Recurso 226/2022
Resolución 349/2022
Sección Tercera

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

Sevilla 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **YASKAKWA IBÉRICA, S.L.U.** y **NAVARRO ORIOL ROBÓTICA Y TECNOLOGÍA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta por parte de la mesa de contratación de fecha 21 de abril de 2022, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Contrato mixto de suministro e instalación, servicio de redacción de proyecto industrial, direcciones técnicas, elaboración, fabricación, pruebas y puesta en funcionamiento del equipamiento formado por: Celda robotizada de soldadura mediante Láser Híbrido (Láser + MIG/MAG en Tándem), destinados al Centro de Innovación Universitario de Andalucía, Alentejo y Algarve en la Sede 1" (Expte. 22/08507), convocado por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de marzo de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP o PLACE), anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En fecha de 18 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 1.400.000 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). 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

Mediante acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de abril de 2022, se excluye la oferta de las entidades ahora recurrente. El mencionado acuerdo les es notificado a estas con fecha 10 de mayo de 2022, a través de la PCSP.

SEGUNDO. El 26 de mayo de 2022, se presentó en el Registro Electrónico Común de la Administración General del Estado dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades en compromiso de constitución de unión temporal de empresas: YASKAKWA IBÉRICA, S.L.U. y NAVARRO ORIOL ROBÓTICA Y TECNOLOGÍA, S.L. (en adelante la recurrente o la UTE) contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta.

Recibido por la Universidad, no se da traslado hasta el día 7 de junio de 2022 a este Tribunal. La Secretaría del Tribunal, habiéndose anunciado la firma del convenio entre esta y la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, procede a dar trámite de alegaciones por un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras, no habiéndose recibido ninguna.

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 concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la Consejería de Hacienda y Financiación Europea y la Universidad de Sevilla, el 2 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

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 la exclusión de una oferta en un contrato de suministro 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.a) 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) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el día 21 de abril de 2022, en la que se procede a la valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, según consta en acta al efecto, acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente con la siguiente motivación: *«Incluye información de la oferta económica en un sobre presentado por registro, sin respetar el procedimiento establecido en los pliegos y antes de la apertura del sobre 3, revelando así el secreto de la oferta que se exige mantener hasta el momento de proceder a la apertura pública».*

En la notificación de la exclusión se acompaña la motivación recogida en el acta de la mesa que se completa con la siguiente información: *«siendo esto causa de exclusión según lo establecido en el artículo 139.2 LCSP*

debidamente reflejado en el ANEXO II al PCAP, "En ningún caso, en este Archivo 2, se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a los criterios cuantificables del Archivo 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento».

1. Alegaciones del recurrente.

En su recurso viene a argumentar las siguientes cuestiones, por las que considera que su proposición fue indebidamente excluida:

- Que al presentar su oferta debido a un error en la PCSP no pudo incluir el documento europeo único de contratación (DEUC) remitiendo un correo a *«licitación electrónica»* que les indicó que debían ponerse en contacto con el órgano de contratación. Afirma, que intentó ponerse en contacto con el mismo pero que este no les respondió.

- Que a la vista de lo anterior, el 19 de abril de 2022, remitió una copia de la oferta presentada de forma electrónica al registro físico del órgano de contratación, para evitar resultar excluida del procedimiento de licitación. En este sentido, manifiesta que en el momento que se le requiere para que subsane el DEUC -el 22 de abril- y presentada la documentación solicitada se puso en contacto telefónico con el órgano de contratación para que procediera a la destrucción de los sobres físicos y que se le informó que ello no era posible y que los mismos quedarían en depósito de la mesa de contratación sin abrir.

- Que la mesa de contratación procedió a la apertura de los sobres -incumpliendo lo que le habían informado de forma telefónica-. La mesa indica que el sobre no tenía asiento de registro por lo que se desconoce la fecha exacta de entrada.

