

Recursos 400/2018, 402/2018 y 444/2018**Resolución 132/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de abril de 2019

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de octubre de 2018 y contra los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria de 31 de octubre y 28 de noviembre, ambos de 2018, adoptados todos ellos en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel”» (Expte. 34/2018), convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de abril 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 26.925.487 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación de este contrato, se han interpuesto y resuelto por este Tribunal varios recursos especiales en materia de contratación. En concreto, el Recurso 242/2018 interpuesto por la entidad ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A. contra la exclusión de su oferta, que fue desestimado en la Resolución 270/2018, de 28 de septiembre; el Recurso 285/2018 interpuesto por la entidad MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U. contra el informe de valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, que fue inadmitido por la Resolución 283/2018, de 16 de octubre; el Recurso 286/2018 interpuesto por la entidad GAIA LALIN ARENA, S.L. contra la exclusión de su oferta, que fue inadmitido por este Tribunal en la Resolución 284/2018, de 16 de octubre, y el Recurso 292/2018 interpuesto por la entidad VALLSPORT CIUDAD JARDÍN, S.L. contra la exclusión de su oferta, que fue desestimado en la Resolución 285/2018, de 16 de octubre, dictada por este Órgano.

CUARTO. La mesa de contratación, en sesión de 29 de octubre de 2018, formuló propuesta de adjudicación del contrato a la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U.



El Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria aceptó el acta de la mesa de contratación de 29 de octubre, mediante acuerdo adoptado el 31 de octubre y adjudicó el contrato a la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. (BPXPORT, en adelante) mediante acuerdo de 28 de noviembre de 2018.

No consta que el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de octubre de 2018 haya sido notificado a SERVIOCIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L. (SERVIOCIO, en adelante). Respecto a los acuerdos del Pleno también impugnados, la notificación del primero a SERVIOCIO se efectuó mediante escrito con fecha de registro de salida del Ayuntamiento el 8 de noviembre de 2018, sin que conste la fecha de su recepción. Asimismo, la recepción de la notificación del segundo acuerdo por parte de SERVIOCIO tuvo lugar el 12 de diciembre de 2018, extremo este que sí consta en la documentación remitida por el órgano de contratación.

QUINTO. SERVIOCIO ha presentado tres recursos especiales en el registro telemático de la Junta de Andalucía, dirigidos a este Tribunal: el primero tuvo entrada el 21 de noviembre de 2018 y ha sido tramitado con el número 400/2018, interponiéndose contra el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de octubre de 2018; el segundo tuvo entrada el 22 de noviembre de 2018, ha sido tramitado con el número 402/2018 y se ha interpuesto contra el acuerdo del Pleno de la Corporación de 31 de octubre de 2018, y el tercero tuvo entrada el 17 de diciembre de 2018, se ha tramitado con el número 444/2018 y se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del Pleno de 28 de noviembre.

SEXTO. De los tres recursos se dio traslado al órgano de contratación quien remitió, previo requerimiento de la Secretaría de este Órgano, la documentación pertinente para su resolución. Asimismo, se cumplimentó en los tres recursos el trámite de alegaciones a los interesados, habiéndolas efectuado BPXPORT respecto a los tres recursos y MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U. respecto al último recurso.



SÉPTIMO. El Tribunal, en sesión del Pleno de 2 de abril de 2019, acordó de oficio proceder a la práctica de prueba, consistente en la solicitud de informe sobre determinados extremos relacionados con la presentación electrónica de las proposiciones, a la Plataforma de Contratación del Sector Público, a través de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica.

La citada Subdirección general de la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda emitió, el 4 de abril de 2019, el informe solicitado con el resultado que obra en las actuaciones.

Mediante escritos de 10 de abril de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del citado informe al órgano de contratación, a la entidad recurrente y a los licitadores personados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular, en su caso, alegaciones, habiéndose recibido las realizadas por el órgano de contratación, SERVIOCIO y BPXPORT.

