

Recurso 153/2021

Resolución 377/2021

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

Sevilla, 8 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEIAN, S.C.A.**, contra la exclusión de su oferta 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 del lote 6.A.4 Jaén (norte), 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 la quinta sesión celebrada el 10 de noviembre de 2020, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad CEIAN, S.C.A. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 25 de febrero de 2021.

Posteriormente, la mesa de contratación en la sesión undécima, celebrada el 4 de febrero de 2021, acuerda publicar en el perfil de contratante una nota rectificativa sobre un error material cometido en una publicación anterior relativa al procedimiento de licitación. En dicha publicación, realizada con fecha 5 de febrero de 2021, se concede un plazo de 3 días para que puedan presentar alegaciones los interesados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.3 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana (en adelante Decreto 57/2020).

Con fecha 30 de enero y 8 de febrero de 2021, CEIAN presentó alegaciones dirigidas a la mesa de contratación. Finalmente, la mesa de contratación en su sesión duodécima celebrada el 8 de febrero de 2021, analiza las alegaciones presentadas por la recurrente y acuerda la ratificación de la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación. El acta de la mencionada sesión se publicó en el perfil de contratante el 3 de marzo de 2021.

SEGUNDO. El 19 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CEIAN, S.C.A. (en adelante CEIAN) contra el citado acuerdo de 8 de febrero de 2021, por el que la mesa de contratación ratifica la exclusión de su oferta. En su escrito la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

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 18 de abril 2021.

El 22 de abril de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación respecto del lote impugnado, solicitada por la recurrente.

Con fecha 4 de mayo 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, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

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 del lote impugnado, 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.

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 10 de noviembre de 2020. Sin embargo, con fecha 5 de febrero de 2021, la mesa concede un plazo de alegaciones a los licitadores durante el cual la recurrente presenta un escrito. Finalmente, en sesión celebrada el 8 de febrero de 2021, la mesa de contratación acuerda la ratificación de la exclusión de la oferta de la recurrente. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el 3 de marzo de 2021, asimismo el acuerdo de la mesa se le notificó a la recurrente el 9 de marzo de 2021. Por tanto, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 19 de marzo de 2021 se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

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

Pues bien, la recurrente combate la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación que fue considerada incurso en presunción de anormalidad. En este sentido, argumenta que cometió un error de tipo material en la confección de su proposición de sesiones de atención infantil temprana, a su juicio, dicho error fue palpable y de



fácil detección. Además, manifiesta que no comprendió los términos en los que se le solicitó que justificara su oferta en el trámite previsto en el artículo 149 de la LCSP. Sin embargo, considera que en el momento en el que se le concedió plazo de alegaciones en virtud del citado artículo 17.3 del Decreto 57/2020, pudo aclarar debidamente el error del que adolecía su oferta por lo considera que se debió entender justificada la misma o, al menos, admitir la oferta sin conceder puntuación en el apartado en el que se cometió el error.

Además de lo anterior, la recurrente alega que otro licitador cometió el mismo error y que sin embargo la mesa de contratación acordó entender justificada su oferta tras el correspondiente trámite y, finalmente, denuncia que la mesa de contratación no tenía competencia para excluir su oferta por ser considerada inviable dado que dicha facultad corresponde al órgano de contratación. Por todo lo anterior, solicita que se anule el acto impugnado, se proceda a admitir su oferta y se valore.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que su oferta fue correctamente excluida por los motivos que serán indicados a lo largo de esta resolución.

Pues bien, procede ahora reproducir aquellas partes del expediente necesarias para centrar el debate para a continuación analizar el objeto de la controversia.

En este sentido el 19 de octubre de 2020 tuvo lugar la tercera sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura de las proposiciones contenidas en los sobres electrónicos 3 de las ofertas. En dicho acto se concede a la recurrente un plazo de 3 días hábiles para lo siguiente: *«aclaración sobre el número de sesiones que se ofertan como bolsa a disposición del organismo contratante sin contraprestación económica, en relación con el número de sesiones que se ofertan al lote 6.A.4. y en relación con ello, justificación de tal oferta, dado que su oferta de sesiones sin contraprestación económica es superior al 10% del número de sesiones ofertadas para la licitación, margen establecido como parámetro para la consideración como oferta anormalmente baja conforme al anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP)»*.

Efectivamente, en el anexo X del PCAP se configuran los distintos criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, entre ellos, se establece: *«5. Oferta de bolsa de sesiones anuales a disposición de la Consejería de Salud y Familias, sin contraprestación económica, a fin de atender posibles listas de espera ocasionales. (Máximo 15 puntos). Por cada sesión anual ofertada sin contraprestación económica: 0,75 puntos, hasta el máximo de 15 puntos»*.

Más adelante, en el anexo XI del PCAP al configurar los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja se indica lo siguiente: *«En lo referente a la bolsa de sesiones a disposición de la Consejería de*



Salud y Familias, sin contraprestación económica, se considerará oferta anormalmente baja la proposición de una bolsa superior al diez por ciento del número de sesiones ofertadas para la licitación».

Pues bien, según indica el órgano de contratación y este Tribunal ha podido comprobar en el expediente administrativo remitido, en el anexo IX-A del PCAP -modelo de proposición de sesiones de atención infantil temprana- que forma parte de la oferta de la recurrente se indica lo siguiente:

- Sesiones anuales ofertadas: 3110.
- Bolsa de sesiones anuales ofertadas: 3456.

Sobre lo anterior, es este último dato -las 3456 sesiones ofertadas sin cargo incluidas en la oferta de la recurrente- el que ocasiona el requerimiento por parte de la mesa de contratación de justificación de su oferta a la entidad CEIAN. Esta, en respuesta al mismo, procede únicamente a presentar, el 3 de noviembre de 2020, un nuevo anexo IX-A del PCAP (en adelante anexo IX-A) cumplimentado al que este Tribunal ha podido acceder y que contiene los siguientes datos:

- Sesiones anuales ofertadas: 3110.
- Bolsa de sesiones anuales ofertadas: 300.

Con fecha 10 de noviembre de 2020, tuvo lugar la quinta sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente al considerar que CEIAN no aporta justificación alguna sobre la viabilidad de su oferta en el plazo concedido para ello y que en su lugar procede a la modificación de su proposición inicial lo cual considera inadmisibles.

Posteriormente, el 5 de febrero de 2021, se publica un anuncio en el perfil de contratante en el que en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.3 del Decreto 57/2020, la mesa de contratación concede un plazo de alegaciones a las entidades admitidas y excluidas. La recurrente presentó un escrito en este trámite en el que alega que no tuvo intención de modificar la oferta, que su voluntad era incluir 346 sesiones anuales sin contraprestación, pero que ante el requerimiento de la mesa indicando que superaban el 10% de las sesiones anuales ofertadas -en los términos anteriormente reproducidos- rebajó el número de las gratuitas a 300. Concluye, que si ofreció inicialmente las 346 sesiones sin cargo fue porque cuenta con los profesionales necesarios para ello. Sobre lo anterior, alega que su exclusión puede provocar un gran desajuste al proceso terapéutico de los niños y que se tenga en cuenta la primacía del interés del menor.

Finalmente, la mesa de contratación en sesión duodécima celebrada el 8 de febrero de 2021, acordó vistas las alegaciones de la entidad CEIAN ratificar la exclusión de su oferta al considerar que la entidad no presenta documentación justificativa de la viabilidad de su oferta sino que procede en este trámite a presentar una nueva oferta.



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, no es objeto de controversia que la oferta presentada por CEIAN estaba incurso en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros establecidos en el PCAP -anexo XI-. Como se ha indicado, la mesa de contratación procedió a dar plazo para que justificara la viabilidad de su oferta según el procedimiento establecido en la cláusula 10.5 del PCAP y 149 de la LCSP.

Sin embargo, atendiendo a los hechos expuestos se comprueba que la entidad CEIAN, en el plazo concedido por la mesa de contratación, en lugar de justificar la viabilidad de su propuesta procede a modificar su oferta de sesiones inicial. La recurrente argumenta que cometió, primero, un error de tipo material y, segundo, un error de interpretación sobre lo que se le solicitaba en el requerimiento de la mesa de contratación. De lo anterior, sin entrar a valorar los motivos que ocasionaron la actuación de CEIAN, lo que queda claro es que la recurrente en el segundo anexo IX-A que presenta en el trámite de justificación de la viabilidad de su proposición, el 3 de noviembre de 2020, procede a modificar la oferta inicialmente presentada al incluir un número claramente distinto en la bolsa de sesiones anuales sin contraprestación económica.

Por lo demás, sin dudar que efectivamente la recurrente no tenía intención de modificar la oferta inicialmente presentada, lo cierto es que aunque se pudiera aceptar que el error material contenido en la primera proposición de sesiones se debe a que a la oferta inicial de 3110 sesiones se añadieron 346 sin coste y que por ello en la propuesta figuraban 3456 sesiones sin cargo -ya que por error se había realizado un sumatorio de todas-, no se puede admitir la nueva propuesta de sesiones (anexo IX-A) presentada en la fase de justificación dado que, como la propia recurrente reconoce, se disminuye el número de plazas sin coste para no rebasar el límite del 10% sobre las ofertadas con cargo, con el objeto de no incurrir en presunción de anormalidad, ya que ello -como venimos argumentado- habría supuesto aceptar la modificación de su oferta inicial.

