JUNTA DE ANDALUCIA

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (6410/00500/00000)
SALIDA
19/02/2021 12:22:22
2021110000004347

ARCJA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz
Plaza Asdrúbal, 6
11008 Cádiz

delegacion.cadiz.dgob@juntadeandalucia.es

Fecha: 19 de febrero de 2021
Ref.: SPM/raj
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 60/2021
Recurso Tribunal: 316/2020

Se notifica que con fecha 18 de febrero de 2021, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 60/2021, cuya copia se adjunta, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSANT VIGILANCIA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión, de 18 de septiembre de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación denominado "Servicio de Vigilancia y Seguridad del edificio administrativo de la Junta de Andalucía sito en la plaza Asdrúbal nº6 de Cádiz "(Expte. CONTR 2020 0000377871) promovido por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz.

Asimismo se hace constar que la resolución remitida es copia auténtica del documento original que obra en este Tribunal.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Fdo: Susana Elena Palma Martos

Es copia auténtica de documento electrónico

C/ Castelar, 22 · 41001 Sevilla
Telf.: 671 53 08 56 - 671 53 08 53 · Fax: 955 51 50 41
comunicaciones.tarcja@juntadeandalucia.es

Recurso 316/2020

Resolución 60/2021

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

Sevilla, 18 de febrero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSANT VIGILANCIA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión, de 18 de septiembre de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación denominado "Servicio de Vigilancia y Seguridad del edificio administrativo de la Junta de Andalucía sito en la plaza Asdrúbal nº6 de Cádiz "(Expte. CONTR 2020 0000377871) promovido por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 3 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Con la misma fecha se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE).

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.278.408,56 euros.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 2/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La mesa de contratación, en fecha 18 de septiembre de 2020, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la actual recurrente por el siguiente motivo *"la empresa MERSANT VIGILANCIA S.L. ha presentado la documentación en el Registro presencialmente. Según la cláusula 9.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las proposiciones se presentarán únicamente por medios electrónicos a través de SIREC-Portal de licitación electrónica. No se admitirán las proposiciones presentadas por medios no electrónicos"*. Posteriormente, con fecha 22 de septiembre de 2020, fue publicada el acta de la referida sesión en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

CUARTO. Con fecha 9 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MERSANT VIGILANCIA S.L. (en adelante, MERSANT) contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación anteriormente mencionado, de 18 de septiembre de 2020.

QUINTO. Con fecha 9 de octubre de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del recurso presentado y le solicitó: el informe sobre el mismo, así como las alegaciones en relación con la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente; el expediente de contratación; y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Órgano el 14 de octubre de 2020.

SEXTO. Por Resolución, de 22 de octubre de 2020, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

SÉPTIMO. Con fecha 9 de noviembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 3/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

alegaciones, habiéndolas presentado, en el plazo concedido para ello, las entidades COMPAÑÍA DE SEGURIDAD OMEGA, S.A y GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación 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.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado de 1.278.408,56 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es un acto de trámite, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado c) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone 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 acuerdo de exclusión ha sido publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía con fecha 22 de septiembre de 2020 y el recurso ha sido presentado en el registro

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 4/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

telemático de este Tribunal con fecha 9 de octubre de 2020. En consecuencia, el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Con fecha 18 de septiembre de 2020, se reúne la mesa de contratación para la apertura de los sobres electrónicos números 1 y revisión de la documentación acreditativa de los requisitos previos de las licitadoras. De acuerdo con el contenido del acta de dicha sesión, la mesa acordó *"la exclusión del procedimiento de licitación de la empresa MERSANT VIGILANCIA, S.L."*. Tal decisión se fundamentó en que, siendo un expediente de tramitación electrónica, la citada empresa presentó su oferta en el registro de modo presencial.

Disconforme con la decisión de la mesa, MERSANT presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acuerdo, solicitando en su escrito:

"(...) por cuanto que el acuerdo de exclusión no se ajusta a Derecho, en relación con los motivos expuestos, por lo que, previa audiencia de los demás interesados, lo ANULE Y REVOQUE como contrario a derecho, con estimación del recurso especial aquí planteado."

En particular, centra sus argumentos en los siguientes alegatos:

1- Sostiene que la oferta se ha presentado siguiendo las instrucciones reflejadas en la convocatoria de licitación y que ésta no concuerda con el contenido de los pliegos, pero que *"no puede ni debe cargarse a esta parte todo el peso del error cometido por el órgano de contratación"*.

