

Recurso 59/2021

Resolución 339/2021

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

Sevilla, 23 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por la entidad **NEURO SIETE MALAGA S.C.A.**, contra su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto de los lotes: 7.b.3 Málaga (Teatinos), 7.b.5 Málaga (Bailén-Miraflores) y 7.b.6 Málaga (Málaga-Ciudad Jardín), convocado por la Consejería de Salud y Familias, este tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.482.944 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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.

En sesión celebrada el 1 de octubre de 2020, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por NEURO SIETE MALAGA S.C.A. al no haber subsanado la documentación requerida para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para la licitación en el plazo concedido para ello. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 25 de febrero de 2021.



SEGUNDO. El 12 de febrero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NEURO SIETE MALAGA S.C.A. (en adelante NEUROSIEETE) contra el citado acuerdo de 1 de octubre de 2020.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 22 de febrero 2021.

Con fecha 4 de marzo 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 en el plazo establecido para ello las de las siguientes entidades: ASOCIACIÓN AUTISMO MÁLAGA, ASOCIACIÓN MALAGUEÑA DE PADRES DE PARALÍTICOS CEREBRALES, ASOCIACIÓN DE PADRES CON HIJOS DEFICIENTES VISUALES, FUNDACIÓN EDUCATIVA FRANCISCANAS DE LA INMACULADA y ASOCIACIÓN SERVICIO DE INTERVENCIÓN Y DESARROLLO INFANTIL.

Finalmente, el 22 de junio de 2021, se recibió en este Tribunal Resolución, de 17 de junio de 2021, del órgano de contratación en la que se solicita la acumulación y resolución de los recursos interpuestos contra acuerdos adoptados en la licitación del concierto social para la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía, la incoación de los expedientes y, subsidiariamente, el levantamiento de las medidas cautelares de suspensión adoptadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto de los lotes impugnados, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato administrativo especial 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 y 2.b) de la LCSP.

Sobre el particular, procede señalar que la recurrente denomina su escrito de recurso de reposición y no de recurso especial en materia de contratación, si bien esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *«El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter»*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de reposición que utiliza la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 1 de octubre de 2020. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 25 de febrero de 2021 y, según indica la recurrente el acuerdo de exclusión le fue notificado el 26 de enero de 2021, aunque no queda constancia de esta notificación en el expediente administrativo remitido al Tribunal. En cualquier caso, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 12 de febrero de 2021 se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Pretensión del recurso.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

En primer lugar, procede mencionar que todo el procedimiento de licitación se ha llevado a cabo de forma electrónica a través del Sistema de Información de Relaciones Electrónicas en materia de Contratación, SiREC-Portal (en adelante SIREC). Dicho sistema se aprobó e implantó en virtud de lo establecido en el artículo 40 del Decreto-ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus COVID-19).

Pues bien, la oferta de la recurrente fue excluida del procedimiento de licitación dado que la mesa de contratación acordó que NEUROSiete no había presentado de forma correcta la documentación requerida en sede de subsanación. En este sentido, según consta en el acta de la sesión celebrada los días 22, 23, 24 y 25 de septiembre de 2020, la mesa de contratación procedió al estudio de las ofertas de las distintas licitadoras incluidas en el sobre 1. En lo que aquí interesa, en la mencionada sesión se acuerda requerir a la entidad NEUROSiete que subsanara la siguiente



documentación: *«DEUC, debidamente cumplimentado en su Parte IV alfa. Anexo II.A del pliego de cláusulas administrativas particulares [en adelante PCAP] (no se ha cumplimentado correctamente los datos básicos de la persona licitadora); Faltan: Anexo V; Anexo XXIV; Anexo XXV.»*.

Posteriormente, en sesión celebrada el 1 de octubre de 2020, la mesa de contratación procede a analizar la documentación presentada por cada una de las entidades a las que se les había requerido subsanación. Respecto de la aportada por la recurrente -según se indica en el acta de la mencionada sesión- la mesa de contratación acuerda la exclusión de su oferta que queda motivada de la siguiente forma: *«No ha aportado en el plazo otorgado al efecto: el anexo XXIV, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.2 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la atención infantil temprana y en la cláusula 9.2.3. del PCAP, que rige la presente licitación»*.

Pues bien, NEUROSiete argumenta en su escrito de recurso que el requerimiento de subsanación debía ser atendido a través de la plataforma SIREC cuyo funcionamiento ha presentado multitud de dificultades a lo largo de todo el procedimiento de licitación, prueba de ello -afirma- son las diferentes notas aclaratorias, advertencias y corrección de errores publicadas en el perfil de contratante. En este sentido manifiesta que firmó, escaneó y aparentemente incorporó a la plataforma toda la documentación requerida.

La recurrente indica que el plazo que se le concedió para que subsanara la documentación finalizaba a las 20 horas del día 30 de septiembre de 2020 y que procedió a la firma y presentación de la documentación que se le exigió el mismo 30 de septiembre y que toda ella fue correctamente presentada. Manifiesta que parece ser que toda la documentación fue correctamente presentada a excepción del mencionado anexo XXIV, que fue lo que motivó la exclusión de su oferta. Sobre lo anterior, argumenta que no pudo obtener justificante de la presentación por el mal funcionamiento de la plataforma pero que tenía el convencimiento de que toda la documentación se había presentado de forma correcta.

La entidad NEUROSiete, después de indicar que puso el máximo cuidado en la cumplimentación del requerimiento de subsanación, manifiesta que la situación que describe también la han sufrido otros licitadores que no pudieron presentar la documentación en plazo por fallo del SIREC. Finalmente, argumenta que intentó ponerse en contacto con el órgano de contratación por los medios facilitados con la finalidad de confirmar que la documentación se había recibido correctamente sin que ello fuera posible.

Finalmente, la recurrente adjunta a su escrito de recurso, entre otros, los siguientes documentos para fundamentar las alegaciones anteriormente reproducidas:

- Anexo XXIV firmado y escaneado digitalmente en formato .pdf con fecha 30 de septiembre de 2020.
- Captura de pantalla de un ordenador en el que se muestra, a su juicio, la fecha de creación del anexo XXIV en formato .pdf.
- Correo electrónico remitido al órgano de contratación el 3 de febrero de 2021.



Es por todo lo anterior, que la entidad NEUROSiete solicita que se anule el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta, que se la admita y que continúe el procedimiento.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso no pone en duda el interés de la recurrente en la presentación de la documentación requerida pero argumenta que su oferta fue correctamente excluida por los motivos que serán indicados a lo largo de esta resolución. En concreto, sobre la documentación aportada por la recurrente junto a su escrito de recurso, manifiesta lo siguiente:

- El anexo XXIV cumplimentado que aporta NEUROSiete junto a su recurso se encuentra firmado de forma manuscrita y escaneado, pero ello no prueba que fuera correctamente presentado en plazo mediante su incorporación en el SIREC.
- Al igual que lo indicado anteriormente la captura de pantalla que aporta la recurrente muestra la creación de un documento en formato .pdf, con fecha 30 de septiembre de 2020, pero no constata su debida presentación en el Portal SIREC.
- En alusión a las deficiencias de la plataforma, argumenta que siendo efectivamente consciente de la novedad del sistema y de la envergadura del expediente (dividido en 153 lotes) emitió hasta cinco notas informativas a fin de facilitar en lo posible su manejo.

En conclusión, el órgano de contratación argumenta que la mesa de contratación acordó la exclusión de la oferta de la recurrente como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el PCAP rector del procedimiento de licitación y en aras del principio de igualdad de trato.

Finalmente, las entidades interesadas ASOCIACIÓN AUTISMO MÁLAGA, ASOCIACIÓN MALAGUEÑA DE PADRES DE PARALÍTICOS CEREBRALES, ASOCIACIÓN DE PADRES CON HIJOS DEFICIENTES VISUALES, FUNDACIÓN EDUCATIVA FRANCISCANAS DE LA INMACULADA y ASOCIACIÓN SERVICIO DE INTERVENCIÓN Y DESARROLLO INFANTIL exponen en sus escritos de alegaciones en términos muy similares que no encontraron dificultad alguna en el acceso y manejo de la plataforma SIREC, que en caso de que se hubiera producido un mal funcionamiento de la mencionada plataforma debieron de haberlo notificado a la mesa de contratación y que consideran que la exclusión acordada es ajustada a Derecho.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En primer lugar, se ha de precisar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) «*la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones 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 las licitadoras que concurren al*



procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos» .

En este sentido, en la cláusula 9.2.1. del PCAP se establece: *«Los documentos a incorporar en el sobre electrónico n.º 1 se detallan a continuación y se aportarán conforme a las indicaciones que constan en el Manual de servicios de licitación electrónica SiREC-Portal de licitación electrónica»*. En esta misma cláusula en su apartado i) se indica *«en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, el anexo I recogerá la obligación de las personas licitadoras de que indiquen en su oferta si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos mediante la declaración que se recoge en el Anexo XXIV, calificándose esta obligación como esencial a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 de la LCSP»*.

Efectivamente, el mencionado anexo XXIV del PCAP incluye una declaración sobre la subcontratación de servidores informáticos en el que el licitador debe indicar si en la ejecución del contrato va a proceder o no a subcontratar con otra entidad los servidores o los servicios asociados a los mismos.

