



Recurso 112/2024 C.A. Principado de Asturias 6/2024

Resolución nº 312/2024

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de febrero de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. M. H. , en representación de PLATAFORMA FEMAR, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de Alimentación, Comedor y Cafetería con destino a centros adscritos al Organismo Autónomo ERA, a adjudicar mediante procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria*”, con expediente 2023000035, convocado por el Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias tramitó el procedimiento, abierto y ordinario, de la licitación del contrato de *Servicios de Alimentación, Comedor y Cafetería con destino a centros adscritos al Organismo Autónomo ERA, a adjudicar mediante procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria*, con expediente 2023000035.

El valor estimado del contrato es de 55.713.033,21 euros. Fue objeto de publicación en la PLACSP el 2 de noviembre de 2023.

Segundo. Concurrieron a la licitación las siguientes entidades, según el documento nº 5 del expediente administrativo:



<u>LICITADORES</u>	<u>LOTES</u>
MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.	3
AMG GLOBAL RESTORATION, S.L.	1,3
GLOBAL PLAN INTEGRAL DE SERVICIOS	3,4, y 5
ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES, S.A.	1,2,3,4 y 5
PLATAFORMA FEMAR, S.L.	1,2,3,4 y 5
EUREST COLECTIVIDADES, S.L.U.	1,3
AUSOLAN RCN, S.L.U.	1,3
SERUNION, S.A.	1,2,3,4 y 5

La cláusula 2.1.10 PCAP determina que:

“2.1.10. Perfil de contratante

El anuncio de licitación para la adjudicación del contrato se publicará en el perfil del contratante de la Administración del Principado de Asturias. Asimismo, será objeto de publicación en el perfil, al menos la información a que se refiere el artículo 63 de la LCSP.

El acceso directo al Perfil del Contratante del Principado de Asturias se realizará a través de la dirección <https://perfil.asturias.es>

Desde el citado perfil se encuentra disponible el acceso directo a la Plataforma Electrónica de Contratación Pública del Principado de Asturias, el Portal de Licitación del Principado de Asturias, ubicado en la dirección web <https://licita.asturias.es>, donde los licitadores presentarán sus ofertas y dispondrán de toda la documentación relativa a las licitaciones en curso, así como un canal de comunicación directa con el Órgano de Contratación, pudiendo plantear preguntas, solicitar aclaraciones, y aportar la documentación requerida por el órgano de contratación durante el transcurso de la licitación.



Los datos difundidos a través del Perfil del Contratante tendrán carácter informativo, por lo que, en caso de discrepancia de los mismos respecto a los contenidos en cualquier documento del expediente de contratación, prevalecerán éstos últimos.

En el perfil del contratante consta el manual para el registro gratuito en la Plataforma Electrónica de Contratación Pública del Principado de Asturias y para la presentación de proposiciones; asimismo, se puede obtener información sobre los trámites electrónicos relativos al registro en el portal de licitación electrónica, así como para cuestiones técnicas, contactando con el Servicio de Atención al Cliente de VORTAL o a través de los siguientes canales los días laborales de 9 horas a 19 horas: teléfono 902 02 02 90 y/o correo electrónico info@vortal.es

En caso de concurrir mediante la constitución de una Unión Temporal de Empresas a la licitación, se podrá consultar acerca de cómo registrar una UTE en la plataforma de licitación del Principado de Asturias en la dirección: <http://es.vortal.biz/comunidad/faqs>

Se dispone de más información acerca de la plataforma y de la presentación de ofertas en los siguientes medios:

- Video de registro y presentación de ofertas genérico: <https://vimeo.com/203295473>

- Manual de utilización de la plataforma para proveedores:

http://es.vortal.biz/system/files/guia_registro_y_presentacion_de_ofertas_en_la_plataforma_de_vortal.pdf

- Preguntas frecuentes: es.vortal.biz/comunidad/faqs

- Plataforma VORTAL: www.vortal.es

Todas las comunicaciones entre el contratante y los licitadores de este expediente se realizarán a través de la citada plataforma, recibiendo aviso de dicha notificación en el correo electrónico suministrado por los licitadores en el proceso de registro en la misma”.



