, no parece tener una justificación razonable, y no permite al órgano de contratación más opción que excluir al licitador que declara no cumplir los requisitos exigidos para concurrir al procedimiento de licitación. **No puede considerarse este enfoque como excesivamente formalista, teniendo en cuenta, en primer lugar, que los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, y como tal deben interpretarse según el sentido propio y literal de sus cláusulas si no dejan duda sobre su interpretación** (por todas, Resolución n.º 366/2020, de 12 de marzo, con cita de otras anteriores). (...).*

*Por otro lado, no cabe obviar **una cuestión que trasciende de lo meramente formalista, como es la importancia del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia**. Como hemos dicho en previas resoluciones, la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los poderes adjudicadores el cumplimiento de unos requisitos de capacidad y solvencia, que garantizan la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada, exigencias que se conforman como una **condición sine qua non cuyo incumplimiento justifica la exclusión de la licitación**, a fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público (Resolución n.º 309/2020, de 5 de marzo, con cita de otras precedentes). Pues bien, en el presente caso, **pese a la claridad del pliego y del requerimiento de subsanación en este punto, la recurrente no ha justificado cumplir, a través del contenido del DEUC, los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para concurrir a la licitación**”.*

En definitiva, la Junta de Contratación del MINISDEF tendría que haber procedido a la exclusión de la oferta presentada por la UTE Esergui – Esergui Disteser, por los motivos expuestos, so pena

de incurrir en una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y de las más elementales normas de adjudicación de los contratos públicos, por lo que la Resolución de adjudicación del Lote 1 debe anularse por este motivo.

**2. Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. y Esergui Disteser, S.L. no aportaron la documentación exigida para poder adjudicarles el AM, por lo que su oferta debió entenderse retirada, sin poderse adjudicar el Lote 1 a su favor**

Adicionalmente, también se ha podido comprobar que no constan en el expediente de esta licitación los certificados de estar al corriente de pago con la Administración Tributaria emitidos en favor de las dos sociedades mercantiles agrupadas bajo el compromiso de constituir una UTE (Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. y por Esergui Disteser, S.L.).

En este sentido, la Cláusula 20 del PCAP obliga al licitador que haya presentado la mejor oferta, a aportar la siguiente documentación en el plazo de 10 días hábiles:

*“b) Certificación positiva expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (...)*

*En caso de UTE, cada una de sus componentes deberá cumplir estos requisitos”.*

No debemos olvidar que el hecho de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias (lo cual se acredita con el certificado positivo que no ha sido aportado) constituye uno de los supuestos de prohibición de contratar establecidos en el artículo 71.1 LCSP. Por tanto, nos encontramos nuevamente ante un requisito para poder contratar sustantivo; no meramente formal.

**Las consecuencias** de no haber aportado dicho documento en plazo son las ordenadas en los artículos 150.2 LCSP y 33.1 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad:

- (i) Se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.**
- (ii) Se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.**

El TACRC lo confirma en sus pronunciamientos, de los cuales citamos los siguientes a los meros efectos ilustrativos:

- Resolución n.º 68/2014, de 28 de enero:

*“No puede, en este contexto, olvidarse que, en el caso de que dichas circunstancias hubieran, efectivamente, variado y, por ende, la apariencia formal declarada por el certificado no se correspondiera ya con la realidad, el licitador se encontraría, atendida la doctrina sentada en la ya citada Resolución 33/2010 de este Tribunal, incurso en prohibición de contratar, por lo que si el contrato llegase a serle adjudicado estaría viciado de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.b) TRLCSP.*

*Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto, no es otro que afirmar la legalidad de la actuación administrativa pues la Resolución decretando el desistimiento de la licitadora, EMPRESA MONFORTE, S.A., se ajusta a las previsiones contenidas en el artículo 151.2 in fine del TRLCSP, y, del mismo modo, la adjudicación a favor de la siguiente empresa goza del amparo legal en este precepto”.*

- Resolución n.º 1213/2022, de 13 de octubre:

*“En cuanto a las deudas tributarias detectadas en esta consulta realizada con posterioridad por el órgano de contratación, no pueden admitirse las explicaciones ofrecidas por el licitador. Este aporta un justificante bancario de pago de fecha 19 de julio de 2022, de la única deuda que él afirma tenía pendiente en ese momento, pero dada la trayectoria seguida por el licitador (pago puntual-detección de deudas vigentes), dicho pago, no excluye la existencia de otras aún pendientes. Ítem más, esa no es la forma de acreditar la ausencia de deudas tributarias, sino la aportación de la certificación positiva de la Agencia Estatal de Administración Tributaria -medio de acreditación recogido en el PCAP (cláusula 12.1 h) y expresamente aceptado por el licitador al presentar su oferta- de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1 del RGLCAP, el cual señala: «Las circunstancias mencionadas en los artículos 13 y 14 de este Reglamento se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente», prueba fehaciente de la concurrencia de las circunstancias enumeradas en el citado precepto, frente a la que no puede prevalecer el justificante bancario del pago de una concreta deuda tributaria. Previamente a adoptar el acuerdo de tener por retirada la oferta de GLOBAL RUSALKA, S.L. y declarar desierta la licitación, el 28 de julio de 2022, se efectúa en tal fecha nueva consulta por la Junta de Contratación, que obtiene resultado negativo. La propia recurrente afirma que con posterioridad al 26 de julio sobrevino nueva deuda que procedió a satisfacer el día 5 de agosto de 2022, mediante transferencia bancaria, aportando justificante del pago con el escrito de recurso. De acuerdo con lo expuesto, ha de desestimarse por esta causa el recurso y dado que procede tener por retirada la oferta de la recurrente, se hace innecesario el examen del otro motivo de impugnación alegado”.*

