Recurso 363/2022
Resolución 496/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 14 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P.,** contra el acuerdo de 12 de septiembre de 2022 de la mesa de contratación que supone la no admisión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de defensa letrada del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera» (Expte nº 41/2022), convocado por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de agosto de 2022 se publicó anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación por procedimiento abierto simplificado 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 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). 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.

El acuerdo de 12 de septiembre de 2022 de la mesa de contratación, supone la no admisión de la oferta la entidad ahora recurrente en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 28 de septiembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente, contra el citado acuerdo de la mesa de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 28 de septiembre de 2022, 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 que no resulta cumplimentado por el órgano de contratación hasta el 4 de octubre de 2022.

Por último, y obviamente, hasta que no se ha remitido la documentación solicitada por el órgano de contratación, la Secretaría del Tribunal no ha podido proceder a conceder 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.

TERCERO. Este Tribunal, dada la controversia ha procedido de oficio a solicitar informe a la Dirección General del Patrimonio del Estado, y en concreto a la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, en relación a la existencia de posibles incidencias acaecidas con ocasión de la presentación de la proposición en el expediente de contratación 41/2022 durante la franja horaria de tiempo de 13:00 a 15:00h, del 9 de septiembre de 2022, al existir discordancias entre lo manifestado por el órgano de contratación y la entidad recurrente.

Consta igualmente en la documentación que acompaña al informe emitido el día 11 de octubre de 2022, que ya el 23 de septiembre de 2022, con anterioridad a la interposición del recurso, a la entidad recurrente le fue remitida comunicación por parte de la Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado, en la que no se le informa sobre los motivos de no poderse conectar a la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo ésta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos, por sí o a través de la Diputación Provincial. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso ya que si bien no ha sido admitida, sí que presenta justificación documental indiciaria de que ha licitado 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 el acuerdo de la mesa que supone la no admisión de la oferta de una entidad licitadora en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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.

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 12 de septiembre de 2022. Invoca el art. 31.2 de la Ley 39/2015 de 1 de Octubre, de Procedimientos Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señalando que la guía de servicios de licitación electrónica advierte y aconseja en *"su página 48, al usuario que no dilate la descarga de la Herramienta para las últimas horas del proceso porque pueden presentarse problemas técnicos no necesariamente relacionados con el funcionamiento de la misma o con la confección de la oferta, por ejemplo, la imposibilidad de descarga de la Herramienta por la configuración restrictiva de los cortafuegos de las instalaciones del usuario empresa"*.

Cita determinada doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, en concreto la que se contendría en la resolución nº 807/2022 de 1 de julio, señalando que:

".. esta entidad de acuerdo con su experiencia y de acuerdo con lo que suele tardar la herramienta de preparación de ofertas, en este caso se ha producido un infortunio azaroso de que , por razones indeterminadas , no se puede completar en tiempo el proceso informático, y la exclusión o inadmisión del procedimiento resulta desproporcionada y contraria al interés público, que no es otro que tener el mayor número de ofertas en la licitación y, mediante esa mayor concurrencia, lograr el mejor resultado posible para la ejecución de los lotes licitados. Igualmente, el principio de concurrencia que nos referimos es un principio esencial que aplica la normativa en la materia de contratación pública, de forma que se posibilite al máximo la mayor concurrencia en las licitaciones públicas.
Por lo que estrechamente ligado al principio de concurrencia se encuentra el principio antiformalista, que no viene a significar más que los licitadores no sean excluidos del procedimiento, o sus ofertas rechazadas, por meros defectos o irregularidades formales, que no son atribuibles al licitador.
Por tanto, entendemos debe tenerse en cuenta la situación de indefensión en la que se encuentra este licitador ante la imposibilidad de presentación de la aportación de documentación por los medios electrónicos exigidos, siendo exclusivamente por la plataforma de contratación del estado, inadmitiendo la mesa de contratación a este licitador como consecuencias del azar de los problemas técnicos y donde es acreditable el intento de su presentación en el procedimiento."

Por último, interesa la celebración de determinada prueba testifical.

