

Recurso 239/2020

Resolución 458/2020

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

Sevilla, 30 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE CMM GUARD, S.L. - ARCIHA DE SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta, de 10 de agosto de 2020, adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de vigilancia y seguridad privada y de auxiliares de servicios, para dependencias municipales y actividades organizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas” (EXPTE. 31/2020/CON), convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de junio de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el anuncio fue publicado el 8 de junio de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, pudiendo accederse ese mismo día a los pliegos rectores de la licitación a través del citado perfil



El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 9.865.323,99 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (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 la mesa de contratación, de 10 de agosto de 2020, se excluyó la oferta presentada por la UTE CMM GUARD, S.L. - ARCIHA DE SERVICIOS, S.L (en adelante, la UTE). El acta de la sesión de la mesa en la que se adoptó dicho acuerdo se publicó en el perfil de contratante el 12 de agosto, notificándose la exclusión a la UTE mediante escrito fechado igualmente el 12 de agosto.

CUARTO. El 1 de septiembre de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial interpuesto por la UTE contra la exclusión de su oferta.

QUINTO. Mediante oficio de 1 de septiembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación preceptiva para su resolución, que tuvo entrada en el Tribunal el 7 de septiembre a excepción del listado de licitadores que se recibió con posterioridad.

SEXTO. El 24 de septiembre de 2020, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 19 de octubre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo otorgado.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 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.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio que, a tales efectos, fue formalizado el 3 de junio de 2014 entre la entonces denominada Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Dos Hermanas (Sevilla), al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. La UTE recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de licitadora en el procedimiento en el que impugna el acto por el que se excluye su oferta. De este modo, la eventual estimación del recurso especial y consiguiente anulación del acto impugnado le proporcionaría un beneficio cierto en orden a su continuación en la licitación.

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 es un contrato de servicios cuyo valor estimado es 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 oferta. Por tanto, el recurso especial es procedente 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 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 impugnado, de 10 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante el 12 de agosto, notificándose a la UTE mediante escrito fechado y remitido igualmente el 12 de agosto. Asimismo, la recurrente afirma haber recibido la notificación electrónicamente ese mismo día. Por tanto, el recurso interpuesto el 1 de septiembre de 2020 en el Registro electrónico del Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la controversia suscitada en el mismo, para lo cual exponemos con carácter previo los siguientes aspectos de interés que se extraen del expediente de contratación remitido:

1. Según se indica en el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante, la presentación de las ofertas es manual.

2. La cláusula octava del PCAP, bajo el título *“Presentación de proposiciones y documentación administrativa”*, detalla la documentación a incluir en cada sobre de la licitación. En lo que se refiere al sobre B *“documentación técnica susceptible de valoración mediante juicios de valor”* señala lo siguiente:

“Incluirá una memoria que se presentará en soporte papel, en un documento que no superará las 20 páginas en A4, encuadrada, al que se podrán acompañar en formato A3 planos o documentación gráfica, contando cada ejemplar de A3 como dos páginas. Asimismo, se adjuntará copia de la memoria en formato digital, CD o pen drive”.

3. En el acta de la sesión de la mesa de contratación, de 9 de julio de 2020 -cuyo objeto era la apertura del sobre B- se recoge textualmente lo siguiente:



“(…) Excluir del proceso de licitación a la empresa UTE. CMM GUARD, S.L. – ARCIHA DE SERVICIOS, S.L., por no aportar la copia de la memoria en formato digital, CD o pen drive que prescribe la cláusula octava del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares.

(…)

La Mesa da por finalizada la sesión pública de la misma siendo las 9,28 horas, no obstante a continuación, se suscita el debate respecto a la exclusión de la empresa UTE. CMM GUARD, S.L. – ARCIHA DE SERVICIOS, S.L., por el motivo alegado anteriormente, considerando los miembros de la Mesa que el contenido de la memoria en papel tiene que coincidir forzosamente con el contenido de la memoria en soporte informático, por lo que se concluye que la exigencia de la copia en formato digital, no es mas que una mera formalidad del pliego, decidiendo la Mesa reconsiderar la exclusión de la citada empresa y requerirle para que presente el citado soporte informático”.

