



Recurso nº 1393/2023 C.A. Illes Balears 94/2023

Resolución nº 1501/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.B.M., en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de *“Servicio de mensajes cortos (SMS) con cesión de plataforma para su envío”* (expediente 23/0052-00), convocado por la Fundació Banc de Sang i Teixits de les Illes Balears, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Fundació Banc de Sang i Teixits de les Illes Balears convocó, mediante un anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de agosto de 2023, la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicio de mensajes cortos (SMS) con cesión de plataforma para su envío (expediente 23/0052-00), con un valor estimado de 189.000,00 euros.

Segundo. Con fecha de 15 de septiembre de 2023, se reunió la mesa de contratación con el fin de proceder a la apertura del sobre nº 1 de los licitadores relativo a la documentación administrativa. Examinada la documentación presentada, la mesa acordó excluir a la mercantil VODAFONE ESPAÑA S.A.U. por no cumplir el punto 11 del Anexo I: *“En caso de inoperatividad, no garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador.”*

La citada exclusión fue comunicada a la recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de septiembre de 2023.

Tercero. Con fecha de 10 de octubre de 2023, la mercantil VODAFONE ESPAÑA presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de 15 de septiembre de 2023. En su recurso, solicita la anulación de dicho



acuerdo y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su exclusión para que sea valorada su oferta, o, subsidiariamente, para que sea declarado nulo el procedimiento en su totalidad para el caso de que se hayan llevado a cabo actos que hagan la retroacción inviable dentro del marco de las reglas de la normativa aplicable, como la valoración mediante juicios de valor de los demás licitadores.

Cuarto. Con fecha de 18 de octubre de 2023, previo requerimiento de la Secretaría General de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de este.

Quinto. Con esa misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso presentado a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se han presentado alegaciones.

Sexto. Con fecha 17 de octubre de 2023, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, resolvió 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 trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral fijado en el artículo 44.1 a) de la LCSP. Además, el acto recurrido, por el que excluye la oferta de la entidad recurrente, es uno de los previstos para su impugnación a través del recurso especial en el artículo 44.2 b) del mismo cuerpo legal, por tratarse de un acto de trámite cualificado.



Tercero. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP, con arreglo al cual, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: 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.”*

En el presente supuesto, el acuerdo de exclusión se notificó a la recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de septiembre de 2023, por consiguiente, la presentación del recurso el 10 de octubre de 2023 no ha tenido lugar dentro de plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto.

Ahora bien, en la medida en que la notificación del acuerdo impugnado no expresa el pie de recurso, y en virtud de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, el recurso debe considerarse presentado en plazo.

Cuarto. La legitimación se regula en artículo 48 de la 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 el presente caso, la oferta de la parte recurrente ha sido excluida del procedimiento de licitación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al citado precepto.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la recurrente señala que el hecho de que marcara con una “X” el apartado 11 de la Declaración Responsable que señala que, en *“caso de inoperatividad, no garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador”*, fue un error evidente provocado por la deficiente configuración de la propia “Declaración Responsable”. Por consiguiente, debió conllevar el otorgamiento del correspondiente plazo de subsanación.

Señala que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) estableció con absoluta claridad en su apartado 3 que era un requisito técnico para poder presentar oferta el que el licitador, *“en*



caso de inoperatividad, garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador". Por lo tanto, era obvio que el licitador que presentara una oferta debía cumplir dicho requisito. Por ello, no se entiende la razón por la que en el apartado 11 de la Declaración Responsable se daban dos posibilidades a marcar con "X", una mediante cuyo marcado el Operador garantizaba que en caso de inoperatividad se garantizaría la utilidad del servicio mediante otra operadora, y otra, mediante cuyo marcado no se garantizaba.

A su juicio, al presentar VODAFONE su oferta y aceptar el contenido total de los Pliegos, se estaba aceptando que se tenía que prestar el servicio teniendo en cuenta la exigencia técnica establecida de forma expresa en el apartado 3 del PPT, por lo que, si la Declaración Responsable no era coherente con dicha exigencia del PPT, sólo cabía requerir al licitador para que realizara una aclaración/subsanación de dicho apartado 11 de la Declaración Responsable, tal y como exige el artículo 141.2 de la LCSP.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe emitido conforme a lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, indica que la formalización de la oferta por los licitadores supone la aceptación incondicionada de la totalidad de los pliegos y del resto de la documentación, entre los que figura el Anexo I (Declaración Responsable). Por consiguiente, si la recurrente detectó una incoherencia entre la documentación de la licitación y el PPT, debió plantearla con anterioridad a la presentación de su oferta.

Señala que la recurrente indicó con claridad que no garantizaría en caso de inoperatividad la utilidad del servicio mediante otra operadora, lo que va en contra del PPT. Por este motivo, la Mesa no albergó duda alguna en relación con el incumplimiento de los pliegos por parte del licitador que le permitiera otorgarle plazo una aclaración o subsanación al respecto, como sí hizo con otro licitador que había dejado en blanco esta casilla.

Considera el órgano de contratación que permitir a la recurrente la subsanación del Anexo I le hubiera facultado para modificar su oferta inicial.

Séptimo. Expuestas las alegaciones de las partes, es preciso que recordemos la doctrina establecida por este Tribunal en relación con el carácter vinculante de los pliegos, en virtud de la cual, los órganos de contratación y los licitadores están sujetos a las previsiones de los pliegos que rigen la contratación, que se configuran como una verdadera *lex contractus* para todos ellos, y, particularmente, para las empresas licitadoras que no los impugnen en tiempo



forma y que tomen parte en el procedimiento de contratación presentando sus proposiciones. En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP establece que:

“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.”

