

Expediente: 923/2019

Resolución: 11/2019

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 19 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ENDESA ENERGÍA, S.A., contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación publicado en el perfil del contratante en fecha de 17 de julio de 2019, del procedimiento para la licitación del contrato denominado “SUMINISTRO ELÉCTRICO A LAS INSTALACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, LOTE 2-SUMINISTRO EN BT CON POTENCIA CONTRATADA IGUAL O SUPERIOR A 10 KW EN MERCADO LIBRE” (Expte. SU 155/19), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de mayo de 2019, el órgano de contratación mediante Decreto aprobó el expediente de contratación electrónico, incluyendo la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), del contrato denominado “SUMINISTRO ELÉCTRICO A LAS INSTALACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA” (Expte. SU 155/19), por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, sujeto a Regulación armonizada y por lotes.

El valor estimado del contrato es de 6.000.00,00 € euros, IVA excluido.

SEGUNDO. - El anuncio de licitación de fecha 13 de mayo de 2019, en el Diario Oficial de la Unión Europea (Suministros - 218233-2019), fijó como fecha límite, del plazo hábil para la presentación de ofertas, el día 13 de junio de 2019 a las 23:59 hora local.

Con igual fecha se anunció la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. - Reunida la Mesa de Contratación el 14 de junio de 2019, se procede a la apertura y calificación administrativa presentada por los licitadores, observándose por aquélla que la recurrente había presentado más de una proposición.

En el Acta de sesión obrante en el expediente administrativo, se indica que, dentro del plazo de presentación de proposiciones, según consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se presentaron las proposiciones que a continuación se indican y que tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores, la Mesa concluyó admitir la proposición nº 3 de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., excluir las proposiciones nº 1 y nº 2 de ENDESA ENERGÍA, SAU, por duplicidad de la oferta y declarar desierto el Lote 1.

Nº	<u>Titular</u>
1	ENDESA ENERGÍA, SAU (CIF: A81948077) Lote 2 Fecha de presentación: 12 de June de 2019 a las 14:05:20
2	ENDESA ENERGÍA, SAU (CIF: A81948077) Lote 2 Fecha de presentación: 12 de June de 2019 a las 17:15:48
3	GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. (CIF: A61797536) Lote 2 Fecha de presentación: 13 de June de 2019 a las 22:04:15

Dicha Acta fue publicada con fecha de 17 de julio de 2019 en la Plataforma de Contratación del Estado.

CUARTO. - De conformidad con lo indicado por la Mesa de Contratación, órgano de contratación, mediante Decreto de fecha de 11 de julio de 2019, en virtud de lo establecido en el apartado 27 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, acordó excluir las proposiciones presentadas por la entidad recurrente por duplicidad de ofertas.

Consta en el expediente de contratación electrónica notificación del Decreto de exclusión de fecha de 17 de julio de 2019, sin que se acredite la fecha de notificación del mismo.

QUINTO.- El 31 de julio de 2019, la mercantil recurrente interpone, ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación del procedimiento para la licitación del contrato denominado “SUMINISTRO ELÉCTRICO A LAS INSTALACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA”, Lote 2 Suministro en BT con potencia contratada igual o superior a 10 kw en mercado libre (Expte. SU 155/19).

En el petitum del recurso se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión de dicha mercantil, por no ser ajustado a Derecho, ya que ha presentado una única proposición en el procedimiento de licitación y la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior al acuerdo de exclusión. Asimismo, la recurrente solicita, para el caso de que este Tribunal considere que la oferta presentada por la misma adolece de algún defecto, que se le requiera para proceder a su subsanación.

Igualmente, se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO.- El día 12 de agosto de 2019 este Tribunal, previo cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, resolvió conceder la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente SU 155/19, la cual ha sido objeto de comunicación y notificación respectivamente al órgano de contratación, así como al recurrente solicitante de la misma de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que establece al efecto que *“las resoluciones acordando la suspensión o su levantamiento así como las que acuerden cualquier otra medida provisional deberán notificarse al órgano de contratación y al recurrente en el mismo día en que se dicten”*.

SÉPTIMO.- Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.1 de la LCSP.

