

Recurso 108/2021

Resolución 327/2021

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

Sevilla, 16 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LUQUE RAIGADA E HIJOS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 17 de febrero de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios del transporte urbano colectivo de viajeros en Montoro (Córdoba)” (Expte. GEX 262/2020), promovido por el referido Ayuntamiento de Montoro (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 y el 16 de diciembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) respectivamente, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 596.274,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.



Mediante Decreto de la Alcaldía de 17 de febrero de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad E.J.P.C.

SEGUNDO. El 11 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LUQUE RAIGADA E HIJOS, S.L.U. (en adelante, LUQUE RAIGADA) contra la citada resolución de 17 de febrero de 2021.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 11 de marzo de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 15 de marzo 2021.

Con fecha 13 de abril de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido la presentada por E.J.P.C.

Con fecha 2 de junio de 2021, este Tribunal acordó el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Montoro no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que, habiéndose remitido el presente recurso y el expediente para su resolución, resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente 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. En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de 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, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y notificada el 18 de febrero de 2021. Por lo que, el recurso presentado el 11 de marzo de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

Con fecha 13 de enero de 2021, se reúne la mesa de contratación para la apertura del sobre A. En el acta de dicha sesión se recoge la siguiente observación *“Igualmente, se deja constancia que por Registro de entrada en forma telemática se ha presentado por E.J.P.C., escrito del 11/01/2021, (12:37,27- 043/TR/E/2021/84), por el que indica que la oferta presentada el día 11/01/2021, a las 12:26h., sustituye y anula a la presentada con anterioridad de 08/01/2021, 13:18, dado que desde la plataforma no ha podido anular la primera oferta.”*

Posteriormente, con fecha 19 de enero, la mesa procede a la apertura del sobre B, relativo a la oferta económica y otros criterios de valoración automática, y propone la adjudicación del contrato a favor de la entidad E.J.P.C.

Finalmente, Mediante Decreto de la Alcaldía de 17 de febrero de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato referido a la mencionada entidad E.J.P.C., por presentar la oferta más ventajosa.

Disconforme con la citada resolución de adjudicación, LUQUE RAIGADA presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito:

“(…) sea dictada resolución en la que se resuelva:



Primero y principal: Anular la resolución de adjudicación a favor de E.P.C., excluir al licitador propuesto e instar al órgano de contratación a adjudicar a favor de mi representada por ser la segunda mejor clasificada y cuya oferta es la más ventajosa.

Segundo: En el caso de que la primera petición no fuera atendida, y para el caso de que fuera posible la verificación del contenido de las dos ofertas presentadas por E.P.C., que se verifique, y si hay vulneración del artículo 139.3 de la LCSP así como de la cláusula 11 del PCAP que rigen la presente licitación, se anule [la] adjudicación acordada mediante Resolución de Alcaldía de fecha 17 de febrero de 2021 y se dicte la adjudicación a favor de mi representada por ser la segunda mejor clasificada y cuya oferta es la más ventajosa.”.

En síntesis, centra su argumentación en el siguiente alegato:

- Sostiene que la entidad que ha resultado adjudicataria ha presentado dos ofertas para la presente licitación y que ello debe llevar aparejada su exclusión. Añade que *“la Mesa de Contratación podría haber acordado bien la exclusión del licitador citado, en base a la existencia de una doble presentación de oferta, dando así cumplimiento al artículo 139.3 de la LCSP y a la cláusula 11 del PCAP que rigen la licitación; o bien, podría haber procedido al descifrado y apertura de los sobres incluidos en las dos ofertas presentadas por el licitador para comprobar la veracidad de su afirmación, y la inexistencia de una doble oferta del licitador si, por el contrario, se habían realizado dos ofertas distintas, en cuyo caso, procedería la exclusión de mismo, en base a los argumentos antes expuestos.*

Y ello porque de conformidad con lo preceptuado por el artículo 132.3 de la LCSP “Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”, entendiéndose esta parte que la falta de comprobación por parte de la Mesa de Contratación del contenido de los sobres presentados por E.P.C. podría vulnerar dicho precepto.”.