4. Tras el requerimiento de subsanación efectuado a la UTE ahora recurrente y la documentación aportada por la misma, en la sesión de la mesa de contratación de 10 de agosto de 2020 se acuerda la exclusión de la proposición de la UTE en base al informe sobre valoración de la documentación del sobre B (proposición técnica), que, en lo que aquí interesa, señala lo siguiente:

“Con fecha 9 de julio de 2020, la mesa de contratación procede a la apertura del sobre B (documentación técnica susceptible de valoración mediante juicios de valor) de las empresas admitidas a la siguiente fase, admitiendo la documentación presentada tanto en soporte papel como en formato digital de las empresas MERSANT VIGILANCIA S.L., PYCSECA SEGURIDAD, S.A. y GOMSEGUR, S.L.

La empresa UTE CMM GUARD, S.L. – ARCIHA DE SERVICIOS, S.L., si bien no presentó la documentación en formato digital, fue requerida para su subsanación, aspecto que cumplieron con fecha 17 de julio de 2020.

Al proceder al estudio de la documentación aportada tanto en formato papel como en formato digital, se comprueba que en concreto la correspondiente a la empresa UTE CMM GUARD, S.L.-ARCIHA DE SERVICIOS, S.L., no es coincidente en sus dos versiones. En concreto en el soporte digital, aportado tras requerimiento de la mesa de contratación el pasado día 17 de julio de 2020, la página marcada



con el número 93 aparece con unos diagramas de explicación de protocolos de actuación mientras que en el soporte en formato papel, la misma página aparece completamente en blanco.

Por lo tanto, al ser diferentes las documentaciones aportadas, y teniendo en cuenta el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 9 de julio en la (sic) que se acuerda requerir a la mencionada empresa licitadora para aportar la memoria en formato digital, que literalmente dice: (...) considerando los miembros de la Mesa que el contenido de la memoria en papel, tiene que coincidir forzosamente con el contenido de la memoria en soporte informático (...), se propone la exclusión de la empresa UTE CMM GUARD, S.L.-ARCIHA DE SERVICIOS, S.L.”

Tras la exposición de los antecedentes necesarios, procede ya examinar las alegaciones de las partes. La UTE impugna la exclusión de su proposición y esgrime tres motivos:

En primer lugar, alega que cumple los requisitos de la cláusula 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sobre “Acreditación de la aptitud para contratar” y que *“la documentación aportada en papel solo tiene un documento que difiere de la aportada en formato digital y es, concretamente, una imagen con un diagrama que no supone ninguna alteración de las condiciones de la parte técnica. Ni la falta de aceptación de la misma”*.

Considera que ello es un mero error técnico de impresión sin trascendencia alguna al que resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el error material y que el acuerdo impugnado es desproporcionado teniendo en cuenta la escasa magnitud de aquel, a lo que se une que con la nueva LCSP la documentación debe aportarse digitalmente y esta se ha presentado correctamente.

En segundo lugar, aduce que se ha infringido el artículo 141 de la LCSP al no haberle solicitado la subsanación de la incidencia y concluye que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción, obviándose la doctrina constitucional que proscribe decisiones de inadmisión que por su rigorismo, formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.

En tercer lugar, denuncia infracción del procedimiento administrativo en la notificación de la exclusión que se le efectuó donde no consta la posibilidad de recurrir, frente a la remitida a los restantes licitadores donde



se especifica el tipo de recurso. Afirma que *“Por este modo de actuar, se ha producido la indefensión alegada, por cuanto la desigualdad en el procedimiento administrativo de los interesados es contraria a la norma y al propio artículo 24 de la CE.*

Por los dos hechos mencionados y, por la indefensión causada, habrá de entenderse nula la resolución dictada

Es decir, se estaba privando a mi patrocinada de conocer que (sic), en caso de no estar de acuerdo con la resolución dictada, los recursos que podría interponer frente a la misma.”.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación se alza contra los motivos esgrimidos por la UTE manifestando, en síntesis, que la recurrente no solo incumplió la obligación establecida en los pliegos de presentar en un mismo sobre la memoria en soporte papel y en formato digital, sino que *“en la segunda oportunidad que le concede la mesa de contratación, lo hace incumpliendo las directrices que la misma mesa le había indicado en el requerimiento (contenido forzosamente coincidente entre ambos documentos).*

La pretensión de que se les volviese a requerir de subsanación, haría que la Administración estuviese otorgando unos “privilegios” de una licitadora frente a las demás que sí cumplieron el trámite de una sola vez (...).”.