La cláusula 10.3 del PCAP regula el procedimiento de apertura del sobre electrónico 1 y la calificación de los documentos. Sobre la subsanación de documentación establece que si la mesa *«observase defectos u omisiones subsanables en la documentación del sobre electrónico nº 1, lo comunicará por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación»*.

Sobre lo anterior, la recurrente argumenta que presentó toda la documentación que le había sido requerida a excepción del anexo XXIV que no fue aportado debido a un error en la plataforma SIREC. Como prueba de ello adjunta a su recurso el anexo XXIV firmado de forma manuscrita y una captura de pantalla donde se puede observar que se ha generado un documento en formato .pdf.

En este sentido y como indica el órgano de contratación, el hecho de presentar un documento en el mencionado formato no demuestra en modo alguno que el mismo se hubiera intentado incorporar al SIREC y que debido a un funcionamiento defectuoso de la plataforma no quedara reflejado. A lo anterior, hay que añadir que la recurrente no aporta documentación alguna de la que se desprenda el alegado funcionamiento anormal de la mencionada plataforma, como precisamente podría haber sido una captura de pantalla del error o falta de justificante de presentación que resulta el proceder habitual cuando se experimentan dificultades con herramientas informáticas.



Por lo demás, se debe tener en cuenta que el propio PCAP -como anteriormente se ha reproducido- indica la existencia de un manual de usuarios para el uso del SIREC al que se puede acceder desde el propio portal. En su apartado 7.4. se indica que una vez subida la documentación definitiva que va a conformar la oferta se puede obtener un justificante que *«mostrará los datos de la licitación, un sello de entrada con la fecha, hora y número de registro de la presentación de la oferta, los archivos subidos en cada sobre (nombre, tamaño y huella electrónica) y un pie donde aparecen los datos de la firma electrónica realizada por el sistema de la presentación de la oferta.»*

La recurrente argumenta que no pudo obtener el mencionado justificante por un mal funcionamiento de la plataforma, pero el propio manual establece como se debe proceder en estos casos: *«En este sentido, si existiese algún problema técnico que impida la firma o la presentación normal de la oferta a través de SiREC - Portal de Licitación siguiendo los pasos anteriormente citados, existe la posibilidad de, en un primer momento o primera fase, presentar la huella electrónica de los documentos que conforman la oferta a través del propio sistema. Presentada con éxito la huella electrónica de los documentos se dispondrá de un plazo prorrogado de 24 horas para, en una segunda fase, presentar la oferta a través del Portal de Licitación»*. Dicha actuación se debe seguir también en la presentación de otra documentación en el procedimiento, por ejemplo la subsanación de documentación, como se señala en el apartado 8 del mencionado manual.

Sobre lo anterior, la recurrente en ningún momento manifiesta que a la vista del mal funcionamiento del portal intentara presentar la huella electrónica, sino que -según manifiesta- trata de ponerse en contacto con el órgano de contratación a través de los medios recogidos en el anuncio de licitación. Sin embargo, a la vista del contenido del recurso este Tribunal comprueba que no se acredita ninguno de los intentos fallidos de contactar que alega haber realizado NEUROSiete a excepción de un correo electrónico, de 3 de febrero de 2021 -que es de una fecha muy posterior al final del plazo que se le concedió para subsanar la documentación que expiraba el 30 de septiembre de 2020- que, desde luego, no se puede considerar que demuestre la intención de NEUROSiete de confirmar la recepción en el órgano de contratación de la documentación requerida ante el hipotético funcionamiento incorrecto de la plataforma.

En cualquier caso, y como se puede observar fácilmente en el propio portal SIREC existe un apartado de ayuda donde se facilita un teléfono y una dirección de correo electrónico en los que los usuarios pueden requerir soporte técnico en la utilización de la plataforma, medio del que tampoco indica la recurrente que haya hecho uso a la hora de solucionar las dificultades que alega haber sufrido.

En definitiva, visto que la recurrente no subsanó la totalidad de la documentación solicitada en el plazo concedido para ello y teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriormente realizadas, este Tribunal concluye que resultó correcta la actuación de la mesa al excluir su oferta por este motivo, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 10.3 del PCAP -anteriormente reproducida- y en el artículo 326.2. a) de la LCSP. Por tanto, procede la desestimación del recurso interpuesto.



Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por la entidad **NEURO SIETE MALAGA S.C.A.**, contra su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto de los lotes: 7.b.3 Málaga (Teatinos), 7.b.5 Málaga (Bailén-Miraflores) y 7.b.6 Málaga (Málaga-Ciudad Jardín), convocado por la Consejería de Salud y Familias.

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.

NOTIFÍQUESE 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.