En relación con esta previsión, debemos tener en cuenta lo establecido, en primer lugar, en el apartado F.5 del PCAP:

“Además de la solvencia indicada, se exige la adscripción a la ejecución del contrato, como mínimo, de los medios personales y/o materiales siguientes:

Criterios técnicos y profesionales:

Declaración responsable de que, en caso de inoperatividad, la empresa adjudicataria garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador. Anexo I punto 11.

(...)”

Por su parte, el apartado 11 del Anexo I (Declaración Responsable) del PCAP señala lo siguiente:

“Que yo / Que la empresa a la que represento (indíquese lo que proceda):

- a) ☐ En caso de inoperatividad, garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador.*
- b) ☐ En caso de inoperatividad, no garantizará la utilidad del servicio mediante otro operador.”*

Asimismo, la cláusula 3 del PPT establece que (el subrayado es nuestro):

“- La aplicación permitirá hacer cargas masivas suministrándole un fichero .csv con una columna con los números móviles y especificar en la aplicación un mensaje para todos ellos.



Alternativamente, la aplicación permitirá hacer cargas masivas suministrándole un fichero .csv con una columna con los números móviles y otra columna con el mensaje a enviar a cada uno de dichos números móviles.

- *La aplicación cedida permitirá comprobar la recepción de los SMS a los destinatarios.*
- *Los mensajes permitirán como mínimo 160 caracteres.*
- *La aplicación cedida permitirá que el envío pueda ser programado para una hora y día en concreto o ser enviado inmediatamente. El envío podrá ser desprogramado antes de que se envíe, sin coste adicional y recuperando los créditos que se habían asignado a dicho envío.*
- *La aplicación de gestión, que como mínimo ha de ser vía Web, permitirá importar datos para así cargar información de los destinatarios que han de recibir el mensaje.*
- *El soporte técnico y las actualizaciones de las nuevas versiones del programa tienen que ser gratuitas al igual que cualquier tipo de soporte técnico, o la instalación de las nuevas versiones del programa.*
- *En caso de inoperatividad, la empresa garantizará la utilidad del servicio mediante otra operadora.*
- *Aviso de líneas de móviles no operativas.*
- *Habrà un informe que muestre, para un envío, la siguiente información como mínimo:*
 - o Número usuario*
 - o Remitente*
 - o Ha sido enviado*
 - o Ha sido entregado*
 - o Estado notificación*
 - o Aplicación de origen*



o Configuración

o Mensaje enviado

Las empresas adjudicatarias deberán disponer de los recursos humanos adecuados y suficientes para prestar apoyo y soporte técnico a la FBSTIB con el fin de garantizar la correcta y óptima realización de las fases de implantación y operación, así como el posterior mantenimiento de la aplicación cedida.”

Finalmente, la cláusula 16.1 del PCAP señala:

“Concluido el plazo de presentación de proposiciones, la Mesa de contratación procederá a la calificación de la documentación general contenida en los sobres nº1 presentados por los licitadores.

Si observase defectos u omisiones subsanables en la declaración responsable o en el resto de la documentación presentada, lo notificará al licitador correspondiente, dejando constancia de dicha notificación en el expediente, concediéndole un plazo no superior a tres días naturales para que los subsane. En este momento el licitador tendrá la consideración de admitido provisionalmente.”

Sentado lo anterior, es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 141.2 de la LCSP:

“En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.”

Por su parte, el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala:

“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en



su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”

En nuestra Resolución 351/2020 resumimos nuestra doctrina al respecto:

“Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo respecto a la posibilidad de subsanar las proposiciones (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que “se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia”.

En reiteradas ocasiones este Tribunal se ha manifestado sobre los defectos que tienen naturaleza subsanable, así en la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señalamos: “En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través



de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)."

En el presente supuesto, en el apartado 11 de la Declaración responsable (Anexo I del PCAP), la recurrente marcó con una "X" la casilla que indicaba que, en caso de inoperatividad, no se garantizaría la utilidad del servicio mediante otra operadora.

Resulta sorprendente que la recurrente marcase con una X esta casilla cuando la cláusula 3 del PPT establece que "En caso de inoperatividad, la empresa garantizará la utilidad del servicio mediante otra operadora", es decir, indica con toda claridad que los licitadores deben cumplir ese requisito. Esta contradicción debió haber servido a la Mesa de Contratación como indicio de que el licitador había cometido un error material al cumplimentar la Declaración Responsable.



Así las cosas, estima este Tribunal que no procedía la exclusión automática de la recurrente, sino que debió concedérsele el trámite de subsanación previsto en el artículo 141.2 de la LCSP y en la cláusula 16.1 del PCAP. La subsanación resulta debidamente proporcionada con la trascendencia del error advertido, y, dada la exigencia prevista en cláusula 3 del PPT, no supone alteración alguna de la oferta, ni, consiguientemente, perjudica al resto de licitadores.

La exclusión de un licitador por un error advertido en la documentación administrativa constituye una restricción del principio de libre concurrencia, perjudicando el interés público representado en la posibilidad de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por ello, la Mesa de Contratación debió requerir a la recurrente para que subsanase la Declaración Responsable presentada, marcando con una X la opción en la que se indicaba que, en caso de inoperatividad, se garantizaría la utilidad del servicio mediante otra operadora.

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. C.B.M., en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de *“Servicio de servicio de mensajes cortos (SMS) con cesión de plataforma para su envío”*, anulando este acuerdo y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión recurrida, de forma que se conceda a la recurrente plazo para la subsanación de la Declaración Responsable.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Illes Balears, en el plazo de 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES