

Recurso 261/2019

Resolución 14/2020

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

Sevilla, 30 de enero de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EUREST COLECTIVIDADES S.L.U.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Contrato mixto del servicio de cocina y de la concesión del servicio de cafetería de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir en los centros de la provincia de Córdoba”, convocado por la citada Agencia Pública Empresarial, adscrita a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía (Expte. PA14/APESHAG-246/2019), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 4.838.654,24 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión de 12 de junio de 2019, acordó la exclusión de EUREST COLECTIVIDADES S.L.U. (EUREST, en adelante). El acta de la citada sesión se publicó en el perfil de contratante el 12 de junio de 2019.

CUARTO. El 3 de julio de 2019, EUREST presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación señalado en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de julio de 2019, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 15 de julio de 2019.

SEXTO. El 18 de julio de 2019, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 30 de julio de 2019, dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la entidad SERUNION, S.A.U.



Asimismo, la empresa VANDELVIRA & YANTAR, S.L. solicitó vista del expediente para formular alegaciones al recurso, habiéndose celebrado la misma el 6 de agosto sin que conste que, con posterioridad, la citada empresa haya presentado escrito de alegaciones ante este Tribunal.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso no se ha podido cumplir el plazo para resolver dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad 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.

Es objeto de recurso la exclusión de la entidad recurrente del procedimiento de adjudicación de un contrato mixto de servicios y concesión de servicios cuyo valor estimado supera el umbral de sujeción al recurso y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo estipulado en el 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 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 acuerdo de exclusión de la recurrente es de 12 de junio de 2019, publicándose el mismo día en el perfil de contratante. No consta su notificación expresa a EUREST, si bien el recurso de esta entidad, presentado el 3 de julio de 2019 en el Registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto en plazo aun cuando computáramos este desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. EUREST solicita la anulación de su exclusión con retroacción del procedimiento a fin de que se admita y valore oportunamente su oferta.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el 12 de junio de 2019, acordó lo siguiente:

«En fecha 10 de junio finalizó el plazo para presentar ofertas para el expediente de referencia. Con fecha 11 de junio de 2019, según consta en el certificado emitido por el Registro de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir tuvo entrada la documentación remitida por la mercantil EUREST COLECTIVIDADES, S.L.U.

Según establece el PCAP, “las proposiciones, junto con la documentación preceptiva, se presentarán, dentro del plazo señalado en el anuncio, en el Registro General del órgano de contratación indicado en el mismo. Asimismo, cuando las proposiciones se envíen por correo, la persona empresaria deberá justificar la fecha y hora de imposición del envío en las Oficinas de Correos y anunciará la remisión de su oferta al órgano de contratación, en el mismo día, mediante fax, telegrama o correo electrónico remitido al Registro General que se indique en el perfil de contratante y en el anuncio de licitación, en su caso.

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

Por lo tanto, y no habiéndose justificado la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciado al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante fax, telegrama o correo



electrónico en el mismo día, se acuerda la EXCLUSIÓN de la mercantil EUREST COLECTIVIDADES, S.L.U., de la presente licitación».

EUREST sostiene que presentó en plazo su oferta en la oficina de Correos y que la incidencia se produjo al anunciar el envío de su proposición a través de Correos a un número de fax distinto a los que se indicaban en los anuncios de licitación. No obstante, insiste en la accesoriedad del requisito de remisión del anuncio de la oferta, así como en el carácter antiformalista y en el principio “pro actione” que rigen en materia de contratación pública.

En cuanto a la accesoriedad del anuncio del envío, EUREST cita la Resolución 268/2018, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que alude al Informe 39/98, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado donde se señala que “(...)lo decisivo es la recepción por el órgano de contratación de la respectiva proposición, siendo los requisitos establecidos (anuncio del envío y su justificación) y los efectos (ampliación en diez días naturales para la indicada recepción) elementos accidentales que cumplen la finalidad de resolver la falta de inmediatividad entre presentación y recepción que se da en la presentación por correo y que no existe en la presentación ante el órgano de contratación, en la que los actos de presentación por el licitador y recepción por el órgano de contratación se producen de forma simultánea. Por otra parte, la necesidad de que la licitación no permanezca indefinidamente abierta a la espera de proposiciones cuyo envío se ha anunciado y justificado explica la ampliación del plazo en diez días naturales que se produce en estos casos. (...)”. Alega que el anuncio del envío al órgano de contratación trata de verificar que la oferta no entregada en el registro de dicho órgano fue correctamente presentada en plazo, y esto último quedó ya acreditado. Por tanto, insiste en que su exclusión de la licitación se realizó de manera excesivamente rigorista al tratarse del incumplimiento de un requisito accesorio.

