

ACUERDO 7/2023, DE 11 DE JULIO DE 2023, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR CENTRAL DE REPRESENTACIONES CANARIAS, S.L., CONTRA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE “SUMINISTROS VARIOS PARA LAS INSTALACIONES DEL INSTITUTO INSULAR DE DEPORTES DE GRAN CANARIA” (EXP 445/2022; EXP TRIB 3/2023)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de diciembre de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), que regirán la licitación del contrato de “SUMINISTROS VARIOS PARA LAS INSTALACIONES DEL INSTITUTO INSULAR DE DEPORTES DE GRAN CANARIA” mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 698.000,00 € y que estaba siendo tramitado por el Organismo Autónomo Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Mediante acuerdo que consta en el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero de 2023, se eleva propuesta de adjudicación del Lote 2 de la citada licitación.

TERCERO.- El 23 de marzo de 2023 don M.S.R., en representación de la empresa **CENTRAL DE REPRESENTACIONES, S.L.**, interpone un escrito ante el Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria por el que formaliza un recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación de la licitación.

CUARTO.- El 21 de abril de 2023 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos -en adelante TACP- el expediente, la relación de todos los participantes en la licitación, así como el preceptivo informe, todo ello remitido por el servicio gestor.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto 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’17 -, el 25 de abril de 2023 fueron puestos de manifiesto a los licitadores los documentos mediante los que fue formalizado el Recurso Especial

SEXTO.- Al tratarse de un recurso contra la adjudicación del contrato, el acto ha quedado suspendido de forma automática sin que el Tribunal haya apreciado circunstancias para su levantamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP’17.

SÉPTIMO.- Durante la sustanciación del trámite de audiencia, el día 26 de abril de 2023 la empresa FERRETERIA TÍAS, S.L. presentó alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia.

La competencia para resolver el presente recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula, publicado en el BOP nº 24, 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 celebrado el 25 de julio de 2016, (BOP nº 93 de 3 de agosto de 2016) y acordada su renovación por el Pleno del Excmo. Cabildo de Gran Canaria el 30 de julio de 2021, (BOP nº 133 de 5 de noviembre de 2021).

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 (TRLCSP), hoy art 46 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'17- 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.- Legitimación

El párrafo primero del artículo 48 de la LCSP'17 establece que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Al ser la recurrente una de las empresas que se presentaron a la licitación está legitimada para a la presentación del recurso.

TERCERO.- Plazo

El recurso especial en materia de contratación ha de interponerse en el plazo de 15 días hábiles que al efecto prevé el artículo 50 de la Ley 9/2017 al establecer en su apartado 1.d) lo siguiente:

“Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

El decreto de Adjudicación se dictó el 17 de marzo de 2023 y fue notificado el 22 de marzo siguiente a la recurrente por lo que, habiéndose presentado el recurso el 23 de marzo de 2023, debe considerarse presentado dentro del plazo.

CUARTO.- Motivos del recurso.

El recurso contiene exclusivamente el siguiente párrafo:

“.../... En referencia a la adjudicación del lote nº2 del expediente 445-2022 queremos hacer constar que por error informático no se reflejó en nuestra propuesta el plazo de entrega del material. Les informamos que nuestro plazo de entrega sería "Urgente" y rogamos se reconsidere nuevamente nuestra oferta según recurso especial del artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público.”

QUINTO.- El error informático.

Ha de tenerse en cuenta que la tramitación ha de llevarse a cabo a través de medios electrónicos.

Así el Pliego de Cláusulas administrativas señala:

3º) Las proposiciones se presentarán de forma electrónica de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1) del Cuadro de Características y con las Disposiciones Adicionales Decimoquinta, Decimosexta y Decimoséptima de la LCSP, a través de la plataforma de Contratación pública del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria.

Del escaso texto del recurso podría derivarse que se podría haber producido un error informático en la tramitación informática del procedimiento.

Pues bien, sobre esta cuestión ya ha sido resuelta en distintas resoluciones de los Tribunales Administrativos, interpretando que siendo la Plataforma de Contratación del Sector Público el medio electrónico de acceso a la licitación, al objeto de presentación de las propuestas de los licitadores, debe ser a efectos de cómputo del plazo de presentación de las ofertas la fecha y hora oficial de ésta Plataforma la que marque el vencimiento de este plazo, de acuerdo con el artículo 31.2 de la LPAC, sin que, por tanto, sea discutido que pueda ser otro huso horario. Dispone el citado artículo:

“El registro electrónico de cada Administración u Organismo se regirá a efectos de cómputo de los plazos, por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible.”

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su **Resolución nº 298/2022** señala lo siguiente:

“El recurrente basa su recurso en tres argumentos fundamentales: a) no pudo acceder a la plataforma de contratación para la presentación de la oferta en plazo por problemas técnicos atribuibles a la citada plataforma y no a él mismo; b) que presentó la oferta por correo electrónico por indicación telefónica del órgano de contratación y c) que la presentación de la oferta por correo electrónico no implica ruptura de la confidencialidad porque los archivos no tienen por qué ser abiertos.

