

Recurso 576/2023
Resolución 643/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BETTERGY S.L**, contra el acuerdo 22 de noviembre de 2023 de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta por las entidades BETTERGY SL-MONELEG SL, en compromiso de UTE, del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro e instalación por lotes de luminarias tipo "LED" en sustitución de las existentes actualmente en las instalaciones del campo de fútbol denominados "EL TOMILLAR" Arroyo de la Miel, y "D. RAMÓN RICO" Benalmádena pueblo, así como el suministro e instalación de luminarias LED en distintos viales del municipio", (Expte. 2023/38937W), en relación con el lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de septiembre de 2023 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 3 de octubre de 2023 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 403.291,48 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo de 22 de noviembre de 2023 la mesa de contratación acuerda la exclusión la oferta presentada por las entidades BETTERGY SL-MONELEG SL, en compromiso de UTE, del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento con relación al lote 2.

SEGUNDO. El 30 de noviembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el citado acuerdo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 4 de diciembre de 2023.

El 7 de diciembre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna a la fecha de finalización del citado plazo.

Ese mismo día este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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 dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora al lote 2 del procedimiento de adjudicación al que presentó oferta con el compromiso de constituirse en UTE con la entidad MONELEG S, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la exclusión de la oferta al lote 2 de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, el acuerdo de exclusión adoptado el 22 de noviembre de 2023 fue notificado a la recurrente el 24 de noviembre de 2023, por lo que el recurso presentado el 30 de noviembre de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso en el que solicita a este Tribunal que anule el acuerdo de exclusión de su oferta *“por falta de motivación e igualmente por la infracción procedimental que se denuncia en el ordinal cuarto anterior al haberse omitido el trámite de subsanación que nos tendría que haber sido concedido,*



retrotrayéndose el procedimiento al momento inmediato anterior al análisis por la Mesa de Contratación de la documentación técnica, tras lo cual habrá de seguirse el procedimiento conforme a los trámites legalmente establecidos.”

La recurrente expone que *“En el proceso de subida, la aplicación de la Plataforma de Contratación del Sector Público tiene como limitación el tamaño de documentos a 30 MB; en esta situación, y ante el volumen de documentación solicitada en el proceso de licitación, Bettergy presentó su oferta y recortó la documentación correspondiente para adaptar su oferta, con un tamaño original de más de 200 MB, a la capacidad disponible.*

(...) Ante la imposibilidad de subida de toda la documentación necesaria, Bettergy el 6 de noviembre de 2023 registró una instancia en la sede electrónica del AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA haciendo referencia al procedimiento de contratación 2023/38937W, cuya solicitud y registro se adjuntan al presente documento en el ANEXO II, poniendo en conocimiento del Ayuntamiento que en caso de requerir la documentación que no se pudo registrar, se reclamase para ser facilitada, ya que al ser previo a una apertura, no podía darse a conocer la oferta de la UTE BETTERGY-MONELEG.”

Así, alega que *“habiendo procedido y advertido de la situación previa a la apertura por los canales correspondientes”,* la mesa de contratación no tuvo en consideración lo aportado al realizar el examen de la documentación técnica de su oferta.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe alude al *“mecanismo existente que la normativa ofrece en aquellos supuestos en los que no es posible completar la oferta por los interesados. Esto es lo que se conoce como huella electrónica, la cual, regulada en la disposición adicional decimosexta de la LCSP, que prevé el Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, en concreto, en su apartado h), (...)*

Queremos destacar esta opción, a disposición de todos los interesados en los procesos de contratación pública, pues no entendemos que el licitador recurrente “recortara” su oferta.

Por otra parte, de acuerdo con el informe técnico emitido, no se excluye al licitador en cuestión porque su oferta sea incompleta, puesto que, de ser así, como así se le ha solicitado a otros licitadores en esta misma licitación, se le hubiera requerido para que subsanara lo correspondiente; sino que, este licitador ha sido excluido en el Lote nº2, porque la ficha técnica aportada por el mismo es incompatible con lo exigido por el PPTP.”

Así mismo, expone que *“El plazo fin para presentar ofertas fue el día 30 de octubre de 2023, celebrándose la primera Mesa de Contratación, con fecha 6 de noviembre de 2023, finalizando dicha sesión a las 10:21 horas. Ese mismo día, a las 11:06 horas, tiene entrada en el registro electrónico de esta entidad, la instancia que se menciona en el fundamento tercero del recurso interpuesto. No entendemos, ante la imposibilidad a la que el recurrente alude, de subir toda la documentación el último día para presentar su oferta (30 de octubre), por qué se demora hasta seis días después en presentar el escrito mencionado; aunque, igualmente, no hubiera tenido ninguna repercusión que lo hubiera presentado con fecha anterior, una vez que el plazo de presentación de ofertas ha finalizado.”*

En consecuencia, *“entiende que la exclusión recurrida es ajustada a derecho, tanto desde el punto de vista técnico (de acuerdo con los requisitos previstos en el PPTP), como desde la perspectiva administrativa (por los argumentos esgrimidos anteriormente), proponiéndose, en consecuencia, desestimar el recurso especial interpuesto.”*



SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen con objeto de determinar si procede la anulación del acuerdo recurrido.

La recurrente solicita la anulación de la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación el 22 de noviembre de 2023 atendiendo al informe técnico requerido con objeto de comprobar las fichas técnicas aportadas por las licitadoras, y que en relación con la oferta de la recurrente al lote 2 contenía las siguientes observaciones:

“A la vista de la documentación técnica aportada, se informa que los materiales de fabricación de las luminarias ofertadas no cumplen con la totalidad de los materiales de las luminarias relacionadas y exigidos en los pliegos.

A la vista de la documentación técnica aportada se observa que la temperatura color de las luminarias ofertadas no corresponde con la exigida en los pliegos.

Ante lo expuesto anteriormente será motivo por el cual se deberá de proceder a su exclusión.

- No aportan los estudios lumínicos (Dialux o equivalente) de todas las zonas y calles que se relacionan en los anexos, conforme a lo exigido en los pliegos.*
- No aporta estudio de ahorro energético que se consigue con la sustitución de las luminarias, así como la reducción de emisión de CO2 (debiendo contener los mismos un resumen de los datos obtenidos), como se exige en los pliegos.*
- No aporta documentación técnica de los proyectores relacionados en los pliegos.”*

Pues bien, para situar adecuadamente los términos de la controversia resulta relevante acudir al pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), que rige la licitación, en el que la cláusula 11.1., sobre la forma de presentación de las proposiciones, dispone que *“Los licitadores deberán preparar y presentar obligatoriamente sus ofertas de forma telemática a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es>), de acuerdo con lo previsto en la Guía de los Servicios de Licitación Electrónica para Empresas que podrán encontrar en el siguiente enlace:*

<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/guiasAyuda>

En la citada guía se documenta cómo el licitador debe preparar y enviar la documentación y los sobres que componen las ofertas mediante la “Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas” que se pone a su disposición y que se arrancará automáticamente en su equipo local siguiendo las instrucciones que figuran en la guía de referencia.

(...)

A la hora de presentar sus ofertas los licitadores habrán de tener en cuenta los límites que se establecen en la Guía de Licitación Electrónica que puede consultarse en la Plataforma. –apartado Guías de Ayuda-. Cualquier incidencia técnica a la hora de presentar la oferta deberá ponerse de manifiesto en la dirección licitacione@minhafp.es. Se recomienda a este respecto que las empresas comprueben previamente el cumplimiento de los requisitos técnicos que se indican en la Guía.”

Sin embargo, no consta que la recurrente comunicara la incidencia que alega haber sufrido al presentar su oferta como estaba previsto en el PCAP.



Tampoco procedió, como alega el órgano de contratación, conforme a lo previsto en la Disposición adicional decimosexta de la LCSP, que, sobre el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, permite que:

“h) En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma.”

Por el contrario, la recurrente, que presentó su oferta al lote 2 el 30 de octubre de 2023, comunicó al órgano de contratación la incidencia sufrida mediante instancia presentada el 6 de noviembre de 2023 en el registro general del órgano de contratación a las 11:06 horas. En ella solicita que *“en la sesión de apertura de ofertas, en caso de solicitarse aclaración o documentación, se dirijan a nosotros para completarla.”*

Ya había transcurrido una semana desde la presentación de su oferta y desde la finalización del plazo de presentación de las ofertas, y se había celebrado la sesión de la mesa de contratación el mismo día 6 de noviembre de 2023 a las 08:32 horas, en la que se procedió a la apertura del sobre A y, tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores, a la apertura del sobre C, al haber aportado toda la documentación administrativa pertinente. En la misma sesión, *“de acuerdo con lo previsto en el Anexo 8.1.n. in fine del PCAP, el cual, remite al contenido de los apartados 2º y 3º del PPTP, así como al Proyecto técnico previsto para el Lote 1, la Mesa acuerda solicitar informe técnico al Técnico correspondiente, responsable de este contrato, con objeto de que proceda a comprobar las fichas técnicas aportadas por los licitadores, con la finalidad de poder continuar con el presente expediente”* aunque aún no se había emitido dicho informe técnico, ni acordado la exclusión recurrida.

En consecuencia, se ha de concluir que la recurrente no actuó con la diligencia debida para solventar las dificultades que pudo haber tenido al presentar la oferta. Máxime considerando que al presentar la misma aceptó los pliegos que prevén la exclusión de las ofertas que no contengan la documentación exigida, pues el anexo 8.1.n del PCAP sobre *“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE FÓRMULAS”* dispone:

“- Junto con la oferta se deberá aportar, obligatoriamente por los licitadores, ficha técnica, siendo excluyente la no aportación de las mismas. Asimismo, se indica que dicha documentación no es objeto de valoración para la adjudicación. En concreto:

(...)

- PARA EL LOTE II:

La documentación que habrá de acompañar en la oferta, está indicada en el pliego de Prescripciones Técnicas, en los siguientes apartados (3.1, excepto los ensayos y estudios fotométricos de las luminarias, que se solicitarán para aquellos empresarios que presenten mejor oferta económica y que cumpla con el pliego. Apartado 3.2, apartado 3.3, del apartado 3.5: los puntos e y f). En cualquier caso, esta documentación técnica, aunque no es objeto de valoración, si bien, la no presentación de la misma, o que no cumpla con lo exigido, será objeto de exclusión.”

Una vez aclarado lo anterior, la cuestión a dilucidar es si ello es o no susceptible de subsanación, como pretende la recurrente. Pues bien, en cuanto a la posibilidad o no de la mesa de contratación, o en su caso, del órgano de



contratación de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas por los licitadores para su posible aplicación al presente supuesto, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones (v.g. Resolución 503/2023, de 9 de octubre).

Al respecto, es necesario poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo, pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.

Por tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación, o en su caso de la mesa de contratación, de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Esta conclusión se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se afirma que *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”*, dado que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”*. Por otro lado, destacaba la misma sentencia, que *“no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”*, pues *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*.

Lo que sí es posible, es solicitar aclaraciones que en modo alguno supongan alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción al licitador afectado de modificar su oferta lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de esta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.
3. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.



En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando entienden que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; en caso contrario, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa.

En el supuesto que se examina no parece que, dada la naturaleza de la proposición, exista ninguna duda u oscuridad en la proposición de la empresa recurrente sobre la que se plantea la pertinencia de solicitar o no aclaraciones, sino la aportación de determinados documentos de presentación obligada.

Por otra parte, de las observaciones que se realizan en el informe técnico se deduce que, además de la ausencia de tales documentos, se advierten incumplimientos de requisitos técnicos exigidos en el PPT, respecto a lo cual la recurrente no formula alegación alguna, por lo que implícitamente acepta tales incumplimientos, sin que una eventual subsanación hubiera podido llevar a la aceptación de la oferta.

En consecuencia, procede desestimar las alegaciones de la recurrente sobre el proceder del órgano de contratación al no haberle solicitado subsanación para aportar la documentación no presentada.

Asimismo, denuncia la recurrente la falta de motivación de la exclusión de su oferta. En este sentido, en la comunicación, en la que se traslada el acuerdo de exclusión a la recurrente, se transcribió la decisión de exclusión adoptada por la mesa y recogida en el acta de la sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión. Dicho acuerdo, como se ha expuesto, tiene una motivación sucinta pero clara que le ha permitido conocer los motivos de la exclusión, aun cuando no haya rebatido algunos de ellos. Y, en la hipótesis teórica de considerarla insuficiente, no ha expuesto en su recurso las razones al respecto, lo cierto es que no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado.

Al respecto, es doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 254/2018 y 65/2019) que la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación, y por ende en los actos de trámite cualificado, ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación y/o exclusión, ni podría prosperar la pretensión de nulidad del acto basada en aquella circunstancia.

Así, en las citadas Resoluciones 254/2018 y 65/2019 hacíamos referencia a doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, en el Recurso de amparo 3646/1995), igualmente aplicable al caso aquí analizado, según la cual la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Debe, pues, desestimarse la alegada falta de motivación del acuerdo de exclusión de la mesa, y con ello el recurso especial.

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 **BETTERGY S.L.**, contra el acuerdo 22 de noviembre de 2023 de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta por las entidades BETTERGY SL-MONELEG SL, en compromiso de UTE, del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro e instalación por lotes de luminarias tipo "LED" en sustitución de las existentes actualmente en las instalaciones del campo de fútbol denominados "EL TOMILLAR" Arroyo de la Miel, y "D. RAMÓN RICO" Benalmádena pueblo, así como el suministro e instalación de luminarias LED en distintos viales del municipio", (Expte. 2023/38937W), en relación con el lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

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 7 de diciembre de 2023.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