Finalmente solicita la anulación del acuerdo de la mesa a efectos de que: *"sea dictada resolución en la que se resuelva que existieron problemas informático(sic) que imposibilitaron la presentación a este licitador, y conforme a los principios que rigen la contratación pública se permita al mismo la presentación de su oferta, retrotrayendo el trámite de licitación hasta el momento necesario para considerar la oferta de este licitador en igualdad de condiciones".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Alega una suerte de causa de inadmisión del recurso, argumentando que "*no procedió en ningún momento a inadmitir a la recurrente ni a rechazar su oferta dado que en ningún momento ha tenido acceso a la misma".*

Señala que "*la Plataforma de Contratación del Sector Público no ha informado de ninguna incidencia técnica que haya acaecido el 9 de septiembre de 2022. Es más, la mesa entiende que la recurrente no ha comparecido en tiempo y forma a la licitación dado que en ningún momento ha puesto a disposición del órgano de contratación su oferta, ni tampoco ha solicitado en ningún momento poder presentar la misma. En consecuencia, el órgano de asistencia, en ningún momento ha rechazado la admisión del candidato (dado que en ningún momento ha solicitado su admisión), ni ha rechazado su oferta (dado que nunca la ha puesto a su disposición)".*

Solicita la inadmisión del recurso "*al no corresponder su objeto con los posibles objetos de recurso establecidos en el art. 44.2 de la LCSP".*

B. Por otro lado, señala que es responsabilidad del recurrente el no presentar su oferta en tiempo y forma, dado que ha dejado para el último momento la presentación de su oferta, y además, no comunicó las incidencias antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas. Afirma que "*la propia Plataforma de Contratación del Sector Público advierte y recomienda a los licitadores que no dejen para el último momento la presentación de sus ofertas".*

Indica que la incidencia se puso en conocimiento del Ayuntamiento a las 17:13 horas del 9 de septiembre de 2022, más de dos horas después del fin de la presentación de ofertas, señalando que ello dejaba sin posibilidades al órgano de contratación de adoptar medidas que permitieran presentar la oferta al licitador.

Manifiesta que además no aporta ningún medio de prueba totalmente indudable de la existencia de los problemas técnicos sufridos y que estos no estaban ligados a sus propios equipos o redes.

Argumenta sobre la falta de idoneidad de la prueba propuesta, "*porque no puede haber objetividad en la testifical de personas que forman parte de la organización del recurrente, dado que en ningún caso su testimonio va a ser contradictorio con las alegaciones realizadas por la empresa".*

Por último, manifiesta que el recurso es temerario solicitando multa de al menos 5.000 mil euros. Estima que "*la tramitación por parte de esta Administración del expediente ha supuesto la paralización de la actividad del Departamento de Contratación durante dos días hábiles. Ello ha conllevado que otros procedimientos, que requerían de una actuación urgente, hayan sido postergados, con el consiguiente perjuicio al interés general*." Considera "*que los costes directos en salarios y seguros sociales, así como aquellos gastos indirectos causados al interés general por la paralización del Departamento de Contratación ascienden a más de 5.000 euros".*

SEXTO. Sobre el fondo del asunto.

1. Sobre la causa de inadmisión alegada por el órgano de contratación.

Procede antes de entrar a valorar el fondo del asunto si asiste la razón a la causa de inadmisión alegada por el órgano de contratación.

Al respecto, y en cuanto al acto de no admisión y su consideración como acto de trámite ex art. 44.2 b) LCSP se hace necesario realizar la siguiente consideración, de que los actos de trámite solo pueden ser objeto de recurso cuando se trata de actos cualificados y ello en tres casos:

i) Decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación;
ii) Determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o;
iii) Produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

La consideración de los acuerdos por los que indirectamente se inadmite a trámite a los licitadores, como pueden ser las actas de apertura de sobres, tienen la consideración de actos de trámite cualificados, en cuanto supone la imposibilidad de continuar en el procedimiento cuando se aportan indicios de haber intentado participar en la licitación por la entidad recurrente, de tal modo que la no admisión puede perjudicar a sus intereses legítimos.

