Recurso 395/2021
Resolución 43/2022

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

Sevilla, 21 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **TRIBU JAZBA S.L.** y **VAMOS QUE NOS VAMOS S.L.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Concesión de obra para la redacción del proyecto, ejecución de las obras de construcción del local de restauración y su explotación en parcela sita en Playa Calahonda de Nerja", (Expte 2020/1/S263), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 y 11 de mayo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 11.725.960,47 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.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 29 de julio de 2021, acuerda excluir del procedimiento de adjudicación la proposición presentada por las entidades TRIBU JAZBA S.L. y VAMOS QUE NOS VAMOS S.L., (en compromiso de UTE), por presentar la oferta electrónica fuera del plazo concedido.

SEGUNDO. Con fecha 24 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades recurrentes contra el mencionado acuerdo de exclusión. En el citado escrito se solicita, entre otros extremos, medida cautelar consistente en la admisión provisional de su oferta en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

El citado 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, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Con fecha 10 de septiembre de 2021, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar solicitada por la recurrente.

A continuación, 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 concedido 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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Nerja (Málaga) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentan legitimación las recurrentes para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora 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 la exclusión de la proposición de las entidades ahora recurrentes, en un contrato de concesión de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de 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.c) 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, se ha 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 el examen de la controversia suscitada. En este sentido, las recurrentes combaten la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación por haber sido presentada fuera del plazo establecido para ello en el anuncio de licitación. El recurso se encuentra articulado a través de una pretensión principal y otra que tiene carácter subsidiario.

Como se ha indicado, la oferta de las recurrentes es excluida debido a que se presenta fuera del plazo establecido en el anuncio de licitación, que finalizaba el 5 de julio de 2021 a las 15 horas, siendo el momento de presentación de la mencionada proposición el 5 de julio de 2021 a las 15:19 horas.

1. Alegaciones de las entidades recurrentes.

a) Pretensión principal. La recurrente, en síntesis, argumenta que:

«- Existen discrepancias entre el Pliego de Clausulas Administrativas y el Anuncio de Licitación a la hora de fijar cual es la fecha límite de presentación de ofertas.
- En caso de discrepancias entre el Pliego de Clausulas Administrativas y el Anuncio de Licitación prevalece el contenido del Pliego de Clausulas Administrativas.
- El Pliego de Clausulas Administrativas recoge que la fecha límite de presentación de ofertas es de 60 días naturales contados a partir del día siguiente al de publicación del anuncio de licitación.
- El Anuncio de Licitación fue publicado en el Perfil del Contratante el 8 de mayo del 2021 a las 12:34 horas.
- Consecuentemente la fecha límite de presentación de ofertas era el 7 de julio del 2021.
- Mi representada presentó su oferta el 5 de julio.
- Mi representada presentó su oferta en plazo, por lo que no debió ser excluida».

b) Pretensión subsidiaria. La recurrente, en síntesis, argumenta que:

«Entendemos que el Tribunal al que nos dirigimos estimará la alegación primera de este recurso, pero aun así, y con carácter subsidiario, venimos a desarrollar un segunda alegación donde defendemos que incluso si la fecha límite de presentación de ofertas hubiera sido el 5 de julio antes de las 15:00 horas (como recogía el Anuncio de Licitación) , incluso en ese caso, mi representada había presentado su oferta respetando ese plazo y ello pues se ha obviado por parte de la Mesa de Contratación el derecho a subsanar la falta de firma que asiste a mi representada conforme al artículo 68, ambos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual es plenamente aplicable a los procedimiento tramitados electrónicamente como ha confirmado la reciente sentencia de la sección cuarta del Tribunal Supremo de 31 de mayo del 2021 de la que ha sido ponente don Luis Maria Diez-Picazo Giménez».

Además de lo anterior, solicita que se realice práctica de prueba consistente en que este Tribunal solicite a la Plataforma de Contratación del Sector Público: *«la trazabilidad del procedimiento de subida de la oferta»* con la finalidad de que se certifique el día y hora en que las recurrentes incorporaron a la mencionada plataforma la documentación contenida en los tres sobres de su proposición y el momento en el que se procedió a la firma de los mismos.

Finalmente, solicita que se anule el acuerdo de exclusión y que se reconozca su derecho a ser admitida en el procedimiento de licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, emite informe al recurso en el que tras una descripción de las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del expediente manifiesta lo siguiente:

«- Allanamiento por parte del órgano de contratación sobre la primera alegación expuesta por la entidad recurrente, en la que sustenta que el plazo para presentar ofertas finalizaba el 7 de julio.