OCTAVO. - Con fecha de 12 de agosto de 2019 se dio traslado del recurso interpuesto a la otra licitadora en el procedimiento, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., para que de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP formulara, en el plazo de cinco días hábiles, las alegaciones que a su derecho conviniese.

Si bien de conformidad con certificado emitido por el Registro de Tribunal no se han presentado alegaciones durante el plazo legalmente conferido al efecto.

NOVENO. - Con fecha 11 de septiembre de 2019 se presenta en el Registro de este Tribunal nuevo recurso especial en materia de contratación por ENDESA ENERGÍA S.A. – Unipersonal- que se dirige igualmente contra el acto de exclusión, y que se fundamenta en similares términos a los que son objeto del presente recurso, si bien en este caso tomando como término para la interposición el día 21 de Agosto de 2019 fecha en la que indica que le fue notificada a dicha parte el acuerdo de exclusión de su oferta.

DÉCIMO.- Con fecha de 12 de septiembre de 2019 se ha remitido a este Tribunal informe jurídico del servicio de contratación en el que se señala una serie de incidencias producidas en la tramitación que han dado lugar a que se haya producido la adjudicación del contrato objeto del presente recurso, pese a la medida cautelar adoptada y comunicada al órgano de contratación por este Tribunal con fecha 12 de Agosto de 2019, tal y como se reproduce en los apartados decimotercero y decimocuarto de dicho informe y que por su importancia pasamos a reproducir:

“En fecha 12 de agosto de 2019 el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de este Ayuntamiento resuelve la adopción de la medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento, notificándosele a la Jefa del Servicio e Contratación, que se encontraba disfrutando de una semana de vacaciones, mediante correo electrónico personal, no teniendo conocimiento de la isma hasta su incorporación el 19 de agosto de 2019 (...)

Simultáneamente, este mismo día 19 de agosto, en que se tiene conocimiento de la suspensión, se firma por el órgano de contratación, a través de la herramienta electrónica destinada al efecto (Tangram) el Decreto de adjudicación nº 8783/2019, que se subiera para su firma a Tangram el día 9 de agosto, adjudicándose el servicio a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. el suministro eléctrico a las instalaciones del Excmo. Ayuntamiento de Marbella”.

UNDÉCIMO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP); y en lo que no se oponga a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por el 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; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

Este Tribunal ha iniciado su funcionamiento con fecha 20 de septiembre de 2018.

SEGUNDO. - La recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido.

Conforme al artículo 48 de la LCSP 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.

No obstante, tal circunstancia no atribuye por sí sola la condición de interesado pues, de acuerdo a reiterada doctrina jurisprudencial, para que exista interés legítimo es preciso que de la declaración de invalidez del acto recurrido resulte para el recurrente un beneficio real y efectivo.

En este caso ha de entenderse que la recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP.

La recurrente tiene legitimación por cuanto de admitirse su pretensión se anularía aquel acto y los posteriores que traen causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del

TERCERO.- En el presente caso se interpone este recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, del procedimiento de contratación del contrato de suministro eléctrico, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se establece que podrán ser objeto de revisión: "*b) Los acuerdos de exclusión.*"

Asimismo, se trata de un contrato con un valor estimado de 6.000.000,00€ (IVA no incluido), por tanto, sujeto a regulación armonizada y con un importe superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de suministros, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO.- En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la publicación en el correspondiente diario oficial, del acto o acuerdo que se recurra, conforme se dispone en el artículo 50.1.b) de la LCSP, de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal. En este caso consta que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, el acuerdo de exclusión, que ahora se impugna, el 17 de julio de 2019, puesto que el recurso ha sido presentado el 31 de julio de 2019, se considera que se ha interpuesto dentro del plazo previsto para ello.

QUINTO. - Con carácter previo a analizar el fondo de la cuestión que se suscita frente a este Tribunal, ha de señalarse que tal y como se manifiesta en el informe remitido por el órgano de contratación a este Tribunal con fecha 12 de septiembre de 2019 se ha procedido por el órgano de contratación a la adjudicación del contrato, pese a la medida cautelar de suspensión adoptada por este Tribunal con fecha 12 de agosto de 2019, comunicada y notificada en los términos legalmente establecidos.