2- Recrimina que la mesa de contratación no le haya dado audiencia, privándole de la posibilidad de subsanar lo ocurrido.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, en fecha 14 de octubre de 2020, en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 5/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En cuanto a las alegaciones que han sido presentadas en el presente procedimiento de recurso, tanto la entidad COMPAÑÍA DE SEGURIDAD OMEGA, S.A., como la entidad GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A., se oponen al recurso sosteniendo la inexistencia de error y la imposibilidad de subsanación en este caso, por lo que solicitan a este Tribunal su desestimación.

SEXTO. Expuestas las argumentaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

La recurrente alega lo siguiente:

"Es evidente que la convocatoria no concuerda con los Pliegos, a pesar de que éstos deben servir de base a la convocatoria, por lo que no puede ni debe cargarse a esta parte todo el peso del error cometido por el órgano de contratación.
Además, la convocatoria de licitación ha sufrido varias modificaciones, sin embargo, el lugar de presentación de ofertas ha permanecido inalterado, por lo que el error no sólo es patente sino también constante.
(...)
A mayor abundamiento, el proceder habitual de la Junta de Andalucía en la plataforma de contratación, cuando la presentación es telemática, es completamente distinta, indicándose correctamente en la convocatoria de licitación, por lo que, de nuevo, se pone de manifiesto que la convocatoria de licitación contraría los actos de la propia administración en licitaciones cuya presentación es de manera telemática [sic].
(...)
A tal efecto, cabe destacar que el defecto de presentación podía ser fácilmente subsanable a tenor del error cometido por el órgano de contratación, habilitando un nuevo y breve plazo para los licitadores que hubieran presentado su oferta de manera presencial, incluso privándole expresamente de variar su oferta con respecto a la presentada en formato físico, para respetar los plazos de presentación.
(...)

A) Infracción del principio de igualdad y de la libertad de empresa.
La infracción de los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades, por infracción del art. 14 de la CE, por razón de la imposibilidad de licitar a la recurrente aun teniendo igual capacidad que el resto de las oferentes. En la misma línea, tal acción cercena los derechos inherentes a la libertad de empresa, ex art. 38 de la Constitución Española.
(...)

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 6/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

No debe obviarse que uno de los principios generales de la contratación pública con base y desarrollo en la jurisprudencia comunitaria, es el de igualdad y no discriminación entre los licitadores. Por lo que, excluir la oferta de la recurrente sin motivos suficientes podría ser considerado un acto lesionador de dicho derecho, máxime cuando la confusión ha sido generada por el propio órgano que resuelva la exclusión de esta parte.

B) Sobre el error en la convocatoria de licitación.

(...)

En suma, es evidente que el peso del error no puede recaer sobre la parte que lo sufre, máxime cuando el error tiene origen en el mismo órgano administrativo que resuelve sobre el procedimiento, y en este caso, acuerda la exclusión.

De la misma forma, la Oficina Europea de lucha contra el fraude de la Comisión Europea (Ref.: Ares(2017)6254403, de 20/12/2017), en la publicación <Fraude en la contratación pública>, llega a advertir que las discrepancias entre la convocatoria y los pliegos pueden llegar a suponer la invalidez del procedimiento, de conformidad con la normativa europea, en particular, en el apartado 1.3.1 alerta de los procedimientos cuya publicidad es incompleta e irregular; o el apartado 2.2 que considera contrario a la norma europea las modificaciones de las especificaciones del contrato relativas a la calidad o a la cantidad, lo que hace que se incumplan las especificaciones anteriores establecidas en la convocatoria, en concreto a lo recogido en Directiva 2014/24/UE, artículo 18, apartado 1. Directiva 2014/25/UE, artículo 36, apartado 1, entre otras."

A continuación, apoyando su argumentación en la Resolución 643/2016, de 5 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y en la Resolución 103/2018, de 20 de abril, de este Tribunal, continúa su exposición en los siguientes términos:

"Resulta palmario que, si se exige una nueva publicación de la convocatoria para los casos de modificaciones de Pliegos, debe aplicarse idéntica solución para los casos de que el error se encuentre en la propia convocatoria, como es el caso.

(...)

Queda acreditado que esta parte ha actuado con arreglo a la disposición aplicable, pues se ha presentado la proposición de conformidad con la convocatoria de licitación (presentación presencial), si bien los pliegos reflejaban la presentación telemática, no puede excluirse sin más a esta mercantil, más en esta fase tan incipiente del procedimiento y obviando todas las soluciones viables, tanto la ampliación de plazos, como la rectificación y publicación de nueva convocatoria, así como la mera subsanación para permitir la presentación telemática.

C) Se ha obviado el trámite preceptivo y esencial del requerimiento de subsanación.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 7/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En primer lugar, debe destacarse que el trámite es del todo subsanable, pues no hablamos de una variación de la oferta ni siquiera de que la misma adolezca de defecto alguno, tan sólo se excluye por la forma de presentación.
Cabe destacar que el acuerdo de exclusión se produce sin que se haya dado traslado a esta parte para el trámite de audiencia, previa a la exclusión.
Tampoco se ha dado traslado para subsanar las posibles deficiencias que se hubieran detectado por la mesa de contratación tras la aportación de la documentación requerida, en este caso, para dar la posibilidad de presentación telemática, a la luz del error publicado en la convocatoria.
Además, la propuesta realizada se ajusta a las características y condiciones de la prestación objeto del contrato que señalan los pliegos, por ello la exclusión debiera de ir precedida del trámite de audiencia con plazo de subsanación.
Por su parte, el TACRC considera que la imposibilidad de subsanar solo debe aplicarse en los supuestos de incumplimiento total. Respecto de la posibilidad de subsanar cuando se cumpla de forma defectuosa, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 31 de julio de 2018, Resolución 747/2018, considera que debe prevalecer el derecho del licitador a que se le conceda un trámite de subsanación.
(...)
Lo que debe hacerse extensivo, a mayor razón, para subsanar defectos de presentación que restringen la libre concurrencia, además cuya causa ni siquiera trae origen en la parte que pretende licitar".

La controversia radica, por lo tanto, en primer lugar, en discernir si existe un error en el contenido del anuncio de la convocatoria que ha podido originar la confusión de la recurrente hasta el punto de presentar su oferta en papel siendo el presente -de acuerdo con lo establecido en los pliegos- un procedimiento de tramitación electrónica, como sostiene aquella, o si, en caso contrario, tal error no se ha producido y la incorrecta actuación de la licitadora se sitúa, exclusivamente, en el ámbito de su responsabilidad. Y, en segundo lugar, si el modo erróneo de presentación de la oferta por parte de MERSANT es subsanable, como pretende la misma, o si resulta imposible la subsanación de tal actuación y, en consecuencia, el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación es ajustado a derecho.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

"A sus alegaciones debe significarse que como se constata en la misma documentación del expediente (MODELO DE PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES RECOMENDADO POR LA COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO. PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE OFERTAS) y en el Anuncio de licitación (referencia publicación 2020-

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 8/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

000076723) la forma de presentación de las ofertas era electrónica (Se adjunta copia y de la información que consta en la Plataforma), y si hubiera tenido alguna duda pudo informarse cosa que no hizo, como así lo hicieron otro posibles licitadores que formularon consultas que fueron respondidas y publicadas en el Perfil del contratante para conocimiento general

Y para más abundamiento en ningún lugar del anuncio de licitación, cuyo error se invoca, se indica expresamente que las ofertas deben presentarse en el Registro público presencial .

No cabe duda alguna que el procedimiento es de tramitación electrónica y que las ofertas debieron presentarse electrónicamente en la plataforma SIREC al efecto.

(...)

En definitiva, se considera infundado el recurso interpuesto por entender que el procedimiento es de tramitación electrónica, y teniendo en cuenta lo anterior se propone la desestimación del recurso planteado y, en consecuencia, desestimar la pretensión de que se anule/revoque el Acta n.º 1 de la Mesa de contratación por el que excluía a la recurrente."

Así, y en primer lugar, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, que en su punto 1 dice *"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentos que rigen la licitación (...)*".

De conformidad con el citado precepto, han sido reiterados los pronunciamientos de este Tribunal (v.g. Resoluciones 244/2020, de 9 de julio, 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero y 51/2020, de 14 de febrero, entre otras muchas), afirmando que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día, en lo que aquí interesa, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

A continuación, procede pues analizar el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que en su cláusula 9, apartados 1 y 2, en cuanto a la presentación de las proposiciones, dispone:

"9.1. Lugar Medios y plazo de presentación.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 9/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva, se presentarán únicamente por medios electrónicos a través de SiRECPortal de licitación electrónica dentro del plazo señalado en el anuncio realizado en el perfil del contratante del órgano de contratación. No se admitirán las proposiciones presentadas por medios no electrónicos ni tampoco las presentadas fuera de plazo.

(...)

9.2. Forma de presentación.

Las personas licitadoras deberán confeccionar y presentar tres sobres electrónicos, señalados con los números 1, 2 y 3, a través de SiREC-Portal de licitación electrónica. Previamente a su presentación, se procederá a la validación de su contenido mediante un proceso de firma electrónica que garantice su integridad y confidencialidad..

(...)

Cada sobre electrónico contendrá los documentos que se especifican en las cláusulas 9.2.1., 9.2.2. y 9.2.3. Toda la documentación de las proposiciones presentadas deberá venir en castellano. La documentación redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano.

9.2.1. Sobre electrónico nº 1. Documentación acreditativa de los requisitos previos.

(...)

9.2.2. Sobre electrónico nº 2: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor.

(...)

9.2.3. Sobre electrónico nº 3: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas".

Como podemos observar, resulta incuestionable -y no hay lugar para dudar al respecto- que nos encontramos ante un procedimiento de tramitación electrónica y ello afecta no sólo al momento concreto de presentación de la oferta sino a la confección de la misma, debiéndose presentar cada sobre en formato electrónico de acuerdo con las pautas establecidas en el PCAP.

A mayor abundamiento, cabe subrayar que son numerosas las ocasiones en las que el PCAP pone de manifiesto que estamos en una licitación electrónica, así por ejemplo en la cláusula 10, apartados 3, 4 y 5, relativos a la apertura de los sobres:

"10.3. Apertura del sobre electrónico n.º 1 y calificación de documentos.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 10/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Reunida la Mesa de contratación en el día y hora señalados, la presidencia ordenará la apertura del sobre electrónico n.º 1. A continuación, la Mesa calificará la documentación recibida. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación del sobre electrónico nº 1, lo comunicará por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación.

Posteriormente, se reunirá la Mesa de contratación para adoptar el oportuno acuerdo sobre la admisión definitiva de las personas licitadoras.

10.4. Apertura del sobre electrónico n.º 2 y valoración de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación dependa de un juicio de valor.

Una vez adoptado el acuerdo sobre admisión definitiva de las personas licitadoras, se reunirá la Mesa de contratación y se procederá a la apertura del sobre electrónico nº 2 de las personas licitadoras admitidas.

(...)

10.5. Apertura del sobre electrónico n.º 3 y valoración de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Por la presidencia de la Mesa de contratación, en el día y hora señalados en el anuncio de licitación y en el perfil de contratante del órgano de contratación se procederá a manifestar el resultado de la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor.

(...)

A continuación se realizará la apertura del sobre electrónico nº 3 de aquellas empresas que continúen en el procedimiento."

Además, podemos citar, entre otros, el anexo IX del PCAP, relativo al modelo de proposición económica -documento esencial que ha debido utilizar la recurrente para confeccionar su oferta- cuya denominación es igualmente informadora *"Sobre electrónico nº3.- modelo de proposición económica"*

Es decir, es evidente que estamos ante un procedimiento electrónico porque así se establece en el PCAP y éste es la ley del contrato entre las partes. La formulación de una oferta por parte de cualquier licitadora requiere que ésta conozca las especificaciones contenidas en el mismo, pues no es posible hacerlo de otro

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 11/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

modo, por lo que, es indudable que MERSANT ha sido conocedora de esta circunstancia y aun así, por decisión propia, ha actuado al margen de lo estipulado en el PCAP.

Por su parte, en cuanto al anuncio de licitación, dice la recurrente que su oferta *"se ha presentado siguiendo las instrucciones reflejadas en la Convocatoria de licitación"* y dicha afirmación la basa en que en el anuncio de licitación, en el apartado referido a la presentación de ofertas se indica:

"Presentación de ofertas
Fecha límite de presentación de ofertas: 31/08/2020 a las 14:00
Lugar de presentación:
DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CÁDIZ
C/ FERNANDO EL CATÓLICO 3
11071 CADIZ"

Sin embargo, para poder hacer tal afirmación, MERSANT realiza una lectura selectiva y obvia el contenido restante del anuncio, pues éste está estructurado en distintos apartados que -siguiendo el orden literal- son los siguientes: objeto del contrato; tramitación y procedimiento de adjudicación; presupuesto base de licitación; obtención de documentación e información; requisitos particulares en la ejecución; cláusulas sociales y ambientales; presentación de solicitudes; presentación de ofertas; apertura de ofertas; criterios objetivos para la selección de candidatos en el procedimiento; referencia en diarios oficiales; documentos adjuntos; criterios de adjudicación; condiciones particulares de ejecución del contrato; clasificación empresarial; y publicaciones relacionadas. Pues bien, el apartado citado en segundo lugar -que la recurrente sin duda ha leído, pues en el que centra su argumentación se encuentra en un lugar posterior- relativo a la tramitación y procedimiento de adjudicación indica claramente que la presentación de la oferta es electrónica:

"Tramitación y procedimiento de adjudicación
Procedimiento: Abierto
Tramitación: Ordinario
Idioma de presentación de ofertas o solicitudes: Castellano
Presentación de la oferta o solicitudes: Electrónica"

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 12/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Asimismo, el contenido de este anuncio se adapta a las exigencias establecidas en la LCSP en su artículo 135.4 que dispone *"Los anuncios de licitación de contratos contendrán la información recogida en el anexo III"*. Y el anexo III, en su Sección 4, punto 20, indica:

"Sección 4. Información que debe figurar en los anuncios de licitación cuando no proceda la aplicación de la sección 5 siguiente:
(...)
20. Dirección a la que deberán transmitirse las ofertas o solicitudes de participación."

Obsérvese que se refiere a la dirección a la que deberán *"transmitirse"* las ofertas o solicitudes de participación, pues no sólo debe indicarse una dirección para el supuesto de presentación física sino que también en los casos de tramitación electrónica debe identificarse el destino de la documentación que se remite telemáticamente.

Además de todo lo expresado, la recurrente indica que *"la convocatoria de licitación ha sufrido varias modificaciones, sin embargo, el lugar de presentación de ofertas ha permanecido inalterado, por lo que el error no sólo es patente sino también constante".* Como podemos apreciar, maneja, nuevamente, en pro de su interés la realidad de los hechos y obvia en su argumentación que las modificaciones del anuncio acaecidas lo han sido justo por cuestiones referidas a la tramitación electrónica del procedimiento. En concreto, se realizaron dos comunicaciones de convocatoria. Una inicial con referencia 2020-0000076723 y otra posterior con referencia 2020-0000076754, para rectificar la hora de la fecha de presentación electrónica de ofertas y el contenido de ésta fue el siguiente:

"Esta información actualiza a 2020-0000076723 por el siguiente motivo:
Se rectifica la hora de la fecha de presentación de ofertas ya que la [sic] sistema de tramitación electrónica SIREC no admite la introducción de la fecha prevista al alcanzar el número máximo de presentaciones que admite el sistema por lo que ha sido necesario modificar la hora limite para la presentación de ofertas pasando de las 14:00 a las 12:00 del mismo día 31/08/2020".

Además de lo dicho, la recurrente afirma que *"el proceder habitual de la Junta de Andalucía en la plataforma de contratación, cuando la presentación es telemática, es completamente distinta, indicándose correctamente en la convocatoria de licitación, por lo que, de nuevo, se pone de manifiesto que la convocatoria de licitación contraría los*

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 13/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

actos de la propia administración en licitaciones cuya presentación es de manera telemática (...)" y ofrece para el análisis como ejemplo un anuncio de otro proceso de licitación. Pues bien, comparando el contenido de ambos anuncios -el hoy impugnado y el propuesto por MERSANT como ejemplo de buen hacer- podemos concluir que son semejantes y ambos responden a las prescripciones del anteriormente citado artículo 135.4 de la LCSP; por ello, aun cuando no lo concreta, suponemos que cuando la recurrente dice *"es completamente distinta"* se está refiriendo a la literalidad del apartado referido a la presentación de ofertas en el que el anuncio propuesto como ejemplo insiste en que la presentación es *"únicamente por medios electrónicos"*, información que ya se facilita con anterioridad en el apartado denominado *"tramitación y procedimiento de adjudicación"* al igual que ocurre con el anuncio que hoy se combate, por lo que, debemos concluir que el proceder del presente procedimiento, en contra de la postura sostenida por la recurrente, no dista del habitual.

En conclusión, este Tribunal considera que el contenido del anuncio de licitación ofrece una información correcta y suficiente con respecto a que la presentación de la oferta es electrónica y que no existe contradicción con las prescripciones recogidas en el PCAP, por ello, la recurrente debió presentar su oferta en formato electrónico desconociéndose el porqué de su actuación, pues no se puede fundamentar en la existencia de confusión o desconocimiento. MERSANT ha construido una argumentación carente de fundamentación jurídica para oponerse a la decisión de exclusión e incluso cuando se apoya en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o en la de este Tribunal, que se refieren a supuestos que tienen como origen el error en los pliegos, se confunde pues no es lo que sucede en el presente recurso. Por lo tanto, su proceder inadecuado se circunscribe al ámbito exclusivo de su responsabilidad.

Por último, la recurrente demanda la subsanación de su actuación y recrimina al órgano de contratación que no le haya requerido para ello. Pues bien, como hemos dicho con anterioridad, el artículo 139, punto 1, de la LCSP dispone: "*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 (...)".* En esta línea se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al indicar que por aplicación del principio de igualdad de trato, deben excluirse las ofertas que se separen del pliego en una cláusula fundamental (Sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89)

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 14/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1023/2018, de 12 de noviembre de 2018, en la que indica que "*la decisión de inadmisión de la oferta de la recurrente es ajustada a Derecho porque su presentación en papel, aun dentro de plazo, infringe la exigencia de presentación electrónica impuesta para todos los licitadores en el PCAP. Lo contrario implicaría, además de una clara contravención del Pliego, un injustificado trato de favor a favor de la empresa recurrente y una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en los que se fundamenta la contratación pública.*"

Igualmente, el citado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se pronuncia en el mismo sentido en su Resolución 808/2018, de 14 de septiembre, que ha sido citada por la empresa GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD,S.A., en su escrito de alegaciones oponiéndose al presente recurso, y que, por la similitud con el presente recurso, reproducimos parte de la misma a continuación:

"Noveno. Por último, hay que precisar un aspecto más en el presente asunto, como es la cuestión de la posibilidad de aplicar a este caso la regla general de la subsanación de errores o defectos que afectan a la documentación administrativa, -regla general establecida por este Tribunal de absoluta subsanabilidad-, siempre que se guarde la debida separación entre las fases del procedimiento, lo que permite que, ante la duda, deba ser admitida la documentación presentada y con ello, se admita la empresa licitadora que concurra .

No obstante, en este caso, no nos encontramos ante un error en la documentación presentada que deba ser subsanado, sino ante la presentacón global de la oferta en un formato distinto del exigido por la Ley y por el pliego, de manera que no estamos ante una duda que afecte a la documentación acreditativa de las condiciones de admisión, la cual debe ser interpretada en un sentido favorable a la admisión, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal, sino ante la manifestación de la voluntad del licitador en una forma no reconocida por la ley ni por el pliego, lo que puede suponer un atentado contra el principio de igualdad ante la ley de todos los licitadores y de libre competencia .

En este sentido, podemos considerar aplicables aquí la Resolución núm. 898/2016, (en la que se remite a otra anterior, como es la núm. 217/2016), en la que se establece lo siguiente: "(...) nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 15/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (EDL 2001/34761) (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (EDL 2001/34761); en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 Roj SAN 1684/2014-) .

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 Roj STS 4839/2004-y 21 de septiembre de 2004 Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 Roj STS 5093/2002-) .

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal

(...)

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12 (EDJ 2013/188919)- y 6 de noviembre de 2014 asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10 (EDJ 2012/47718)-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 asunto T-195/08).

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 16/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Así pues, la doctrina que se establece en esa Resolución y que mantenemos en ésta, es la de considerar que solo se pueden subsanar los defectos formales de la documentación administrativa, pero no la presentación de la oferta en sí, como ocurre en el caso."

En consecuencia, en base a lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el presente recurso al considerar que el defecto en la presentación de la oferta se debe únicamente a la negligencia de la recurrente –que además, por ser una empresa habituada a participar en procesos de contratación pública, su actuar podría carecer de la apariencia de buena fe- no siendo predicable la subsanación, pues no estamos ante un defecto formal de la documentación sino que ni siquiera puede considerarse presentada la oferta en el curso del proceso abierto al efecto.

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 **MERSANT VIGILANCIA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión, de 18 de septiembre de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación denominado "Servicio de Vigilancia y Seguridad del edificio administrativo de la Junta de Andalucía sito en la plaza Asdrúbal n°6 de Cádiz "(Expte. CONTR 2020 0000377871) promovido por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de este Tribunal de 22 de octubre de 2020.

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

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 17/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/02/2021	PÁGINA 18/18
VERIFICACIÓN	Pk2jmAGT7KUWHTGXPV6J24KKD482SA	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	