



Recurso nº 395/2019 C.A. de Castilla-La Mancha 38/2019

Resolución nº 512/2019

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

En Madrid a 9 de mayo de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.A., en nombre y representación de OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U., contra el Acuerdo de 18 de marzo de 2019, de la mesa de contratación por la que se le excluye del procedimiento de adjudicación del *“Contrato de servicios sociales para la gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad “Fuente Alegre” de Trillo”*, expte. 75/2019, licitado por el Ayuntamiento de Trillo, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), el 18 de febrero de 2019, y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el 13 de febrero de 2019, se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicios sociales para la gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad "Fuente Alegre" de Trillo, expediente (Exp. 75/2019).

El anuncio consta como término del plazo de presentación de oferta el 15 de marzo de 2019 a las 23:59 horas



El contrato, calificado como servicio, referencias CPV 85311000, servicios de asistencia social con alojamiento, 50700000, servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios, 55300000, servicios de restaurante y de suministro de comidas, 60130000, servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera, 85311100, servicios de bienestar social proporcionados a ancianos, 90911200, servicios de limpieza de edificios, y 98341130, servicios de conserjería, tiene un valor estimado de 8.516.060,90 euros, sin IVA, siendo de tramitación ordinaria y procedimiento abierto. El contrario está sujeto a regulación armonizada.

Segundo. OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U. presenta la documentación requerida para tomar parte en la licitación, a través de la PCSP, el 15 de marzo de 2019 a las 13:39 horas.

Una vez depositados los archivos electrónicos, el responsable OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U. comunica telefónicamente al secretario de la mesa que ha apreciado que la documentación que figuraba en el sobre o archivo 2 se había cargado sólo en las páginas impares, y aquel le indica que vuelva a presentar telemáticamente de nuevo la documentación, haciendo constar que la documentación presentada es idéntica a la anterior con excepción de la obrante en el referido sobre o archivo 2 por la existencia del error indicado.

La nueva presentación se produce el 15 de marzo de 2019 a las 14:46 horas,

En la documentación presentada a las 14:46 horas en los archivos electrónicos o sobres 1, 3 y 4 se incluye la siguiente declaración, *“la documentación correspondiente a este sobre se encuentra incluida en los mismos términos en la anterior oferta presentada”*, y en la del archivo o sobre 2 se declara que *“en la anterior oferta presentada, la documentación incluida en este sobre, aparentemente debido a un error en la plataforma de contratación, no se visualiza en archivo correctamente por lo que presentamos la misma oferta nuevamente”*.



El 18 de marzo se reúne la mesa de contratación que procede a la apertura del archivo conteniendo la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia, tras la revisión de la documentación, y respecto de la presentada por OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U. la mesa acuerda lo siguiente *“que presenta dos ofertas electrónicas, la presentada el 15 de marzo de 2019 a las 13:39 y a las 14:46, con una declaración en la que únicamente expone que la documentación correspondiente a este sobre se encuentra incluida en los mismos términos en la anterior oferta presentada, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.3 de la PCSP y en la cláusula 17.1 del PCAP, la mesa de contratación acuerda excluir estas dos ofertas presentadas, toda vez que la infracción de la prohibición de presentar más de una proposición dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*.

El Acta se publica en la PCSP el 20 de marzo, no constando su notificación individualizada. En la publicación realizada no consta pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 3 de abril de 2019, a la 13:11:26 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación de OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U. contra el acto de exclusión, que contiene el siguiente *petitum*.

“Anule el Acta de la Mesa de Contratación de la “LICITACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS SOCIALES PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE LA RESIDENCIA DE LA TERCERA EDAD “FUENTE ALEGRE” DE TRILLO (EXP. 75/2019)”, de fecha 18 de marzo de 2019, relativa a la “Apertura y calificación administrativa correspondiente a las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento con número de expediente 75/2019 para adjudicar el contrato de servicios sociales para la gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad “Fuente Alegre” de Trillo, en virtud de la cual se inadmite la oferta de mi representada en el procedimiento de licitación.



- Tenga por válida la última oferta presentada en el tiempo por mi representada o, subsidiariamente, considere como única oferta presentada por duplicado, en ambos casos dentro del plazo previsto para la presentación de las proposiciones.