En definitiva es un acto de trámite cualificado pues se trata de una formal y expresa decisión del órgano en cuestión admitiendo una o varias proposiciones en un específico trámite del procedimiento como consecuencia de una expresa previsión legal a tal respecto, omitiendo la de aquéllas que por cualquier error o dificultad no hayan podido presentarse. Por lo tanto, nos encontramos ante un auténtico acto impugnable, en cuanto encierra una decisión sobre la admisión de ofertas que puede afectar a los intereses legítimos de los licitadores. En este sentido, téngase en cuenta que en el acta de la mesa de contratación, se realiza una motivación de la decisión de la no admisión del procedimiento de licitación de un contrato, lo cual además constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que da la posibilidad al interesado de conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación que permitan, en su caso, impugnar la misma, a efecto de asegurar igualmente la igualdad de trato a los licitadores.

Todo ello, sin perjuicio de no prejuzgar el fondo del asunto que a continuación se abordará.

2. Sobre la prueba interesada por la parte recurrente.

El artículo 56.4 de la LCSP dispone que "*Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*
El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

El art. 77 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) alude a los medios de prueba "*admisibles en derecho*" y a su valoración de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La entidad recurrente ha interesado la prueba testifical, motivado además porque no ha podido aportar el informe de la Plataforma, dado que le fue denegado, como así consta.

Dicho artículo de la 77 LPACAP señala que solo "*cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un*

período de prueba". Asimismo se señala que *"sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".*

El artículo 35.1 f) del mismo texto legal dispone que será necesaria motivación, con sucinta referencia los hechos y fundamentos de Derecho, "*los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados".*

Consta en los hechos del presente recurso cual es la controversia; conocer si el motivo de no poder presentar la oferta es imputable a un funcionamiento anormal de la Plataforma, del que pudiera derivar un fallo *"desconocido"* de la misma. Dado que el 11 de octubre de 2022 se ha remitido a petición de este Tribunal, informe por parte de la Plataforma de Contratación del Sector Público que indica con claridad de las circunstancias concurrentes en la tramitación electrónica de dicho expediente de contratación durante las horas 13 a 15 del 9 de septiembre de 2022, se hace innecesaria la práctica de dicha testifical. Asimismo, no se han propuesto testigos por la entidad recurrente que ostenten la condición de experto informático, por lo que no se infiere de ellos una condición de testigo-perito ya que en ese caso hubiera sido más idóneo su testimonio a efectos de poder aportar algo más al contenido del informe de la Plataforma que después se abordará.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 2009 afirma que: *«… el órgano judicial motivó perfectamente la inadmisión de la prueba testifical al señalar la irrelevancia de la misma para la resolución del pleito dada la relación que unía al recurrente con el testigo propuesto y la gran cantidad de documentos que obraban en el expediente y en el rollo, que hacía innecesario nuevas pruebas para esclarecer los hechos».*

A estos efectos, y relacionando el art 283 de la LEC con el art 77 LPACAP, se estima la impertinencia y la innecesariedad (prueba superflua). Así, es prueba improcedente aquella que versa sobre hechos que no necesitan de ella, porque son notorios y hay que tenerlos por probados, como ocurre en el presente recurso, pues así se deriva del resultado del informe de la Plataforma emitido el 11 de octubre de 2022, así como de la evidencia de que seis licitadoras sí pudieron presentar su oferta en las mismas horas controvertidas. De este modo la prueba testifical se advierte que no tiene la capacidad de descomponer y/o alterar el informe, ni las circunstancias concurrentes. Por otro lado, se estima por este Tribunal como innecesaria la prueba propuesta, dado que se trata de pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, es decir, una prueba superflua, o, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2.003, inidónea, precisamente por no manifestarse que los testigos propuestos tienen conocimientos cualificados en la materia.

Por todo ello, la prueba propuesta debe ser rechazada.

3. Sobre el fondo.

Examinado el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación, fuera del plazo legal, se observa además que no se introduce ninguna evidencia de que por parte del mismo se iniciare una investigación para conocer sobre la veracidad de lo argumentado por la entidad recurrente, se limita a informar que: *"Además la Plataforma de Contratación del Sector Público no ha informado de ninguna incidencia técnica que haya acaecido el 9 de septiembre de 2022".*

Conociendo los hechos la mesa de contratación, como se pone en evidencia en el acta del día 12 de septiembre de 2022, desde el día 9 de septiembre de 2022, el órgano de contratación podría haber solicitado información al respecto a la Plataforma, lo cual no ha sido realizado de oficio en ningún momento. En este sentido, afirma la

entidad recurrente además que, a pesar de haber solicitado a la Plataforma que le facilitese el informe recogido el día de la presentación sobre los extractos y movimientos de los registros recogidos ese mismo día, ello le ha sido denegado.

Sin perjuicio de las consideraciones que merezca sobre quien debe entenderse legitimado para solicitar la mencionada información ante dicha Plataforma, este Tribunal, justo después de la recepción del expediente del órgano de contratación, a falta de informe de la Plataforma solicitado por el órgano de contratación, y dado el contenido impugnatorio, requirió en fecha 5 de octubre de 2022 informe a dicha Plataforma sobre posibles incidencias acaecidas en la misma el día 9 de septiembre de 2022, el cual se ha recibido el día 11 de octubre de 2022. El contenido del informe es el siguiente:

«En relación con la solicitud del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de fecha 5 de octubre de 2022, con nº de registro: 2022110000015643, referida al recurso RCT 363/2022 interpuesto por la entidad: "AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P.", en la que se solicita: "informe en relación a la existencia de posibles incidencias acaecidas con ocasión de la presentación de la proposición en el expediente de contratación 41/2022 durante la franja horaria de tiempo de 13:00 a 15:00h, del 9 de septiembre de 2022, al existir discordancias entre lo manifestado por el órgano de contratación y la entidad recurrente".

SE INFORMA

Que en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) existe una licitación de nº 41/2022, cuyo órgano de contratación es: "Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera" y cuyo objeto es: "Servicio de defensa letrada del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera".
Que el plazo de presentación de ofertas a la referida licitación terminó el día 09/09/2022 a las 15:00:00 horas.
Que durante el día 09/09/2022 la PLACSP estuvo prestando servicio con normalidad, como demuestra el hecho de que presentasen oferta en plazo a dicha licitación en ese mismo día los licitadores que se muestran en la siguiente tabla:

Nombre	***NIF***	***Correo***	***Fecha de presentación de la oferta***
ZURBARÁN ABOGADOS, S.L.P.	*B91806638*	*eoviedo@zurbaran.net*	*09/09/2022 11:34:53*
GAONA ABOGADOS S.L.P.	*B92918325*	*gprabogados@gprabogados.com*	*09/09/2022 11:39:47*
CONSULTORIA INTEGRAL DE LA EMPRESA Y EL MUNICIPIO SL (CIEM)	*b92509330*	*elinares@consultoriaintegral.es*	*09/09/2022 11:55:58*
LEGALCORES ABOGADOS SLP	*B91969899*	*DOCUMENTACIONLEGALCORES@GMAIL.COM*	*09/09/2022 12:24:33*
ANGEL CARAPETO PORTO	*28931012W*	*angel@carapetoydelgado.com*	*09/09/2022 12:25:40*
Martínez de Salas & Sánchez S.L.	*B90265174*	*gerencia@grupomadesa.es*	*09/09/2022 12:40:03*
NERTIS ETL GLOBAL	*B90250143*	*nruiz@nertis.legal*	*09/09/2022 13:39:08*
Abogados y Economistas, S.L.P.	*B90013178*	*iconde@maiolegal.com*	*09/09/2022 13:39:49*
ANTONIO JOSE GARCIA SAENZ	*24192339L*	*jags@bufetegarciasaenz.com*	*09/09/2022 13:46:05*
Sanguino Abogados, S.L.P.	*B91719138*	*admon@sanguino.pro*	*09/09/2022 13:51:55*
DELFA LOSA ABOGADOS SLP	*B70319652*	*delfa@losaabogados.net*	*09/09/2022 14:04:12*
AMALIA G. ABOGADOS SLP	*B14908479*	*despacho@gonzalezguerrero.es*	*09/09/2022 14:11:26*

Que la entidad: "AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P." se puso en contacto con soporte de la PLACSP el día 23/09/2022 a las 11:58 horas alegando: "la imposibilidad de subir la documentación en la plataforma por problemas técnicos de la misma", y adjuntando una captura de pantalla del supuesto error, correo al que desde

soporte de la PLACSP se le contestó que: "una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, las cuestiones que pudieran surgir relacionadas con la presentación de su propuesta y las posibles eventualidades derivadas de la misma, deben ser puestas en conocimiento del equipo técnico de la PLASCP por el órgano de asistencia/Mesa, a través de los canales habilitados para Organismos Públicos".

