

ACUERDO 22/2020 DE 1 DE DICIEMBRE DE 2020, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PRESENTADO POR ARTURO MARTÍNEZ SERRA S.L. EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DENOMINADO “SUMINISTRO DE MOBILIARIO DE OFICINA PARA EL CABILDO DE GRAN CANARIA. (EXPTE. XP0042/2019/AAGG-EXPDTE. TRIBUNAL 11/2020).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante resolución nº 8/2019, de fecha 29 de mayo de 2019, se acuerda iniciar expediente de contratación centralizada de Suministro de Mobiliario de oficina para el Cabildo de Gran Canaria.

SEGUNDO. Mediante Resolución nº 10/2020 de 19 de junio de 2020, dictada por el Sr. Consejero de Gobierno de Presidencia por delegación del Consejo de Gobierno, se aprueba el expediente de contratación y la apertura de la adjudicación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un presupuesto máximo de gasto de 280.373,83 euros y un IGIC aplicable de 19.626,17 euros, totalizando 300.000 euros.

TERCERO. Con fecha 23 de julio de 2020 se publica la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el Perfil del Contratante del Cabildo de Gran Canaria, acreditando su remisión al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día anterior, iniciándose desde ese mismo día el plazo de presentación de proposiciones.

CUARTO. Con fecha 26 de agosto de 2020 se emite certificado de registro de entrada suscrito por la Jefa de Servicio de Contratación en el que se recogen las proposiciones presentadas y en el que se incluye lo siguiente:

“[...] El día 21 de agosto de 2020 a las 16:17 horas registro nº 2020041836, el licitador número uno METAL CONFORT, S.L. con NIF B35021831 con los siguientes archivos:

- 1.- *XP0042-2019_huellaElectronica.pdf*
- 2.- *o eSobre2019-0021000002-0 (3).paxe*

El día 24 de agosto de 2020 a las 11:19 horas, registro nº 2020041999, el licitador número uno ARTURO MARTÍNEZ SERRA, S.L. con NIF B38323531 con los siguientes archivos:

- *Solicitud_2020041999.pdf*
- *o espd-response.pdf*

El día 24 de agosto de 2020 a las 11:37 horas, registro nº 2020042005, el licitador número dos PANEL STANDARD, S.L. con NIF B38288817 con los siguientes archivos:

- o ANEXO I MODELO DE PROPOSICIÓN DE CRITERIOS CUANTIFICABLES MÁS PRECIOS.pdf*
- o ULTIMA PROPUESTA Arturo Martínez Serra 354725-AnexoIPPT.xlsx.xsig*
- o XP0042-2019_huellaElectronica.pdf*
- o eSobre2019-0021000002-0.paxe”*

QUINTO. Según el recurso, *“Con fecha 24 de agosto y dentro de la hora límite fijada en el pliego, intentamos introducir nuestra oferta en la Plataforma de Contratación Plyca, según se indica en el pliego, encontrándose ésta inoperativa. Puestos en contacto con los Servicios de Asistencia del PLYCA, se nos contesta: “Su solicitud se ha recibido y está siendo revisada por nuestro soporte a empresas. Le escribiremos lo antes posible, bien para solicitar más información con referencia al caso, o para proporcionarle instrucciones para solucionar el problema”.*

SEXTO. También según el recurso *“teniendo en cuenta el tiempo que quedaba hasta el cierre del plazo establecido para la presentación de ofertas, contactamos con el Departamento de Contratación del Cabildo de Gran Canaria y se nos informa que ya tienen conocimiento de la caída del sistema Plyca y que la misma incidencia ha sido comunicada por otros licitadores, no facilitando ninguna solución al incidente.*

Transcurridos unos minutos el recurrente recibe el siguiente mensaje:

“Estimado licitador:

Recomiendo tal como se especifica en los pliegos de la licitación que envíen la oferta por medios alternativos. Para ello necesita enviar la huella electrónica .pdf y el sobre electrónico .paxe correspondiente por los medios establecidos en los pliegos. La huella electrónica es un documento PDF donde se especifican todos los documentos incluidos en el sobre electrónico y se genera en la misma carpeta donde se encuentra el sobre.

Según el recurrente, como consecuencia de esta comunicación, comprobamos que solo se ha generado el documento .paxe pero no el pdf de huella electrónica imprescindible para el registro por medios alternativos, tal y como especifica el final del mensaje anterior “Error en el registro de huella electrónica”.

No existiendo la formalización de la mencionada huella a la que se hace referencia en el pliego, tampoco era posible su entrega física en el registro. Sin contar además que, dada las normas impuestas por la Pandemia, cualquier depósito documental en el registro ha de realizarse solicitando cita previa.