OCTAVO. En la tramitación de los tres recursos, con carácter general, se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, los actos impugnados corresponden a un contrato promovido por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de los tres recursos especiales del convenio a



tales efectos formalizado, el 5 de diciembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y dicho Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, este Tribunal dispone la acumulación de los recursos números 400/2018, 402/2018 y 444/2018, al ser este Órgano quien tramita y resuelve los tres y guardar todos ellos, entre sí, identidad sustancial e íntima conexión, al impugnarse sustantivamente el mismo acto y por la misma entidad recurrente.

TERCERO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición de los tres recursos dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO. Procede ahora determinar si los recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

Cada uno de los recursos se dirige formalmente contra acuerdos diferentes, uno de ellos de la mesa de contratación y los dos restantes del Pleno del Ayuntamiento, si bien en los tres casos el acto sustantivamente impugnado es el mismo, a saber, la indebida admisión de BPXPORT.



Los tres acuerdos formalmente recurridos se han dictado en el procedimiento de adjudicación de un contrato calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares como concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

Por tanto, los tres recursos cumplen lo estipulado en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP, si bien solo uno de ellos puede ser admitido para su resolución en cuanto al fondo, pues no es posible impugnar sustantivamente el mismo acto reproduciendo idéntica controversia en tres escritos sucesivos.

En el supuesto analizado, los tres recursos combaten materialmente la indebida admisión de BPXPORT -entidad propuesta para la adjudicación por la mesa de contratación y finalmente adjudicataria en virtud del acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2018- por haber presentado su oferta a las 20:01 horas del último día del plazo, el cual finalizaba a las 20:00 horas.

Al respecto, hemos de partir del hecho de que la admisión de la adjudicataria por las razones invocadas en los recursos es un acto que no se ha adoptado, ni en el acuerdo de la mesa de 29 de octubre por el que se realiza la propuesta de adjudicación a BPXPORT, ni en el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 31 de octubre por el que se acepta dicha propuesta.

La citada admisión fue acordada por la mesa de contratación en sesión de 28 de mayo de 2018 al estimar que BPXPORT presentó su oferta en plazo y, si bien en aquel momento SERVIICIO no gozaba de legitimación para impugnar la decisión de admitir a la después adjudicataria -toda vez que había más licitadores en el procedimiento y la eventual estimación de un recurso no le hubiera reportado en aquel momento una ventaja cierta en orden a la adjudicación-, lo cierto es que ahora impugna aquella admisión con ocasión de otros actos (propuesta de adjudicación y aceptación de dicha propuesta) que no comprenden implícitamente el acto materialmente impugnado, es decir, no se



refieren en absoluto a la admisión de la oferta propuesta como adjudicataria por su presentación en plazo.

Lo anterior aboca necesariamente a que, en supuestos como el examinado, el único recurso posible sea el que se interponga contra la adjudicación, aun cuando el motivo en que aquel se funde sea el de indebida admisión de la oferta adjudicataria. De hecho, hasta la incorporación en la nueva LCSP de este acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, la única opción posible era impugnar formalmente la adjudicación para alegar la indebida admisión del licitador seleccionado, y la nueva ley no impide que siga haciéndose así, pues, salvo que la admisión se notifique fehacientemente a los licitadores potencialmente recurrentes antes de concluir el procedimiento - posibilidad remota teniendo en cuenta que ni siquiera es frecuente que se notifique la exclusión de licitadores u ofertas antes de la notificación de la adjudicación-, seguirá siendo posible impugnar con ocasión del recurso contra la adjudicación el acto de admisión del licitador adjudicatario o de su oferta, al igual que sucede con el acto de exclusión de licitadores o de ofertas.

Con base en lo expuesto, han de inadmitirse los recursos tramitados con los números 400/2018 (interpuesto contra el acuerdo de la mesa de 29 de octubre por el que se realiza la propuesta de adjudicación a BPXPORT) y 402/2018 (interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 31 de octubre por el que se acepta dicha propuesta), debiendo resolver únicamente en cuanto al fondo y previo examen del requisito del plazo para su interposición, el recurso 447/2018 interpuesto contra el acuerdo de adjudicación a BPXPORT, al que denominaremos en adelante “el recurso”.