- Acuerde la retroacción de actuaciones en el citado procedimiento, y ordene a la Mesa y al órgano de contratación que clasifique y valore la proposición de mi representada, al efecto de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa.”

Igualmente solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación el 8 de abril de 2019 remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 9 de abril, da traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, para que en el plazo de cinco días hábiles presenten las alegaciones y documentos que estimasen oportuno, no habiendo hecho uso de dicha facultad.

Sexto. El 22 de abril la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 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 (LCSP)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 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 (LCSP), y 22.1.1º del



Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y la cláusula tercera del Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012, publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012, al ser el contratante una entidad de aquella Comunidad Autónoma.

Segundo. Hemos de examinar la legitimación del recurrente.

El artículo 48 de la LCSP 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”*.

En el presente caso la recurrente ha sido licitadora en el procedimiento en el que ha sido excluida, acto que impugna, por lo que tiene legitimación para recurrir.

Tercero. Se recurre la exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado excede de los 100.000 euros.

El acto es pues recurrible conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto. El Acta en que consta la exclusión se publicó en la PCSP el 20 de marzo 2019, sin hacerse notificación individualmente a la recurrente su exclusión, presentándose el 3 de abril de 2019 el recurso.

El artículo 50.1.c) de la LCSP preceptúa.

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (...)”



c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

La disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, establece.

“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado, (...)”

El artículo 19.3 y 5 del RPERMC disponen.

“3. Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión (...)”

5. Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación, aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de

la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”

Como hemos reiterado innumerables veces el artículo 151.2 de la LCSP solo establece como obligatoria la notificación de la exclusión al tiempo de notificar la adjudicación, sin perjuicio de que nada obsta a que pueda notificarse por separado, por lo que, en el caso de que la mesa de contratación no notifique al licitador su exclusión, éste puede optar bien por esperar a impugnarla a la notificación del acto de adjudicación, bien, como en este caso, recurrirla separadamente al tener conocimiento de la exclusión.

El artículo 50.1.c) de la LCSP, como también lo hacía el artículo 44.2.b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLSP), para determinar el *dies a quo* de la interposición del recurso contra el acto de exclusión usa la expresión “a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

Este Tribunal viene sosteniendo (así la Resolución número 1177/2018, de 17 de diciembre) respecto de los recursos contra los actos de exclusión, que el *dies a quo* se materializa en el artículo 19.3 del RPERMC, de modo que el inicio del cómputo comienza desde el día siguiente a la notificación individual realizada en debida forma conforme a los artículos 40.2 de la LPACAP. En suma, que la toma de conocimiento a la que se refiere la LCSP se acredita por la práctica de la notificación individual hecha en debida forma, pues así lo exige la debida garantía del derecho de defensa.



Así por tanto, para determinar el inicio del cómputo de interposición del recurso es preciso, en primer lugar que exista una notificación individual practicada en la forma establecida por la disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, y en segundo lugar que, de existir tal notificación individual, esta cumpla los requisitos establecidos por el artículos 40.2 de la LPACAP, de modo que si la notificación se ha realizado sin cumplimentar todas las exigencias legalmente previstas, incluyendo el pie de recurso, es aplicable lo establecido en los artículos 40.3 de la LPACAP y 19.5 del RPERMC.

Visto los anteriores preceptos, habida cuenta de que no ha habido notificación individual sino mera publicación del Acta de la mesa, debe estimarse que el recurso ha sido presentado en tiempo y forma, al poner de manifiesto la recurrente el conocimiento de su exclusión por la interposición del recurso.

Quinto. Los argumentos de la recurrente, en el escrito de recurso, son los siguientes.

Que advertido el error en el archivo digital remitido consistente en que solo aparecía la mitad del escrito, las páginas impares, correspondiente a la oferta prevista para el denominado sobre 2, procedió a consultar al órgano de contratación sobre el modo de corregir el error, y actuó como el secretario de la mesa le aconsejó, volviendo a depositar todos y cada uno de los sobres o archivos informáticos, con expresión en todos ellos, salvo el 2, que eran mera reproducción de los ya presentados, y en el 2 que en la anterior oferta presentada, la documentación incluida en este sobre, aparentemente debido a un error en la plataforma de contratación, no se visualiza en archivo correctamente por lo que presentamos la misma oferta nuevamente, y que todo ello lo hizo dentro del límite del plazo establecido para presentar las ofertas.