A tal efecto debe señalarse que el incumplimiento por el órgano de contratación de la medida de cautelar de suspensión adoptada por este Tribunal conlleva la necesaria declaración de nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el art. 39.1 LCSP al señalar que *“son causas de nulidad de pleno derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*, señalando a su vez esta última que constituye causa de nulidad de pleno derecho conforme al art. 47.1.a) los actos de las Administraciones Públicas que *“lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*, y la necesaria retroacción hasta el momento en que dicha infracción ha sido cometida, esto es, hasta la fecha de adopción de la medida cautelar de suspensión.

En tal sentido puede citarse la resolución nº 296/2018 del TARC de la Junta de Andalucía, en cuanto a la ejecutividad de las resoluciones de los Tribunales en materia contractual, y en particular de la incidencia del incumplimiento de sus resoluciones en el derecho a la tutela judicial efectiva, así como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 1 de octubre de 2014 (Rec. 3014/2013).

SEXTO.- Con relación al recurso interpuesto con fecha 11 de Septiembre de 2019 por la misma recurrente ENDESA ENERGÍA S.A. – Unipersonal- y en relación al mismo acto, es decir, frente al acto de exclusión de su oferta acordado por la mesa de contratación, cabe señalar que procedería su inadmisión, dado que la decisión sobre el fondo del asunto que es objeto de resolución en el presente recurso, planteado ante este Tribunal con fecha 31 de Julio de 2019, produce los efectos de “cosa juzgada”, pudiendo traerse a colación en tal sentido la Resolución nº 95/2018 de 4 de abril de 2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señalando que:

“Debe tenerse en cuenta que la resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En sentido la sentencia del tribunal Supremo de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa “que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, y deja definitivamente zanjada la cuestión.

En este mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos “de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos).

Y ello sin perjuicio, de que la cuestión suscitada en cuanto al fondo en sendos recursos son sustancialmente iguales por lo que a través de la resolución del presente recurso se da satisfacción (en el sentido de obtener un pronunciamiento en cuanto al fondo) a las pretensiones planteadas por la mercantil recurrente

SÉPTIMO.- Así y por razones de economía procesal, y sin perjuicio de la declaración de nulidad de pleno derecho de la adjudicación por las razones expresadas en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución procede resolver en cuanto al fondo el recurso especial en materia de contratación inicialmente interpuesto por la recurrente con fecha 31 de Julio de 2019.

Así la entidad recurrente interpone el presente recurso basándolo en que, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación, quien procedió a excluir a ENDESA ENERGÍA, SAU del presente procedimiento de contratación por haber presentado dos ofertas, no lo hizo, sino que eliminó la oferta inicialmente subida a la plataforma una vez detectó que en la misma faltaba la firma de un apoderado de la empresa, procediendo posteriormente a subir a la plataforma la oferta debidamente firmada que sustituía la anterior. Manifiesta que la proposición anulada no generó justificante de presentación y que la oferta enviada era la misma en los dos casos, por lo que dicha empresa validó y presentó una única oferta en este procedimiento de licitación.

Así señala que:

*“2.2.- Que en fecha 12 de junio de 2019 a las 14:05 horas, **ENDESA** preparó el envío de la proposición. Sin embargo, toda vez que faltaba la firma de un apoderado de la empresa, se anuló el envío. Debe tenerse en cuenta que la Plataforma electrónica no generó ningún justificante de presentación de oferta, ya que el envío se anuló.*

*2.3.- Que en fecha 12 de junio de 2019 **ENDESA** a las 17:45 se cargó, validó y presentó en tiempo y forma, la proposición firmada a través de la herramienta electrónica de la PCSP, generándose un justificante de presentación, que se acompaña al presente como Documento número 3.*

Debe tenerse en cuenta que la proposición que se preparó el día 12 de junio a las 14:05 horas, se anuló y no generó justificante de presentación; y la que oferta que se envió ese mismo día a las 17:15 horas es la misma oferta, debidamente firmada, y no una oferta distinta. Es decir, es este procedimiento ENDESA validó y presentó una única oferta.

(...)

VI.3.- Subsidiariamente, y para el caso de que la herramienta electrónica de presentación de ofertas no funcionase correctamente y presentase una oferta a las 14:05 horas (sin generar justificante) y otra oferta a la 17:15 (generando justificante), consideramos que tampoco sería ajustado a Derecho el acuerdo de exclusión, por los siguientes motivos:

Los fallos en el funcionamiento de la PCSP en ningún caso pueden perjudicar al licitador. Y ello porque la presentación de la oferta a través de dicha plataforma no fue una elección del licitador, sino una obligación impuesta en el pliego por el órgano de contratación.

En todo caso, no se trataría de dos ofertas, sino de la misma oferta, tal y como se puede comprobar en las copias que se acompañan como Documento número 4 y 5 del presente escrito.

Por tanto, la admisión de las ofertas no supondría en ningún caso una quiebra del principio de proposición única, ya que, como venimos diciendo, sólo se ha presentado una única oferta. En consecuencia, tampoco se vería afectado el principio de igualdad de trato de licitadores.

Por el contrario, el acuerdo de exclusión en este caso sería contrario al principio de proporcionalidad, libre concurrencia, eficiente utilización de los fondos públicos, así como selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

En relación a la duplicidad y anulación de proposiciones a través de la PCSP se aporta como *Documento 7* una serie de correos entre la mercantil recurrente y el soporte técnico sobre licitación electrónica de la PCSP, realizados el 16 de julio de 2019, que en síntesis y por lo que aquí interesa se indica por los técnicos de la PCSP lo siguiente:

- Operativamente es posible presentar más de una oferta por un mismo licitador para un mismo expediente.
- En caso de presentar nueva oferta, la posterior no dejaría anulada la anterior, por lo que se expondría, siempre a exclusivo criterio del órgano de asistencia, a quedar excluido por doble presentación de propuesta.
- La obtención de Justificante acredita que la Oferta ha sido presentada.
- La PLACSP permite presentar ofertas con la documentación firmada con un Certificado digital válido, sin que entre a cotejar la suficiente/legitimación de la firma/s respectivas.

OCTAVO.- El órgano de contratación en su informe entiende que procede la exclusión de todas las propuestas presentadas por la recurrente en base a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, transcrito en el apartado 27 del PCAP, citando, al efecto, que los pliegos que rigen la licitación constituyen la ley de ésta, lo que implica que los licitadores y el órgano de contratación han de asumir su contenido y ajustarse a él en la presentación de proposiciones y en las decisiones a adoptar en el procedimiento de adjudicación.

En el informe figura una captura de pantalla de la PCSP donde se constata la duplicidad de proposiciones de la recurrente, alegando el órgano de contratación que:

- La mercantil recurrente no aporta prueba o evidencia alguna de haber efectuado dicha anulación ni consta presentación por Registro Electrónico, en plazo, de documento alguno anulando o solicitando la anulación de ninguna de las ofertas presentadas.
- Tampoco aporta prueba o evidencia del error manifestado en su recurso del funcionamiento de la PCSP.

NOVENO. - Vistas las alegaciones de las partes, ha de analizarse la cuestión controvertida que no es otra que la conformidad a derecho del acuerdo que excluye a la licitadora recurrente por haber presentado más de una proposición.

Debemos comenzar señalando que el PCAP que rige el procedimiento, señala en su cláusula 27.1 que *“Cada licitador deberá presentar una única proposición por lote, pudiendo presentarse a uno, varios o a todos indistintamente (artículo 139.3 LCSP). La contravención de esta prohibición dará lugar a la inadmisión de todas las proposiciones incursas en duplicidad”*. Siendo ésta una cláusula clara y precisa, que no da lugar a interpretaciones, una vez éstos devienen firmes, adquieren la cualidad de *lex contractus* con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación.

A este respecto procede hacer referencia a la propia doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que como indica en su Resolución nº 1131/2018:

«No establece el pliego ninguna excepción a esta exigencia y la cláusula anterior resulta suficientemente clara y taxativa en cuanto a la necesidad de su cumplimiento. Así pues, ya que la exigencia de la presentación de las ofertas en tiempo y forma constituye una exigencia de los pliegos rectores del contrato, debemos tener en cuenta como punto de partida para analizar esta cuestión, la especial consideración que merecen los pliegos de cláusulas de un contrato público, como ley rectora de ese contrato. El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones acerca de esa cualidad de “lex contractus” de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013).