Al hilo de lo anterior y a efecto de dejar zanjada la controversia, ha de darse oportuna respuesta a las alegaciones del órgano de contratación y de BPXPORT en las que afirman que, al haberse interpuesto el recurso pasados más de seis meses desde que SERVIOCIO tuvo conocimiento del acta de la mesa de contratación de 28 de mayo de 2018, ha prescrito su derecho a recurrir.



Al respecto, tanto el órgano de contratación como la interesada aducen que no sirve de justificación, para no haber impugnado antes la admisión de BPXPOR, la supuesta falta de interés legítimo de SERVICIO. Así el informe al recurso señala que *“La justificación que otorga para no haberlo hecho antes es que hasta ese momento del procedimiento carecía de interés para ello, lo cual no es cierto ya que al ser una licitadora puede recurrir cualquier acto de trámite que le afecte(...)”* y BPXPOR, en sus alegaciones, dice que *“la legitimidad para recurrir un acto, en este caso de la mesa de contratación, no puede venir dada solo por el hecho de quedar segundos en un procedimiento de licitación, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes; lo contrario supondría que la admisión de cualquier adjudicatario pudiera ser cuestionada incluso tras dicha adjudicación por el licitador que haya quedado en segundo lugar, pese a que ese licitador (...) no haya recurrido ni cuestionado la admisión cuando se adoptó”*.

Pues bien, este Tribunal (Resolución 280/2018, de 10 de octubre) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores *“habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso”*.

En el sentido expuesto, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que, analizando la procedencia del recurso interpuesto por un licitador contra el acto de admisión de otro, afirma que *“(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los*



recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. También en términos parecidos se pronuncian otros Tribunales de Recursos Contractuales, como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo.

Y es que siendo el recurso especial un mecanismo ágil y eficaz que permite corregir decisiones de los poderes adjudicadores en un momento del procedimiento en que todavía es posible la corrección de la infracción (artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, conocida como Directiva de recursos), se corre el peligro de que este instrumento ágil pueda perder su virtualidad y entorpecer o ralentizar el curso de los procedimientos de adjudicación si, en cualquier momento de la licitación, cualesquiera decisiones de los poderes adjudicadores pudieran ser impugnadas por cualesquiera licitadores, sin analizar antes la concurrencia en estos últimos de un interés legítimo en el sentido que viene reconociendo nuestra jurisprudencia de interés cierto y concreto, no meramente potencial o hipotético.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de todo licitador que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicatario, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *“presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien*



alega su legitimación , y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.”

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, la admisión ha de tratarse de un acto de trámite cualificado que debe reunir los requisitos del precepto.

Lo anterior conduce a que no puedan prosperar las alegaciones del órgano de contratación ni de BPXPORT respecto a la existencia de legitimación en SERVIOCIO para impugnar la admisión acordada por la mesa de contratación en su sesión de 28 de mayo de 2018, toda vez que una eventual estimación del recurso frente a este acto no hubiera reportado a SERVIOCIO un beneficio cierto y real -sino meramente hipotético o potencial- en orden a la adjudicación del contrato, pues existían otros licitadores admitidos además de BPXPORT, siendo imposible individualizar un interés legítimo para recurrir en una fase tan incipiente de la licitación, donde la admisión de la empresa posteriormente adjudicataria en modo alguno incidía en aquel momento, directa ni indirectamente, en la adjudicación, ni producía indefensión o perjuicio irreparable a los intereses legítimos de SERVIOCIO y mucho menos determinaba la imposibilidad de esta empresa de continuar en el procedimiento.

Así las cosas, en la medida que SERVIOCIO carecía de interés legítimo para impugnar el acuerdo de la mesa de 28 de mayo de 2018, solo podía ejercer su derecho al recurso contra la admisión en el momento de ostentar legitimación adecuada para ello, que, en el supuesto analizado, fue cuando se acordó la adjudicación del contrato a BPXPORT y dicho acto le fue notificado.

El hecho de que la ahora recurrente no cuestionara la admisión de la adjudicataria cuando dicho acto se adoptó por la mesa en su sesión de 28 de mayo de 2018 no implica en modo alguno que lo consintiera, porque ni tenía



entonces legitimación para impugnarlo, ni dicho acto había adquirido firmeza porque tampoco le había sido formalmente notificado (sobre tal cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 9/2019, de 17 de enero, a propósito de la impugnación de un acto de exclusión).