De lo anterior la recurrente concluye lo siguiente:

> *«i) que se ha incurrido en una falta de diligencia por parte de este órgano al no registrar la fecha ni la hora de la entrada de esta documentación -quizás no le interese al poderse evidenciar la incongruencia de sus actos-; ii) que se ha procedido a la apertura de los sobres por parte de la Mesa, pese a que existían ordenes expresas de su destrucción e indicaciones por parte de este órgano de que no se procedería a su apertura; iii) que pese a que el órgano de contratación sabía que el motivo de la presentación de la documentación física en Registro, era la subsanación de un defecto originado por la propia Plataforma de Contratación, decidieron contravenir lo anteriormente manifestado a esta parte, procediendo a la apertura de la documentación; y iv) que a pesar de que esa documentación se encontraba debidamente separada y numerada en diferentes Sobres/Archivos (como así se demuestra en las págs. 205 a 391 del exp. Adm.) lo cierto es que se procede a su apertura sin seguir el protocolo establecido por el propio órgano, descubriendo en ese mismo momento la oferta económica».*

En este sentido, indica que si la PCSP no hubiera tenido ningún tipo de incidencia no habría presentado la documentación física en el registro y no habría resultado su oferta excluida del procedimiento de licitación.

En segundo lugar, argumenta que el sobre o archivo 2 de su oferta no reflejaba la proposición económica, por lo que no cabe la exclusión por ese motivo dado que no se desveló el contenido de su oferta en un momento previo al establecido en el artículo 146.2 de la LCSP, por ello que además el acuerdo de exclusión adolece de falta de motivación.

La recurrente afirma que aunque se considerase que ha incluido documentación del sobre 3 en el sobre 2, se le debió de dar la posiblidad de subsanar de acuerdo con el principio antiformalista.

Finalmente, considera que en el trámite de vista de expediente se le pudo limitar el acceso a parte del expediente de contratación debido a una información contenida en uno de los correos electrónicos que recibió de forma previa a la celebración del acto.

Por todo lo anterior, solicita que se estime el recurso, que se anule el acto impugnado y que se proceda a incluir su oferta en el procedimiento de licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso argumenta respecto a la presentación de la oferta de la recurrente lo siguiente:
«Efectivamente presentó su oferta a través de la PLACE, cuando faltaba poco más de tres minutos para la finalización del plazo, tal y como se acredita en el expediente. En el archivo Nº 1 faltaban los DEUC de cada uno de los integrantes de la UTE cumplimentados y firmados. Esta carencia, que achaca a "fallo de la Plataforma" y cuya responsabilidad imputa al órgano de contratación en su recurso, no es imputable más que a la propia imprevisión del licitador; efectivamente, de los propios documentos aportados por el recurrente se acredita como a las 17:20 h del 18 de abril, a falta de 40 minutos para la finalización del plazo de presentación, se dirige al servicio de soporte de PLACE exponiendo sus dificultades con el archivo para confeccionar el DEUC; ante la respuesta del mismo servicio a las 17:35 indicando que las plantillas las facilita el órgano de contratación, dirigen un correo a los servicios dependientes del órgano a las 17:38 del 18 de abril indicando que no aparece en la licitación (lo que tampoco se corresponde con la realidad).
La fecha límite para consultas relativas a la licitación era hasta el 7 de abril de 2022 y, por otro lado, los servicios dependientes del órgano no tienen un horario de atención de 24 horas al día 7 días a la semana, sino el que se especifica en el propio PCAP: de lunes a viernes de 9 a 14 horas por lo que la falta de respuesta a ese correo a fecha 19 de abril no puede tildarse de "pasividad" del órgano».

En este sentido, el órgano de contratación argumenta que la falta de presentación del DEUC no se debió a un error de la plataforma sino a una falta de previsión de la entidad recurrente, que hizo caso omiso de las notas informativas de la guía de preparación de la licitación que sobre este particular publicó el órgano de contratación. Por otro lado, sobre la consulta que le realizó la recurrente indica que la misma se hizo fuera del plazo de consultas sobre la licitación -hasta el 7 de abril de 2022- y que en cualquier caso se realizó fuera del horario de atención que es de 9 a 14 horas.