En cuanto al carácter antiformalista y al principio “pro actione”, la recurrente sostiene que presentó adecuadamente la oferta y que la incidencia en el número de fax puede calificarse como un error meramente formal que no debió suponer su exclusión de plano, debiendo habersele concedido la posibilidad de subsanar al no verse alterado el contenido material de la oferta. Adicionalmente, alega que en el plazo de diez días a que se refiere el artículo 80 del RGLCAP y el propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), ha resultado acreditado que el órgano de contratación contaba con la oferta y con el fax acreditativo de su adecuada presentación, toda vez que aportó este último mediante escrito presentado el 17 de junio de 2019.



Frente a tales alegatos se alza el órgano de contratación en su informe al recurso y SERUNIÓN S.A.U., entidad interesada, que ha efectuado alegaciones en este procedimiento.

El primero, en síntesis, esgrime que, de acuerdo con el certificado emitido por el Registro de la Agencia Pública Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, la documentación correspondiente a la mercantil EUREST tuvo entrada el 11 de junio de 2019, procedente de la Oficina de Correos, esto es, se recibió por el Registro del Órgano de Contratación fuera del plazo de presentación de ofertas, contraviniendo los términos indicados en el pliego que rige la contratación, y sin acreditar, en el plazo señalado, la justificación de la presentación de la oferta en la Oficina de Correos a través de los medios establecidos en el pliego (télax, fax o telegrama).

Concluye, pues, que se ha producido un incumplimiento del RGLCAP y del pliego que es “lex contractus” conforme a reiterada jurisprudencia y que el carácter antiformalista no puede aplicarse en caso de notorio incumplimiento de una obligación establecida en los pliegos, como es el anuncio en plazo del envío de la oferta a través de correos, cuya ausencia no es un mero defecto formal susceptible de subsanación.

Por último, SERUNIÓN S.A.U. aduce que la exclusión de EUREST es ajustada a derecho puesto que el plazo del envío del anuncio de la oferta al órgano de contratación es preclusivo e improrrogable (mismo día de presentación de la oferta), no siendo susceptible de subsanación un anuncio erróneo.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. La recurrente ha sido excluida de la licitación porque, habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas el 10 de junio de 2019, la documentación relativa a su proposición tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 11 de junio. A tales efectos, aun cuando EUREST presentó en plazo su oferta en una oficina de Correos, anunció su remisión a un número de fax que no correspondía al órgano de contratación, razón por la que este no tuvo conocimiento, a la fecha de terminación del plazo, de la existencia de aquella proposición. En tal sentido, el acuerdo de exclusión argumenta que *“(…)no habiéndose justificado la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciado al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante fax, telegrama o correo electrónico en el mismo día, se acuerda la EXCLUSIÓN de la mercantil EUREST COLECTIVIDADES, S.L.U., de la presente licitación.”*



Al respecto, la cláusula 9.1 del PCAP, que es transcripción prácticamente literal del artículo 80.4 del RGLCAP, dispone que *“Cuando las proposiciones se envíen por correo, la persona empresaria deberá justificar la fecha y hora de imposición del envío en las Oficinas de Correos y anunciará la remisión de su oferta al órgano de contratación, en el mismo día, mediante fax, telegrama o correo electrónico remitido al Registro General que se indique en el perfil de contratante y en el anuncio de licitación, en su caso.*

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

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

Así pues, cuando las proposiciones, en lugar de presentarse en el registro del órgano de contratación, se envíen a través de Correos, deberá cumplirse un doble requisito: justificar la fecha y hora de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar la remisión de la oferta al órgano de contratación en el mismo día mediante fax, telegrama o correo electrónico. Sin la concurrencia de ambos requisitos, una oferta recibida por el órgano de contratación una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas será inadmitida.

En el supuesto analizado, la recurrente presentó su oferta en plazo en la oficina de Correos, pero por causa o error a ella imputable el anuncio de la remisión de dicha oferta no se envió al órgano de contratación el mismo día, siendo la consecuencia que, a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones -10 de junio de 2019-, no se había recibido la oferta de EUREST en el órgano de contratación, ni este tenía conocimiento de su existencia. La proposición se recibió un día después, por lo que, de conformidad con el tenor del precepto reglamentario y de la cláusula 9.1 del PCAP, tenía que ser inadmitida, tal y como acordó la mesa de contratación en el acuerdo objeto de impugnación. Por lo demás, este es el criterio seguido por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 68/2019, de 14 de marzo, señalábamos que:

“Si en el plazo fijado, la persona licitadora incumple el requisito de anunciar al órgano de contratación la remisión de su oferta junto con el justificante de la imposición en Correos, la consecuencia es la inadmisión de la proposición, no pudiendo la empresa licitadora continuar en el procedimiento y sin que la remisión de dicho anuncio dos días naturales después del plazo indicado determine su admisión, puesto que sin la concurrencia de ambos requisitos -fecha de imposición del envío en



Correos y anuncio al órgano de contratación en el mismo día- no será admitida la proposición si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo de presentación señalado en el anuncio (párrafo segundo del artículo 80.4 del RGLCAP), circunstancia que ha concurrido en el supuesto examinado.