Por tanto, impedir, en estas circunstancias, el acceso al recurso contra la resolución de adjudicación -para instar la exclusión de la empresa adjudicataria- por quien ostenta legitimación para impugnarla (SERVIOCIO, al estar clasificada su oferta en segundo lugar después de la de BPXPORT) supondría una restricción ilegal e injustificada de su derecho de defensa.

Por cuanto se ha argumentado, resulta procedente y debe admitirse el recurso 447/2018 interpuesto contra el acuerdo de adjudicación a BPXPORT, al que denominaremos en adelante “el recurso”.

QUINTO. Respecto al plazo de interposición, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que *“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.”

En el supuesto analizado, aunque se tomara como fecha a partir de la que se inicia el cómputo del plazo para recurrir el 28 de noviembre de 2018 -día en que se dictó el acuerdo de adjudicación impugnado-, el recurso presentado en el registro telemático de la Junta de Andalucía, dirigido al Tribunal, el 17 de diciembre de 2018, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

SEXTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

SERVICIO solicita la anulación de la adjudicación del contrato y la exclusión de BXPOR de la licitación, así como que se proponga y acuerde la adjudicación a su favor.

Funda su pretensión en que la adjudicataria presentó su proposición, según se desprende del acta de la mesa de 28 de mayo de 2018, a las 20:01:47 horas del último día del plazo, siendo la hora límite según el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) las 20:00 horas.

Por tal razón, la recurrente considera que la presentación de la oferta fue extemporánea, sin que se haya acreditado en el expediente de contratación la existencia de problemas técnicos en la Plataforma de Contratación de Sector Público que hubiesen motivado la presentación fuera de plazo. Asimismo, alega que el hecho de que la oferta se comenzase a presentar a través de dicha Plataforma antes de la hora límite de finalización del plazo es irrelevante porque las ofertas tienen carácter receptivo.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso argumentando que, si otras tres ofertas no pudieron tener entrada en la Plataforma y por ello fueron inadmitidas mientras que las de BXPOR y otro



licitador han sido admitidas en la citada Plataforma, ello es porque la presentación de estas dos últimas fue válida y tuvo lugar antes de las 20 horas del día 23 de julio de 2018. Manifiesta que ello es así, aun cuando la concreción de la presentación y justificación de las proposiciones haya tenido lugar pasados 1,47 minutos en el caso de BPXPORT y 33 minutos en el caso del otro licitador, pues tal justificación ha podido retrasarse por múltiples razones como que permanezcan en procesamiento más tiempo de lo habitual u otras razones de índole técnica.

Añade el órgano de contratación que otro elemento en defensa del criterio adoptado por la mesa es que la Plataforma, a partir de las 20:00 horas, debió permanecer cerrada a este procedimiento y no permitir la presentación de ofertas, por lo que si existen algunas aceptadas, como sucede en el presente caso, resulta procedente su admisión a la licitación, sobre todo en base al principio de interpretación restrictiva de las causas de inadmisión y en garantía de la concurrencia de licitadores.

Por su parte, BPXPOR, en sus alegaciones al recurso, se pronuncia en términos parecidos a los del órgano de contratación, reproduciendo en este sentido las consideraciones efectuadas por la mesa de contratación en orden a la presentación de su oferta.

En el examen de la controversia hemos de partir de un hecho no discutido y aceptado por las partes y es que, según consta en el acta de la mesa de contratación de 28 de mayo de 2018, BPXPORT presentó su oferta de forma electrónica el 23 de mayo de 2018 (último día del plazo) a las 20:01:47, siendo la hora límite las 20:00 horas como establece la cláusula 27 del PCAP *“Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva, se presentarán a través de los servicios de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Estado, hasta las 20:00 horas del día señalado en el anuncio de licitación (...)”*



La mesa de contratación, en la citada sesión de 28 de mayo de 2018, acuerda por unanimidad la admisión de BPXPORT, haciendo constar que “(...) aunque la hora de presentación de dos de los licitadores [entre ellos, BPXPORT] sobrepasa la hora límite para ofertar (en 1 y 33 minutos respectivamente), teniendo en cuenta que la aplicación informática de la propia Plataforma de Contratación del Estado las ha admitido, por lo que (sic) se desprende que iniciaron la entrega de documentación antes de las 20 horas (...)”.

Pues bien, a la vista del contenido del acta de la mesa que hemos transcrito y de los motivos esgrimidos en el recurso, en el informe del órgano de contratación y en las alegaciones presentadas por BPXPORT, este Tribunal, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 56.4 de la LCSP, acordó en sesión plenaria solicitar informe a la Plataforma de Contratación del Sector Público, a través de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, sobre los siguientes extremos:

1. Si en el día 23 de mayo de 2018 se produjeron problemas técnicos atribuibles al funcionamiento de la propia Plataforma que pudieran haber impedido la presentación en plazo de la oferta de BPXPORT y en su caso, en qué hora/s exacta/s se produjeron las incidencias y duración de las mismas.
2. Si técnicamente es posible el registro de una oferta a través de los servicios de licitación electrónica de esa Plataforma, una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones. Es decir, si técnicamente es posible que la oferta de BPXPORT se haya preparado y presentado en plazo, y que se haya registrado un minuto después de la finalización del mismo.

En contestación a tal solicitud, la citada Subdirección de la Dirección General de Patrimonio del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda, responde a las dos cuestiones planteadas en los términos que a continuación se transcriben:

Cuestión primera:



“Se constata que el día 23 de mayo de 2018 se recibieron 88 presentaciones electrónicas y se publicaron anuncios correspondientes a 773 procedimientos de contratación y a 497 contratos menores, datos que se pueden verificar en <https://contrataciondelestado.es>. Todas estas operaciones precisan inequívocamente la disponibilidad de los servidores de la PLACSP. En relación con este procedimiento concreto, se han presentado 10 ofertas, 9 de las cuales se presentaron el mismo día 23 de mayo.

Estos datos acreditan que en ningún caso se produjo una indisponibilidad de la PLACSP. Se confirma que hubo una saturación de la base de datos en la franja horaria de las 12:00h a las 15:00h, pero no lo suficientemente crítica como para provocar una interrupción de los servicios. De hecho, una de las presentaciones se realizó dentro de la franja horaria indicada, en concreto a las 12:26. Convendría hablar, pues, de cierta degradación en la prestación normal del servicio que afectó a alguno de los nodos de la PLACSP y siempre circunscrita al intervalo temporal señalado. Si el servicio hubiera estado interrumpido no hubiera sido posible la recepción de aquella oferta.

Por otro lado, no consta la existencia de contacto alguno por parte de BPXPORT a la dirección de soporte a usuarios operadores económicos de la PLACSP, licitacionE@hacienda.gob.es. Lo habitual en circunstancias similares es que el licitador que remita a esta dirección un correo detallando los incidentes experimentados en la preparación de su oferta. Al menos, esas son las recomendaciones que figuran en la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para Empresas”.

Cuestión segunda:

“Sí es posible que una oferta se registre en los servidores de la PLACSP una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas. Sin embargo, la segunda pregunta que realiza el Tribunal, y que pretende ser una precisión de la primera, parte de una asunción incorrecta, y es que presentar y registrar son diferentes. Por lo tanto, se debe aclarar que no es posible que una oferta se pueda registrar fuera de plazo habiéndose presentado en plazo.

(...) es necesario exponer unas cuestiones básicas sobre las características y el funcionamiento de la Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas de la PLACSP (en adelante, la Herramienta).

La Herramienta es un artefacto único por licitación e idéntica para todos los licitadores que concurren al procedimiento, y se estructura en virtud de la configuración que el órgano de contratación haya establecido en la PLACSP para poner a disposición de los candidatos los



pliegos por medios electrónicos. Sin embargo, el fichero electrónico de la oferta que se genera mediante la Herramienta es distinto por licitador, dado que los documentos que adjunta y los medios de firma electrónica difieren entre ellos.

Desde la perspectiva funcional, la Herramienta es un aplicativo que se descarga en el equipo local del usuario, después de haber accedido a la PLACSP (<https://contrataciondelestado.es>), en concreto, al espacio que ésta habilita a cada licitación de interés del licitador, llamado “Mis Licitaciones” donde, además de la susodicha Herramienta, puede encontrar información contractual sobre el procedimiento en cuestión. Ello significa que cuando se produce la descarga de la Herramienta para comenzar la preparación de la oferta, el licitador está trabajando exclusivamente en local, a expensas de su equipo y de las características técnicas que lo amparen, no existiendo conexión o necesidad de canal telemático alguno con los servidores de la PLACSP. Los requisitos técnicos necesarios para licitar electrónicamente con la PLACSP vienen descritos en la “Guía de Servicios de licitación Electrónica para Empresas” (en adelante, “la Guía”).

Conviene aclarar que la descarga de la Herramienta por el licitador es posible hasta el último segundo del plazo de presentación de ofertas, por lo que, si bien la Herramienta deja de estar disponible una vez expirado el plazo, la posibilidad de remisión de su oferta, incluso con carácter extemporáneo, no se impide por la PLACSP, considerando que no es ésta sino la mesa de contratación la que ostenta la competencia exclusiva de inadmitir una oferta a consecuencia de su extemporaneidad. Dicho de forma resumida: no se puede iniciar la fase de preparación de la oferta una vez transcurrido el plazo pero sí se puede proceder al envío de la oferta ya preparada.

Por otra parte, la descarga de la Herramienta es un primer paso en la preparación de la oferta, pero ni mucho menos el único o el más importante. El último paso es el envío.

Durante la preparación de la oferta el usuario cumplimenta datos, sube ficheros y procede a la firma de los mismos y de los sobres que los contienen si así lo ha dispuesto el órgano de contratación. Todas estas operaciones las realiza en su equipo local, sin necesidad de conexión, por lo que una hipotética indisponibilidad de la PLACSP no le afectaría en ningún caso.

Circunscribiéndonos al caso de BPXPORT, el licitador descarga la Herramienta el día 22 de mayo de 2018 a las 9:06:06. No vuelve a descargarla en ninguna ocasión más, por lo que desde ese momento hasta que pulsa el botón Enviar para remitir su oferta (en torno al plazo de expiración) no precisa la conexión a la PLACSP. Ello quiere decir que, ni siquiera la degradación del servicio que se produce entre las 12:00 h y las 15:00 horas del 23 de mayo de 2018 tuvo impacto alguno en la preparación de su oferta.



Como culminación de la fase de preparación en su equipo, el licitador debe proceder a la remisión de la documentación mediante canal telemático para depositar los sobres electrónicos (fichero electrónica de la oferta) en los servidores de la PLACSP. En el momento del depósito o recepción sí se produce la conexión con la PLACSP, custodiando ésta los sobres bajo su exclusiva responsabilidad.

Cuando la PLACSP recibe la oferta electrónica genera un justificante de presentación al licitador, susceptible de almacenamiento e impresión, y cuya veracidad la otorga una Autoridad de Sellado de Tiempo Cualificado, la FNMT-RCM, como tercera parte de confianza, que toma como fuente de tiempo segura la del Real Observatorio de la Armada, que proporciona la base de la hora legal en todo el territorio nacional. En el caso de la oferta del licitador BPXPORT es el 23 de mayo de 2018 a las 20:01, y así se muestra en el justificante de presentación. El momento en que pulsó el botón “Enviar” en la Herramienta no puede considerarse en ningún caso como fecha de presentación de oferta porque no habría fehaciencia posible al emplear una fuente de tiempo, la de su equipo, fácilmente manipulable.

En este sentido, y puesto que esta cuestión resulta determinante, cabe destacar que dependiendo del volumen de información que quiera transmitir el licitador y de la capacidad de su canal telemático (velocidad de subida), la remisión de la oferta puede demorarse varios minutos. Por lo tanto, las acciones de pulsar el botón Enviar en la Herramienta (fin de la fase de preparación de la oferta) y la de recibir los servidores de la PLACSP el fichero electrónico de la oferta (inicio de la fase de presentación) no son en ningún caso simultáneas, como en cualquier otra aplicación en la que se requiera subida de documentación. La fecha y hora que puede certificar PLACSP como de presentación de ofertas, y que figura en el justificante, sólo puede ser aquélla en la que recibe los archivos. Por establecer un símil, nunca se consideraría como fecha de presentación de documentación el instante en el que el administrado sale de su casa o lugar de trabajo para encaminar sus pasos hacia el registro físico”.