Así, dado que la *«segunda oferta»* no se había recibido a fecha 21 de abril de 2022, la mesa de contratación procedió a requerirle el DEUC en sede de subsanación, puesto que no se contenía en la oferta electrónica que fue presentada en primer lugar.

Sobre esta cuestión concluye que: *«En definitiva, la actuación del licitador de remitir nuevamente la oferta en papel, fue un acto propio, libre y deliberado, que contradice la forma de presentación de la oferta no puede imputarse en modo alguno al proceder de la Administración».*

Por otro lado, sobre la alegación de la recurrente relativa a las instrucciones dadas al órgano de contratación para que destruyera la oferta remitida en papel, argumenta que según el artículo 43 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, un funcionario público no puede acceder a la destrucción de los documentos recibidos de manera oficial por mucho que lo ordene el remitente ya que dicha conducta puede constituir un delito tipificado en el artículo 413 del Código Penal. A su juicio, el hecho de que se pretendiera su destrucción muestra el pleno conocimiento por la recurrente de la improcedencia de su actuar. Afirma que, eliminada pues la posibilidad de destrucción pretendida por el

recurrente, la mesa, ante la rotulación del sobre y las dudas sobre su efectivo contenido, acuerda su apertura encontrando la oferta íntegra desvelándose el secreto de la misma. Esto se produce no por un incorrecto proceder de la Administración sino como consecuencia de la actuación incorrecta de la recurrente.

Respecto a la falta de motivación del acto recurrido, argumenta que el mismo se encuentra suficientemente motivado dado que contiene las razones que fundamentan la decisión de excluir su oferta, y prueba de ello es la interposición del recurso en el que se analizan y combaten las mismas.

Con relación a la alegación relativa a que no se le ha permitido subsanar, afirma que de conformidad con la LCSP y con la doctrina existente en la materia, no cabe la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) dado que no nos encontramos ante una cuestión sobre la que exista falta de regulación.

Sobre la afirmación de la recurrente en la que alega posible indefensión en el trámite de vista de expediente, dado que en la comunicación por la que se concede el trámite se incluye un mensaje interno del órgano de contratación en el que se indica que se retire determinada documentación, manifiesta lo siguiente:

> *«En esta comunicación, por error, se incluyó un correo electrónico que la secretaria de la mesa dirigía en lenguaje coloquial al Jefe de Sección de Contratación para que preparara el expediente y eliminara la parte de expediente que conforme a las propias disposiciones del articulo 52.1 LCSP están excluidas de acceso. A pesar de que el recurrente no es el destinatario de dicho correo, que lo ha recibido por un lamentable y manifiesto error, y obviando la advertencia que consta en el mismo, lo utiliza para alegar indefensión. El acceso al expediente tuvo lugar el mismo 18 de mayo según consta en la diligencia, sin que el representante de la empresa hiciera observación de ningún tipo».*

Concluyendo sobre esta cuestión lo siguiente: *«La aplicación de estos preceptos en ningún caso pueden generar indefensión en el recurrente y menos aún en este supuesto donde no se cuestionan aspectos de las ofertas sino la propia documentación aportada por los recurrentes».*

Finalmente, solicita la imposición de multa por temeridad y mala fe por un valor mínimo de 3.000 euros, a su juicio, el objeto de la controversia es conocido, por lo que la interposición del recurso supone un uso abusivo de la figura del recurso especial y es constitutivo de un comportamiento temerario.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La cuestión estriba en determinar si la oferta de la recurrente fue correctamente excluida por la mesa de contratación. En este sentido, a la vista de las diversas alegaciones de la recurrente procede en aras de la claridad expositiva ordenarlas de la siguiente manera: La alegación de indefensión en el trámite de vista del expediente, falta de motivación en el acuerdo de exclusión, posibilidad de subsanación del contenido de la oferta, y la imposibilidad de presentación de la oferta por una incidencia en PCSP.

