Recurso 508/2021
Resolución 112/2022

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

Sevilla, 11 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.N.N.** contra la resolución de 22 de octubre de 2021 por la que se le excluye del procedimiento de licitación denominado "Acuerdo marco de homologación de proveedores para el servicio de ENG para el apoyo a la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A." (Expte. EC/2-017/21), lote 8, promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de junio de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 28 de julio de 2021 según consta en el anuncio de licitación. El valor estimado del contrato asciende a 1.890. 000.00 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). 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 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.

SEGUNDO. El 9 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.N.N. contra la exclusión de su oferta al lote 8 del acuerdo marco mencionado en el encabezamiento.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

El 25 de noviembre de 2021, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, que había sido solicitada por el recurrente.

Posteriormente, 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 las presentadas por CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES,S.L.U. (en adelante CBM) y JLMDLT.

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 licitador en el procedimiento de adjudicación del lote 8 de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un acuerdo marco convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo por el que se declara la exclusión del procedimiento, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) 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 impugnado fue remitido a la recurrente el 22 de octubre de 2021, por lo que, aunque no consta la recepción del mismo, el recurso presentado el 9 de noviembre de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

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

Habiendo resultado la recurrente clasificada en la posición 17ª del lote 8, se le solicitó la aceptación de la tarifa, en los siguientes términos:

"Como proveedor clasificado en la posición nº 17 en el Lote 8 Sevilla del expediente de referencia y al objeto de aceptar expresamente la tarifa establecida, deberán remitirnos, debidamente firmados y sellados, el Anexo VI-A (Modelo de aceptación de tarifas del acuerdo marco) y el Anexo VI-B(Modelo de Oferta técnica).

Las tarifas medias obtenidas después de realizar los cálculos establecidos según los Pliegos que rige la presente licitación, son las siguientes (Importes IVA excluido).
(…)
En consecuencia, disponen hasta el día 13 de octubre de 2021 a las 10:00 horas, para presentar la aceptación de tarifas."

En la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal consta que dicha solicitud se notificó al recurrente el 6 de octubre de 2021 a través del sistema de notificaciones electrónicas, y que el recurrente la leyó el mismo día.

Posteriormente, la mesa de contratación en la sesión celebrada el 13 de octubre de 2021 propone la exclusión de la oferta del recurrente por *"No aportar la aceptación de la tarifa en plazo"*, que es acordada por el órgano de contratación en resolución de 22 de octubre de 2021.

Pues bien, contra la resolución antes citada, el recurrente interpone el presente recurso en el que solicita que este Tribunal *"revoque la resolución del Órgano de Contratación de Canal Sur Radio y Televisión, S.A. de fecha 22 de octubre de 2021 por la que se me excluye de la licitación y se declare mi Derecho a ser admitido y continuar en la misma habiéndose presentado la aceptación expresa de la tarifa y demás documentos de la oferta, que implícitamente estaban previstos y aceptados por la mera participación en la licitación."*

El recurrente alega que es irrelevante la cumplimentación expresa de la aceptación de las tarifas, al entender que no es posible ofrecer una tarifa distinta de la que propone el órgano de contratación, por lo que tanto la tarifa establecida como la oferta de servicios son inherentes a la participación en la licitación.

En el mismo sentido, alega que la cláusula 10.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), *"Mesa de Contratación",* no menciona la segunda entrega de aceptación de tarifas.

Por último, el recurrente afirma que *"presentó el documento requerido, es decir la aceptación expresa de la Tarifa, que era implícita en la participación en la licitación, en la misma fecha en que tenía que hacerlo, incluso antes del día 16-10-2021, fecha que señalaba expresamente el final del plazo otorgado para recibir la "notificación electrónica."*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso considera que la exclusión de la oferta del recurrente es conforme a derecho y solicita la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

Han formulado alegaciones CBM y JLMDLT. Los dos habían presentado ofertas al lote 8 del acuerdo marco y habían sido excluidas por el mismo motivo que la oferta de la recurrente.

CBM, en su escrito de alegaciones expone que se ratifica en el contenido del recurso especial que ha interpuesto contra la exclusión de su oferta, solicitando que se anule la resolución que la acuerda, para que se le conceda trámite de subsanación.

Por su parte, JLMDLT también solicita la nulidad de la citada resolución al tiempo que se adhiere al recurso interpuesto por J.N.N.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal

1. Sobre la adhesión al recurso.

Como cuestión preliminar al examen de las alegaciones expuestas por las partes en el anterior fundamento, es necesario que nos detengamos en los escritos presentados por CBM y JLMDLT E, en la fase de alegaciones del presente procedimiento. Al respecto, hay que acudir al artículo 56, punto 3 de la LCSP que dispone que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Los escritos presentados por estos se ubican dentro de un procedimiento ya iniciado, el recurso interpuesto por J.N.N., y su finalidad procesal es la de conocimiento como parte interesada y, en su caso, oposición a los alegatos de aquel, sin que en dicho procedimiento esté prevista la posibilidad de adhesión al recurso, lo que supondría para los interesados la posibilidad -no contemplada legalmente- de ampliación del plazo de interposición del recurso.

Por todo ello, este Tribunal no tendrá en cuenta las manifestaciones realizadas en los referidos escritos como alegaciones del procedimiento instruido para la resolución del presente recurso.

2. Sobre el fondo del asunto.

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

Se ha de recordar, al efecto, el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone *"1. 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, (…)"*. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son "lex inter partes" o "lex contractus" y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) 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."*

El recurrente basa sus alegaciones respecto a la irrelevancia del trámite que ha provocado la exclusión de su oferta, en lo dispuesto en los apartados 3.3 y 3.4 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rige el acuerdo marco:

"3.3 Establecimiento de la Tarifa

CSRTV establecerá una única tarifa para todos los lotes, es decir, la tarifa será la misma para todos los proveedores homologados y para todos los lotes.
La TARIFA ESTABLECIDA se obtendrá del cálculo de una media aritmética corregida atendiendo a la siguiente formulación:

(…)

Donde:
X1, X2,...Xn= Media aritmética de las tres ofertas más bajas al "Servicio Básico ENG" de cada lote no incursas en baja desproporcionada. En el caso de que no existieran tres ofertas a considerar se haría la media con las dos que hubiera o si sólo quedara una, se tomaría este valor. n= Número de lotes donde existen al menos una oferta válida. (Máximo 8)

3.4 Selección de proveedores

Siguiendo el orden de la clasificación de las empresas en cada lote se ofrecerá a cada una de ellas que suscriban el importe de la TARIFA ESTABLECIDA y que concreten, una vez fijados los importes de dicha Tarifa, su oferta de servicios. Para ello deberán cumplimentar el modelo acompañado al PCJP como Anexo VI-A (Modelo de Aceptación de Tarifas del Acuerdo Marco) y Anexo VI-B (Modelo de Oferta Técnica). Caso de que alguna empresa no aceptara suscribir la TARIFA ESTABLECIDA se ofrecerá tal posibilidad a la siguiente mejor clasificada y así hasta intentar conseguir el número máximo de empresas a homologar en cada lote. Así las empresas podrán sumarse al acuerdo de TARIFA ESTABLECIDA según el orden de selección establecido en cada lote, pasando a ocupar, en su caso, el puesto PROVEEDOR 1, PROVEEDOR 2 y así sucesivamente, y adquirir la condición de proveedor homologado."

No procede, conforme a ello, admitir como afirma la recurrente, que la aceptación de las tarifas vaya implícita en la participación en la licitación, sino que debe aceptarse realizando el trámite previsto en las cláusulas antes citadas, como expone el órgano de contratación en su informe al recurso, *"la aceptación de la tarifa no iba implícita en el hecho de participar en la licitación si no que la misma sería establecida teniendo en cuenta la media de las ofertas presentadas, con lo cual es claro que podía coincidir o no con las tarifas ofertadas por cada uno de los licitadores. Y en el caso de no coincidir, era claro que imperativamente había que ofrecer a todos los licitadores la posibilidad de que suscribieran o no el importe de la tarifa establecida y, en su caso, que, concretaran, una vez fijados los importes de dicha tarifa, su oferta de servicios."*

Por tanto, queda claro que en el PPT rector del procedimiento, que vincula a las partes una vez que adquiere firmeza por no ser impugnado, se exige que las empresas clasificadas suscriban el importe de las tarifas establecidas cumplimentando los anexos que le fueron requeridos a la recurrente, para figurar como proveedora en los respectivos lotes.

Pues bien, una vez confirmada la obligación del trámite, se ha de analizar si la recurrente lo atendió en plazo, siendo la causa de exclusión de su oferta "*No aportar la aceptación de la tarifa en plazo".*

Es cierto, como afirma el recurrente, que el correo electrónico en el que se le avisaba de la puesta a disposición de la notificación en la que se le solicitaba la aceptación de las tarifas indicaba:

"Dispone de un plazo de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación electrónica para acceder a ella. Transcurrido dicho plazo sin acceder a su contenido, la notificación se entenderá caducada, sin que por ello se entienda rechazada.

El plazo de acceso a la notificación electrónica expira el próximo 16-10-2021."

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto que la recurrente accedió al contenido del requerimiento el 6 de octubre, el mismo día en que este se puso a su disposición, con tiempo suficiente para atenderlo y con conocimiento de que el plazo concluía el 13 de octubre a las 10:00 horas.

El propio recurrente, en su escrito de recurso, afirma que cumplimentó "*el requerimiento el 13 de octubre de 2021 a las 14 horas vía correo electrónico puesto que la vía electrónica de la Junta de Andalucía estaba cerrada",* reconociendo que no presentó la documentación en plazo. Se pone así de manifiesto que el recurrente, no actuó con la diligencia debida, debiendo asumir las consecuencias que de ello se derivan.

Como ha indicado este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones 306/2016 y 309/2016, ambas de 2 de diciembre, en la 13/2017, de 27 de enero y en la 21/2018, de 31 de enero, de este Tribunal, resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, cuando señala que «*la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultanea por todos los licitadores*».

Así las cosas, no cabe atender a la pretensión del recurrente y admitir la documentación presentada fuera de plazo, sin vulnerar el principio de igualdad de trato, ya que como ha manifestado este Tribunal en sus Resoluciones 306/2016 y 309/2016, ambas de 2 de diciembre, en la 13/2017, de 27 de enero y en la 21/2018, de 31 de enero, resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, cuando señala que «*la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultanea por todos los licitadores*», ya que lo contrario situaría al recurrente en una posición de ventaja frente al resto de licitadoras, más aun cuando estas según consta en el expediente remitido han atendido el requerimiento de documentación en plazo.

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que "*Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)"*.

En base a las consideraciones realizadas, la actuación de la mesa ha de entenderse correcta y en consecuencia procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.N.N.** contra la resolución de 22 de octubre de 2021 por la que se le excluye del procedimiento de licitación denominado "Acuerdo marco de homologación de proveedores para el servicio de ENG para el apoyo a la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A." (Expte. EC/2-017/21), lote 8, promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.

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 47.5 del TRLCSP.

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.