Que en la captura de pantalla aportada por el licitador se observa que no es un error imputable a la PLACSP, pues los estados en "rojo" de los requisitos, como viene explicado en la guía publicada en el portal de la PLACSP "Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas" (versión 7.7, apartado 3.1), indica "aquellos para los que sea necesario completar alguna acción (anexar documento o firmarlo, introducir un valor o texto en un requisito o criterio)".
Que, por todo lo expuesto, se concluye que si el licitador "AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P," no presentó oferta a la referida licitación NO fue por causas imputables al funcionamiento de la PLACSP».

A dicho informe se adjuntan capturas de pantalla con evidencias que corroboran su contenido. A la vista del mismo, debe además partirse del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares que en su cláusula 9.2, referida al procedimiento de adjudicación y tramitación del expediente, que dispone, en cuanto al lugar y plazo de presentación de ofertas que "*las ofertas se presentarán exclusivamente de manera telemática a través de la Plataforma de Contratación del Estado*". Ello supone necesariamente que al aceptar las condiciones del pliego les vinculan las de utilización de dicha Plataforma a las que se refiere la Guía de la misma.

El informe corrobora una cuestión y es que el motivo de no poder presentar la oferta es ajeno al propio funcionamiento de la Plataforma, es más se pone de manifiesto que en las horas que la entidad recurrente reconoce haber intentado su participación, de 13:00 a 15:00 horas del 9 de septiembre de 2022, hubo hasta seis licitadores que sí pudieron presentar su oferta de manera óptima, de tal modo que sus ofertas fueron admitidas sin perjuicio del contenido de las mismas a efectos de su calificación posterior por la mesa.

En este sentido, es doctrina de este Tribunal (entre otras, Resoluciones 113/2021, de 8 de abril, 132/2019, de 26 de abril y 51/2020, de 14 de febrero) y del resto de órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 696/2018, de 20 de julio y 1097/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-) que la decisión de no admitir una oferta es correcta si el licitador no acredita que la imposibilidad de presentarla en plazo es debida a problemas técnicos que no le son imputables.

El TACRC en su Resolución 385/2019, de 17 de abril, indica que: *«No es esta, desde luego, la primera vez que este Tribunal se enfrenta con un recurso en el que se ponen de manifiesto incidencias acaecidas con ocasión de la presentación de proposiciones por medios electrónicos, que la DA 15ª LCSP, siguiendo lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE, establece de utilización preferente, en aras a simplificar y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación (cfr.: considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE). Al respecto, hemos venido reiterando que el principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió a causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración que redactó los pliegos (cfr.: Resoluciones 560/2018, 595/2018, 935/2018, 185/2019). Añadamos, en este punto, que ello es así pese a que la DA 15 ª LCSP guarde silencio al respecto o que lo hagan también los propios pliegos rectores de la convocatoria, porque así lo impone el respeto al principio general del derecho "ad impossibilia nemo tenetur", a menudo empleado por la Jurisprudencia para negar que se puedan exigir a los particulares obligaciones de cumplimiento imposible (cfr.: Sentencias del*

Tribunal Supremo, Sala III, de 25 de noviembre de 1987 –Roj STS 7515/1987-y 10 de octubre de 1988 –Roj STS 6993/1988-). Este principio, en fin, inspira el tratamiento que el Ordenamiento da ante incidencias técnicas que hacen imposible el funcionamiento de los sistemas electrónicos dispuestos como medio de comunicación con los interesados (cfr.: artículos 32.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 162.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 12.2 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet, 38.2 REPERMC, etc.)»

A mayor abundamiento, y tal como manifiesta este Tribunal en su Resolución 120/2020, de 21 de mayo, también se ha considerado que la presentación de ofertas al límite, apurando los plazos hasta el último momento, es 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.

Igualmente, la Resolución 696/2018 del TACRC señala que *"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".* Más aún en este caso que se puso en evidencia pasado el plazo.

Y en este sentido, el órgano de contratación argumenta que la recurrente no dio ningún margen de tiempo para advertir de que su oferta no constaba como presentada en la Plataforma de licitación electrónica, antes de que el plazo de presentación expirase.