SEXTO. En el examen de las cuestiones suscitadas, los dos primeros alegatos de la recurrente van a ser abordados de forma conjunta dada su íntima conexión (mero error de transcripción en la oferta, carácter desproporcionado y excesivamente formalista del acuerdo de exclusión y no solicitud de subsanación de la incidencia detectada).

Pues bien, en la presente licitación se prevé que la presentación de las ofertas es manual y no electrónica, aunque la cláusula octava del PCAP, al referirse a la documentación integrante del sobre B, menciona el contenido de una memoria que habrá de presentarse en soporte papel, así como en formato digital, CD o pen drive. Es obvio, aunque el pliego no lo diga expresamente, que el contenido de la memoria en ambos soportes ha de ser idéntico, pues se trata del mismo documento presentado de dos modos diferentes.



Según hemos referido en el anterior fundamento, la UTE presentó la memoria únicamente en papel, razón por la que fue requerida de subsanación para que la aportase en soporte informático. Pese a ello, la oferta de la recurrente resultó finalmente excluida al no coincidir la memoria en sus dos versiones; en concreto, en el soporte digital (pag. 93) se incorporan unos diagramas explicativos de protocolos de actuación que no aparecen en el formato papel donde la misma página figura en blanco. Tales extremos se hacen constar en el acuerdo de exclusión y han sido constatados por este Tribunal al examinar el expediente remitido para la resolución del recurso.

Así las cosas, no cabe acoger los alegatos de la UTE frente a la exclusión acordada por la mesa y ello por las siguientes razones:

1. La discordancia entre ambas versiones supone un claro incumplimiento de la cláusula 8 del PCAP que parte del dato incuestionable de que el contenido de la memoria técnica ha de ser uno solo y el mismo en las dos versiones (papel y digital). Se ha infringido, pues, el artículo 139.1 de la LCSP conforme al cual *“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(...)”*, siendo doctrina reiterada del Tribunal que los pliegos que rigen el contrato son “lex inter partes” o “lex contractus” y vinculan a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (v.g. Resolución 311/2020, de 17 de septiembre, por citar de las más recientes).

2. El incumplimiento del pliego no es baladí porque, en fase de subsanación, la recurrente, en lugar de limitarse a aportar digitalmente la memoria que presentó “ab initio” en soporte papel, añade unos diagramas explicativos que, con independencia de su relevancia en la globalidad de la oferta, revelan un cambio respecto a la memoria originaria en papel y por ende, una alteración de la oferta que ahora tiene un contenido mayor.

Al respecto, es conocida la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos jurisdiccionales sobre la invariabilidad de la oferta una vez presentada y sobre la posibilidad de subsanar errores materiales o aclarar conceptos oscuros con el límite de no modificar la oferta. Desde esta óptica, parece razonable que la mesa, antes de excluir la oferta de la UTE por la sola presentación de la



memoria técnica en soporte papel, le diese oportunidad de subsanar aportando la misma en formato digital, pero dicha posibilidad quedaba circunscrita a una subsanación en la forma de presentación de la oferta que en modo alguno podía afectar a su contenido.

3. En la hipótesis puramente teórica de que se aceptara la tesis de la recurrente y se admitiera su oferta, la adición incorporada al contenido de la memoria en fase de subsanación generaría la duda de qué documento es el que habría de evaluarse: el que está en papel o el que se aportó posteriormente en soporte digital.

La recurrente, al afirmar que *“con la nueva LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público), la documentación que se debe aportar y recibir es digital (y esa se ha aportado correctamente)”*, parece indicar que la documentación correcta es la que aportó digitalmente en fase de subsanación, es decir, la que incorpora más contenido del inicial; lo que no puede admitirse, bajo ningún concepto, a la luz de la doctrina antes citada que prohíbe la modificación de la oferta y teniendo en cuenta que la presentación de las proposiciones en la licitación era manual, extremo que no consta haya sido impugnado por la UTE. Por tanto, siguiendo su propia tesis, en la hipótesis eventual y puramente teórica de que hubiera que valorar una de las dos versiones, esta nunca podría ser la versión digital como pretende aquella.

