

Recurso 572/2021
Resolución 317/2022

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

Sevilla, 10 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MARCIAL PONS LIBRERO, S.L.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco denominado “Suministro de bienes bibliográficos de la Universidad de Jaén”, (Expte. 2021/26), en relación al lote 5, convocado por la Universidad de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2021 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 8 de septiembre de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.200.000 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 23 de noviembre de 2021 para la apertura del sobre n.º 3, adoptó el siguiente acuerdo: *“La empresa MARCIAL PONS LIBRERO presenta, en este sobre relativo a los criterios de adjudicación automáticos, y para este lote número 5, copia de la Memoria técnica, cuando debería contener la documentación relativa a los criterios de adjudicación automáticos, por lo que queda excluida del procedimiento para este lote número 5”*.

El acta de la mesa de contratación se publica el 7 de diciembre de 2021 en el perfil de contratante, sin que conste en el expediente remitido notificación del acuerdo de exclusión a la entidad licitadora excluida.

SEGUNDO. El 28 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MARCIAL PONS LIBRERO, S.L., (en adelante, la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión adoptado por la mesa respecto al lote n.º 5 del acuerdo marco.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente tuvo entrada en este Órgano.



Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto 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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por la Universidad de Jaén, ostentando competencia este Tribunal para su resolución en virtud del convenio suscrito al efecto entre la citada Universidad y la Consejería competente en materia de Hacienda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del 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 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 un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un acuerdo marco de suministro, con un valor estimado superior a cien mil euros y 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.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acta de la mesa de contratación de 23 de noviembre de 2021 fue publicada el 7 de diciembre de 2021 en el perfil de contratante, por lo que aun cuando se compute el plazo desde dicha fecha de publicación, el recurso presentado el 28 de diciembre de 2021 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Como ya se ha indicado en los antecedentes, la mesa de contratación acordó la exclusión de la oferta de la recurrente, en el lote 5, por haber presentado en el sobre relativo a los criterios de adjudicación de evaluación automática, copia de la memoria técnica que es documentación relacionada con los criterios sujetos a juicio de



valor. La recurrente acciona frente a la citada exclusión y formula dos pretensiones que configura como alternativas:

a) La inclusión de su oferta con continuación del procedimiento en el momento inmediatamente posterior a su exclusión, solicitándole la subsanación del sobre 3.

b) La anulación del acto impugnado por falta de motivación.

Funda el recurso en los siguientes motivos:

a) Invoca el artículo 6 de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, cuyo tenor es que *“En el caso de que no pueda descifrarse alguno de los ficheros presentados, se rechazará la proposición si ello fuese debido a una causa imputable al licitador. Si por causas no imputables al licitador, surgieran circunstancias que impidieran el desciframiento, se suspenderá el acto hasta que por la mesa de contratación pueda subsanarse la incidencia de conformidad con lo previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo momento se reanudará el mismo”*. Con apoyo en la citada Orden, argumenta que el contenido de su sobre 3 estaba cifrado y la mesa de contratación no ha tenido ningún problema para descifrarlo, por lo que su oferta no puede ser excluida en aplicación del precepto de la Orden que se ha transcrito.

Asimismo, alega que el diseño del procedimiento informático, al obligar al cifrado de los sobres, impide la comprobación del contenido de los ficheros una vez que se “han subido” a la Plataforma de Contratación; lo que ha impedido que pudiera percatarse del error cometido. Considera que se trata de un error imputable a la Administración, pues existen otros programas como *“LEXNET o la AEAT”* donde el justificante de presentación de los documentos menciona el nombre del fichero que el ciudadano ha subido a la plataforma electrónica.

Manifiesta que *“No dudamos que el licitador ha subido por error el mismo documento en los dos sobres, pero no nos consta esa circunstancia”* y nada indica el acta sobre cómo se han abierto los sobres. Sostiene, pues, que la mesa debió requerirle para que subsanara y de ese modo habría presentado el archivo correcto que fue confeccionado el día de la presentación de las ofertas (4 de octubre de 2021), permaneciendo inalterado desde entonces.