La recurrente argumenta que tras solicitar el acceso al expediente al órgano de contratación recibe una respuesta por correo electrónico en el que se contiene un mensaje interno en el que se indica que se va proceder a la concesión del trámite de vista en el plazo de cinco días y que se proceda a retirar la información correspondiente. La mencionada instrucción se realiza en un lenguaje coloquial.

La recurrente argumenta que a la vista de lo anterior se deduce que el órgano de contratación le está privando de acceder a determinada documentación del expediente de contratación contraviniendo su derecho de defensa, conculcando así el artículo 52 de la LCSP.

Pues bien, el órgano de contratación en su informe al recurso reconoce el error de haber remitido la comunicación de carácter interno a la recurrente en la concesión del trámite de vista de expediente pero manifiesta que no se le ha provocado ningún tipo de indefensión. Sobre lo anterior, argumenta por un lado, que el acto de vista de expediente tuvo lugar el pasado 18 de mayo de 2022 sin que se hiciera constar ningún tipo de incidencia en la diligencia y que por otro lado no cabe alegar indefensión dado que en este supuesto el objeto del recurso versa sobre su propia oferta sin cuestionar aspectos de otras proposiciones.

Pues bien, este Tribunal considera que pese al error cometido por el órgano de contratación al realizar una comunicación a la recurrente de la que no era destinataria, procede recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155.3 de la LCSP aquel puede decidir no comunicar determinados datos: *«cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios».* Por lo tanto, la mera alegación de la recurrente relativa a que el órgano de contratación haya podido sustraer alguna parte del expediente con el fin de que no pudiera acceder a la misma, como una mera sospecha, sin concretar la documentación a la que no ha accedido y el perjuicio concreto que ello le ha ocasionado con relación a la posibilidad de interponer un recurso suficientemente fundado en derecho, supone una alegación carente de fundamentación y de viabilidad jurídica por lo que la misma debe ser desestimada.

Por otro lado, la recurrente argumenta que el acuerdo de exclusión de su oferta no se encuentra suficientemente motivado. Argumenta que el motivo de exclusión es que en el sobre 2 se refleja su oferta económica contraviniendo el artículo 139.2 de la LCSP afirmación que a su juicio no es cierta y que en cualquier caso se le debió de dar la posibilidad de presentar una subsanación de conformidad con el principio antiformalista en la contratación pública. Argumenta, que resulta de aplicación el artículo 68.4. de la LPACAP que establece que: *«Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación».*

Respecto a la motivación del acto de exclusión, este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada y expuesta en su Resolución 74/2021, de 11 de julio que ha sido objeto de desarrollo (v.g. Resoluciones 122/2012, 102/2013, 109/2013, 190/2014, 77/2015, 113/2015, 115/2015, 431/2015, 53/2016, 78/2016, 22/2017, 75/2017, 169/2017, 121/2018, 299/2018, 46/2019, 65/2019, 405/2019, 174/2020, 222/2020, 348/2020, 37/2021, 236/2021, 483/2021, 568/2021, 26/2022, 145/2022 y 157/2022, entre otras). Así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y más recientemente 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que: *«Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que 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».*

En el presente supuesto, y como anteriormente ha sido objeto de análisis, la notificación de la exclusión indica lo siguiente: *«Incluye información de la oferta económica en un sobre presentado por registro, sin respetar el procedimiento establecido en los pliegos y antes de la apertura del sobre 3, revelando así el secreto de la oferta que se exige mantener hasta el momento de proceder a la apertura pública, siendo esto causa de exclusión según lo establecido en el artículo 139.2 LCSP debidamente reflejado en el ANEXO II al PCAP, "En ningún caso, en este Archivo 2,*

se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a los criterios cuantificables del Archivo 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento».