La mesa de contratación, reunida el día 22 de noviembre de 2023, para la apertura de los sobres 1 y 2, consideró que la documentación administrativa era correcta para todos los licitadores, documento nº 17 del expediente administrativo. Se analizaron las ofertas presentadas resultando que los siguientes licitadores presentaron una oferta considerada anormalmente baja, según los criterios establecidos en la cláusula 2.4.6 del PCAP;

- PLATAFORMA FEMAR S.L., lotes 1,2,3,4, y 5.
- SERUNION, S.A., lote 3.

Consecuencia de lo anterior, la mesa acordó que se les requiriera, concediéndoles siete días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación a efectos de su justificación y desglose razonado y detallado del bajo nivel del precio, o de costes, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Tras los oportunos requerimientos, el 12 de diciembre de 2023, PLATAFORMA FEMAR, S.L. presenta documentación relativa a la justificación de su oferta a través de la sede electrónica del Principado de Asturias (registro telemático SITE). De acuerdo con el acta de la mesa de contratación, de 20 de diciembre de 2023, la documentación no ha sido presentada en forma, según lo exigido en la cláusula 2.1.10. y 2.2 del PCAP, por lo que se acuerda su exclusión de la licitación y se proponen a los adjudicatarios de los lotes 1, 2, 4 y 5. Documento nº 18 del expediente administrativo.

El 15 de enero de 2024 se reúne de nuevo la mesa, quien teniendo en cuenta el informe de la dirección del área de dependencia y programas relativo a la justificación de la oferta presentada por SERUNION S.A.U., se le propone a éste como adjudicatario del lote nº 3.

Tercero. La entidad recurrente impugna el acuerdo de su exclusión, adoptado en el acta de 20 de diciembre de 2023, pues sostiene que la misma es nula de pleno derecho y que vulnera los principios de buena fe y confianza legítima, considerado que debe primar la concepción antiformalista del derecho administrativo, máxime cuando, según su perspectiva, el defecto advertido podía ser subsanado.



En primer lugar, manifiesta que la cláusula 2.1.10 del “PCAP hace referencia tanto a la Plataforma de Contratación Pública del Principado de Asturias como a la Plataforma VORTAL, para finalmente señalar que la presentación de ofertas tendrá lugar mediante la Plataforma VORTAL. Pero ojo, no nos encontramos ante una presentación de oferta, sino ante la presentación de la justificación de la anormalidad de la oferta, cosa distinta. Pues bien, la realidad es que mi representada ha cumplido diligentemente con las instrucciones contenidas en el requerimiento, presentando la documentación solicitada en el plazo concedido y en el portal indicado, siendo del todo ilógico que ahora sea excluida por, precisamente, seguir las indicaciones del propio requerimiento, lo que carece de sentido alguno”.

A continuación, expresa de qué modo se ha infringido, a su juicio, el principio de confianza legítima, pues indica que “Y es que presentándose la documentación por el medio señalado en el requerimiento mi representada ha sido excluida, pero si la hubiera presentado por la plataforma dispuesta en los pliegos también podría haberse visto perjudicada al no haber cumplido las instrucciones del propio requerimiento. Es decir, el planteamiento del requerimiento no permite una actuación conforme tanto al requerimiento como a los pliegos por la sencilla razón de que ambos se contradicen. Esa contradicción fruto de un error de la propia Administración es sufrida única y exclusivamente por mi representada, pese a que PLATAFORMA FEMAR S.L. tan solo ha confiado en las instrucciones dadas por la Administración, entendiéndolo que obedeciendo sus órdenes cumpliría el requerimiento recibido. Siendo inimaginable que el cumplimiento de las directrices de la Administración pudiera provocar la exclusión de mi representada de la licitación”.

En consecuencia, solicita la nulidad del acuerdo de exclusión para que, con retroacción de actuaciones, se considere su oferta como justificada y se continúe el procedimiento.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

En dicho informe, el órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso, entendiéndolo que el recurso se formula contra la propuesta de adjudicación, la cual es un acto de mero



trámite. Subsidiariamente, solicita la desestimación del recurso, dando respuesta a todas y cada una de las alegaciones realizadas por la recurrente.

Añade, respecto del fondo, que existe doctrina de este Tribunal sobre la utilización de la plataforma de contratación, que es la vía a través de la cual debe realizarse la presentación de documentación, como se estipulaba en los pliegos, aceptados por la recurrente.

Quinto. Han formulado alegaciones tanto SERUNION, S.A.U. como ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES, S.A., que solicitan la desestimación del recurso.