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 15 de marzo de 2021, en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

Por último, la entidad adjudicataria, E.J.P.C., se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos, y solicita a este Tribunal la desestimación del recurso. Además, añade en sus alegaciones que la recurrente está actuando de mala fe pues se encuentra prestando el servicio de transporte, por lo que, el recurso es *“una artimaña para retrasar en todo lo posible en la vía administrativa y posible contencioso administrativa, y obtener el lucro económico con la concesión del servicio.”.*



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

La recurrente argumenta lo siguiente:

“En cuanto el fondo del asunto podemos alegar las siguientes circunstancias:

Como se indica en el antecedente primero del presente escrito, en la sesión de la Mesa de Contratación celebrada el día 19 de enero de 2021 y cuyo objeto fue proceder al descifrado y apertura de la documentación contenida en los sobres A, la Secretaria de la Mesa da cuenta de las ofertas presentadas durante el plazo otorgado a tal fin, advirtiéndose que el licitador E.J.P.C. presentó dos ofertas en diferentes días: la primera el día 8 de enero de 2021 y la segunda, el último día del plazo de presentación de ofertas, es decir, el día 11 de enero de 2021.

(...)

Consultada en el expediente administrativo la solicitud formulada por E.P.C., éste alega que ha cometido un error en la cumplimentación del documento DEUC siendo ese el motivo por el cual solicita que se tenga por anulada la oferta realizada el 8 de enero y por válida la presentada el día 11 de enero.

No parece razonable presentar una segunda oferta con base en esta argumentación toda vez que la documentación contenida en el sobre A es subsanable.

Esta parte entiende que el licitador E.P.C. podría haber presentado dos proposiciones distintas, dado que no se ha acreditado fehacientemente que las ofertas no fueran diferentes, lo cual vulneraría lo preceptuado por el artículo 139.3 de la LCSP (...) y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica.

(...)

Mantiene esta parte que en el presente supuesto no queda acreditado que el licitador E.P.C. no haya presentado dos ofertas simultáneas (lo que llevaría aparejada la exclusión del mismo) y ello porque se desconoce el contenido de la oferta por él presentada en la PLACSP el día 8 de enero de 2021, dado que no se procedió al descifrado y apertura de la misma para comprobar tal extremo.

Teniendo en cuenta la normativa aplicable así como la doctrina de los diferentes Tribunales de Recursos Contractuales a que se ha hecho referencia, esta parte entiende que la Mesa de Contratación podría haber acordado bien la exclusión del licitador citado, en base a la existencia de una doble presentación de oferta, dando así cumplimiento al artículo 139.3 de la LCSP y a la cláusula 11 del PCAP que rigen la licitación; o bien, podría haber procedido al descifrado y apertura de los sobres incluidos en las dos ofertas presentadas por el licitador para comprobar la veracidad de su afirmación, y la inexistencia de una doble oferta del licitador o si, por el contrario, se habían realizado dos ofertas distintas, en cuyo caso, procedería la exclusión de mismo, en base a los argumentos antes expuestos.”



En su exposición, la recurrente trae a colación pronunciamientos de diferentes tribunales administrativos de recursos contractuales con el fin de argumentar que la presentación de dos ofertas al mismo procedimiento de licitación lleva aparejada la exclusión de ambas.

La controversia radica, por lo tanto, en discernir si -tal como sostiene la recurrente- la entidad que ha resultado adjudicataria ha presentado dos ofertas distintas para la misma licitación produciéndose infracción del artículo 139 de la LCSP o si, por el contrario, ha de entenderse que sólo ha presentado una oferta, tal como defiende el órgano de contratación, en cuyo caso no se habría producido infracción jurídica basada en esta argumentación.

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

<<Ante lo expuesto y, siguiendo lo indicado por el licitador en su escrito referido, la Mesa de Contratación adoptó los siguientes acuerdos respecto a la mercantil – E.J.P.C.:

1.- Considerar retirada la oferta de fecha 08/01/2021 y, en consecuencia, no descifrar la misma.