Debe tenerse especialmente en cuenta la falta de conocimiento, que si bien no exhaustivo, sí mínimo y necesario de la entidad recurrente acerca de la Guía de uso de dicha Plataforma, pues participando acepta el clausulado del pliego, como ley del contrato ex art. 139.2 de la LCSP, y con ello, la cláusula 9.2 del PCAP, es decir las condiciones de la tramitación telemática de la citada Plataforma.

En este sentido, estimamos lo que el informe de la Plataforma dispone de que en la captura de pantalla aportada por el licitador se observa que no es un error imputable a la misma, pues los estados en *"rojo"* de los requisitos, como viene explicado en la *"Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas"* (versión 7.7, apartado 3.1), indica "*aquellos para los que sea necesario completar alguna acción (anexar documento o firmarlo, introducir un valor o texto en un requisito o criterio)".*

Ello supone que no pueda ser aplicada la doctrina interesada por la entidad recurrente, pues no es cierto que la presentación no se pudo completar por una incidencia informática de origen *"desconocido",* dado que existe un informe que afirma que no hubo incidencias, por lo que, al no existir incidencias, no resulta de este modo aplicable dicha doctrina por analogía, porque no existieron incidencias ni conocidas ni desconocidas. Asimismo, queda demostrado lo anterior con la prueba de que hasta otros seis licitadores pudieron presentar oferta en el tramo horario que va desde las 13 horas hasta las 15 horas del 9 de septiembre de 2022. Es decir, no existe un *"infortunio azaroso",* sino más bien como señala dicha resolución del TACRC un *"agotamiento temerario del plazo"* de presentación de ofertas.

Así se concluye que si el licitador "AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P," no presentó oferta a la referida licitación no fue por causas imputables al funcionamiento de la Plataforma, sino por otras causas ajenas a la misma.

Así las cosas, este Tribunal considera que la imposibilidad de presentar la oferta en plazo no es imputable a problemas técnicos sino al proceder de la recurrente, pues del informe de la Plataforma y de las circunstancias que rodean a la licitación se deduce un fallo imputable al mismo como el motivo de la imposibilidad de presentación de su oferta. Asimismo, un desconocimiento de la Guía que denota una utilización imprudente del recurso especial.

Por último, y a mayor abundamiento, el Tribunal Supremo señala en su sentencia de 12 de abril de 2012 que: *"No cabe, pues, aceptar que un determinado licitador, ante una omisión solo a él imputable, pudiera hacer su oferta con posterioridad mediante la técnica de la subsanación, cuando ya se conocían las restantes ofertas, lo que ciertamente desvirtuaría, en general, los principios informadores de la contratación administrativa, como los de transparencia, objetividad e igualdad; y, en particular, el verdadero significado del procedimiento de adjudicación, con vulneración del principio de buena fe de bienes jurídicos a proteger en el apuntado ámbito normativo de la contratación de las Administraciones Públicas".*

De igual manera se pronuncia la Resolución 137/2018, de 18 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi: "*Finalmente, hay que señalar que no hay posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría en este caso la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados (ver, por ejemplo, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO".*

En consecuencia, en base a lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el presente recurso al considerar que el defecto en la presentación de la oferta se debe únicamente a la actuación de la recurrente -a pesar de la intencionalidad de participación que se evidencia en el procedimiento- no siendo predicable en ningún caso la subsanación, pues no estamos ante un defecto formal de la documentación sino que ni siquiera puede considerarse presentada la oferta en el curso del proceso abierto al efecto.

SÉPTIMO. Sobre la multa solicitada por el órgano de contratación por temeridad.

Como consideración en relación a la multa solicitada, el artículo 58 de la LCSP establece:

"2. 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.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos".

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)".

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*.

Sin embargo, la mala fe tiene un sentido más restringido, porque precisa de un componente malicioso que no concurre en la temeridad. Supone un comportamiento deliberado en la formulación de pretensiones jurídicas, que a sabiendas se aparta de la exigible acomodación a la normativa jurídica de la institución de que se trate. La mala fe exige una intencionalidad manifiesta de bordear o incumplir la norma con peticiones que no se corresponden con las que se derivan del derecho ejercitado. Podría decirse que la temeridad asemeja una actitud culposa, mientras que la mala fe, precisa de un notable componente doloso.