Volvemos a contactar con el Departamento de Contratación para explicar nuestra incidencia y la persistencia de los problemas en Plyca, pero el funcionario que nos atiende nos indica su ignorancia sobre el manejo del Plyca y en esta ocasión nos indica verbalmente que la alternativa sería registrar la oferta en el Registro General del Cabildo. Siguiendo esta indicación presentamos a las 11:19 en registro electrónico oferta haciendo la siguiente descripción en la solicitud: “Con motivo del fallo en el servidor del sistema Plyca para la presentación de oferta en el concurso público XP0042/2019 presentamos en Registro General el sobre de nuestra oferta antes del vencimiento establecido.”

SÉPTIMO. Con fecha 16 de septiembre de 2020 se reúne la Mesa de Contratación para la apertura del sobre de documentación general y criterios automáticos, acordando por unanimidad la exclusión del licitador ARTURO MARTÍNEZ SERRA, S.L. “[...]por presentar en formato .pdf la documentación relativa a los criterios cuantificables por fórmula, que debían incorporarse para su valoración (según el apartado H del Cuadro de Características del Contrato) en el sobre número 2.”

OCTAVO. El 28 de septiembre de 2020 tiene entrada en el Registro General del Cabildo de Gran Canaria el presente Recurso Especial en materia de contratación, interpuesto por ARTURO MARTÍNEZ SERRA S.L. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 16 de septiembre de 2020,

NOVENO. El 29 de septiembre de 2020 el Tribunal solicita al órgano de contratación el expediente, la relación de licitadores y el preceptivo informe, todos ellos remitidos el 2 de octubre de 2020.

DÉCIMO. Con fecha 10 de octubre de 2020 el recurrente presenta un recurso complementario introduciendo un nuevo motivo de recurso relativo a la no apertura pública de los sobres conteniendo las ofertas.

UNDÉCIMO. Por virtud del **Acuerdo 20/2020**, adoptado por este Tribunal en sesión celebrada el día 8 de octubre de 2020, se acogió, a petición de la ahora recurrente, la medida cautelar de suspensión del procedimiento, la cual se ha mantenido hasta la resolución del presente recurso.

DUODÉCIMO. Conforme a lo dispuesto en en los apartados 2 y 3 del artículo 56 de 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 -, se ponen de manifiesto a los licitadores los documentos por los que fue formalizado el Recurso Especial, notificándoles además el Acuerdo 20/2020 de suspensión, con el resultado que obra en el expediente.

DECIMOTERCERO. El 19 de octubre de 2020 tiene entrada en el Registro del Tribunal un informe complementario remitido por el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal (TACP), en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y que fue publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 el 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO.- Objeto del recurso.

El recurso especial ha sido interpuesto contra el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye la oferta presentada por el recurrente en el contrato "Suministro de Mobiliario de oficina para el Cabildo de Gran Canaria" que, de conformidad con lo publicado en la Plataforma del Sector público del Estado, tiene la naturaleza de contrato de suministro con un presupuesto de importe neto de 280.373,83 €, siendo por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 44 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

TERCERO.- Legitimación.

El artículo 48 del LCSP establece que: *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*. Y, en particular, el artículo 24 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que *"La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto."*

Está legitimado el recurrente para interponer el presente recurso al tener la condición de licitador en el procedimiento impugnado, aportando poder que se considera suficiente a efectos de la interposición del presente recurso.

CUARTO.- Plazo.

El recurso especial en materia de contratación ha de interponerse en el plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 del LCSP, previo anuncio ante el órgano de contratación. En efecto, el acta de la sesión de la Mesa de Contratación que se recurre es de fecha 16 de septiembre de 2020 y el recurso se presenta el 28 de septiembre.

Con fecha 10 de octubre de 2020 se presenta un recurso complementario, en el que se alega un nuevo motivo de recurso, el de la no apertura pública de los sobres conteniendo las ofertas presentadas. Respecto de esta ampliación del recurso y sin perjuicio de lo que se argumentará más adelante, este escrito sí se presenta fuera de plazo.

QUINTO.- Motivos del recurso.

El motivo del recurso es el rechazo de la oferta presentada al haberse presentado a través del registro del Cabildo la oferta económica a través de un pdf. que no iba en un sobre cerrado conteniendo la totalidad del sobre nº 2.

Según el acta de la Mesa de Contratación correspondiente a la sesión de 16 de septiembre de 2020:

*“Examinada la documentación por la Mesa de Contratación, se concluye, que el licitador **Número dos: ARTURO MARTÍNEZ SERRA, S.L., con CIF B38323531** presenta el modelo de proposición de criterios cuantificables en **FORMATO PDF ABIERTO**, que debían incluirse para su valoración en el sobre nº2, desvelando su contenido anticipadamente en el momento inicial del procedimiento, cuando aún no se ha producido el acto de apertura de los criterios cuantificables por fórmula, correspondientes al sobre nº 2.”*

SEXTO.- Obligación de cumplimiento de lo dispuesto en los pliegos en relación con la forma de presentación de las ofertas.

De acuerdo con los pliegos la presente licitación se tramita a través de un procedimiento abierto.

En el informe emitido por el órgano de contratación señala lo siguiente:

“En caso de que, por razones técnicas de comunicación, no imputables al licitador, no pudiese hacerse efectiva la entrega de la proposición mediante el

canal electrónico, el software PLYCAEmpresas, genera un código específico de verificación (HASH) “huella digital” que se muestra en pantalla, antes de realizar el envío. Este código deberá ser remitido dentro del plazo de presentación de ofertas por la sede electrónica de Cabildo de Gran Canaria (<https://sede.grancanaria.com>) rellenando el modelo específico para la remisión o subsanación de datos o documentos referidos a contratos públicos, o en su defecto un modelo de instancia general. En el caso de que tampoco sea posible la remisión por este medio electrónico, se podrá entregar dicho código en el Registro del Servicio de Contratación del Cabildo de Gran Canaria, sito en calle Bravo Murillo nº 23, entreplanta, entrada por calle Pérez Galdós, C.P. 35002 Las Palmas de Gran Canaria.

El sobre electrónico generado y firmado, deberá ser entregado en soporte electrónico vía sede electrónica de Cabildo, teniendo en cuenta las limitaciones de tamaño y formatos de archivo de dicha sede. En el caso de que tampoco sea posible la remisión por este medio electrónico, podrá entregar dicho sobre en el Registro del Servicio de Contratación del Cabildo de Gran Canaria, en la dirección indicada. En cualquiera de los casos, el sobre debe presentarse en el plazo de 24 horas posteriores a la fecha límite de presentación de las proposiciones.”

En el mismo informe, se señala:

“Como se constata en la certificación de ofertas presentadas, cuyo contenido se transcribe a continuación, el licitador no presenta huella .pdf y sobre paxe para garantizar el secreto de la oferta, presentando en formato.pdf abierto la oferta de criterios cuantificables por fórmula, desvelando, por tanto, el contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de sobres”.

El verdadero problema, por consiguiente, no es que la empresa hoy recurrente no pudiera presentar por medios electrónicos, por un fallo en el sistema, toda la documentación, ya que dicha circunstancia estaba prevista en el pliego, con la posibilidad de presentar la documentación a través del registro del Cabildo Insular, cosa que, efectivamente realiza la empresa hoy recurrente.

Por el contrario, la verdadera razón de la exclusión de la oferta presentada por la empresa recurrente es que, en dicho registro no se presenta en un sobre cerrado, concretamente, el sobre 2, sino que se presenta un pdf abierto, con lo que dicha oferta se podía conocer antes de abrir el sobre correspondiente. Así, el informe del órgano de contratación citado señala lo siguiente: **“presentando en formato.pdf abierto la oferta de criterios cuantificables por fórmula, desvelando, por tanto, el contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de sobres”.**

En este sentido, no sólo se incumple lo dispuesto en los Pliegos, sino lo dispuesto en la propia Ley. Así, el artículo 139 de la Ley de Contratos del Sector Pública, referido a las Proposiciones de los interesados dispone lo siguiente.

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, así como la autorización a la Mesa y al Órgano de Contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.

Sobre las alegaciones relativas a las dificultades para tramitar electrónicamente el procedimiento ha de compartirse la afirmación del Tribunal Central de Recursos Contractuales que en su resolución 657/2018 señalaba que *“Por tanto, de todo lo expuesto, se puede llegar a una primera conclusión, como es la de afirmar el carácter obligatorio de la contratación electrónica a partir del 9 de marzo de 2018, y, en particular, la presentación obligatoria de ofertas en formato electrónico a partir de esta fecha, como norma general, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas al efecto dentro de la misma Ley y así se haga constar por el mismo Órgano de Contratación, quien deberá justificar la concurrencia de las mismas. Así resulta de lo dispuesto dentro del art. 336.1 de la LCSP, a cuyo tenor: «Los Órganos de Contratación redactarán un informe escrito sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, que incluya al menos lo siguiente: (...) h) En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas».*

La Ley obliga a todos, ciudadanos y Administración, por lo que no puede ponerse en cuestión su aplicación pese a las dificultades que pueda haber para su cumplimiento.

