

Recurso 286/2022
Resolución 404/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 4 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.P.B.M.** contra el acuerdo, de 29 de junio de 2022, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de servicios de explotación de cafeterías de centros docentes de Málaga» (Expte. CONTR 2022 0000268429), respecto del lote 20, convocado por la Delegación Territorial de Educación y Deporte en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de mayo de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 17 de mayo de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En esa misma fecha, se publicaron los pliegos de esta licitación. El valor estimado del contrato asciende a 6.098.967,00 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.

Mediante acuerdo, de 29 de junio de 2022, la mesa de contratación acuerda excluir la proposición de A.P.B.M. del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 19 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.P.B.M. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta.

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 21 de julio de 2022.



Por último, el 22 de julio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles al resto de entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 20, 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 concesión de servicios 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, el acuerdo de 29 de junio de 2022 de exclusión de la oferta de la ahora recurrente no consta que le fuese notificado a la misma. No obstante, aun computando desde su dictado, el recurso presentado el 19 de julio de 2022 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.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 29 de junio de 2022 del órgano de contratación, en el que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que *«Que, teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito y lo(s) documento(s) que se acompaña(n) se sirva admitirlos, teniendo por formulado recurso de reposición contra la ADJUDICACIÓN DE LOTES antes referenciada por no darse la posibilidad de subsanación tras la evaluación del sobre 3, ni haberse recogido expresamente la obligación de ser presentado, previo los trámites legales oportunos, se dicte resolución en la que se acuerde una nueva evaluación de la licitación tras subsanarse el documento faltante (anexo IX).»*.



Indica la recurrente que no está conforme con el procedimiento de adjudicación del lote 20, en el que se ha desestimado su candidatura a su parecer, debido a la no presentación de una proposición económica, no quedando clara la obligación de aportar la misma, al estar entre paréntesis la expresión “en su caso”, lo que incita a la confusión, al tratarse *«de una “Proposición económica” y por mi parte querer mantener los precios que se han venido ofertando hasta el momento. De igual modo adjunto proposición por si pudiera estimarse.»*.

Asimismo, señala que tras la apertura y evaluación del sobre 1, se dio opción a subsanar la documentación ausente y/o errónea, no siendo igual tras la apertura del sobre 3, y no haberse notificado la falta de documentación, al no aparecer en la publicación del acta los motivos que implican la exclusión de su oferta, sin darse la opción de subsanar, con vulneración del principio de igualdad. Ello le ha producido indefensión, puesto que al no conocer los motivos de su exclusión tampoco he tenido opción a poder subsanar su propuesta.

Por último, afirma que como al ser la anterior adjudicataria cuenta con todos los requisitos exigibles, tan solo se ha producido una omisión involuntaria de documentación, que podría haberse normalizado, ya que cuenta con todos los medios para ser adjudicataria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso tras reproducir la cláusula 9.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) señala que es de obligado cumplimiento la presentación de la proposición económica, sin alusión a otros factores a tener en cuenta, como valorar reducciones de precios y canon así como poder estimar las posibles incidencias de bajas desproporcionadas que puedan acontecer.

Asimismo, indica que la posibilidad de subsanar la documentación incluida en el sobre n.º 1, sí está establecida en el PCAP para que las personas licitadoras las corrijan o subsanen en el plazo establecido, bajo apercibimiento de exclusión definitiva si no se procede a la subsanación (cláusula 10.2 PCAP), pues no plantea ningún conflicto en la concurrencia entre licitadoras a los lotes ofertados, ya que dicha documentación no se basa en planteamientos que atiendan a la mejor relación de coste-eficiencia que son evaluados con arreglo a criterios económicos y cualitativos para su adjudicación.

En este sentido, afirma que en *«ningún momento se puede plantear indefensión, pues el procedimiento establecido para estudio de documentación del sobre n.º 3, se realiza a través de apertura de todos los licitadores en el mismo instante para su estudio, no siendo admisible la posibilidad de poder subsanar pues incurriría en ventaja respecto a los demás licitadores, ya que al ser posterior la posible subsanación (nueva oferta) conociendo las del resto de licitadores.»*.

Por último, concluye indicando que la forma establecida para la presentación de la documentación en dos fases, mediante los sobres electrónicos 1 y 3, está claramente definida en el PCAP, y la inclusión de la documentación correspondiente para cada uno de ellos es conocida por todas las licitadoras, así como el procedimiento establecido y la obligación de la presentación de la misma para su estudio y valoración.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Prima facie, antes de abordar el fondo de la cuestión es necesario realizar una serie de apreciaciones. En primer lugar, ha de aclararse que aun cuando la recurrente manifiesta interponer un recurso de reposición, su verdadera naturaleza es de recurso especial en materia de contratación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta



que el error en la calificación del recurso por parte de la recurrente no será obstáculo para su tramitación y resolución, siempre que se deduzca su verdadero carácter (artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), como ocurre en el supuesto que se examina.