En apoyo de este motivo, cita alguna doctrina de los tribunales de recursos contractuales y jurisprudencia que considera de aplicación, para así concluir que la mesa debió permitirle subsanar el error consistente en no haber introducido la documentación sobre los criterios de evaluación automática en el sobre 3, pues dicha subsanación en nada hubiese afectado a la esencia de la contratación por tres razones:

- Los otros licitadores ya habían presentado las ofertas correspondientes al sobre 3 y estaban custodiadas por la mesa de contratación.
- Ella misma, como licitadora, no obtuvo ninguna ventaja por el error, ni el resto ningún perjuicio.
- Al tratarse de un acuerdo marco para la selección de varios licitadores por lote, la Administración sigue teniendo una segunda oportunidad de adjudicación en los contratos basados

Por tanto, concluye que la opción mejor para el interés público hubiera sido no excluir.

b) En todo caso, la decisión de la mesa no se encuentra motivada en el propio acuerdo impugnado, por lo que este debe ser anulado a fin de que, previa retroacción del procedimiento, se justifique adecuadamente la exclusión para no causar indefensión.



2. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los motivos del recurso esgrimiendo en síntesis que, en el acto de apertura del sobre número 3 correspondiente al lote 5, la mesa de contratación observó que la documentación aportada por la recurrente incluía la misma documentación ya presentada en el sobre número 2 -correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor-, sin que constase en aquel sobre ninguna proposición relativa a los criterios de evaluación automática. Concluye que tal omisión ha impedido conocer y valorar esta parte de la oferta, procediendo la exclusión al no ser dicho error susceptible de subsanación.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente solicita la anulación de la exclusión de su oferta y formula dos pretensiones alternativas como ya se ha expuesto en el fundamento anterior.

Pues bien, para situar adecuadamente los términos de la controversia resultan relevantes los siguientes extremos que derivan de la documentación obrante en el expediente:

1. El acto impugnado se ha dictado en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro de bienes bibliográficos de la Universidad de Jaén en el que se han establecido 5 lotes. La exclusión objeto de recurso se ha producido en el lote 5 “publicaciones periódicas”, cuyos criterios de adjudicación -según el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP)- son los siguientes:

a) Criterios de adjudicación automáticos (máximo 80 puntos):

- Tiempo medio de activación (máximo 30 puntos).
- Tiempo de entrega (máximo 30 puntos).
- Tiempo de respuesta (máximo 6 puntos).
- Otros criterios: servicio consolidado de entrega de publicaciones periódicas impresas (máximo 14 puntos).

b) Criterios de adjudicación no automáticos (máximo 20 puntos): se indica en el cuadro resumen que *“Para la valoración de este apartado las empresas licitadoras presentarán una memoria en la que den respuesta, de manera detallada, y en el orden establecido en el apartado, a cada uno de los criterios de valoración que se establecen a continuación (...)”*.

2. Conforme a la cláusula 18 del PCAP, las proposiciones se presentarán de forma electrónica a través de la herramienta que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de las empresas en los procedimientos de contratación electrónicos. Asimismo, la cláusula 19 del citado pliego se refiere al *“Contenido, incidencias y justificante de presentación de las proposiciones (Huella electrónica)”*, expresando con claridad que en el sobre 1 se incluirá la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos; en el sobre 2, la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y en el sobre 3, la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

Asimismo, la cláusula 19 explica cómo acceder a la *“Herramienta de presentación de ofertas”* para preparar y presentar electrónicamente las mismas y señala que *“Completado todo el proceso de presentación de la oferta, la Herramienta facilitará un justificante de presentación donde se acredita la documentación presentada y el sello de tiempo. En caso de que dicho justificante indique “Huella Electrónica” las empresas deben tener en cuenta el*



apartado 4.7: Problemas con el envío de la Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas de la Plataforma de Contratación que desarrolla la Disposición Adicional 16 apartado h) de la Ley de Contratos del Sector Público y presentar el archivo con la oferta completa en soporte electrónico en el Registro Electrónico Común (REC):

<https://rec.redsara.es/registro/action/are/acceso.do>

Si tiene alguna incidencia en la preparación y envío de las ofertas debe contactar con el servicio de soporte de Licitación Electrónica, con suficiente antelación, en el buzón licitacionE@hacienda.gob.es (indicando el número de expediente, órgano de contratación y detalle del error, adjuntando captura de pantalla si es posible) o en los teléfonos y horarios que se indican en la web de la Plataforma en la sección “Contacto”.

