

Recurso 242/2018**Resolución 270/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 28 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 28 de mayo de 2018, por el que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel”» (Expte. 34/2018/CNT. S-3170/2018), convocado por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), 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 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, 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 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. El 28 de mayo de 2018, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, se reúne la mesa de contratación para la apertura del sobre A, dando cuenta de algunas incidencias sufridas por cinco licitadoras a la hora de presentar sus proposiciones.

En dicha sesión, y tras el análisis de las distintas incidencias, la mesa de contratación acuerda por unanimidad excluir del procedimiento a tres empresas, entre ellas la recurrente, ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A. (en adelante AOSSA).

El citado acuerdo, según consta en la documentación del expediente, fue notificado a la recurrente el 13 de junio de 2018.

CUARTO. Con fecha 29 de junio de 2018, la recurrente presenta en el Registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 28 de mayo de 2018, por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación citado



en el encabezamiento de esta resolución. Dicho escrito fue remitido a este Tribunal, teniendo entrada en el Registro del mismo, con fecha 9 de julio de 2018.

Asimismo, en igual fecha, tuvo entrada en el Registro de este Órgano el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de los licitadores en el procedimiento.

QUINTO. Con fecha 11 de julio de 2018, se solicitó al órgano de contratación por parte de la Secretaría de este Tribunal determinada documentación complementaria necesaria para la resolución del recurso interpuesto. La citada documentación fue remitida por el órgano de contratación el 13 de julio de 2018.

SEXTO. El 20 de julio de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las entidades licitadoras que habían presentado proposición concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello las entidades SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L. e INSTALACIONES ESPECIALES MALAGUEÑAS, S.L..

SÉPTIMO. Mediante Resolución, de 20 de julio de 2018, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

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, el acto impugnado corresponde a un contrato promovido por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 contrato objeto de licitación es una concesión de servicios sujeta a regulación armonizada al ser su valor estimado superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la ahora recurrente del procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.c) y 2.b) del artículo 44 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 o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto examinado, el órgano de contratación entiende que el recurso interpuesto puede considerarse extemporáneo ya que, aunque la notificación de la exclusión concedía un plazo de 15 días para su interposición, la imposibilidad de presentar la oferta se manifestó el mismo día del vencimiento del plazo para su entrega, esto es, el 23 de mayo de 2018. Por ello, concluye el órgano de contratación que si tuviésemos en cuenta esa fecha, el recurso estaría presentado fuera de plazo.

En este caso, hay que recordar que la mesa de contratación acordó la exclusión de AOSSA en sesión celebrada el 28 de mayo de 2018, siendo notificada mediante correo postal a la recurrente el 13 de junio de 2018, según consta en la documentación del expediente. Así, el recurso presentado el 29 de junio de 2018 en el Registro del órgano de contratación se ha formalizado dentro del plazo legal. Y ello es así porque solo a partir de esa fecha, esto es, el 13 de junio de 2018, es cuando la recurrente tiene conocimiento del contenido y alcance del acuerdo de exclusión.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el único motivo en que el mismo se sustenta relativo a la presentación extemporánea de su oferta .

Al respecto, alega la recurrente en su escrito que la presentación extemporánea de su proposición fue debido a problemas técnicos de la Plataforma de



Contratación del Sector Público, a través de la cual debía presentarse la documentación.

Señala que, al igual que sucede en el ámbito judicial o en el tributario cuando falla el sistema, procedió a la entrega de la documentación al día siguiente en el registro físico junto con un escrito detallando la incidencia y un pantallazo de la circunstancia acaecida. Asimismo, pone de manifiesto que no fue la única empresa que tuvo problemas a la hora de presentar la documentación, ya que hubo otras dos en la misma situación.

A efectos probatorios y en apoyo de sus argumentos aporta junto al recurso varios pantallazos de la incidencia, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015, donde se tratan los criterios para la eficacia probatoria de las capturas de pantalla o pantallazos, a los efectos de que los mismos sean tenidos en cuenta por este Tribunal.

En este mismo sentido, señala que tiene un testigo no relacionado con la empresa, que presenció como entre las 16:00 y las 20:00 horas se estuvo intentando la presentación sin éxito de la oferta, que firma el propio escrito de recurso dando fe de lo expuesto en el mismo.

Por otro lado, expone que ha tratado de obtener un certificado de la Plataforma de Contratación del Sector Público relativo al bloqueo que afectó a multitud de licitaciones sin haber obtenido respuesta, solicitando al Tribunal que reiterare dicha petición.

Finalmente, hace alusión a que el acuerdo de exclusión se basa únicamente en la “guía de uso de la plataforma” y en la recomendación de no demorar hasta última hora la presentación. Al respecto, entiende la recurrente que se trata de una argumentación muy pobre e insuficiente e ignora el derecho del interesado de agotar lo plazos.



