

Recurso 489/2019

Resolución 118/2020

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

Sevilla, 21 de mayo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISTRIBUIDORA MARES DE LIBROS, S.L.** contra el acuerdo, de 18 de noviembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de distribución del fondo editorial de la Universidad de Sevilla para Andalucía y España” (Expte. 19/DE065BIS), promovido por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de octubre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad y presentación electrónica, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 961.538,46 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.



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. Mediante acuerdo, de 18 de noviembre de 2019, la mesa de contratación declara la exclusión de la oferta de la entidad DISTRIBUIDORA MARES DE LIBROS, S.L. (en adelante DIMARES) del procedimiento de licitación citado en el encabezamiento.

CUARTO. El 11 de diciembre de 2019 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DIMARES contra el citado acuerdo de exclusión de su proposición. Dicho escrito fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 13 de diciembre de 2019.

Tras lo cual, el 18 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal mediante escrito solicita al órgano de contratación que remita la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso, la cual tuvo entrada en éste Órgano el 19 de diciembre de 2019.

QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 22 de enero de 2020, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas presentado ninguna en el plazo referido.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de



carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

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.

En el supuesto analizado, el acto impugnado ha sido adoptado en la licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, a tales efectos, el 14 de enero de 2013, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

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

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación, conforme se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector



público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación, 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 artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación fue adoptado el 18 de noviembre de 2019, y notificado a través de la PCSP a la entidad ahora recurrente el 19 de noviembre de 2019, por lo que el recurso presentado el 11 de diciembre de 2019 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado, y ello con independencia, en su caso, de la fecha publicación en el perfil de contratante del citado acuerdo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo, de 18 de noviembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su proposición del procedimiento de licitación, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde la admisión de su oferta técnica y de su proposición a la licitación.

En este sentido, el 19 de noviembre de 2019 a través de la PCSP le fue comunicada a la entidad ahora recurrente la exclusión definitiva de su proposición, adoptada por la mesa de contratación en sesión celebrada el 18 de noviembre de 2019, según consta en acta publicada en el perfil de contratante, por el siguiente motivo: *«La Mesa de Contratación de la Universidad de Sevilla, acuerda la exclusión del procedimiento, por no presentar oferta Técnica en base a lo establecido en el art. 139 de la Ley 9/2017».*

Al respecto, la entidad recurrente señala que por error administrativo y por motivos de falta de comprensión se ha dado cuenta de que en su momento no presentó toda la documentación correspondiente a la oferta



técnica. En este sentido, indica que no ha recibido comunicación alguna para la subsanación de este error, por lo que no han podido solventarlo y ahora junto con el recurso aporta la documentación que falta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que de toda la documentación requerida por el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la cláusula 9.1 y en el anexo II, la entidad ahora recurrente tan solo aporta el modelo C de oferta económica. En este sentido, señala que de conformidad con los criterios de valoración establecidos y las condiciones de licitación, la documentación mencionada en dicho pliego era necesaria para evaluar mediante criterios de juicio de valor y determinar así si alcanzaba el umbral mínimo de puntuación establecido, por lo que ante la ausencia de oferta, la mesa de contratación de la Universidad de Sevilla procedió de manera correcta al excluirla de la licitación.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la cláusula 9.1 del PCAP «Lugar y forma de presentación» dispone en lo que aquí interesa lo siguiente: *«Forma de presentación. Los licitadores deberán presentar dos sobres/archivos, con las características y contenido que se especifique en el Anexo II del PCAP».* Dicho anexo indica que *«Los licitadores presentarán dos archivos - Archivo 1: documentación acreditativa de los requisitos previos - Archivo 2: documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y valorados mediante la aplicación de fórmulas».*

En este sentido, ha de ponerse de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 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), 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 la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

Queda, pues, claro que conforme al PCAP la proposición debía contener dos archivos, uno de documentación acreditativa de los requisitos previos y otro de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y mediante la aplicación de fórmulas. Asimismo, resulta



probado que la ahora recurrente únicamente presentó un archivo conteniendo el modelo C de proposición económica, por lo que no aportó el resto de la documentación requerida por el citado pliego. En este sentido, se constata el incumplimiento del PCAP cuya consecuencia ha de ser la exclusión del procedimiento de licitación.

Al respecto, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso el contenido de la oferta previsto en la cláusula 9.1 y en el anexo II del PCAP-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

Si la entidad licitadora no cumplimenta adecuadamente en su oferta las exigencias derivadas de los pliegos, en este caso no aportar el contenido del archivo (sobre) 1 ni parte del 2 (sobre), ello determinará la exclusión de su proposición del procedimiento (v.g. Resoluciones 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, y 13/2017, de 27 de enero, entre otras muchas).



Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares analizados, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, siendo procedente la exclusión de la proposición presentada por la entidad DIMARES, pues la misma ha incumplido, conforme a la documentación contenida en su oferta, la obligación relativa a incluir en su proposición la documentación exigida por el PCAP. En este sentido, la discusión no se centra en subsanar unos documentos defectuosos, sino en la ausencia de los mismos que, además, resultan ser documentos –toda la proposición salvo el modelo C de oferta económica- esenciales en el procedimiento de licitación. Y ello, para salvaguardar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de abril de 2012 que dispone en lo que aquí interesa que *«No cabe, pues, aceptar que un determinado licitador, ante una omisión solo a él imputable, pudiera hacer su oferta con posterioridad mediante la técnica de la subsanación, cuando ya se conocían las restantes ofertas, lo que ciertamente desvirtuaría, en general, los principios informadores de la contratación administrativa, como los de transparencia, objetividad e igualdad; y, en particular, el verdadero significado del procedimiento de adjudicación, con vulneración del principio de buena fe de bienes jurídicos a proteger en el apuntado ámbito normativo de la contratación de las Administraciones Públicas».*

En definitiva, debe soportar la entidad DIMARE las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de su proposición.

SÉPTIMO. Por último, como se ha expuesto, la recurrente denuncia que no ha recibido comunicación alguna para la subsanación de este error, por lo que no ha podido solventarlo y ahora junto con el recurso aporta la documentación que falta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que no procede trámite alguno de subsanación, puesto que no se trata de un defecto subsanable en la oferta presentada, sino que se trata de ausencia de oferta, dado que otorgar un trámite de subsanación y por ello un plazo adicional para presentar dicha oferta, supone quebrantar el principio de igualdad entre entidades licitadoras. Para reforzar su alegato trae a colación parte de la Resolución 200/2019, de 19 de junio.



Pues bien, ha de darse la razón al órgano de contratación. En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado un muchas ocasiones sobre la posibilidad de aclarar o subsanar la oferta, valga por todas la citada Resolución 200/2019 en la que, tras reproducir el artículo 139.1 de la LCSP que señala que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentos que rigen la licitación, se disponía lo siguiente:

«Así las cosas, tenemos que decir que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo, es decir, es subsanable la acreditación del requisito, no el requisito en sí mismo. Por lo tanto, la mesa actúa adecuadamente al rechazar la oferta que no se ajusta a los requisitos establecidos en los pliegos y documentación que rigen la licitación, y ello para salvaguardar los principios de igualdad de trato, no discriminación o transparencia. En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca C-243/89, “Al respecto, es preciso señalar, ante todo, que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores”.

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de abril de 2012 *“No cabe, pues, aceptar que un determinado licitador, ante una omisión solo a él imputable, pudiera hacer su oferta con posterioridad mediante la técnica de la subsanación, cuando ya se conocían las restantes ofertas, lo que ciertamente desvirtuaría, en general, los principios informadores de la contratación administrativa, como los de transparencia, objetividad e igualdad; y, en particular, el verdadero significado del procedimiento de adjudicación, con vulneración del principio de buena fe de bienes jurídicos a proteger en el apuntado ámbito normativo de la contratación de las Administraciones Públicas”.*

Igualmente se expresa la Resolución 251/2018, de 13 de septiembre, de este Tribunal *“Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre y 28/2018, de 2 de febrero) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos”.*

Por todo ello, con base en las consideraciones realizadas, no procede acoger la pretensión de la recurrente consistente en que se anule el acta de la mesa de contratación en la que se recoge el acuerdo



de exclusión de su oferta, se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión concediéndoles plazo para la subsanación y se proceda a la valoración de su oferta, por no ser posible la subsanación de la falta de presentación del anexo XX -proposición económica- en el sobre 2, debiéndose desestimar el recurso interpuesto».

Asimismo, tampoco es posible admitir la documentación no aportada anteriormente con ocasión de la interposición del recurso. En este sentido, en relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno hemos señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 386/2019, de 14 de noviembre, que dispone que *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP»*.

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

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISTRIBUIDORA MARES DE LIBROS, S.L.** contra el acuerdo, de 18 de noviembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de distribución del fondo editorial de la Universidad de Sevilla para Andalucía y España” (Expte. 19/DE065BIS), promovido por la Universidad de Sevilla.



SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