La primera interesa la desestimación del recurso, pues considera que el error padecido sólo es imputable a la ahora recurrente y expone, de manera esquemática, los siguientes argumentos:

“No obstante, contrario a lo indicado por la recurrente, deben señalarse algunas cuestiones a tener en consideración por parte del Tribunal:

-Del contenido de las cláusulas 2.1.10 y 2.2. del PCAP aplicable se establece de forma clara que no solo la oferta, sino que todas las comunicaciones entre los licitadores y el órgano de contratación en el marco de la presente licitación deberán realizarse mediante la PECPPA accesible mediante la dirección <https://licita.asturias.es>.

-Asimismo, como se detalló en la alegación anterior, la citada plataforma utiliza el sistema VORTAL, por lo que la PECPPA y VORTAL se trata del mismo portal electrónico.

-Del contenido del requerimiento emitido por parte de la mesa de contratación a la recurrente, se desprende que la documentación justificativa de la viabilidad de sus ofertas debía presentarse exclusivamente mediante la PECPPA y no mediante la Sede electrónica de la Administración del Principado de Asturias toda vez que, tal y como se ha detallado a lo largo del presente escrito, se trata de portales electrónicos distintos.

De hecho, en la presente licitación han concurrido un total de 8 empresas licitadoras que han presentado su oferta a distintos lotes mediante la citada PECPPA. Asimismo,



SERUNION ha presentado la justificación de su oferta al Lote 3 incurso en presunción de anormalidad en la PECPPA de conformidad con el requerimiento emitido.

En este sentido, la preparación de la documentación es responsabilidad de las empresas licitadoras, las cuales deben actuar con la debida diligencia para realizar su presentación en tiempo y forma.

-En el presente caso, la exclusión de PLATAFORMA FEMAR se debe a que ha presentado la documentación justificativa de la viabilidad de sus ofertas incursas en presunción de anormalidad en una sede electrónica errónea que no figura ni en el PCAP y tampoco en el requerimiento que fue notificado a la recurrente. Por lo anterior, no se trata de un error en modo alguno imputable al órgano de contratación.

-Ante este incumplimiento, el acuerdo de exclusión es válido, pues no solo el PCAP así lo advierte, sino que además en el contenido del requerimiento se indica que de no atenderse el mismo en tiempo y/o forma, procedería la exclusión del licitador".

Defiende, además, que los errores advertidos no podían ser objeto de subsanación sin infringir el principio de igualdad de trato.

ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES, S.A. también considera que la exclusión ha sido conforme a derecho. Las razones por las que, a su juicio, procede la exclusión son:

"Aplicando el artículo 3 del Código Civil que dice que "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, (...)", podemos concluir que de literalidad de la cláusula 2.1.10 y de la cláusula 2.2 del PCAP, se desprende claramente que todas las comunicaciones entre el licitador y el órgano de contratación debían realizarse mediante la Plataforma VORTAL.

No solamente la presentación de la oferta debía presentarse en la Plataforma VORTAL, como parece dejar entrever el recurrente, sino cualquier otra comunicación entre las partes, como es la justificación de la baja temeraria. No se prevé otra alternativa en el PCAP.



Y resulta que en el caso que nos ocupa, tal y como se reconoce en el Acta de la Mesa firmada el 26 de diciembre de 2023 que se recurre (que se aporta por el recurrente como Documento nº 4), el requerimiento notificado en fecha 29 de noviembre de 2023 a la recurrente se hizo a través de la Plataforma VORTAL.

Aplicando lo anterior al supuesto que nos ocupa, ninguna duda cabe que, habiendo recibido el requerimiento mediante la Plataforma VORTAL y debiendo el licitador comunicarse con el órgano de contratación a través de esta, procedía contestar al referido requerimiento presentando la documentación justificativa a través del mismo medio electrónico por el que se que recibió el requerimiento, esto es, a través de la Plataforma VORTAL.

Consecuentemente, como el recurrente presentó dicha información a través de otra plataforma que no era la que se preveía en el PCAP, incurrió en un incumplimiento”.

Sexto. Por Resolución de la Secretaria General del Tribunal, dictada por delegación de este, de 7 de febrero de 2024, se acuerda la suspensión de la tramitación, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 57 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de 14 de octubre de 2021, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre de 2021, por Resolución de 14 de octubre de 2021, de la Subsecretaría.

Segundo. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En el caso que nos ocupa, el recurso se ha presentado en plazo.



Tercero. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es 55.713.033,21 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es la exclusión del recurrente, artículo 44.2.b) LCSP.