Y en segundo lugar, en cuanto a la denuncia de la recurrente de que se le ha producido indefensión, ha de señalarse que ni en el expediente remitido ni en el perfil de contratante figuran los motivos por los que la oferta de la ahora recurrente ha sido excluida de la licitación, solo es posible conocerlos tras la lectura del recurso y el informe al mismo. Sin embargo, ello no le ha impedido a la ahora recurrente entender que la misma se ha producido por no aportar la proposición económica, esgrimiendo argumentos suficientes en el recurso en su defensa, pudiendo conocer el contenido y alcance del acto de exclusión, no siendo por ello posible apreciar indefensión. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que dado que el lote 20 no se encontraba adjudicado, todavía no había exigencia legal de notificar el acto de exclusión, de modo que hasta ese momento no nace la obligación de motivar la exclusión, y ello sin perjuicio del recurso que se pueda presentar en su momento contra la adjudicación del contrato o contra la notificación de la exclusión -si esta se produce-, en el supuesto de que se incumpliera la mencionada obligación de motivación (v.g., por todas, Resolución 81/2022, de 4 de febrero, de este Tribunal).

Segunda. En relación con el fondo de la controversia, queda claro que la oferta de la entidad ahora recurrente fue excluida del lote 20 por no aportar la proposición económica.

Al respecto, el PCAP, por un lado, en su cláusula 9.2.2, denominada sobre electrónico 3, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, indica que *«En este sobre se incluirá la documentación indicada en el anexo VIII del presente pliego entre la que deberá encontrarse, en todo caso, la proposición económica, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación especificados en el anexo X. Asimismo, se incluirá, en su caso, la declaración de confidencialidad según modelo del anexo XIII»*, por otro lado, en el anexo VIII -sobre electrónico nº 3, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas- señala lo siguiente: *«1. Proposición económica y mejora del canon: Anexo IX del presente Pliego.*

La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo IX del presente pliego. Se aportará listado de precios ofertados, incluida la suma de los precios de los artículos. Los precios incluirán el IVA y ninguno podrá superar el precio máximo unitario (si por error algún precio unitario supera el máximo señalado en la licitación, o en algún artículo no se oferta precio, se considerará que se oferta el de licitación)», y por último, en el anexo IX, se recoge el modelo de proposición económica.

En definitiva, queda meridianamente clara la obligación de presentar la proposición económica. En este sentido, la cláusula 9.2.2 del PCAP no deja lugar a dudas cuando afirma que en el sobre electrónico 3, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, se incluirá la documentación indicada en el anexo VIII del presente pliego entre la que deberá encontrarse, en todo caso, la proposición económica. Asimismo, tampoco deja lugar a dudas el apartado 1 del anexo VIII del PCAP, cuando indica que la proposición económica, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo IX del presente pliego, donde se describe el contenido que ha de figurar en la misma.

En su defensa, la recurrente señala que incita a confusión el que aparezca entre paréntesis la expresión “en su caso”, insertando a continuación una imagen sin que se indique en qué parte del expediente se encuentra. Al respecto, este Tribunal tras cotejar la mayor parte del expediente remitido localiza el documento de donde la recurrente ha extraído dicha imagen. El mismo se denomina *«documento informativo para participar en la*



licitación cafeterías 2022 centros educativos de la provincia de Málaga», en el que en el apartado A.4, relativo a la documentación que se presentará en cada uno de los sobre 1 y 3, indica para el sobre 3 lo siguiente (se inserta imagen):

DOCUMENTOS DEL SOBRE ELECTRÓNICO N.º 3:



- Anexo IX: Proposición económica con oferta económica de productos y mejora de canon (en su caso)
- Anexo IX-A: Propuesta de aportación de electrodomésticos
- Propuesta de mejoras (en su caso)
- Anexo XIII: Declaración de confidencialidad

Pues bien, la recurrente obviando todo lo que sobre el particular señala el PCAP basa su defensa en un documento informativo, de uso general, para hacer más amigable la presentación de la oferta de forma electrónica, cuya calificación de “informativo” desvela su naturaleza no contractual. Además, a mayor abundamiento, la expresión “en su caso”, a juicio de este Tribunal solo afecta a la mejora del canon y no al resto de la frase, pues de ser así debería encabezarla.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la alegación de la recurrente en la que denuncia que incita a confusión el que aparezca entre paréntesis la expresión “en su caso” en el «*documento informativo para participar en la licitación cafeterías 2022 centros educativos de la provincia de Málaga*».

Tercera. Asimismo, afirma la recurrente que no se la ha concedido la posibilidad de subsanar la documentación contenida en el sobre 3, como sí se hizo para el sobre 1.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en relación con el sobre 1, de documentación acreditativa de los requisitos previos, como afirma el informe al recurso, sí está establecida en el PCAP para que las personas licitadoras subsanen en el plazo establecido, además el artículo 141.2 de la LCSP dispone que «*En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.*

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.».

Sin embargo, respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la mesa o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar la entidad licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 86/2018, de 27 de marzo y 361/2022, de 6 de julio, de este Tribunal y 532/2016, de 8 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). En este sentido, el permitir que la ahora recurrente una que vez que se conoce el contenido de las proposiciones del resto de licitadoras, pudiese aportar su proposición económica -que no hizo en el momento procedimental oportuno- supondría aceptar que puede modificar su oferta, con clara vulneración del principio de igualdad de trato.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la alegación de la recurrente de que se le conceda la posibilidad de subsanar la documentación contenida en el sobre 3.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.P.B.M.** contra el acuerdo, de 29 de junio de 2022, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de servicios de explotación de cafeterías de centros docentes de Málaga» (Expte. CONTR 2022 0000268429), respecto del lote 20, convocado por la Delegación Territorial de Educación y Deporte en Málaga.

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.