En definitiva, a juicio de este Tribunal la notificación de la exclusión contiene una motivación suficiente, de la que se desprenden los motivos que fundamentan el acuerdo, que se deriva de la propia presentación de una segunda oferta por parte de la entidad recurrente. En este sentido, si bien la motivación pudo ser más amplia o específica ello no ha impedido a la recurrente combatir el acto de una forma suficientemente fundamentada y prueba de ello es el prolijo recurso que ha sido presentado contra el mismo. Por tanto procede también la desestimación de este motivo.

La recurrente a continuación, argumenta que aunque hubiera desvelado su oferta económica en un momento procedimental anterior al oportuno, le debieron de dar la posibilidad de subsanar dado que en los pliegos no se señala que esta infracción conlleve la exclusión del procedimiento y hace referencia a la regulación contenida en el artículo 68.4 de la LPACAP.

Al respecto, y sin entrar en el concreto contenido del precepto citado relativo a la presentación de solicitudes de forma electrónica, se concluye que no sería en modo alguno de aplicación en el presente supuesto; este Tribunal considera que la pretendida aplicación supletoria de la normativa del procedimiento administrativo común no puede prosperar, y ello dado que el presente contrato cuenta con un régimen jurídico en el que no existe laguna legal que haga necesario acudir a la aplicación supletoria de la LPACAP. Así el PCAP, en cuanto al régimen jurídico del contrato prevé que el mismo se regirá por lo dispuesto en la LCSP, el Real Decreto 817/2009 y el RGLCAP y sólo «*supletoriamente*» se aplicarán las restante normas de derecho administrativo y, en su defecto las normas de derecho privado.

Así, aceptar la interpretación de la recurrente implicaría que se le habría permitido vía subsanación completar o modificar su oferta, una vez transcurrido el plazo de presentación de las proposiciones y cuando ya estaban abiertas y eran conocidas las proposiciones de los restantes licitadores.

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 la doctrina del Tribunal General de la Unión Europea y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el presente supuesto, en el que precisamente la actuación de la recurrente conlleva que se ha roto el secreto de la oferta -conculcación del artículo 139 de la LCSP- y desvelada esta en su integridad -infracción del artículo 146.2.b) de la LCSP y anexo II del PCAP-, queda claro que ello no puede ser objeto de subsanación o aclaración por lo que dicha alegación debe ser desestimada.

Entrando en la causa de exclusión, la recurrente argumenta que la presentación de la oferta en formato no electrónico en el registro del órgano de contratación fue ocasionada por la inacción de la propia Administración.

Sobre esta cuestión argumenta:
- Que el día en que presentó la oferta -18 de abril de 2022- detectó una incidencia en la subida del DEUC en la PCSP y que por este motivo se puso en contacto con el órgano de contratación sin obtener respuesta, motivo que le llevó a remitir al día siguiente, la misma oferta presentada en formato electrónico pero en formato físico; en un sobre que contenía otros tres sobres uno correspondiente por cada parte de la oferta.
- Que una vez que la mesa de contratación le solicita la subsanación del documento omitido en el sobre/archivo 1 de la oferta electrónica -el DEUC- se puso en contacto con el órgano de contratación para que se eliminara la documentación física presentada, sin que a la vista de los hechos la misma actuara en el sentido solicitado.

- Que la mesa de contratación además de proceder a la apertura de la oferta remitida en formato físico, a pesar de que solicita que se destruya, apertura la totalidad de oferta desvelando su proposición económica y ocasionando su exclusión.

En conclusión, argumenta que si la PCSP no hubiera sufrido la incidencia no habría presentado la documentación física en el registro y en consecuencia no habría sido excluida.

Pues bien, con relación a la incidencia en el funcionamiento de la PCSP, por un lado, la recurrente no prueba el mal funcionamiento de la plataforma, en realidad, se pone en contacto con el órgano de contratación dado que no localiza el DEUC en un formato *«.xml»,* aunque este Tribunal comprueba que dicho archivo sí se encuentra en formato *«.doc»,* lo mismo se observa en la propia captura de pantalla que la UTE adjunta al correo electrónico remitido al órgano de contratación y que acompaña a su escrito de recurso.