2.- Admitir la oferta presentada el siguiente 11/01/2021.

De haber actuado la Mesa como propone la recurrente descifrando y aperturando ambas ofertas para comprobar si eran idénticas, entendemos que se estaría admitiendo la presentación de más de una proposición por un mismo licitador y con ello se vulneraría lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP y el art. 139.3 LCSP, suponiendo además una conducta contraria a lo recogido en la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para la preparación y presentación de ofertas de la Plataforma de Contratación del Sector Público, y contraria a sus propios actos.

La recurrente apoya su argumentación de aperturar ambas ofertas para comprobar si eran idénticas invocando Resolución 353/2019, dictada en el Recurso 163/2019, por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Al respecto, resulta necesario aclarar que, precisamente dicha Resolución se dicta dentro de un procedimiento en el que el propio licitador que presenta la oferta duplicada, indica a la mesa de contratación, mediante leyenda inserta en cada sobre, que se trata de documentación complementaria de un sobre respecto a otro, y es por ello que, siguiendo las indicaciones que le da la licitadora que los presenta, se procede por la mesa de contratación a la apertura de los dos sobres presentados. En el presente caso, ha sido la propia licitadora, mediante escrito presentado dentro del plazo de presentación de ofertas, la que ha pedido a la mesa de contratación que se retiraba la oferta presentada con fecha 08/01/2021 (por los motivos ya mencionados), siendo válida la presentada el siguiente día 11/01/2021. No pudiendo en ningún caso, por la mesa de contratación, obviar lo solicitado por la licitadora en su escrito de 11/01/2021, en el que indicaba que dejaba sin efecto el sobre inicialmente presentado.



(...)

Por tanto la Mesa de contratación no puede, ni podía entonces, deducir que hubiera existido un comportamiento anticompetitivo por el licitador, sino que se debe presumir en todo momento su buena fe, (...) por lo que la Mesa actuó en todo momento, de forma diligente y adecuada, respetando los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia en el procedimiento e igualdad de trato en los licitadores y la libre competencia, (...)>>

De acuerdo con lo expuesto, la empresa adjudicataria presentó en plazo una primera oferta, con fecha 8 de enero de 2021, y habiendo advertido error con posterioridad en la documentación introducida en el sobre 1 -concretamente, la referida al documento europeo único de contratación (DEUC)-, previa consulta telefónica al órgano de contratación, presenta -igualmente en plazo- la segunda oferta el 11 de enero de 2021 y manifiesta mediante escrito de la misma fecha que la última oferta presentada sustituye y anula a la anterior.

Llegados a este punto, conviene recordar al respecto el artículo 139 de la LCSP, punto tercero, que establece *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*. Por otra parte, el artículo 80, punto 5, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que *“Una vez entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada. (...)”*

Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), en su cláusula 11, referida a la presentación de proposiciones y documentación administrativa, dispone:

“Cada entidad licitadora no podrá presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.

Pues bien, sin menoscabo del principio de proposición única consagrado en el citado artículo 139 de la LCSP, es oportuno acudir a la Resolución 353/2019, de 24 de octubre, de este Tribunal que, aún cuando analiza un supuesto diferente, ha sido referida tanto por la parte recurrente como por el órgano de



contratación para argumentación de sus posiciones, siendo de principal importancia en el presente análisis la siguiente reflexión <<Respecto a la posibilidad de corregir la documentación ya presentada antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, procede citar la resolución 349/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, al disponer “No contiene la ley ninguna prevención en este sentido pues únicamente prevé consecuencias específicas para el caso de retirada de las ofertas una vez iniciado el procedimiento de licitación concluido el plazo de presentación. Carece de toda lógica impedir que se corrijan sustituyan o retiren documentos antes de que transcurra el plazo de presentación, momento en que los licitadores quedan vinculados por las ofertas presentadas y no antes. (...)”.>>.

La conclusión de cuanto se ha expuesto es que la entidad E.J.P.C. presentó una primera oferta que solicitó se anulara y quedara sustituida por la presentada en segundo lugar. Todo ello, justificado en la observación de la existencia de error en el DEUC y durante el transcurso del plazo previsto para la presentación de las proposiciones. Por lo que, quedando claro el interés de la entidad licitadora por evitar su exclusión, la mesa acordó considerar retirada la oferta presentada primeramente, pues con tal decisión no se comprometen los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que deben presidir todo procedimiento de contratación. En consecuencia, en contra de lo pretendido por la recurrente, es aceptable afirmar que al cierre del plazo sólo existe una oferta suscrita por E.J.P.C., no produciéndose infracción del artículo 139 de la LCSP y de la cláusula 11 del PCAP.

De acuerdo con todo ello, procede desestimar el presente recurso.

SÉPTIMO. Por último, la entidad E.J.P.C. en su escrito de alegaciones al presente recurso expone lo siguiente:

“Rogaría se tomara en consideración, la actuación de mala fe, con la que esta actuando el recurrente, “LUQUE RAIGADA E HIJOS”, que por la jubilación del anterior adjudicatario del servicio, y mientras tomo posesión como legítimo y legal adjudicatario del servicio, el Ayuntamiento de Montoro, le ha concedido la adjudicación provisional del servicio de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Montoro –Como así puede corroborar el Ayuntamiento - , por lo que se puede apreciar, este recurso se trata de una artimaña para retrasar en todo lo posible en la vía administrativa y posible contencioso administrativa, y obtener el lucro económico con la concesión del servicio.”.

Y añade:



“(…) se tenga especial consideración en la mala fe del recurrente al pretender única y exclusivamente la dilación mediante el presente recurso su lucro económico –seguir explotando el servicio provisionalmente- y perjudicar al legítimo adjudicatario del servicio recurrido.

No se debe permitir que un procedimiento totalmente transparente, legal y legítimo sea ahora puesto en entredicho, así como su legalidad y actuación objetiva de todos los miembros, por un interés impúreo y únicamente económico en provecho del que no consiguió en el procedimiento y criterios estipulados al mejor postor.”.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”.*

El expediente de contratación y demás documentación obrante en este Tribunal no arrojan información acerca de la condición actual de prestadora del servicio que ostenta la recurrente. Tal extremo es una manifestación que realiza la interesada en su escrito de alegaciones y que por sí sola resulta insuficiente para constatar dicha condición y dar por cierto que el recurso supone una artimaña dilatoria.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que los argumentos en que el recurso se sustenta carecen manifiestamente de fundamentos jurídicos que pudieran hacer prosperar la pretensión. El supuesto analizado en la presente resolución no es un caso de presentación de más de una oferta por parte de la entidad adjudicataria, extremo que se extrae del propio tenor del acuerdo de la mesa de contratación por el que se considera retirada la proposición presentada en primer lugar sin proceder a su descifrado, admitiendo la posterior del mismo licitador dentro del plazo de presentación de proposiciones. Esta evidencia no puede ser desconocida por la recurrente, a quien como licitadora se le presume el conocimiento mínimo necesario de las normas que rigen el procedimiento contractual, actuando con deslealtad y abuso del principio de buena fe al forzar sus argumentos impugnatorios para intentar encajar la realidad de los hechos en la prohibición legal de presentación de más de una proposición (artículo 139.3 de la LCSP), argumentos a todas luces insostenibles jurídicamente.



Lo anterior denota, a juicio de este Tribunal, temeridad en la interposición del recurso y es muestra, como ya hemos señalado, de deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía mínima de 1.000 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación.

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 **LUQUE RAIGADA E HIJOS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 17 de febrero de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios del transporte urbano colectivo de viajeros en Montoro (Córdoba)” (Expte. GEX 262/2020), promovido por el referido Ayuntamiento de Montoro

SEGUNDO. Imponer a la entidad recurrente una multa de 1.000 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado 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.