Por todo ello, la recurrente solicita que se anule la exclusión acordada y se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso pone de manifiesto que el acuerdo de la mesa de contratación se limitó a ratificar el hecho de que no se había presentado oferta alguna a través de la plataforma, pues este era el único medio de presentación; sin que, continúa el informe, la mesa ni el órgano de contratación tuviesen facultad para admitir otro tipo de presentación. Asimismo, señala el órgano de contratación que la argumentación de la recurrente no se sostiene por cuanto hubo nueve empresas que, a lo largo del día y hasta última hora, sí presentaron su oferta a través de la plataforma.

Por otro lado, alega el órgano de contratación en su informe que no existe en la vigente LCSP ni en el resto de normativa aplicable precepto que establezca que el plazo de presentación de ofertas pueda prorrogarse por motivo alguno.

En otro orden de cosas, expone el órgano de contratación que la presentación telemática es prácticamente nueva y requiere una serie de conocimientos y habilidades en el uso de unas determinadas herramientas que han debido ser adquiridos por los licitadores en poco tiempo. Señala que todas estas variables, recogidas en la guía de uso de la plataforma, unidas al escaso margen que muchas empresas dejan para la presentación puede derivar en problemas como el que se ha presentado en la presente licitación.

Por último, concluye el órgano de contratación en su informe que vistas las aclaraciones realizadas por el servicio de la propia plataforma a las reclamaciones presentadas por distintas empresas, para garantizar la igualdad de trato de todas ellas, la mesa consideró que debía excluir a las tres empresas que no presentaron sus ofertas en plazo.

La entidad SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L., como interesada, se opone a lo manifestado en el escrito de recurso señalando que de



admitirse a la licitadora se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato, al otorgar a la recurrente un tratamiento más favorable que al resto de empresas licitadoras que sí presentaron la documentación conforme a lo exigido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

Por su parte, la entidad INSTALACIONES ESPECIALES MALAGUEÑAS, S.L., también interesada, señala que mediante el escrito presentado se adhiere al recurso especial instando, asimismo, la anulación del acuerdo de exclusión.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se reduce a determinar si es o no correcta la inadmisión a la licitación de la entidad recurrente, habida cuenta que la presentación de la oferta no se ha realizado en la forma prevista en los pliegos.

Respecto a la cuestión objeto de controversia, hay que señalar que el artículo 139 de la LCSP, establece que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.”*

La disposición adicional decimoquinta de la LCSP, en su apartado 3, señala que *“la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”*.

En relación con lo anterior hemos de señalar que tanto en el anuncio como en el PCAP que rige la presente licitación, en concreto en su cláusula 27 “PROPOSICIONES, DOCUMENTOS Y PLAZO DE PRESENTACIÓN”, se



establece que la presentación de ofertas se hará de forma electrónica a través de los servicios de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Estado.

Pues bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, puesta de manifiesto en diversas resoluciones, valga por todas Resolución 45/2017 de 2 de marzo, que *“los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día- siendo este un acto firme y consentido-, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.”*

Tampoco puede separarse el órgano de contratación de las condiciones por él definidas en la redacción de los pliegos respecto a cualquiera de los licitadores por cuanto ello implicaría vulnerar tanto el principio de vinculación a los mismos como el principio de igualdad de trato, tal y como ya señaló este Tribunal en su resolución 111/2018, en la que dispone que *“el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.”*

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)”.

Con respecto a la toma en consideración de las incidencias acaecidas por la recurrente o por el resto de licitadoras, conviene traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 598/2018, de 21 de junio, donde, de manera muy clarificadora y en base al informe técnico emitido por la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, explica que *“la Herramienta de preparación y presentación de ofertas de la Plataforma es un artefacto único por licitación e idéntica para todos los licitadores que concurren a ella, que se estructura en virtud de la configuración que el órgano de contratación haya establecido en la Plataforma.*

Dicha herramienta se descarga en el equipo local del usuario después de haber accedido a la Plataforma, y cuando se descarga la herramienta para empezar a preparar la oferta el licitador está trabajando exclusivamente en local, a expensas de su equipo y de las características técnicas que le amparen, sin conexión alguna con los servidores de la Plataforma.

Al finalizar la preparación de la oferta y para remitir la documentación, se produce la conexión con la Plataforma, que dispone de la funcionalidad de exportar/importar, para permitir que los miembros de la UTE no tengan que estar reunidos físicamente para preparar y presentar la oferta.”

En este sentido, constan en el expediente de contratación varias respuestas facilitadas por la Plataforma de Contratación del Sector Público a otra licitadora, que a continuación pasamos a transcribir:

“El servicio se ha restablecido cerca de las 15:30, por lo que no tendrá



problemas en acceder a la Plataforma y por ende realizar la presentación de su oferta, pues hasta el momento el plazo de presentación de ofertas del expediente contratación 34/2018 no ha finalizado.

Asimismo lo confirman varias presentaciones realizadas en el día de hoy por parte de distintos licitadores en el espacio de tiempo que usted indica. Es probable que la incidencia se esté produciendo por cualquier otro aspecto, por lo que rogamos, nos remita la siguiente información para poder prestarle soporte en plazo de tiempo restante:

Máquina de Java 64 o 32 bits

Memoria RAM

Tamaño total de los documentos adjuntados y tamaño individual por cada documento. Esta información nos la debe adjuntar a través de capturas de pantalla, puede situarse en la carpeta “Firma de documentos” de cada sobre y realizarnos una secuencia que muestre todos los documentos adjuntados con el tamaño individual de los mismos.”

En una segunda comunicación a dicha empresa licitadora se recoge lo siguiente:

“Le aclaramos que la preparación de la oferta se realiza en el equipo local del licitador, aspecto que viene concretado en la Guías de Servicios de Licitación Electrónica para Empresas, no existiendo conexión alguna con la Plataforma de Contratación del Sector Público hasta el momento en que, una vez firmada toda la documentación, ensobrada y firmados a su vez los sobres, se realiza el envío.

Por lo tanto, la imposibilidad de realizar la firma de la documentación no está relacionada con una presunta indisponibilidad de los servicios de la Plataforma, toda vez que cuando firma electrónicamente lo hace a expensas del cumplimiento de unos requisitos técnicos en su equipo local y de la adecuación de su certificado electrónico, aspectos todos ellos recogido en la referida Guía.

Por otra parte, el equipo de soporte de usuarios de la Plataforma de



Contratación del Sector Público contactó con usted a los pocos minutos de recibir un correo electrónico comentando sus problemas (se adjunta hilo de ambos correos). Se le solicitó información sobre las características técnicas de su equipo y capturas de pantalla para poder ayudar a que la preparación de su oferta, para su posterior envío, pudiera llevarse a cabo. Desde ese instante, y a lo largo del plazo de presentación de ofertas, que se extendió hasta ayer 23 de mayo hasta las 20:00 horas, no recibimos por su parte ninguna respuesta. Le recomendamos para futuras ocasiones que si experimenta incidencias en la preparación de su oferta debe contestar a los requerimientos de información del equipo de soporte a usuarios de la Plataforma de Contratación del Sector Público.”

Pues bien, a la vista de lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta la documentación aportada por la recurrente en su recurso, este Tribunal no considera acreditado que la falta de presentación de la oferta de la recurrente fuese debido a un fallo de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Y ello es así por cuanto la empresa no ha aportado prueba alguna que permita determinar si la imposibilidad técnica habría sido imputable a la plataforma o al equipo de la propia recurrente, constando asimismo acreditado en el expediente que a lo largo del día 23 de mayo de 2018 varios licitadores presentaron su oferta entre la franja de las 16:00 a las 20:00 horas, cuando supuestamente se habría producido el mal funcionamiento de la plataforma.

Asimismo, en el caso de la recurrente, aunque la misma señala que estuvo intentado la presentación de la oferta desde la 16.00 hasta las 20:00 horas, lo cierto es que al tener problemas con la subida de documentos y la firma de los sobres, no fue hasta las 19:48 horas, y únicamente a través de las direcciones de correo licitacione@minhafp.es y contratacion@rincondelavictoria.es, cuando contactó con la Plataforma y con el Ayuntamiento.

Por tanto, y como conclusión de cuanto antecede, hemos de señalar que, en función de la documentación obrante en el expediente, y las circunstancias



expuestas, procede la inadmisión de la recurrente en el presente procedimiento, pues tanto la licitadora como el órgano de contratación han de estar y pasar por lo dispuesto tanto en el anuncio como en el PCAP, respecto a la forma y plazo de presentación de la oferta. Y, aun cuando los pliegos hubieran admitido la presentación de la oferta en soporte papel, la misma tal y como queda acreditado en el expediente de referencia se habría presentado fuera del plazo establecido para ello.

En relación a la petición de prueba solicitada, en la que insta al Tribunal para que requiera a la Plataforma determinada documentación a efectos de acreditar los extremos alegados en su recurso, procede denegar su práctica habida cuenta que la documentación obrante en el expediente y en este procedimiento de recurso ha resultado suficiente a los efectos de resolver fundadamente sobre el asunto controvertido.

A la vista de cuanto se ha argumentado procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la validez del acto impugnado, y ello, en aras a preservar la finalidad del procedimiento de contratación y los principios de igualdad de trato que lo inspiran, de modo que el plazo de presentación de ofertas finalice para todos en la misma fecha.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 28 de mayo de 2018 por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel” (Expte. 34/2018/CNT. S-3170/2018), convocado por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga).



SEGUNDO. No levantar la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en Resolución de 20 de julio de 2018, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, por existir otros recursos pendientes de resolución sobre el mismo expediente.

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.