Por otro lado, se debe también tener en cuenta que la calificada como *«incidencia»*, es comunicada por la recurrente el 18 de abril de 2022 a las 17:20 horas, es decir, 40 minutos antes del fin del plazo de presentación de ofertas, lo que supone -según indican los distintos órganos de resolución de recursos contractuales- la presentación de una oferta al límite, apurando los plazos hasta el último momento, siendo un elemento que juega en contra de los licitadores a la hora de argüir errores técnicos que no le son imputables, pues ello denota falta de previsión y diligencia. Supuestos similares se han tratado en este Tribunal como la Resolución 185/2022, de 18 de marzo y también otros órganos como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que ante un supuesto similar al aquí analizado afirma en su Resolución 696/2018 lo siguiente: *«el licitador ha advertido de la existencia de errores minutos antes de que finalizara el plazo para ello, por lo que no ha dejado el margen temporal necesario para poder detectar y solventar el problema denunciado».*

El órgano de contratación, como hemos indicado con anterioridad, argumenta que la consulta se realiza fuera del horario de atención administrativa. Así las cosas, este Tribunal concluye que las dificultades que alega la recurrente no son imputables a problemas técnicos sino al proceder de la recurrente, pues es exigible la diligencia debida a todo operador económico a la hora de tramitar electrónicamente de manera adecuada la presentación de su propia oferta.

Respecto a la presentación de la oferta en papel en el registro del órgano de contratación, procede realizar diversas consideraciones. En primer lugar, la recurrente no acredita la comunicación que dice realizar al órgano de contratación para que no procediera a la apertura de las proposiciones y además, resulta evidente que la mesa de contratación no iba a destruir una documentación -que es lo que la recurrente indica que solicitó- por una llamada telefónica sin tener ninguna constancia por escrito de la voluntad de la recurrente. Ello con independencia de los diversos argumentos que sostiene el órgano de contratación sobre la propiedad de la documentación una vez recibida en su registro.

En segundo lugar, la recurrente indica que remite la documentación de la oferta en formato físico el 19 de abril de 2022, sin que quede constancia del momento de recepción al no encontrarse los sobres con el registro de entrada. Sobre esta cuestión y como indica la recurrente, es irregular que el sobre presentado por la UTE no fuera debidamente registrado con el correspondiente asiento de entrada, cuestión sobre la que el órgano de contratación no realiza alegación alguna en su informe al recurso, más allá de reconocer que la documentación, efectivamente, no se registra de entrada.

En este sentido, no procede atribuir en este supuesto una mayor transcendencia a esta cuestión, en la medida en que el hecho de que se recibiera la documentación en un momento anterior o posterior no cambia que la recurrente presentara dos ofertas y que la segunda de ellas omitiera la tramitación electrónica obligatoria.

Además, y como indica el órgano de contratación, en el sobre remitido se titula *«subsanación de errores».* Incluyendo en el sobre 1 el documento DEUC y en el sobre 2 y 3 las siguientes expresiones: *«Duplicado. Subsanación de errores»*, acompañando la siguiente leyenda en ambos: *«mandamos la documentación con la firma electrónica que faltaba en la documentación del sobre [2/3], debido a los problemas que tuvimos en la descarga del fichero para que pudiera ser firmado por la otra parte de la UTE».*

Esta última cuestión no alegada por la recurrente en su escrito y viene a demostrar que la UTE además de no poder presentar el DEUC en su oferta inicial, tampoco pudo firmar adecuadamente su oferta, cuestiones que aunque pudieron ser subsanadas en un momento posterior, llevaron a la recurrente -a la vista de los hechos- a presentar una segunda oferta completa en formato físico que además denomina *«subsanación de errores».*

Sobre lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos son la ley entre las partes y constituyen la ley del contrato que han aceptado, conforme a lo dispuesto en el 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 se viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, al indicar que 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 (v.gr. Resolución 330/2020, de 8 de octubre, 372/2020, de 6 de noviembre y 39/2022, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes).