- Resolución n.º 1051/2016, de 16 de diciembre:

*“En definitiva, los certificados que se aportan con el recurso podrían haber servido para acreditar el cumplimiento del requisito ante el órgano de contratación si se hubieran presentado dentro del plazo de diez días concedido al efecto en fecha 2 de agosto de 2016. Atendido que lo han sido más de dos meses después de la notificación del requerimiento para subsanación, en aplicación de la doctrina transcrita, no puede considerarse cumplido el requerimiento de subsanación y, por tanto, la exclusión se ajusta a Derecho”.*

**En suma, por los motivos expuestos, debió entenderse que Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A. y Esergui Disteser, S.L. habían retirado su oferta y por tanto no haberse**

**adjudicado el Lote 1 a su favor.** Por ello debe anularse la adjudicación recurrida, ordenándose la retroacción del procedimiento respecto a este lote.

A la vista de lo anterior,

**SOLICITO** que se tenga por interpuesto recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo de la Junta de Contratación del MINISDEF contenido en el Acta n.º 951 de 2 de diciembre de 2022, por el que se adjudican los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco:

1. Se anulen estas adjudicaciones y se ordene la retroacción del procedimiento para que, notificándose correctamente la nueva fecha de celebración de la subasta electrónica, se invite válidamente a los licitadores y, entre ellos, a REPSOL, a participar en una nueva subasta respecto de dichos lotes.
2. En todo caso, se anule la adjudicación del Lote 1 ordenándose la inadmisión de la oferta del adjudicatario y la retroacción del procedimiento.

**PRIMER OTROSI DIGO** que, de acuerdo con el artículo 53 de la LCSP, se solicita que se **mantenga la medida cautelar de suspensión automática** de la adjudicación de los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, con arreglo a los siguientes fundamentos:

- a) **De la ponderación de intereses en juego resulta que debe acordarse la suspensión, pues esta medida evitaría perjuicios tanto a mi representada como a la propia Administración.** El propio TACRC suspendió ya el procedimiento con ocasión del recurso especial n.º 1132/2022 contra la notificación de la invitación a la subasta electrónica y contra su celebración, accediendo a la solicitud de mi representada al respecto, por entender que *“el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del recurso pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse de la continuación por sus trámites del procedimiento de contratación, son de difícil o imposible reparación, por lo que procede suspender cautelarmente éste hasta el momento que se dicte la resolución del recurso”*. Si la causación de daños graves e irreversibles podía apreciarse cuando solo se había celebrado la Subasta Electrónica, con mayor motivo concurre aún dicho riesgo pues, una vez adjudicado el contrato, si se levantara la suspensión de la adjudicación, se permitiría su firma y por tanto la realización irreversible de las prestaciones contractuales a las que mi representada aspira de manera legítima. Por el contrario, la suspensión de la adjudicación permitiría, ante una



estimación de este recurso, retrotraer el procedimiento para celebrar la subasta electrónica con la participación de mi representada, con el claro beneficio para el aumento de la presión competitiva en la formulación de las ofertas para dichos lotes y, en definitiva, con el beneficio evidente para la Administración, que vería incrementadas sus posibilidades de obtener un precio menor que el propuesto por un licitador sin dicha presión.

- b) **Hay una apariencia razonable de buen derecho en este recurso:** según lo expuesto, el TACRC ha declarado que las irregularidades respecto a la notificación de la invitación a participar en la subasta y la celebración de esta, pueden conocerse en el recurso especial contra la adjudicación, lo cual constituye precisamente el objeto de este escrito. Además, las circunstancias expuestas evidencian que la Administración incumplió sus obligaciones en la práctica de la notificación de la invitación señalada. De hecho, la tramitación del recurso n.º 1132/2022 ha confirmado que no consta en el expediente y por tanto la Administración no puede acreditar, documento alguno que acredite la recepción de la invitación por parte de REPSOL. De hecho, figura lo contrario: que el servidor de REPSOL no confirmó dicha recepción. En estas circunstancias, la suspensión únicamente vendría a impedir la formalización de un contrato (Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco) cuya ejecución causaría un daño irreparable a mi representada.

**A ESTE TACRC NUEVAMENTE SOLICITO** que tenga por realizada la manifestación anterior a los efectos de **MANTENER LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA** de la adjudicación de los Lotes 1 y 2 del “*Acuerdo Marco de suministro de combustibles líquidos para el Ministerio de Defensa en el territorio nacional*”, en el expediente de contratación 2021/JCMDEF/00000096E de referencia.

Por ser de justicia que se pide en Madrid, a 28 de diciembre de 2022.

  
Fecha: 2022.12.28 14:25:17 +01'00'

D.   
**REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.**