A continuación, el Tribunal da respuesta a dichos planteamientos:

Pues bien, en relación al primer extremo no hay prueba alguna. No hay prueba de que la plataforma en cuestión tuviera un fallo técnico impeditivo de presentación de la oferta, pues no consta certificado o informe del servicio de mantenimiento de la misma que así lo indique. Los correos electrónicos aportados solo acreditan que el recurrente no fue capaz de incorporar la documentación de su oferta a la plataforma, pero no que esta tuviera un fallo técnico. Cualquier referencia en dichos correos a defectos en la plataforma no son asumidos por el servicio técnico, sino que son tomados de las alegaciones del licitador.

Y a partir de ese planteamiento el Tribunal decide:

“Por ello el Tribunal no puede tomar en consideración la alegación de que existió un fallo técnico o de que este fuera atribuible a la plataforma de contratación. Este criterio es reiterado en resoluciones del Tribunal, vgr. resolución del Recurso 1297/2018, de 8 de febrero de 2019, en la que se indica que la prueba corresponde exclusivamente al licitar que alega la incidencia y que no ampara tal conducta la presentación de ofertas en el último momento como aquí ocurrió-, en que ya no es posible ofrecer el soporte técnico que brindan las plataformas. Respecto de que se efectuara la presentación de la oferta por correo electrónico por indicación del órgano de contratación resulta que éste lo niega y que, además, en el correo electrónico remitido al órgano de contratación el día 12 antes de las 14:00, en el que informa de la presentación por mail de la documentación de la oferta no se advierte que se hace así siguiendo indicaciones recibidas del órgano de contratación. Por ello, el Tribunal no puede tomar en consideración que la presentación de la oferta por correo electrónico se debiera a instrucciones del órgano de contratación.”

En definitiva, a la hora de la utilización de medios electrónicos, la exigencia de diligencia a los empresarios al realizar sus ofertas, a la que alude la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, permite excluir a aquellos que no han atendido a criterios expresamente señalados en el PCAP como causa de inadmisión de las ofertas -STJUE de 10 de octubre de 2013, asunto V-336/12-, falta de diligencia o destreza por parte del recurrente en la presentación de la oferta en la Plataforma que se constata con la circunstancia de que el mismo día se presentó otra oferta sin que se advirtiera problemas técnicos, correspondiendo entonces al recurrente acreditar que la imposibilidad técnica de presentar las ofertas se debe a defectos de la Plataforma como sostiene el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (Resolución 89/2019, al igual que en la 64/2019 y 8/2019):

“En relación con la imposibilidad técnica, imputable a defectos de la Plataforma Electrónica del órgano de contratación, que el recurrente invoca como causa justificativa de esta forma de presentación, este Tribunal no la puede tener por acreditada. Primero, la empresa JAVIER FUSTER ARQUITECTOS S.L.P., no ha aportado pruebas de carácter técnico, en relación con el mal funcionamiento de la Plataforma; consta acreditado en el expediente, a través del certificado del órgano, que en las mismas horas del mismo día en el que se habría producido el mal funcionamiento de la Plataforma fueron presentadas por ese conducto otras proposiciones de otras empresas licitadoras.”

SEXTO.- Sobre la inalterabilidad de las ofertas presentadas

Resuelto lo anterior, hay que referirse al resto del recurso que pretende: “es informamos que nuestro plazo de entrega sería “Urgente” y rogamos se reconsidere nuevamente nuestra oferta según recurso especial del artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público”.

Pues bien, para tratar esta cuestión hay que referirse al principio de inalterabilidad de las ofertas presentadas.

Así lo ha venido a resolver de forma terminante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, que en su resolución nº 1186/2022

*“La sustitución del vehículo ofertado por otro cuya matrícula no constaba en la relación de vehículos incluidos en el sobre presentado por la empresa que ha resultado adjudicataria **supone una alteración o reformulación de su oferta, lo que no es admisible.** Además, ello atentaría también contra lo dispuesto en el Pliego al regular este criterio de adjudicación, que con claridad determina un formulario que el licitador habrá de cumplimentar con los datos de los vehículos que adscribe como*

mínimo al contrato (tres vehículos) y la forma de calcular la antigüedad a partir de la fecha de matriculación de los vehículos que se incluyan en este apartado, y no otros. Criterio conocido por todos los licitadores con antelación a la presentación y confección de sus ofertas, siendo libres de adscribir los vehículos que deseen de entre los que tienen a su disposición, si bien una vez incluidos serán esos vehículos (y no otros) los ofertados y valorados”.

No cabe aceptar, por tanto, la pretensión de la recurrente referida a la posibilidad de sustituir uno de los vehículos ofertados para salvar el incumplimiento, sin que tampoco acredite la manifestación que hace en el recurso en cuanto a que alguno de los vehículos incluidos en su oferta dispondría de un distintivo medioambiental objeto de superior valoración, cuestión que además aclara en sentido negativo el informe del órgano de contratación.

La resolución 1134/2020 resume la doctrina jurisprudencial, partiendo de la anterior resolución 1069/2019:

“Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-)

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estrategias poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre competencia (cfr.: Sentencias ya

citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T195/08-).».

En definitiva, si los defectos u omisiones en la documentación presentada se advierten en la segunda fase del procedimiento, que comprende la valoración de las ofertas - como ocurre en el caso que nos ocupa-, la posibilidad de subsanación ha de abordarse con cautela, a fin de garantizar la libre competencia y el principio de igualdad de trato entre los licitadores.”

Y como conclusión, dicha Resolución señala lo siguiente:

“Por consiguiente, la argumentación de la mercantil recurrente, que sostiene que se está vulnerando la igualdad de trato entre licitadores, debe ser rechazada, pues el trámite de subsanación tiene como

presupuesto, para ser ajustado a Derecho, la inalterabilidad de la oferta, y en este caso la oferta permanece inmutable, estando dirigido el trámite de subsanación a permitir acreditar una circunstancia que ya existía en el momento de presentarse la oferta y que fue invocada en la misma, de forma que no se está generando ventaja alguna para el licitador requerido.”

Y en la misma Resolución, el Tribunal concluye:

“«En el caso que nos ocupa, la omisión se aprecia en la documentación aportada con la oferta económica, de modo que la posible subsanación, como refleja la doctrina ut supra, ha de ser aplicada con suma cautela, erigiéndose como límite infranqueable la modificación de la oferta. Es cierto que la concesión a las recurrentes de un trámite de subsanación les habría permitido justificar, en los términos que los pliegos indican, las circunstancias que forman parte de su oferta y que son valoradas para la adjudicación del contrato, pues así se deduce de la documentación que acompaña al recurso interpuesto, consistente en certificaciones nominativas que acreditan la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato en obras en las que se desarrollan trabajos análogos a los que conforman el objeto del contrato de referencia. La cuestión fundamental estriba en determinar si dicha subsanación supondría una modificación de la oferta; en este caso la proposición presentada inicialmente por las recurrentes mencionaba la experiencia de sus trabajadores, aportándose con el Sobre N.3 la documentación con la que pretendía acreditarse, siendo patente su voluntad de que fueran objeto de valoración, por lo tanto, la simple acreditación de dicha experiencia, ya reflejada en la propuesta, no modificaría en forma alguna los términos de la oferta, esta permanecería inalterable, pues no se añade o incorpora ningún elemento a la misma, sino que se limita a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial.”

Lo esencial es pues determinar si lo que se pretende corregir es un error meramente formal, o bien si está haciendo un uso inadecuado de esta figura pretendiendo modificar un elemento sustancial que llevaría a una alteración en la valoración de las distintas ofertas presentadas en plazo.

Del examen de la documentación y lo expuesto en el recurso presentado por la recurrente cabe concluir que es esto último lo que ocurriría de admitirse lo alegado en el recurso. Y ello, además, en un momento en el que el contrato ya ha sido adjudicado, lo que resulta conveniente destacar, aunque no sea un elemento esencial para rechazar o aceptar el recurso.

Por tanto, una cosa es que se permita la subsanación de errores con carácter previo a la valoración de las ofertas y otra muy diferente, que se pretenda variar, como ocurre en este caso, uno de los elementos a tener en cuenta, una vez que dicha valoración ya se ha realizado, e incluso se habiéndose ya adjudicado el contrato.

La mencionada Resolución 1134/2020, señala que *“si los defectos u omisiones en la documentación presentada se advierten en la segunda fase del procedimiento, que comprende la valoración de las ofertas - como ocurre en el caso que nos ocupa-, la posibilidad de subsanación ha de abordarse con cautela, a fin de garantizar la libre concurrencia y el principio de igualdad de trato entre los licitadores. Así, se vienen permitiendo ciertas aclaraciones o correcciones de los errores materiales apreciados en la documentación que constituye la oferta, siempre y cuando ésta permanezca inalterable.”*

Lo expuesto evidencia que la alegación presentada por la recurrente excede de lo admisible como error subsanable y por consiguiente ha de ser rechazado el recurso en su totalidad.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Central de Representaciones Canarias S.L., contra la adjudicación del contrato denominado “suministros varios para las instalaciones del Instituto Insular De Deportes De Gran Canaria” por ser ésta conforme a derecho.

SEGUNDO. Alzar la suspensión automática que pesa sobre el procedimiento de contratación.

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'17.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento, ordenando su publicación en el perfil de contratante.

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.