

Expediente: Expte. 2020/37995 (Plataforma HELP)

Resolución: 7/2020

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

Marbella, a 2 de septiembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad denominada **RIGHT OPTION S.A.P.**, contra el Decreto nº 9058/2020 de 24 de julio de 2020 por el que se acordó no admitir la proposición presentada por dicha entidad en el procedimiento para la licitación del contrato denominado “*servicio de asesoramiento jurídico, representación y defensa en materia laboral y de seguridad social del Excmo. Ayuntamiento de Marbella y de los Organismos, Entidades Públicas Empresariales y demás entes públicos y Sociedades Mercantiles Locales dependientes de aquél*” (Expte. SE 141/20), por no presentar correctamente la oferta, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El 15 de abril 2020, el órgano de contratación acordó, mediante Decreto nº 4368/2020, aprobar el expediente de contratación del Servicio de Asesoramiento Jurídico, representación y Defensa en materia Laboral y de Seguridad Social del Excmo. Ayuntamiento de Marbella y de los Organismos, Entidades Públicas Empresariales y demás Entes Públicos y Sociedades Mercantiles Locales dependientes de aquél, por Procedimiento abierto, trámite ordinario y Regulación armonizada

El valor estimado del contrato es de 304.048,80 euros, IVA excluido.

SEGUNDO. - El anuncio de licitación de fecha 12 de mayo de 2020, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, publicándose con la misma fecha en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. - Reunida la Mesa de Contratación el 22 de julio de 2020 a las 17,40 horas, según consta en la correspondiente acta, procedió a la apertura y calificación del sobre número 1, documentación administrativa, presentado por los licitadores en el plazo establecido.

En el acta de sesión obrante en el expediente administrativo, tras identificar las proposiciones electrónicas y las proposiciones con huella digital y archivo XML presentados por los licitadores, se advierte, por lo que atañe a la proposición presentada por la ahora recurrente, lo siguiente:

“Proposición con huella digital:

Titular

RIGHT OPTION S.A.P. (CIF: A86366895)

*Con fecha de 12 de junio de 2020 a las 14:53:11, la empresa **RIGHT OPTION S.A.P. (CIF: A86366895)**, presenta huella digital de la oferta preparada. De acuerdo a las instrucciones de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Ministerio de Hacienda, así como, establece la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 9/2017, de Contratos Sector Público, no consta en el Servicio de Contratación y tampoco en el Registro de Entrada del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, subsanación de la documentación presentada, por lo que no puede ser incorporada al procedimiento, resultando no admitida en la licitación.”.*

CUARTO. – A la vista de lo propuesto por la Mesa de Contratación, el órgano de contratación, mediante Decreto número 9058/2020 de 24 de julio de 2020 acordó, en síntesis y por lo que aquí interesa, “(..)- **NO ADMITIR la proposición presentada por la entidad RIGHT OPTION S.A.P. (CIF: A86366895), del procedimiento para la licitación del contrato denominado SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DEL EXCMO AYUNTAMIENTO DE MARBELLA Y DE LOS ORGANISMOS, ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES Y DEMÁS ENTES PÚBLICOS Y SOCIALES MERCANTILES LOALES DEPENDIENTES DE ÁQUEL, por no presentar correctamente la oferta..”.**

Consta en el expediente de contratación electrónica que la sociedad RIGHT OPTION S.A.P., el 27 de julio de 2020 tuvo acceso al contenido del Decreto de exclusión de fecha 24 de julio de 2020.

QUINTO.- El 31 de julio de 2020, la mercantil recurrente **RIGHT OPTION, S.A.P.** interpone recurso especial en materia de contratación contra el Decreto nº 2020/958, de fecha 24 de julio de 2020, por el que se acuerda su exclusión del procedimiento para la licitación del Servicio de Asesoramiento Jurídico, representación y Defensa en materia Laboral y de Seguridad Social del Excmo. Ayuntamiento de Marbella y de los Organismos, Entidades Públicas Empresariales y demás Entes Públicos y Sociedades mercantiles Locales dependientes de aquél (Expte. SE 141/20).

En las peticiones que contiene el referido recurso, la sociedad recurrente, tras aportar en apoyo de sus pretensiones diversas Resoluciones de Tribunales y Directivas de la UE, concluye solicitando lo siguiente:

“I. Declare nulo o en su caso anule el Decreto exclusión objeto del presente recurso por ser manifiestamente contrario a derecho.