4. La recurrente se limita a decir que se trata de un error técnico de impresión calificable como material de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, pero no aporta la más mínima justificación que avale esta afirmación, ni resulta nada explícita a la hora de indicar donde se ha cometido el error; hemos de entender que este se produjo en la versión de la memoria en papel cuya página 93 aparece en blanco, pero dicha omisión no puede calificarse de simple error material intrascendente porque lo omitido no se completa con otra documentación obrante en el formato papel de la memoria que evidencie y supla esa carencia, sino que es necesaria la presentación posterior en fase de subsanación del formato digital para completar lo que no estaba en la oferta desde el principio.

Así las cosas, la recurrente no puede con ocasión de la subsanación de un incumplimiento del PCAP - aportación de la memoria técnica en soporte digital- completar lo que no estaba en la versión en papel. Al actuar de esta manera, no solo volvió a incumplir el citado pliego por no aportar idéntico documento en el



otro formato, sino que completó y modificó la proposición inicial incurriendo en otro incumplimiento si cabe más grave que afecta a la invariabilidad de la oferta, límite infranqueable de cualquier subsanación o aclaración de las proposiciones conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, apoyada a su vez en la de órganos jurisdiccionales (v.g. las recientes Resoluciones 23/2020, de 30 de enero, 144/2020, de 1 de junio, 174/2020, de 1 de junio, 322/2020, de 1 de octubre y 403/2020, de 19 de noviembre).

En concreto, en nuestra Resolución 403/2020 señalábamos lo siguiente <<Así, y siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los principios de igualdad de trato, no discriminación y la obligación de transparencia, se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador (STJUE de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C599/10 y STJUE de 10 de octubre de 2013, Manova, C336/12).

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta». Y concluye la Sentencia citada que «(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de este, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron».

En la misma línea se expresa el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de febrero de 1982, Sala 4, al indicar que, entre los requisitos correspondientes a los procedimientos seguidos para la selección de contratistas, figura el de la inalterabilidad de las propuesta de los aspirantes, una vez presentadas, dentro del plazo habilitado al efecto.>>.



Asimismo, para llegar a la conclusión de que la recurrente modificó su proposición resulta irrelevante que pudiera haber cometido un error involuntario al imprimir la memoria en soporte papel, o la poca incidencia o magnitud de los nuevos datos incorporados en el formato digital. Estas razones no cambian la realidad incuestionable de los hechos expuestos, ni sus consecuencias para la recurrente.

En definitiva, la exclusión acordada por la mesa no es, pues, desproporcionada a la magnitud del error ni excesivamente formalista -como afirma la recurrente-, sino respetuosa con la doctrina expuesta sobre invariabilidad de las ofertas tras su presentación y con la preservación del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

5. Por la misma razón, no se entiende qué trámite había que dar nuevamente a la recurrente para subsanar el error cometido, pues este era ya insubsanable desde que se cometió. Si la UTE se refiere a que, en una segunda subsanación, la mesa podía haberle dado la oportunidad de presentar en soporte papel los diagramas sobre protocolos de actuación omitidos al principio, con tal pretensión solo evidencia su falta de diligencia en la preparación de la oferta, pretendiendo forzar una doble subsanación sin amparo legal ni jurisprudencial alguno pues, como hemos argumentado, la omisión padecida no era susceptible ni siquiera de una primera subsanación.

Procede, pues, desestimar los dos motivos del recurso analizados conjuntamente en este fundamento de derecho.

SÉPTIMO. En un último alegato, la UTE denuncia infracción en la notificación de la exclusión que se le efectuó donde no consta la posibilidad de recurrir, frente a la remitida a los restantes licitadores donde se especifica el tipo de recurso. Afirma que este proceder le ha originado indefensión y ha provocado una situación de desigualdad determinante de la nulidad de la resolución impugnada.

Pues bien, en el escrito de notificación de la exclusión dirigido a la UTE y obrante en el expediente de contratación consta adecuadamente, en contra de lo manifestado por aquella, el pie de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal. Además, la recurrente ha hecho uso en plazo del citado medio de impugnación, todo lo cual hace decaer de plano el motivo esgrimido, sin que quepa apreciar la indefensión ni desigualdad de trato denunciadas.



Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser desestimado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE CMM GUARD, S.L. -ARCIHA DE SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta, de 10 de agosto de 2020, adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de vigilancia y seguridad privada y de auxiliares de servicios, para dependencias municipales y actividades organizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas” (EXPTE. 31/2020/CON), convocado por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante Resolución de 24 de septiembre 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 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.