Cuarto. La legitimación se regula en el artículo 48 LCSP, que señala 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”*.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo sido excluida, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 48 LCSP.

Quinto. Pasando a continuación a examinar la única cuestión de fondo planteada, podemos anticipar que asiste razón al órgano de contratación al interesar la desestimación del recurso, por ser la exclusión de la recurrente conforme a derecho.

Las cláusulas 2.1.10 y 2.2 del PCAP son claras cuando señalan en relación con la Plataforma VORTAL que *“Todas las comunicaciones entre el contratante y los licitadores de este expediente se realizarán a través de la citada plataforma, recibiendo aviso de dicha notificación en el correo electrónico suministrado por los licitadores en el proceso de registro en la misma”*. Y los pliegos son la *lex contractus*, de obligado cumplimiento para los licitadores al presentar éstos sus ofertas, que, además, prevalecen en caso de discrepancia sobre cualquier otro documento, como podrían ser los requerimientos de información realizados.

Y dicha primacía, unida a la claridad de las cláusulas aludidas, determinan que el error de la recurrente al presentar la documentación por medio de un sistema electrónico distinto al previsto en los pliegos sólo a ella sea imputable, provocando como consecuencia su exclusión. De lo contrario, si se anulara el acuerdo de exclusión o se admitiera la presentación de documentación por medios distintos a los previstos en el pliego, no sólo se estaría consintiendo un requebro de éstos, sino que se vulneraría el principio de no discriminación, dado que los licitadores diligentes serían tratados igual que aquéllos que no lo son. Ello también impide que se pueda ofrecer trámite de subsanación, dada la naturaleza del error cometido.

Accediendo a la dirección <https://licita.asturias.es> que en el PCAP se señala para las comunicaciones entre el órgano de contratación y los licitadores, se comprueba que la Plataforma de Contratación Pública del Principado de Asturias y VORTAL son el mismo portal electrónico, no existiendo incoherencia entre lo dispuesto en el requerimiento para la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalidad y el contenido de los pliegos.

Asimismo, es necesario destacar que mientras la recurrente alega que la documentación fue presentada por el medio indicado en el requerimiento de justificación (Plataforma de Contratación Pública del Principado de Asturias), según la documentación que acompaña

el recurso y tal y como se recoge en el acta de la mesa de contratación, de 12 de diciembre de 2023, la justificación fue presentada a través del Registro Telemático SITE, alojado en la sede electrónica del Principado de Asturias, esto es, en un portal electrónico distinto.

Como se señala en el escrito de alegaciones de la empresa SERUNION S.A.U., así como en el de ARAMARK, sobre la forma en la que debe presentarse la documentación al órgano de contratación, sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en su Resolución nº 357/2022, de 17 de marzo, dictada por la Sección Segunda en el Recurso nº 160/2022 C. Valenciana 38/2022, donde decíamos que:

“En efecto, el criterio existente respecto de la subsanación de la oferta económica, según señalan las juntas consultivas nacionales, es el de que no es subsanable lo que no se poseyera en el momento de finalizar los plazos de presentación de ofertas. Así se pronunció, en sus varios de sus informes, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, como es el Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, -entre otros-, en el que se contiene la siguiente afirmación: “...puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; pero no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

La Jurisprudencia del TJUE se ve asimismo contenida dentro de la doctrina de este Tribunal de Recursos, en varias de nuestras Resoluciones. Podemos comenzar con la Resolución nº 131/2012 de 12 de junio de 2012, —reiterado en otras posteriores, como la Resolución nº 362/2016 o la Resolución nº 1097/2015—.

En el presente caso, no es que quepa subsanar la oferta económica erróneamente presentada —con un valor anormal, con una falta de firma...—, sino que lo que se pretende es completar la oferta por un medio no válido no admitido en el PCAP (lex contractus de obligado cumplimiento para todos los licitadores —artículo 139 LCSP—), que además, de admitirse, supondría un tratamiento discriminatorio con respecto a las otras empresas que han participado en la misma licitación y sí han presentado sus proposiciones de acuerdo con las exigencias del PCAP”.

En consecuencia, este motivo y, por tanto, el recurso han de ser desestimados.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. M. H. , en representación de PLATAFORMA FEMAR, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de Alimentación, Comedor y Cafetería con destino a centros adscritos al Organismo Autónomo ERA, a adjudicar mediante procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria*”, con expediente 2023000035, convocado por el Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES