

Recurso 327/2018**Resolución 68/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **F.D.S.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 4 de septiembre de 2018, por el que se excluye su proposición del procedimiento de licitación del acuerdo marco denominado *“Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco por procedimiento abierto con uno o con varios empresarios y con varios criterios de adjudicación”* (Expte. 00069/ISE/2018/SC), respecto de los lotes 583, 610, y 650, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la actual Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de agosto de 2018 se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 9 de agosto de 2018, se publicó el referido anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea número 2018/s 152-349730.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 52.000.000,00 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento 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, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 4 de septiembre de 2018, se toma el acuerdo de excluir, entre otras, la proposición de la persona física F.D.S. (en adelante FDS), exclusión que le fue notificada mediante escrito formalizado el mismo 4 de septiembre, aunque no consta en el expediente recibido ni la fecha de remisión ni de la notificación.

Dicha persona, el 11 de septiembre de 2018, presenta en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su proposición. El citado escrito de recurso, dirigido al órgano de contratación, fue presentado a través de la oficina de Correos sucursal número 2 de Mijas (Málaga), el 6 de septiembre de 2018, sin que conste en el plazo correspondiente comunicación de ello a este Tribunal.

El recurso, remitido por el órgano de contratación, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 17 de septiembre de 2018, acompañado del informe al mismo, del expediente de contratación, del listado de entidades licitadoras con



los datos necesarios a efecto de notificación y de las alegaciones a la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 26 de septiembre de 2018, se solicita a la recurrente FDS que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el día siguiente.

QUINTO. Por resolución de este Tribunal, de 2 de octubre de 2018, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente, respecto de los lotes 583, 610, y 650.

SEXTO. El 15 de octubre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado para ello.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso 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 46.1 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los 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.

El objeto de licitación es un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado asciende a 52.000.000,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la proposición adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».*

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, el 4 de septiembre de 2018, fue notificado mediante escrito formalizado el mismo 4 de septiembre, aunque no consta en el expediente recibido ni la fecha efectiva de remisión ni de notificación; no obstante, aun cuando se tome como fecha en la que ha tenido conocimiento de la posible infracción la citada de 4 de septiembre, el recurso especial presentado el 11 de septiembre de 2018 en el registro del órgano de contratación, se ha



interpuesto dentro del plazo legal señalado.

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

Como se ha expuesto, la proposición de la recurrente fue excluida por la mesa de contratación en sesión celebrada el 4 de septiembre de 2018 por lo siguiente: *«La proposición ha sido recibida por el Órgano de Contratación con posterioridad a la fecha y hora de terminación del plazo señalado en el anuncio de licitación como final de presentación de proposiciones, sin que conste la comunicación de su presentación en el Servicio de Correos en el mismo día, mediante télex, fax, telegrama o correo electrónico a la dirección indicada en el anuncio de licitación, según se establece en éste y en el PCAP».*

La recurrente interpone el presente recurso contra dicho acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su proposición, solicitando que, con estimación del mismo, se resuelva anular dicho acto.

Para enervar la exclusión de su proposición, la recurrente afirma que todos los trámites para la presentación de su proposición se han efectuado dentro del plazo establecido para ello en el cláusula 9.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Procede pues analizar la controversia para determinar si fue ajustada a Derecho la exclusión de la proposición de la persona física FDS, ahora recurrente.

En este sentido, la recurrente expone que el 26 de agosto de 2018, día previo al



de finalización del plazo de presentación de ofertas, envía su proposición a través de la sucursal número 2 de la oficina de Correos de Mijas (Málaga), mediante carta certificada. Asimismo, indica que el 28 de agosto de 2018, recibe un correo electrónico del órgano de contratación en el que se le solicita, según manifiesta, que se formalice el trámite de su proposición y se adjunte justificante de correos. Así las cosas, señala que el día 29 de agosto de 2018 comunica a través de dicho correo electrónico la proposición junto con la imposición del justificante de correo.

A su juicio, queda acreditado que existen dos correos electrónicos anunciando la proposición, el primero de fecha 26 de agosto de 2018, y el segundo de fecha 29 de agosto de 2018; éste último indica que obedece al requerimiento recibido y que se ha subsanado en tiempo y forma, por lo que cumple y se encuentra dentro del plazo establecido en el párrafo quinto de la cláusula 9.1 del PCAP.

De lo expuesto en los dos párrafos anteriores, la recurrente manifiesta adjuntar copia en los documentos números 2, 3 y 4 de su escrito de recurso.

Por su parte, el órgano de contratación respecto a lo alegado por la recurrente confirma lo expuesto por ella anteriormente respecto a los hechos que relata, salvo en lo relativo a la comunicación de 26 de agosto de la que no se pronuncia.