Que por todo ello la oferta presentada dentro de plazo en segundo lugar debió ser admitida, al haber sido aclarada la causa al órgano de contratación mediante declaraciones responsables que figuraban en cada sobre o archivo, siendo desproporcionada la



inadmisión de la oferta, no constituyendo una oferta distinta de la primeramente presentada, limitándose a corregir el error producido.

En contra señala el órgano de contratación lo siguiente.

El centro de la alegación lo constituye el hecho de admitir la segunda proposición presentada, la cual venía sin cumplir la precisa indicación ofrecida por el secretario de la mesa (tras su consulta con el secretario del Ayuntamiento) al licitador quien se encontraba en una situación apurada ante las dudas que le suscitaba el que la plataforma le hubiera recogido correctamente su proposición.

El licitador hizo caso omiso de dicha indicación consistente en que en el archivo 1 se señalaran los motivos de necesitar presentar una segunda proposición y se presentó este archivo expresando solamente *“la documentación correspondiente a este sobre se encuentra incluida en los mismos términos en la anterior oferta presentada”*.

La mesa no puede presuponer hechos no acreditados y crear una situación de inseguridad jurídica por la incertidumbre de conocer lo que habrá en los siguientes archivos presentados por el licitador.

OHL es el único licitador que ha sufrido problemas técnicos en la presentación de su proposición en ese mismo día y a horas similares en que como se ha indicado otros licitadores presentaron sus proposiciones sin incidencias.

La intención del secretario de la mesa de contratación con la resolución de la consulta planteada por el licitador, por otra parte a última hora de la mañana, cercana ya la hora de cierre de las oficinas municipales a las 15 horas, y en el última día de plazo para la presentación de las ofertas, lo cual dicho sea de paso, denota una cierta falta de diligencia del licitador, fue precisamente la de facilitar la máxima concurrencia con el acceso a la licitación, pero no a costa del resto de principios que garantizan la pulcritud de la contratación administrativa.

Está claro que el licitador no ha seguido el proceder indicado por la mesa en su respuesta a la apresurada consulta, sin tiempo material para confirmarla por escrito en un correo electrónico.

Es cierto como señala la parte recurrente que es necesario actuar conforme al principio de libre concurrencia, pero no lo es menos que tampoco es lícito promover este principio pudiendo causar su propia distorsión en caso de no respetar los de publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores como ocurriría en este caso de haber aceptado la mesa la segunda proposición de la manera presentada sin aclaración alguna en el archivo 1 como había requerido el Secretario de la mesa en su respuesta a la consulta verbal del licitador.

Sexto. La cuestión debatida se ciñe a determinar si fue correcta la exclusión de la licitación fundada en lo dispuesto en el artículo 139.4 de la LCSP.

La citada norma señala que *“cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*.

El termino proposición, que no es sino la acción o efecto de proponer, es sinónima en nuestro Derecho de la oferta, cuyo concurso con la aceptación, sobre la cosa y la causa que hayan de constituir el contrato, manifiesta el consentimiento de ambas partes, perfeccionándose desde entonces el contrato y obligando a las partes contratantes (artículos 1255, 1258 y 1262 del Código Civil).

En el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, la proposición u oferta que se presenta en archivo digital o sobre cerrado, a fin de garantizar su secreto hasta la apertura conjunta y simultánea de todas las ofertas, se descompone en su caso en dos



archivos o sobres distintos, cuando una parte de la oferta es evaluable mediante juicio de valor y otra automáticamente o mediante fórmula.

Lo que no admite duda, pues *in claris non fit interpretatio*, es que cuando el artículo 139.4 de la LCSP se está refiriendo a la prohibición de la presentación de más de una oferta por cada licitador lo hace en el concepto material de aquella, es decir en la manifestación de las condiciones en que, a tenor de los pliegos que rigen la contratación, el licitador se ofrece a realizar la prestación o prestaciones objeto del contrato, sin que sea sostenible confundir oferta con archivo o sobre en que se contiene, o lo que es lo mismo proposición con plica.

Así para que pueda excluirse al licitador por presentar más de una oferta, es preciso examinar los documentos en que aquella se formula por la mesa de contratación, a fin de advenir que efectivamente de aquellos resulta la existencia de dos ofertas distintas y no una misma oferta reproducida.