La pretensión de la recurrente de que anunció al órgano de contratación la remisión de su oferta junto con el justificante de la imposición en correos dentro de los cinco días naturales previstos para ello en la cláusula 9.1 del PCAP, no puede ser admitida. Y ello porque dicho plazo preclusivo no lo es para remitir el citado anuncio al órgano, sino para que, habiéndose cumplido los requisitos anteriores, circunstancia que como se ha reiterado no concurre en el supuesto examinado, la licitación no permanezca indefinidamente abierta a la espera de proposiciones cuyo envío se ha anunciado y justificado adecuadamente, de tal suerte que si ello no se produce en un plazo determinado la proposición no será admitida en ningún caso

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

En definitiva, no cabe, como pretende la recurrente, otra interpretación posible porque el artículo 80.4 del RGLCAP y la cláusula 9.1 del PCAP que lo reproduce son claros y terminantes en su redacción: si una oferta enviada en plazo a través de Correos se recibe fuera de plazo en el órgano de contratación, solo será admitida cuando en el mismo día de su presentación en la oficina de Correos se anuncie su remisión por fax, telegrama o correo electrónico al órgano de contratación y sin perjuicio de que, transcurridos diez días siguientes a la finalización del plazo de presentación de ofertas sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso.

La finalidad perseguida es también clara: que el órgano de contratación tenga conocimiento, antes de que termine el plazo de presentación de proposiciones, de cuáles son las ofertas realizadas en la licitación promovida.



Por ello, no puede darse razón a la recurrente en ninguno de los argumentos esgrimidos para combatir su exclusión:

1. Así, EUREST señala que, según el Informe 39/98, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el anuncio del envío es accesorio siendo lo decisivo la recepción de la proposición por el órgano de contratación. Al respecto, hemos de indicar que el hecho de que el anuncio del envío sea un elemento accidental que cumple la finalidad de resolver la falta de inmediatividad entre presentación y recepción no significa que no sea un requisito de obligado cumplimiento que cumple una finalidad clara de puesta en conocimiento del órgano de contratación. Confunde la recurrente la naturaleza accidental del requisito a que se refiere el Informe citado con su carácter obligatorio y la clara consecuencia de su incumplimiento cual es la inadmisión de la oferta.

2. En segundo lugar, la recurrente apela a los principios antiformalista y pro actione -que rigen en materia de contratación pública conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de los propios Tribunales administrativos de recursos contractuales- para intentar fundamentar que hubo un error formal en el anuncio del envío a otro número de fax distinto al del órgano de contratación y que tal error es subsanable.

Tal argumento no puede prosperar. El anuncio del envío de la oferta ha de efectuarse en el mismo día al órgano de contratación por disposición reglamentaria y del propio pliego. Si tal circunstancia no se cumple, el defecto no podrá subsanarse porque el plazo ya se habrá superado. Como señala la Resolución 35/2016, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en un supuesto con cierta similitud al analizado, *“Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación tienden a la aplicación de un criterio antiformalista y no restrictivo en el examen de las causas de inadmisión/exclusión de las proposiciones contrario al principio de concurrencia, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos. Pero en este caso, a la vista de las circunstancias que concurren, hay que tener en cuenta que la admisión de la oferta de la recurrente se haría contraviniendo flagrantemente una disposición reglamentaria que es aplicable a todos los licitadores. Si bien es cierto que se debe evitar una restricción participativa en los procedimientos de contratación, también lo es que debe respetarse el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima cuando se trata de la aplicación de los plazos, puesto que se trata de que todos los licitadores liciten en condiciones de igualdad y permitir la presentación fuera del plazo establecido supondría infringir ese principio”*.



3. Por último la recurrente esgrime que, en el plazo de diez días a que se refiere el artículo 80 del RGLCAP y el propio PCAP, el órgano de contratación ha contado con la oferta y con el fax acreditativo de su adecuada presentación, toda vez que aportó este último mediante escrito presentado el 17 de junio de 2019.

No obstante, siendo lo anterior cierto, en nada altera la argumentación realizada a lo largo de esta resolución, ni ese plazo reglamentario de diez días a que alude la recurrente resulta de aplicación en el supuesto analizado. El artículo 80.4 del RGLCAP habilita el citado plazo para la recepción física de la oferta enviada a través de Correos, siempre y cuando el licitador haya cumplido previamente el doble requisito de justificar la fecha y hora de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar la remisión de la oferta al órgano de contratación en el mismo día mediante fax, telegrama o correo electrónico, extremo este último que no se ha cumplido en este supuesto como ya se ha analizado.

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 **EUREST COLECTIVIDADES S.L.U.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Contrato mixto del servicio de cocina y de la concesión del servicio de cafetería de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir en los centros de la provincia de Córdoba”, convocado por la citada Agencia Pública Empresarial, adscrita a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía (Expte. PA14/APESHAG-246/2019).

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 18 de julio de 2019.

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.