En todo caso, lo cierto es que la empresa presentó ante el registro un pdf abierto con la oferta, cuando lo que debía haber presentado era el sobre nº 2 cumpliendo lo que dice la Ley, de forma cerrada y sin que su contenido pudiera ser conocido. Por todo ello, no es que se le rechazara su oferta por no haberla presentado por medios electrónicos, sino que su rechazo se debió a que no cumplió con los requisitos para que su oferta económica no pudiese ser conocida, es decir, a que su presentación no se hizo a través de un sobre cerrado.

Sea cual sea la forma de presentación de las ofertas, en todo caso ha de darse cumplimiento a lo establecido en la Ley y, en este sentido, ha de cumplirse lo

dispuesto en el artículo 139 LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, 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, así como la autorización a la Mesa y al Órgano de Contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.

Es decir, corresponde al licitador que presenta en una licitación electrónica su oferta a través de un medio alternativo, el de asegurarse el carácter secreto de su oferta, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En consecuencia, procede rechazar el recurso en este punto, ya que el contenido del sobre número 2 que debía haberse presentado sobre cerrado, no se hizo así, vulnerando los pliegos y la Ley.

SÉPTIMO.- Sobre la ampliación del recurso

En escrito presentado el día 10 de octubre de 2020 el recurrente presenta una ampliación del recurso, fuera ya del plazo para la interposición del recurso, por lo que se plantea la conveniencia de su admisión. En principio, los interesados en el procedimiento pueden presentar alegaciones en cualquier momento del procedimiento, la cuestión es si pueden añadir nuevos motivos del recurso, sobre todo si ya ha transcurrido el plazo para su interposición.

Para dar respuesta a esta cuestión puede acudir, por ejemplo, a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 5/2012, de 24 enero de 2012 en el que se señala, respecto de un escrito de ampliación de un recurso “en el que se pretende ampliar el contenido del recurso especial formulado con fecha 5 de enero de 2012. Dicho escrito se considera extemporáneo y se inadmite por este Tribunal, al haberse presentado una vez transcurrido el plazo de interposición del recurso especial, cuyo plazo preclusivo finalizaba el 11 de enero de 2012”.

En ese caso, este Tribunal entiende, de acuerdo con la doctrina del TACP de Aragón, que ha de inadmitirse el escrito de ampliación, si bien cabe hacer alguna observación, sin entrar a estimar o desestimar el recurso por estos motivos, sobre lo alegado.

OCTAVO.- Sobre la celebración de la Mesa de Contratación.

En su escrito de 10 de octubre de 2020 el recurrente alega que la no celebración presencial de la Mesa de Contratación es una norma introducida por el Real Decreto Ley 15/2020, dictado en razón de la pandemia de la COVID-19 y que, en consecuencia, su aplicación no debe extenderse indefinidamente en el tiempo.

Sobre esta alegación ha de señalarse, en primer lugar, que de la redacción del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo no se deduce el carácter temporal de dicha disposición, puesto que dicho Real Decreto Ley da una redacción al artículo 157.4 que tiene vocación de permanencia, más allá de las circunstancias en las que se dictado.

En todo caso, ha de tenerse presente que en este caso es de aplicación no el precepto alegado por el recurrente, ya que no se trata de un procedimiento abierto simplificado sino de un procedimiento abierto, como ya ha quedado resuelto en el presente recurso, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.4: *“En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”*.

NOVENO.- Sobre la presentación de un solo sobre de la oferta en aplicación de los procedimientos simplificado y supersimplificado.

La misma suerte a de correr la alegación relativa a la aplicación de los procedimientos simplificado y supersimplificado. Dicha alegación es totalmente infundada puesto que el cuadro de características del contrato que forma parte de los pliegos queda perfectamente claro que el procedimiento es abierto y la tramitación ordinaria, no la simplificada ni la supersimplificada, como se deduce claramente del cuadro de características del contrato que forma parte del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato.

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal por unanimidad

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por **ARTURO MARTÍNEZ SERRA S.L.**, contra el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 16 de septiembre de 2020, en el que se acuerda excluir a la recurrente del proceso de licitación del expediente de contratación denominado **“SUMINISTRO DE MOBILIARIO DE OFICINA PARA EL**

CABILDO DE GRAN CANARIA (EXPTE. XP0042/2019/AAGG -EXPTE. TRIBUNAL 11/2020)”.

SEGUNDO.- Alzar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 del LCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.