Pues bien, la citada cláusula 9.1 del PCAP -lugar y plazo de presentación- dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Cuando las proposiciones se envíen por correo, la persona empresaria deberá justificar la fecha de imposición del envío en las Oficinas de Correos y anunciará la remisión de su oferta al órgano de contratación, en el mismo día, mediante fax o telegrama remitido junto con el justificante de la imposición en correos al número del registro general y/o a la dirección de de correo electrónico que se indiquen en el anuncio de licitación.

Transcurridos, no obstante, cinco días naturales siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la proposición, ésta no será admitida en ningún caso.».



Dichos párrafos de la cláusula 9.1 suponen un desarrollo de lo establecido en el artículo 80 del RGLCAP, donde se regula la forma de presentación de la documentación comprensiva de la proposición, estableciendo en lo que aquí interesa en su apartado 4 que *«Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. También podrá anunciarse por correo electrónico, si bien en este último caso sólo si se admite en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.*

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio.

Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso.».

Así pues, la cuestión relativa a la forma de presentación de las proposiciones queda regulada en el artículo 80 del RGLCAP y en los pliegos que rigen el procedimiento y que una vez devienen firmes al no haber sido impugnados, constituyen la ley del contrato, y por tanto han de respetarse los requisitos y el procedimiento fijado en los mismos si, como es el caso del expediente de referencia, fueron libremente aceptados por las entidades licitadoras, entre las que figura la ahora recurrente, que no los impugnaron.

En este sentido, en lo que aquí interesa, la finalidad del precepto -artículo 80.4 del RGLCAP- es regular la presentación de las ofertas por Correos estableciendo una norma específica consistente en anunciar al órgano de contratación por télex, fax o telegrama la remisión por correo de las proposiciones, justificando la fecha de imposición del envío, de tal suerte que sin la concurrencia de ambos requisitos -fecha de imposición del envío en Correos y anuncio al órgano de



contratación- no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo de presentación de ofertas señalado en el anuncio de licitación.

Asimismo, el precepto dispone que aun cumpliéndose ambos requisitos si la documentación se recibe después de diez días naturales -cinco en el supuesto que se examina- de la indicada fecha límite de presentación de ofertas, no será admitida en ningún caso. Y ello, con objeto de salvaguardar los principios de celeridad en el procedimiento y el de igualdad de trato entre las entidades licitadoras.

En definitiva, lo decisivo es la recepción por el órgano de contratación de la respectiva proposición, siendo los requisitos relativos a la fecha de imposición del envío en Correos y el anuncio a dicho órgano de contratación así como la ampliación en diez naturales para la recepción de la documentación, elementos incidentales que cumplen la finalidad de resolver la falta de inmediatividad entre la presentación y recepción que se da en la remisión a través de correo y que no existe en la formulación ante el órgano de contratación, en la que ambos actos -presentación por la entidad licitadora y recepción por el órgano de contratación- se producen de forma simultánea.

En el sentido expuesto se han manifestado, entre otros Tribunales, el Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en su Resolución 340/2014, de 30 de abril, así como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en sus informes 39/1998, de 16 de diciembre, 38/1999, de 12 de noviembre, 7/2000, de 11 de abril, 51/2007, de 29 de octubre y 61/2007, de 24 de enero de 2008, a propósito tanto del artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado como del vigente artículo 80.4 del RGLCAP.

En el supuesto examinado, se ha de partir de determinados hechos no controvertidos, esto es que la fecha de finalización del plazo de presentación era



el 27 de agosto de 2018. Asimismo, queda acreditado que la recurrente presentó su proposición en Correos el 26 de agosto de 2018 y que la misma no tuvo entrada en el registro del órgano de contratación hasta el 28 de agosto de 2018, un día después de finalizar el plazo de presentación de ofertas . Sin embargo, no consta en el expediente remitido a este Tribunal, ni ha podido acreditar la recurrente que anunció al órgano de contratación la imposición del envío de su proposición en Correos en el mismo día de su presentación -26 de agosto-, como exige la cláusula 9.1 del PCAP y el artículo 80.4 del RGLCAP.

Así las cosas, por la recurrente se aceptó el contenido del PCAP, y aun así le anunció al órgano de contratación la fecha de imposición del envío en Correos dos días naturales después de la finalización del plazo de presentación de ofertas -el 29 de agosto-, y ello al ser requerida por el órgano de contratación al que no le constaba dicho anuncio en el plazo previsto en el citado pliego.

En efecto, FDS conocía el contenido de los pliegos y aceptó las condiciones de participación en el procedimiento, entre las cuales figuraba la forma de presentación de las proposiciones cuando las mismas se envían por Correos, habiendo quedado acreditado, como se ha expuesto anteriormente, circunstancia que no se discute por las partes, que la recurrente anunció al órgano de contratación la fecha de imposición del envío en Correos dos días naturales después de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Como se indicaba, entre otras, en las Resoluciones 306/2016 y 309/2016, ambas de 2 de diciembre, en la 13/2017, de 27 de enero y en la 21/2018, de 31 de enero, de este Tribunal, resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, cuando señala que *«la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que*



resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultanea por todos los licitadores».