En fin, la mera presentación de más de un archivo o sobre no exime a la mesa de la obligación de examinar el contenido de todos ellos para comprobar si efectivamente existe más de una oferta, no siendo mera reproducción de la oferta ya presentada.

La LCSP y sus normas de desarrollo no amparan una interpretación que permita a la mesa de contratación presumir *iure et de iure* que la presentación de más de un archivo o sobre determina *sine qua non* la existencia de más de una oferta, de modo que la exclusión por presentar más de una oferta se convierta en la exclusión por presentar más de un sobre o archivo, pues además de vulnerar la literalidad y espíritu de la LCSP, infringe igualmente los principios que presiden la contratación pública, en particular el de libre competencia.

En fin, en el caso que nos atañe la actuación de la mesa es menos entendible que la mera exclusión del licitador por presentar más de un archivo o sobre, sin abrir estos y comprobar si, efectivamente, las ofertas contenidas en ellos eran distintas.

En efecto, uno de los componentes de la mesa, su secretario, conocía que el recurrente se había limitado a reproducir su oferta para solventar los defectos observados, falta de las páginas pares, volviéndola a presentar, dentro del término del plazo establecido para ello, por haberse producido un error en la documentación incorporada en el sobre o archivo número 2, que estaba incompleta. Fue además él quien instruyó al licitador sobre la forma de actuar, invitándole a incorporar de nuevo los archivos presentados, advirtiéndole del error producido.

Actuó así el licitador en la confianza legítima de que, con la nueva presentación, unida a la advertencia del error producido, subsanaba el vicio y actuaba correctamente, de modo que el funcionario que le expuso la forma de actuar vínculo con sus manifestaciones al órgano de contratación, quedando así sujeto al propio acto, en virtud del principio general del Derecho de *venire contra factum proprium non valet*.

Carece de sentido la fundamentación de la exclusión del licitador en que este no advirtiese en el archivo número 1 la circunstancia de error en el archivo 2, haciéndolo sin embargo en éste último.

En efecto, el archivo 1 es justo aquel que no contiene las ofertas, sino antes bien la documentación que permite comprobar la capacidad y solvencia de los licitadores, por lo que mal puede la mesa en el acto de apertura de este archivo concluir que se presenta por un mismo licitador más de una oferta, pues tales archivos no son abiertos en ese acto sino en los sucesivos.

En fin, aunque el licitador no hubiese incluido las aclaraciones que sí incluyó expresamente haciéndolo según afirma el informe del órgano de contratación de forma distinta de como se le dijo— la mesa debía, en el acto de apertura de los archivos o sobres conteniendo las ofertas, abrir ambos archivos y comprobar si efectivamente contenían más de una oferta o se limitaban a reproducir subsanándola la ya presentada mediante la aportación de las



hojas que faltaban, tanto más cuando el licitador advirtió previamente del error al órgano de contratación.

Así las cosas procede anular el acto de exclusión, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel, procediendo a la apertura sucesiva de los archivos de modo que –una vez acreditada la capacidad y solvencia exigidas tras el examen y en su caso subsanación de la documentación del archivo 1– , abrir sucesivamente los archivos del licitador recurrente correspondientes a las ofertas, comprobando que en ellos no se formula más de una oferta y que es la misma, limitándose a reproducir, subsanándola, la anterior, y de no haber formulado más de una oferta, tener por presentada la contenida en el archivo 2 depositado el 15 de marzo de 2019 a las 14:46 horas, desechando la oferta incompleta presentada a las 13:39 horas del mismo día.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F.M.A., en nombre y representación de OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. U., contra el Acuerdo de 18 de marzo de 2019, de la mesa de contratación por la que se le excluye del procedimiento de adjudicación del “*Contrato de servicios sociales para la gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad “Fuente Alegre” de Trillo*”, expte. 75/2019, y anular el acto de exclusión acordado y ordenar la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho acto, actuando del modo que se indica en nuestro fundamento sexto, sin perjuicio de la subsistencia de aquellos actos o parte de los mismo que no resulten afectados por la nulidad declarada.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida en virtud del artículo 58.3 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 sanción 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 la Comunidad de Castilla–La Mancha, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.