En el anexo I del PCAP se indica que el procedimiento de licitación es electrónico, por lo que presentación de la oferta en formato papel ya pudo ser la causa de la exclusión de la oferta de la recurrente. En este sentido, la cláusula 9.1. del PCAP establece que cada licitador no podrá presentar más de una proposición -y la recurrente presenta dos: una en formato electrónico y otra en formato físico-, la consecuencia de la infracción de esta obligación queda claramente establecida en el PCAP al indicar que: *«La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas»* por lo tanto también concurría esta causa de exclusión. En cualquier caso, la mesa de contratación motiva la exclusión en que la apertura de la documentación presentada por la recurrente conlleva a que se desvele el contenido de la oferta económica en un momento anterior al debido, lo que supone una infracción del artículo 146.2.b) de la LCSP.

Si bien este Tribunal considera que la mesa pudo argumentar alguna de las citadas causas de exclusión que se consideran más ajustadas a la naturaleza de la infracción, lo cierto es que la causa motivada por la mesa de contratación es asimismo adecuada y en parte consecuencia de las anteriormente citadas, por lo que la misma se considera correcta, procediendo así la desestimación también de este motivo de recurso.

Por tanto, visto todo lo anterior procede la desestimación del recurso.

SEPTIMO. Sobre la imposición de multa.

En su informe al recurso, el órgano de contratación considera que el objeto de la controversia es una cuestión pacífica atendiendo a la doctrina mantenida por los órganos de resolución de recursos contractuales, lo que hacía prever la desestimación del mismo que supone, a su juicio, una actuación constitutiva de temeridad en su interposición y solicita la imposición de multa.

El artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».*

En este sentido, señala la sentencia, de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

> *«Es criterio de esta Sala que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular "algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial"; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la "facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe", pues "en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas" (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».*

En el supuesto analizado en la presente resolución, el recurso interpuesto es prolijo y sus argumentos carecen de suficiente fundamentación, no obstante, ello no resulta suficiente para considerar temeraria la conducta de la recurrente al formalizar la impugnación. El Tribunal ha desestimado todos los motivos del recurso, pero no puede concluir que este en su conjunto carezca de un contenido serio y absoluta falta de fundamentación; además se ha de tener en cuenta que el acto recurrido no ha sido la adjudicación y que la recurrente no ha solicitado la suspensión del procedimiento por lo que no se ha paralizado la tramitación. En este sentido, el procedimiento ha sido declarado desierto por lo que tampoco se puede atribuir a la recurrente demora alguna en la prestación del servicio ocasionada como consecuencia de la interposición del recurso. Por otro lado, la motivación de la exclusión por parte de la mesa de contratación, si bien resulta suficiente, pudo haber ocasionado cierto malentendido a la recurrente respecto a los motivos que condujeron al acuerdo como anteriormente se ha analizado.

Por consiguiente, el Tribunal no aprecia temeridad determinante de la imposición de multa.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **YASKAKWA IBÉRICA, S.L.U.** y **NAVARRO ORIOL ROBÓTICA Y TECNOLOGÍA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta por parte de la mesa de contratación de fecha 21 de abril de 2022, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Contrato mixto de suministro e instalación, servicio de redacción de proyecto industrial, direcciones técnicas, elaboración, fabricación, pruebas y puesta en funcionamiento del equipamiento formado

por: Celda robotizada de soldadura mediante Láser Híbrido (Láser + MIG/MAG en Tándem), destinados al Centro de Innovación Universitario de Andalucía, Alentejo y Algarve en la Sede 1" (Expte. 22/08507), convocado por la Universidad de Sevilla.

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 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.