(...)

Por otro lado, tiene declarado este Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación. Como se señala en la Resolución 410/2014, de 23 de mayo, del referido Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (TACRC Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).»

Por otro lado, la cláusula 27.2 del PCAP establece que “Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en sobres electrónicos a través de la plataforma de contratación del sector público.”, añadiendo que “Se deberá de preparar y presentar la oferta electrónica debiendo consulta la Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y presentación de ofertas disponible en la plataforma de contratación del sector público.”. Asimismo, se advierte que “Es responsabilidad exclusiva del licitador si experimenta alguna dificultad a la hora de preparar y presentar su oferta contactar con dicha plataforma dentro del plazo de presentación de ofertas para garantizar que efectivamente se realizan todos los pasos necesarios y no se trata de una dificultad técnica o un problema de software.”

En la mencionada Guía, se recomienda a los licitadores la presentación de las ofertas con antelación suficiente, a los efectos de la correcta utilización de la “*Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas*”, y de poder solventar cualquier duda de funcionalidad de la misma. También indica que ante cualquier dificultad técnica que surja de la utilización de la citada “*Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas*” deberán ponerse en contacto con el buzón de soporte a usuarios: licitacionE@minhafp.es.

En el apartado **1.4** de la Guía se explica que:

«la Herramienta se genera por cada licitación y fase del procedimiento, por tanto, la documentación requerida varía en función del expediente, pero también de la fase (no pedirá aportar la misma información en una subsanación que en la invitación a presentar oferta).

La primera vez que descarga la Herramienta en el equipo, sólo es posible la creación de una nueva oferta /solicitud de participación/subsanación o importar la oferta/documentación que se haya confeccionado en otro equipo.

La opción de “Continuar” se habilita siempre que se haya descargado la Herramienta al menos una vez en el mismo equipo. Seleccione esta opción cuando quiera continuar la confección de la oferta, preservando lo realizado hasta el momento. Si desea eliminar lo ya realizado, deberá seleccionar “Crear”.»

En el apartado **4.7.3** de la Guía, relativo a **Problemas con la obtención del justificante** se indica que “*en determinados casos el licitador ha podido enviar su oferta, sin embargo, no ha podido descargar el justificante.*

En este caso, contacte inmediatamente con la Plataforma (licitacionE@hacienda.gob.es) para informarle si el envío se ha realizado correctamente.

NO intente una nueva presentación sin antes verificar si su oferta se ha presentado. Las dobles presentaciones pueden ser motivo de exclusión.

RECUERDE NO PULSAR EL BOTÓN DESCARGAR JUSTIFICANTE SI NO HA REALIZADO EL ENVÍO”

Concluye la Guía con la siguiente advertencia: ***“IMPORTANTE: si no contacta con nosotros por esta vía durante el plazo de presentación de ofertas, sus reclamaciones podrán no ser tomadas en consideración por el órgano de contratación.”***

También en la cláusula 4 del PCAP se indica que el Perfil del Contratante del Ayuntamiento se encuentra alojado en la PCSP, *«donde tienen a su plena disposición toda la documentación relativa a la licitación en curso, así como un canal de comunicación directa con el Órgano de Contratación pública del Ayuntamiento de Marbella, al que podrán plantearle preguntas, solicitar aclaraciones, presentar las ofertas y recibir las notificaciones, así como el ejercicio de cualesquiera otros derechos que la normativa aplicable al proceso de contratación en curso le confiera como licitante»*.

Según lo expuesto por la recurrente y el órgano de contratación, estamos ante una cuestión predominantemente técnica y no particularmente jurídica, debiendo, este Tribunal, valorar y apoyarse en el de los informes técnicos obrantes en el expediente o en aquellos emitidos que le sean de aplicación. Es doctrina reiterada la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, 152/2017, de 10 de febrero, y 371/2019, de 11 de abril, del TACRC).

En el expediente consta, por aportación de la recurrente, correos del soporte técnico de la PCSP donde se indica que operativamente es posible presentar más de una oferta por un mismo licitador para un mismo expediente y que en caso de presentar nueva oferta, la posterior no dejaría anulada la anterior, por lo que se expondría, siempre a exclusivo criterio del órgano de asistencia, a quedar excluido por doble presentación de propuesta.

De lo expuesto, este Tribunal entiende que los problemas técnicos que pudieron ocasionarse durante la tramitación del procedimiento no pueden ser imputables al órgano de contratación ni a la PCSP, sino que la presentación de dos ofertas por la recurrente es imputable a la misma que no sigue las indicaciones que en la citada Guía se recomiendan. Este Tribunal llega a esta conclusión por lo siguiente:

- En primer lugar, la empresa recurrente no ha aportado prueba alguna de la existencia de errores de la PCSP.



- En segundo lugar, según consta en la “*Guía de Servicios de Licitación Electrónica para empresas*” aparecen dos alternativas de trabajo para los licitadores: crear nueva oferta ó continuar la preparación de una oferta, por lo que la presentación de dos ofertas por la recurrente no es ocasionada por un error de la PCSP, sino por la decisión de propio licitador de crear una nueva proposición, ya que no existe la posibilidad de llevar a cabo la eliminación ni la sustitución de una oferta presentada así se constata el correo del soporte técnico de la PCSP, aportado por la recurrente, de fecha 16 de julio de 2019 y en un informe técnico de la Subdirección de Coordinación de la Contratación Electrónica transcrito en la Resolución 1131/2018, de 7 de diciembre de 2018, del TACRC, al indicar que “*En contra de lo que afirma el licitador en la página 12 de su recurso “Precisamente, buena muestra de que se trata de un error de la plataforma...” la presentación de dos ofertas por el licitador ILUNION no fue ocasionada por un error de la PLACSP, sino por la decisión del propio licitador de crear una nueva proposición subiendo un documento de oferta económica sin los errores del anterior. No existe posibilidad de llevar a cabo ni la eliminación ni la sustitución de la documentación presentada independientemente de la alternativa de trabajo que se escoja en la Herramienta. La única posibilidad que ofrece la PLACSP para presentar una nueva oferta es hacer uso de la opción “Crear nueva oferta”, considerando que la alternativa de “Continuar oferta” deja bloqueados los botones y funcionalidades de la Herramienta, permitiendo únicamente consultar lo visualizado. En cualquier caso, la portada de la Herramienta advierte al licitador de que su oferta ya ha sido presentada.*” (El subrayado es nuestro).

- De lo acontecido puede presumirse que el licitador ha advertido de la existencia de errores antes de que finalizara el plazo, ya que una oferta validada y presentada no puede ser objeto de anulación sin que haya hecho uso del soporte técnico a usuarios la PCSP, ni del canal de comunicación directa con el órgano de contratación pública del Ayuntamiento de Marbella, con el fin de exponer la situación y solicitar la retirada de la presentación de la oferta errónea.

Por otro lado, el recurrente alude al principio antiformalista que ha de regir la contratación pública, ya que la admisión de las dos ofertas no supondría en ningún caso una quiebra del principio de proposición única, ya que las dos proposiciones son iguales, no viéndose afectado el principio de igualdad de trato de los licitadores.

La Mesa de contratación según el artículo 22.b) del Real Decreto 817/2009, -de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público-, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, y debe actuar de forma que no limite la concurrencia evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta.

Al respecto, en la referida Resolución 371/2019, de 11 de abril, de TACRC se indica que *“Si bien es cierto que tanto el Tribunal Supremo y como los órganos encargados de la resolución de recursos en esta materia, sostienen que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), ello sólo es posible en la medida que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación. Es evidente, como señala este Tribunal en la ya referida Resolución 560/2018, que el principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, un licitador que presenta más de una proposición debe ser excluido.*

La información suministrada en el Pliego y en la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para empresas, sobre la forma y cautelas para presentar las ofertas, ha sido suficiente e igual para todos los licitadores, sin que por tanto concurra la vulneración pretendida del artículo 14 de la CE.