En definitiva, pues, al señalar la cláusula 9.1 del PCAP que cuando las proposiciones se envíen por correo, la entidad licitadora deberá justificar la fecha de imposición del envío en las oficinas de Correos y anunciar la remisión de su oferta al órgano de contratación, en el mismo día, mediante fax o telegrama remitido junto con el justificante de la imposición en correos, y quedar consignado en el expediente que dicho anuncio al órgano de contratación se produjo no en el mismo día, sino dos días naturales después de la finalización del plazo de presentación de ofertas, es este el único dato que puede considerar este Tribunal, el cual no puede dar por válida la presentación de la proposición de la ahora recurrente, pues, independientemente de que únicamente fuese por dos días, la presentación de la oferta se realizó después de la fecha límite fijada al efecto en el citado PCAP.

Si en el plazo fijado, la persona licitadora incumple el requisito de anunciar al órgano de contratación la remisión de su oferta junto con el justificante de la imposición en Correos, la consecuencia es la inadmisión de la proposición, no pudiendo la empresa licitadora continuar en el procedimiento y sin que la remisión de dicho anuncio dos días naturales después del plazo indicado determine su admisión, puesto que sin la concurrencia de ambos requisitos -fecha de imposición del envío en Correos y anuncio al órgano de contratación en el mismo día- no será admitida la proposición si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo de presentación señalado en el anuncio (párrafo segundo del artículo 80.4 del RGLCAP), circunstancia que ha concurrido en el supuesto examinado.

La pretensión de la recurrente de que anunció al órgano de contratación la remisión de su oferta junto con el justificante de la imposición en correos dentro de los cinco días naturales previstos para ello en la cláusula 9.1 del PCAP, no



puede ser admitida. Y ello porque dicho plazo preclusivo no lo es para remitir el citado anuncio al órgano, sino para que, habiéndose cumplido los requisitos anteriores, circunstancia que como se ha reiterado no concurre en el supuesto examinado, la licitación no permanezca indefinidamente abierta a la espera de proposiciones cuyo envío se ha anunciado y justificado adecuadamente, de tal suerte que si ello no se produce en un plazo determinado la proposición no será admitida en ningún caso.

Afirma la recurrente que cuando fue requerida, el 28 de agosto de 2018, para que aportara la justificación de la imposición en correos, remitió la misma al día siguiente por lo que a su juicio debe darse por subsanado el requerimiento. Sin embargo, ello no puede admitirse pues lo que se le solicitó y debió aportar era la documentación acreditativa de haber anunciado al órgano de contratación la presentación de la proposición a través de Correos el mismo día de la imposición mediante télex, fax, telegrama o email; circunstancia que no concurrió pues lo que la recurrente aportó el 29 de agosto fue la comunicación al órgano de contratación por primera vez de la imposición en correos de su oferta y por tanto dos días naturales después de plazo de finalización de presentación de ofertas.

Por último, indica la recurrente en su recurso que, además del enviado el 29 de agosto y analizado en el párrafo anterior, existe otro correo electrónico, de 26 de agosto, y por tanto en plazo, anunciando la proposición, que manifiesta adjuntar al recurso. En este sentido, este Tribunal ha podido constatar que, efectivamente, en la documentación adjunta al recurso, consta un correo electrónico, de 26 de agosto de 2018 a las 20:35 horas, dirigido de la cuenta “abogadosporcorreogmail.com” a la cuenta “paqui_ds@hotmail.com”, esta última consta en el recurso como el correo electrónico de la recurrente-, en el que se dispone textualmente «*Se adjunta justificante de correos para licitación del concurso. Saludos.*» y consta como adjunto la denominación de un fichero “*justificante correos.pdf*”, sin que sea posible acceder a su contenido.



Pues bien, al respecto y como se puede deducir del correo electrónico descrito, el mismo no está dirigido a la cuenta del órgano de contratación recogida en la cláusula 9.1 del PCAP, por el contrario se trata de un correo privado dirigido a la ahora recurrente posiblemente remitido por su asesor jurídico, que en modo alguno puede acreditar los extremos exigidos en la citada cláusula 9.1.

En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las entidades licitadoras deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una de ellas aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea para todas. Si la entidad licitadora no cumplimenta adecuadamente la presentación de su oferta dentro del plazo concedido, ello determinará la exclusión del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, 37/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero, entre otras).

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, 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)”*.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **F.D.S.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 4 de septiembre de 2018, por el que se excluye su proposición del procedimiento de licitación del acuerdo marco denominado “*Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco por procedimiento abierto con uno o con varios empresarios y con varios criterios de adjudicación*” (Expte. 00069/ISE/2018/SC), respecto de los lotes 583, 610, y 650, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la actual Consejería de Educación y Deporte.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 2 de octubre de 2018, respecto de los lotes 583, 610, y 650.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. 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.