Pues bien, hemos de partir de que el informe técnico transcrito expone hechos objetivos y constatables y no meras interpretaciones sobre la presentación electrónica de las proposiciones en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Sobre esta base, y a efectos de resolver la controversia, hemos de tener en cuenta los siguientes hechos y/o datos:

1. No hubo indisponibilidad de la Plataforma en el día en que BPXPORT presentó su oferta. Hubo una saturación de datos en la franja horaria de las 12 a



las 15 horas pero sin interrupción del servicio (de hecho una de las proposiciones de la licitación se presentó a las 12:26, es decir, en ese intervalo), sin que tampoco conste que BPXPORT contactara con la dirección de soporte a usuarios operadores económicos de la Plataforma para resolver incidencia alguna.

2. La preparación y presentación de ofertas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectúa mediante una herramienta que es un aplicativo que el licitador se descarga en su equipo local. Por tanto, en esta fase de preparación de la proposición, el licitador actúa a expensas de su equipo, sin conexión o necesidad de canal telemático con los servidores de la Plataforma.

La descarga de la herramienta en el equipo local es posible hasta el último segundo del plazo de presentación de ofertas y deja de estar disponible expirado el mismo. Por tanto, una vez transcurrido el plazo, no se puede iniciar la fase de preparación de la oferta pero sí es posible el envío de la oferta ya preparada.

3. Una vez que el licitador prepara la oferta en su equipo local, debe remitirla mediante canal telemático para depositar los sobres electrónicos en los servidores de la Plataforma y cuando esta recibe la oferta electrónica genera un justificante de presentación al licitador cuya veracidad es otorgada por una Autoridad de Sellado de Tiempo Cualificado.

4. La acción de “enviar” la oferta y la de “recibir” la misma en los servidores de la Plataforma no es simultánea. La fecha y hora que puede certificar la Plataforma como de presentación de ofertas solo puede ser aquella en que se reciben los archivos.

Por tanto, a la vista de estos datos y tal como constata el informe, solo es posible concluir que la oferta de BPXPORT se recibió a las 20:01 del 23 de mayo de 2018 -como lo muestra el justificante de presentación- aun cuando hubiera podido enviarse antes de las 20:00 horas. En este punto, el símil utilizado en el



informe resulta muy ilustrativo, en el sentido de que nunca podría considerarse fecha de presentación de una oferta en un registro físico el instante en que el licitador encamina sus pasos hacia dicho registro.

Además, también queda constatado que no hubo indisponibilidad ni interrupción del servicio en la Plataforma el día 23 de mayo de 2018 y que, además, en la franja horaria en que hubo saturación de datos (de 12:00 a 15:00 horas), al menos un licitador presentó oferta en el procedimiento examinado (a las 12:26), sin que por lo demás dicha saturación afectase o tuviese impacto alguno en la preparación de la oferta por BXPOR, que descargó la herramienta en su equipo local el 22 de mayo a las 9:06:06 y desde entonces hasta que la envió poco antes del plazo de expiración, no precisó conexión a la Plataforma.

La oferta de BXPOR se ha presentado, pues, fuera de plazo. El argumento de la mesa de contratación de que el inicio de la entrega de documentación habría sido antes de las 20:00 horas, no desvirtúa el hecho objetivo, irrefutable y constatado de que la presentación de la proposición se produjo un minuto y 47 segundos después.

Frente a esta evidencia, no pueden acogerse tampoco las consideraciones que realizan el órgano de contratación y la adjudicataria. No se aprecia la contradicción alegada por la recurrente entre lo que dice la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para Empresas (*“ADVERTENCIA: la Herramienta de preparación y presentación no estará disponible una vez alcanzada la fecha (y hora) final de presentación de ofertas. Transcurrida esta fecha, podrá visualizar lo presentado o preparar documentación correspondiente a otra fase (por ejemplo, subsanaciones o requerimientos de documentación)”*) y lo que señala el informe emitido por la Plataforma a solicitud de este Tribunal, pues este solo afirma que la herramienta de preparación y presentación no puede descargarse una vez expirado el plazo, es decir, que no puede prepararse la oferta transcurrido el plazo, lo que no impide el envío de la ya preparada.



Tampoco puede asumirse la alegación del órgano de contratación de que la “presentación de la documentación” se identifica con el hecho de “enviar” -lo cual se ha efectuado en plazo- aunque el registro de la misma en el sistema haya sido un minuto más tarde. El propio informe de la Plataforma señala con claridad meridiana que presentar y registrar no son acciones diferentes y que *“Por lo tanto, se debe aclarar que no es posible que una oferta se pueda registrar fuera de plazo habiéndose presentado en plazo”*.

Pero es que, a mayor abundamiento, y pretendiendo cerrar ya una controversia que ha quedado suficientemente clarificada a la luz del informe analizado, la afirmación del órgano de contratación de que *“enviar la oferta”* y *“presentar la oferta”* son términos que se identifican, no se sostiene a la luz del significado de ambos verbos en el diccionario de la Real Academia Española:

- Enviar: Hacer que [alguien o algo] se dirija o sea llevado a alguna parte
- Presentar: Hacer manifestación de algo, ponerlo en la presencia de alguien.

Enviar es dirigir hacia alguna parte y supone una acción previa a presentar que es cuando algo se manifiesta o pone en presencia de alguien. En el supuesto controvertido, el envío de la oferta no supone su presentación porque dicha documentación aún no se ha puesto de manifiesto en ningún sitio o lugar, sino que está en camino.

SÉPTIMO. Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la oferta de BPXPORT fue presentada electrónicamente fuera de plazo por causas no imputables al funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público, la consecuencia irremediable, aunque el retraso haya sido por solo un minuto, es su inadmisión. Lo contrario, supondría una vulneración del principio de igualdad de trato entre licitadores y una infracción de los propios pliegos rectores de la contratación, los cuales vinculan tanto a los licitadores como al órgano de contratación, quien se autolimita en su facultad de apreciación, una vez definidas las condiciones de la licitación.



El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que “(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”.

Sobre la inadmisión de las ofertas presentadas fuera de plazo, la doctrina de los tribunales es unánime. En un supuesto similar al presente donde se analizaba el caso de una oferta recepcionada en el registro de Correos un minuto después a la finalización del plazo de presentación de ofertas, este Tribunal (Resolución 190/2015, de 19 de mayo,) señaló que “(...) atendiendo al caso concreto, no se aprecia la concurrencia de circunstancias especiales o extraordinarias que justifiquen el retraso en la presentación de su oferta, sino que la recurrente intenta justificar este retraso en atención al tiempo empleado por el personal de Correos y a un posible adelanto del reloj de la Oficina, eventualidades que no acredita en modo alguno. Por ello, como señalaba el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 17/2012, de 15 de febrero, la recurrente debió prever las posibles circunstancias que podían dar lugar a demora en la presentación de la oferta y por ello personarse en las dependencias de Correos con la debida antelación.



Además, siendo este un procedimiento de concurrencia competitiva donde existen plazos que afectan simultáneamente a todos los licitadores, como el caso del plazo para presentar ofertas, el hecho de ampliarse injustificadamente el plazo a un único licitador sería contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP”.

A la vista de las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso y anular la adjudicación a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta adjudicataria por presentación fuera del plazo establecido en los pliegos y en el anuncio, con continuación del procedimiento y, en su caso, adjudicación del contrato conforme a los términos establecidos en los pliegos que rigen la licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación 444/2018 interpuesto por la entidad **SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L.** contra el acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria de 28 de noviembre de 2018, adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel”» (Expte. 34/2018), convocado por el citado Ayuntamiento, y en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda en los términos señalados al final del fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Inadmitir los recursos especiales en materia de contratación 400/2018 y 402/2018 interpuestos por la misma entidad contra el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de octubre de 2018 y contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria de 31 de octubre de 2018, respectivamente.



TERCERO. Levantar la suspensión automática del procedimiento, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

QUINTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