Las dudas relativas al expediente de contratación serán resueltas por el Servicio de Contratación y Patrimonio de la Universidad de Jaén: secontra@ujaen.es.”

Pues bien, comenzando ya con el examen del **primer motivo de impugnación**, es un dato no cuestionado por la recurrente que presentó electrónicamente en el sobre 2 la documentación sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y en el sobre 3, en lugar de incluir la relativa a los criterios de evaluación automática, volvió a introducir la documentación del sobre 2. En tal sentido, afirma que *“No dudamos que el licitador ha subido por error el mismo documento en los dos sobres (...)”*.

No obstante, aunque la recurrente reconoce su error, considera que el mismo es imputable a la Administración alegando que el diseño del procedimiento informático obliga al cifrado de los sobres e impide la comprobación del contenido de los ficheros una vez que se “han subido” a la plataforma de contratación. Sobre tal particular, sin perjuicio de que este no es el argumento central del primer motivo de impugnación, hemos de dejar ya afirmado que la presente licitación es electrónica, se celebra al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la LCSP sobre *“Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley”* y en los términos descritos fundamentalmente en las cláusulas 18 y 19 del PCAP. Por tanto, la presentación de las proposiciones debía hacerse a través de la herramienta que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de los licitadores en los procedimientos electrónicos.

Los términos del PCAP eran claros y detallados al respecto y no fueron impugnados por la recurrente, siendo esta la única responsable de su error en la presentación de la proposición al duplicar el contenido del sobre 2 en el sobre 3, sin que pueda imputar tal error a la Administración, cuando aceptó los pliegos y el sistema electrónico de presentación de ofertas señalado en los mismos. Es más, la cláusula 19 del PCAP establece que *“Completado todo el proceso de presentación de la oferta, la Herramienta facilitará un justificante de presentación donde se acredita la documentación presentada y el sello de tiempo”*, por lo que pudo la recurrente comprobar la documentación presentada a través del justificante expedido por la herramienta informática y, en su caso, efectuar las correcciones oportunas antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas. Lo que no puede es imputar a la Administración un error que solo él ha cometido, sin acreditar además ningún fallo en el funcionamiento de la plataforma electrónica.

Una vez aclarado lo anterior, la cuestión clave a dilucidar es si el error cometido por la recurrente era o no susceptible de subsanación. En el recurso se cita doctrina de los tribunales de recursos contractuales y jurisprudencia sobre la subsanación de defectos, pero toda ella se refiere a defectos en la forma de presentación de la documentación y como mucho a la omisión de firma de algún documento, sin que en ningún caso aborden la posibilidad de completar el contenido de la oferta por vía de subsanación.



En el supuesto enjuiciado, la recurrente aduce que debió concedérsele plazo de subsanación para, de ese modo, haber presentado el archivo electrónico correcto, es decir, el que contenía la documentación relativa a los criterios de adjudicación automáticos.

Este argumento no puede acogerse. De haberse permitido la subsanación, la recurrente habría completado su oferta en los aspectos de evaluación automática, una vez transcurrido el plazo de presentación de las proposiciones y cuando ya estaban abiertas y eran conocidas las proposiciones de los restantes licitadores con sus respectivas puntuaciones en unos criterios ponderados con hasta 80 puntos.