Es cierto que en los procedimientos de contratación pública prima el principio antiformalista; ahora bien, ello no permite obviar otros principios igualmente aplicables a la contratación como son los principios de transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación. Admitir las ofertas, concediéndoles un plazo de subsanación a las recurrentes por entender que se trata de un error material, supondría atribuirles una ventaja frente al resto de licitadores que se ajustaron al procedimiento y al plazo establecido, actuando con la diligencia debida.

En efecto, otros licitadores sí han podido presentar sus ofertas de acuerdo con el procedimiento establecido al efecto. Aun en el caso de admitir la existencia de un error material por parte de las recurrentes, lo cierto es que no resulta posible proceder a la subsanación de la oferta toda vez que en realidad lo que se ha producido es la presentación de dos ofertas simultáneas, que lleva aparejada la exclusión de ambas. Lo pretendido por las recurrentes conllevaría la vulneración del principio de igualdad y no discriminación ya que se les concedería una segunda oportunidad para volver a presentar la oferta; lo que en modo alguno está contemplado en el Pliego.

La consecuencia de la presentación simultánea de ofertas se recoge en al artículo 139.3 de la LCSP que dispone en su tenor literal 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.”

En este mismo sentido resuelve el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 185/2018, de 27 de junio, al indicar que “De tal forma que aun en el caso de admitir la existencia de un error por parte de la recurrente, incluso concediendo que el mismo pudiera haberse debido a un caso de defectuosa configuración del sistema de licitación en la Plataforma de licitación, lo cierto es que no resulta posible proceder a la subsanación de la oferta que pretendía la recurrente al introducir nuevos datos en la plataforma, sin considerar que en realidad lo que se ha producido es la presentación de dos ofertas simultáneas, que lleva aparejada la exclusión de ambas.”

En el caso que nos ocupa no nos encontramos ante ninguno de los supuestos de defectos susceptibles de subsanación, sino ante la presentación por parte del licitador de una segunda oferta, circunstancia que no se encuentra permitida en el pliego que rige el presente contrato, por lo que no puede entenderse como una simple deficiencia formal que pueda ser subsanada, sino como una infracción del pliego que da lugar a la exclusión de ambas ofertas. Tampoco han acreditado que efectivamente existieran problemas técnicos que no le son imputables, sino al contrario, la presentación por la misma de dos ofertas se debe a una falta de previsión y cautela que deben tener los licitadores a la hora de presentar sus ofertas. Por tal motivo, este Tribunal considera que la exclusión acordada por el órgano de contratación es correcta.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha.

ACUERDA

PRIMERO.- Declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del procedimiento de licitación del contrato relativo a *“Suministro eléctrico a las instalaciones del excmo. ayuntamiento de marbella, lote 2-suministro en bt con potencia contratada igual o superior a 10 kw en mercado libre”* (Expte. SU 155/19), de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución, con retroacción de actuaciones hasta el momento de adopción de la medida cautelar adoptada por este Tribunal con fecha 12 de Agosto de 2019.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ENDESA ENERGÍA, S.A con fecha 31 de Julio de 2019, contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación publicado en el perfil del contratante en fecha de 17 de Julio de 2019, del procedimiento para la licitación del contrato denominado *“SUMINISTRO ELÉCTRICO A LAS INSTALACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, LOTE 2-SUMINISTRO EN BT CON POTENCIA CONTRATADA IGUAL O SUPERIOR A 10 KW EN MERCADO LIBRE”* (Expte. SU 155/19).

TERCERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ENDESA ENERGIA S.A. con fecha 11 de septiembre de 2019 contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación notificado con fecha 21 de Agosto de 2019, en relación al procedimiento para la licitación del contrato denominado “SUMINISTRO ELÉCTRICO A LAS INSTALACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, LOTE 2-SUMINISTRO EN BT CON POTENCIA CONTRATADA IGUAL O SUPERIOR A 10 KW EN MERCADO LIBRE” (Expte. SU 155/19), de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho sexto de la presente resolución.

CUARTO. - Acordar el levantamiento de la medida cautelar, acordada en el presente procedimiento de licitación, conforme al art. 57.3 de la LCSP.

QUINTO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

SEXTO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.