- De oposición a la segunda y subsidiaria alegación expuesta por la entidad UTE TRIBU JAZBA, S.L y VAMOS QUE NOS VAMOS de que la oferta se presentó antes de las 15:00 horas del 5 de julio»

En este sentido, respecto de la pretensión principal de la recurrente el órgano de contratación argumenta que aunque en las diversas publicaciones que ha realizado en el perfil de contratante ha indicado que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 5 de julio de 2021 a las 15 horas y pese a que la propia recurrente intenta presentar la oferta el mismo día 5 de julio antes de las 15 horas, remitiendo correos electrónicos al órgano de contratación advirtiendo de las dificultades que tenía para realizar la presentación en el plazo anteriormente indicado, reconoce que existe una discrepancia entre lo indicado en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) sobre el plazo de presentación de proposiciones.

En este sentido el órgano de contratación manifiesta:

«No obstante, considerando los fundamentos expuestos por la entidad recurrente, y resumidos en el apartado 2.4 de su recurso, queda claro que existe una discrepancia entre el anuncio de licitación y la redacción del PCAP en su cláusula 19.1, y que la doctrina ha venido resolviendo que en caso de estas discrepancias se toma como plazo de presentación de las ofertas el más amplio de los previstos (Resolución 106/2012, de 30 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Por ello, siempre que este Tribunal considere que se no se vulneran los principios de seguridad jurídica, igualdad de trato y transparencia para el resto de licitadores que sí presentaron su oferta dentro del plazo consignado en el anuncio de licitación publicado en el perfil del contratante, y que fijaba las 15:00 horas del día 05/07/2021 como plazo final de presentación de las ofertas, se considera conforme a derecho la alegación primera de la entidad UTE TRIBU JAZBA S.L. Y VAMOS QUE NOS VAMOS, según la cual defiende que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 7 de julio de 2021 de conformidad con lo establecido en la cláusula 19.1 del PCAP».

Respecto a la petición subsidiaria de la recurrente, el órgano de contratación se opone al entender, en síntesis, que en el supuesto de que se considerase que el fin del plazo de presentación de ofertas sí fue el 5 de julio de 2021 a las 15 horas, la presentación por parte de las recurrentes de su proposición fuera del plazo establecido -a las 15:19- se debió a su falta de diligencia y de previsión ya que el resto de licitadores sí pudieron presentar la oferta dentro del plazo previsto en el anuncio de la licitación.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

En cuando al fondo del asunto, cabe subrayar que de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe se allana a la pretensión principal de las recurrentes al afirmar que *«se considera conforme a derecho la alegación primera de la entidad UTE TRIBU JAZBA S.L. Y VAMOS QUE NOS VAMOS, según la cual defiende que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 7 de julio de 2021 de conformidad con lo establecido en la cláusula 19.1 del PCAP».*

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a las pretensión principal del recurso, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual dispone que *"Producido el allanamiento, el Juez o*

Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho".

De este precepto resultan los siguientes requisitos:

1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites.
2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto examinado, queda claro que existe una contradicción o discrepancia entre la finalización del plazo de presentación de ofertas indicado en el anuncio de licitación -que concluía el 5 de julio de 2021- respecto del que figura en la cláusula 19.1 del PCAP que establece que *«Las proposiciones y documentación complementaria se presentarán en formato electrónico a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, dentro del plazo de 60 días naturales contados a partir del día siguiente al de publicación del anuncio de licitación en el Perfil del contratante»* por lo que teniendo en cuenta la fecha de publicación del anuncio -el 8 de mayo de 2021- este finalizaba, efectivamente, el 7 de julio de 2021.

Sobre lo anterior, y teniendo en cuenta que el propio PCAP rector del presente procedimiento establece en su cláusula segunda que *«En caso de discrepancia entre el presente pliego y el resto de documentación que reviste carácter contractual, prevalecerá el presente pliego»,* este Tribunal concluye que hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que se debió admitir su oferta.

Por lo expuesto este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP .

Así las cosas, el recurso debe estimarse, procediéndose a la anulación del acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de 29 de julio de 2021, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado a fin de que se proceda a la admisión de la oferta de la recurrente, y con continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

Concluido lo anterior y estimada la pretensión principal, deviene innecesario el análisis de la pretensión subsidiaria así como la práctica de la prueba solicitada por la recurrente.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **TRIBU JAZBA S.L.** y **VAMOS QUE NOS VAMOS S.L.,** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Concesión de obra para la redacción del proyecto, ejecución de las obras de construcción del local de restauración y su explotación en parcela sita en Playa Calahonda de Nerja", (Expte 2020/1/S263), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga) y, en consecuencia, anular el acto impugnado en cuanto a la

exclusión de la proposición de la recurrente, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.