Respecto de las alegaciones de la recurrente formuladas a la vista de la exclusión, presentadas ante el órgano de contratación el 30 de enero y 8 de febrero 2021, donde viene a indicar que podía ofertar las 346 sesiones sin coste



porque dispone de los medios profesionales suficientes para ello, este Tribunal considera que dichas alegaciones las debió presentar en el momento procedimental oportuno y no tras ser excluido por haber modificado su oferta inicial de sesiones. En este sentido, tampoco puede alterar la exclusión el hecho de que reconozca que no comprendió el objeto del requerimiento de justificación de su oferta puesto que ello, infringir las reglas del procedimiento a favor de un licitador, supondría conculcar el principio de igualdad de trato que debe presidir cualquier procedimiento de contratación pública.

Sobre esta cuestión, y como se ha manifestado en otras ocasiones este Tribunal (v.g. Resolución 4/2021, de 14 de enero) el momento en el que CEIAN rectifica su oferta, se llevó a cabo cuando ya tenía conocimiento de las ofertas del resto de los licitadores, por lo que la aceptación de cualquier modificación o alteración de las ofertas presentadas, en ese momento, iría en contra del principio de igualdad de trato.

En este sentido, y como argumentó este Tribunal en su Resolución 55/2019, de 27 de febrero, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros). De lo que se debe concluir que, como el órgano de contratación manifiesta en su informe, la modificación de la oferta inicial provoca que la misma haya de ser rechazada, motivo por el que procede la desestimación de este motivo del recurso.

Sentado lo anterior, por otro lado, la entidad CEIAN argumenta que respecto de otro licitador -ORTOPEDIA GERARDO LEÓN- en su misma situación, cuya oferta contenía un mayor número de sesiones sin contraprestación, la mesa de contratación acordó admitir su oferta por considerar que el error era evidente.

Sobre dicha cuestión el órgano de contratación indica en su informe que aunque los casos de ambas ofertas fueron similares, la entidad ORTOPEDIA GERARDO LEÓN presenta explicaciones que justifican la oferta presentada y no realiza ningún cambio en la misma, aseveración que este Tribunal ha podido comprobar.

Finalmente, sí procede dar la razón a la entidad recurrente respecto de la alegación relativa a la falta de competencia orgánica de la mesa de contratación para acordar la exclusión de su oferta por no haber acreditado la viabilidad de la misma de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP y de la cláusula 10.5 del PCAP.

Efectivamente, sobre esta cuestión establece la mencionada cláusula 10.5 del PCAP: *«La mesa de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por la persona licitadora a través del SiREC-Portal de*



licitación electrónica en plazo y elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por la persona licitadora y los informes técnicos, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación prevista en el apartado siguiente».

Sobre esta cuestión el órgano de contratación alega en su informe que con la emisión de la correspondiente resolución de adjudicación del LOTE 6.A.4 JAÉN (NORTE), será el órgano de contratación quien, motivadamente acuerde la exclusión del procedimiento de licitación, decisión que adoptará, de conformidad con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y el art. 149 de la LCSP.

Sin embargo, este Tribunal ha podido comprobar que la mesa de contratación excluye la oferta de la recurrente y ratifica la mencionada exclusión en sus sesiones, respectivamente, de fechas 10 de noviembre de 2020 y 8 de febrero de 2021. Sobre lo anterior, se ha de considerar que aunque se abrió el procedimiento de justificación de viabilidad de la oferta -dado que la propuesta de la recurrente se encontraba dentro de los parámetros establecidos en el PCAP para detectar ofertas inicialmente incursas en anormalidad-, no fue este finalmente el motivo de exclusión puesto que CEIAN no llega a presentar documentación justificativa alguna, en su lugar, como se ha venido argumentando procede directamente a modificar su proposición inicial, siendo esta situación un supuesto de hecho sí contemplado entre las competencias que tiene atribuidas la mesa de contratación que podrá, en caso de que se detecte la modificación, proceder a la exclusión de la oferta.

Así se desprende de la motivación de la exclusión contenida en las actas anteriormente mencionadas en las que se indica: *«El fundamento de la exclusión se basa en la ausencia de justificación aportada en relación a la presunción en baja temeraria, la cuál en los términos fijados es inviable, no siendo admisible un cambio en la oferta presentada al disponer en ese momento la persona licitadora de información sobre el resto de ofertas presentadas en un procedimiento de concurrencia».*

Por tanto el acuerdo de la mesa de excluir la oferta de la recurrente, por los motivos expuestos, resulta procedente y conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regula el rechazo de proposiciones en el sentido de que *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada».* Por tanto, también procede la desestimación de este motivo de recurso.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEIAN, S.C.A.**, contra la exclusión de su oferta 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 del lote 6.A.4 Jaén (norte), convocado por la Consejería de Salud y Familias.

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 22 de abril de 2021, respecto del lote 6.A.4 Jaén (norte).

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.

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.