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso y del informe al recurso especial se hace necesario poner en consideración las circunstancias concurrentes.

Por un lado, el órgano de contratación manifiesta que la tramitación del expediente ha supuesto la paralización de la actividad del Departamento de Contratación durante dos días hábiles. Ello ha conllevado que otros procedimientos, que requerían de una actuación urgente, hayan sido postergados, con el consiguiente perjuicio al interés general de tal modo que considera que los costes directos en salarios y seguros sociales, así como aquellos gastos indirectos causados al interés general por la paralización del Departamento de Contratación ascienden a más de 5.000 euros. Afirma que es temerario el recurso especial interpuesto.

Al respecto este Tribunal debe poner en conocimiento, que no se acompañan a dicha petición una consideración jurídica que avale la existencia de dicha temeridad, es decir, un análisis de los hechos que pueda dar lugar a ser adjetivado el comportamiento de la entidad recurrente como temerario.

Téngase en cuenta que si bien señala el órgano de contratación que el Departamento de Contratación ha estado paralizado dos días (sin acompañar prueba de que la causa haya sido únicamente la interposición de este recurso), debe ponerse de manifiesto que el órgano de contratación ha superado el plazo legal del art. 56.2 de la LCSP de dos días que tiene para remitir el expediente a este Tribunal, motivando que se le haya tenido que reiterar la petición de expediente y el informe al recurso especial conforme al art. 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto

814/2015, de 11 de septiembre. Por lo que lo mismo podría serle advertido por este Tribunal con relación al incumplimiento de su obligación. Asimismo, y a pesar del retraso en la remisión del expediente, dicho retraso ni siquiera puede entenderse justificado con una especial instrucción que hubiera llevado a cabo en la formación del expediente, como habría podido quedar justificado de haber solicitado de oficio el órgano de contratación informe a la Plataforma, cuestión que ha debido realizar de oficio este Tribunal.

De este modo, la paralización que se señala del órgano de contratación no queda probado que se deba exclusivamente a la interposición del recurso, pues no se demuestra una especial intensidad en la preparación del expediente. Asimismo, se señala que el perjuicio ocasionado alcanzaría los 5.000 euros, por costes salariales y de seguros sociales pero sin acreditar nada de esos costes a los que alcanzarían los daños ocasionados. Esa afirmación carece de rigor, pues no se determina ni prueba que el personal empleado para atender a este recurso especial no pertenezca al ámbito del Departamento de Contratación del Ayuntamiento, pues si el personal empleado sí es de dicho Departamento son funciones propias de este personal atender a los requerimientos de este Tribunal. Es decir, solo en el caso en el que hubiera sido necesario personal ajeno a dicho Departamento, y se acreditase podría considerarse, en su caso, como daños esos servicios prestados para este recurso.

Por otro lado, sin perjuicio de que el órgano de contratación no acredita la temeridad, este Tribunal conforme al artículo 58.2 LCSP puede apreciar de oficio la existencia de la misma. Al respecto, y si bien es cierto que no pudo tener acceso al informe de la Plataforma sobre la existencia de incidencias el día 9 de septiembre, sí dispuso de información suficiente para saber que la Plataforma no resultó responsable de que su oferta no se podía presentar. Así conforme a la Guía de uso, se advertía que la imposibilidad se debía a una causa externa a la Plataforma.

Por otro lado, consta en el acta del acuerdo de la mesa de 12 de septiembre, que en las horas controvertidas (de 13 a 15 horas), hasta seis licitadores pudieron presentar su oferta, lo cual suponía suficientes indicios de que la Plataforma obviamente funcionaba correctamente en esas horas finales del plazo.

Todo ello, unido a las resoluciones expuestas anteriormente, demuestran que este caso es análogo a otros donde se ha producido una desestimación total de las pretensiones de otros recurrentes en casos semejantes. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento innecesario en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».*

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación, a pesar de que este Tribunal se lo ha solicitado de forma expresa, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP. Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P**., contra el acuerdo de 12 de septiembre de 2022 de la mesa de contratación que supone la no admisión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de defensa letrada del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera» (Expte nº 41/2022), convocado por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera (Cádiz).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 7 de octubre de 2022.

TERCERO. Declarar que se aprecia temeridad en la formulación de la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP en la cuantía máxima de 1.500 euros.

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.