Precisamente, el límite de toda subsanación o aclaración de las ofertas está en la imposibilidad de su variación por vía de modificación o de ampliación de su contenido inicial. Este Tribunal se ha venido pronunciando sobre tal cuestión reiteradamente (v.g Resoluciones 94/2012, 123/2013, 182/2017 y 280/2019, entre otras muchas), citando doctrina del Tribunal General de la Unión Europea y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, en nuestra Resolución 182/2017, de 19 de septiembre, hacíamos mención a la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en la que se afirma que *«excepcionalmente los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.»* Y a la Sentencia de 4 mayo de 2017 (asunto C-387/14) del mismo Tribunal en la que se indica que *«corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría una nueva oferta».*

También se cita en nuestra Resolución 182/2017, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas. Y es de ver que pese a la amplitud con que el Tribunal General aborda la posibilidad de pedir aclaraciones suplementarias o permitir la corrección de errores materiales en la redacción de las proposiciones, establece un límite claro a esta iniciativa del poder adjudicador cual es la imposibilidad de que se pueda modificar la proposición inicial.

En el caso aquí analizado, es evidente que la recurrente sólo presentó dentro del plazo legal la oferta técnica evaluable según criterios sujetos a juicio de valor (ponderada con hasta 20 puntos) y no la proposición evaluable según criterios automáticos (ponderada con hasta 80 puntos). El error cometido al presentar la misma parte de la oferta en los dos sobres era en sí mismo insubsanable pues gran parte del contenido de la proposición quedó sin presentar dentro del plazo legal, siendo así que la posibilidad de subsanación del error hubiera implicado superar los límites infranqueables antes expuestos y dar a la recurrente una segunda oportunidad para presentar la práctica totalidad de su proposición (al menos en lo que a puntuación máxima se refiere), con clara vulneración del principio de igualdad de trato consagrado en los artículo 1 y 132 de la LCSP.

La anterior conclusión no admite atemperación, siendo ajustado a derecho el acto de exclusión impugnado.

En un segundo motivo de impugnación -que la recurrente esgrime como alternativo al anterior- se alega falta de motivación del acuerdo impugnado, sin mayor desarrollo ni argumentación.

Este motivo tampoco puede prosperar por las siguientes razones:



1. El acuerdo de exclusión se recoge en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 23 de noviembre de 2021, publicada en el perfil. No obstante, no consta que dicho acuerdo se haya notificado formal y fehacientemente a la recurrente; siendo así que la obligación de hacerlo no ha surgido aún para el poder adjudicador pues es en el momento de la notificación de la adjudicación posterior cuando ha de notificar la exclusión y su causa a los licitadores afectados. Así, el artículo 151 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que *“1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.*

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario. (...).”

En definitiva, pues, no puede imputarse al órgano de contratación la falta de motivación de una decisión antes de que legalmente nazca su obligación de notificarla.

2. Aún así, la decisión de exclusión adoptada por la mesa y recogida en el acta publicada en el perfil tiene una motivación sucinta pero clara y, en la hipótesis teórica de considerarla insuficiente, lo cierto es que no ha impedido a la recurrente a la interposición de un recurso fundado. Al respecto, es doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 254/2018 y 65/2019) que la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación y/o exclusión, ni podría prosperar la pretensión de nulidad del acto basada en aquella circunstancia.

Así, en las citadas Resoluciones 254/2018 y 65/2019 hacíamos referencia a doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, en el Recurso de amparo 3646/1995), igualmente aplicable al caso aquí analizado, según la cual la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Debe, pues, desestimarse este segundo motivo en la medida que el acuerdo de exclusión de la mesa publicado en el perfil no ha originado indefensión material a la recurrente, quien ha podido conocer el motivo de la decisión y alzarse jurídicamente frente a la misma en su escrito de impugnación.

Con base, pues, en las consideraciones realizadas, el recurso debe desestimarse.

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 **MARCIAL PONS LIBRERO, S.L.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco denominado “Suministro de bienes bibliográficos de la Universidad de Jaén”, (Expte. 2021/26), en relación al lote 5, convocado por la Universidad de Jaén.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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 personas 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.