II. Acuerde la admisión de la oferta de RIGHT OPTION, S.A.P y en consecuencia con ello, se retrotraigan las actuaciones al momento de apertura y calificación del sobre número 1 que deberá volver a realizarse conforme al orden establecido en los pliegos y teniendo en cuenta la oferta de RIGHT OPTION, S.A.P. por correctamente presentada.

III. Subsidiariamente, que permita a RIGHT OPTION, S.A.P subsanar el mero defecto formal en la presentación de la oferta, mediante una nueva remisión de la oferta ya presentada en el plazo que se acuerde.

IV. Declare la suspensión del procedimiento de adjudicación y firma del contrato y su mantenimiento hasta la resolución del presente Recurso especial como se solicitará por medio de Otrosí.”

SEXTO.- Con fecha 12 de agosto de 2020 se dio trámite de audiencia al órgano de contratación por plazo de 2 días hábiles conforme a lo dispuesto en el art. 49 LCSP, a fin de que se presentaran las alegaciones oportunas referentes a la adopción de las medidas cautelares interesadas, habiendo remitido el referido órgano el mismo día 12 de agosto de 2020 el correspondiente informe en el que, respecto a la referida suspensión, se señalaba lo siguiente:

“En cuanto a la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, conforme al artículo 53 LCSP, al no ser el acto recurrido el de adjudicación y entender que no existen infracciones de procedimiento conforme al artículo 49, se propone la no suspensión de la tramitación del expediente. No obstante, el Tribunal de Recursos especiales considerará si concurren las razones del artículo 49 LCSP para conceder la solicitud de medidas cautelares, estimando lo que a su entender proceda.”

Analizadas las alegaciones de las partes, el día 13 de agosto de 2020 este Tribunal, a la vista de las consideraciones expuestas en el Acta de la sesión celebrada dicho día, acordó adoptar la medida cautelar de suspensión interesada por la recurrente.

SÉPTIMO.- Con fecha 12 de agosto de 2020 se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo así como el informe del órgano de contratación, de acuerdo con lo previsto en el art. 56.2 LCSP, si bien la relación de interesados ha sido remitida este Tribunal fuera del plazo legalmente establecido el día 18 de agosto de 2020.

OCTAVO. - Con fecha de 18 de agosto de 2020 por parte de la Secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se ha dado traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad RIGHT OPTION, S.A.P. a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Si bien se ha solicitado del registro certificado sobre las alegaciones presentadas en cumplimiento de dicho trámite, el mismo no ha sido cumplimentado con la debida celeridad, por lo que, dada la obligación de resolución de los recursos especiales en materia de contratación con la mayor brevedad posible, a fin de hacer efectivos los principios que lo inspiran, se dicta la presente resolución sin que el mismo haya sido emitido, si bien ello no supone merma alguna de garantía para la entidad recurrente.

No obstante, lo anterior dentro del plazo legalmente conferido al efecto si se ha recibido por parte de la licitadora en el procedimiento que nos ocupa, GAONA Y ROZADOS ABOGADOS S.L.P. escrito de alegaciones en el que se opone a la estimación del recurso con base a la doctrina del propio Tribunal Central de Recursos Contractuales, considerando que la recurrente carece de argumentos para pretender subsanar un completo decaimiento en sus derechos, ante la no presentación en plazo de su oferta, al igual que le ha sido exigida al resto de licitadores.

NOVENO. - En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; 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).

SEGUNDO. – En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el 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.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO.- En el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, del procedimiento de contratación del Servicio de Asesoramiento Jurídico, Representación y Defensa en Materia Laboral y de Seguridad Social del Excmo. Ayuntamiento de Marbella y de los Organismos, Entidades Públicas Empresariales y demás Entes Públicos y Sociedades Mercantiles Locales dependientes de aquél, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se dice que podrán ser objeto de recurso especial las siguientes actuaciones:

“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”.

Asimismo, se trata de un contrato con un valor estimado de 304.048,80.- € (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 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, 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 ha sido notificado a través de la Plataforma de Contratación del Estado el acuerdo de exclusión objeto de impugnación con fecha 27 de julio de 2020, por lo que habiéndose interpuesto el recurso especial con fecha 31 de julio de 2020, el mismo lo ha sido dentro del plazo legalmente previsto para ello.

QUINTO. - Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, en torno a la consideración de que la misma presentó su oferta en tiempo y forma, y con estricta observancia de lo establecido en la Cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), motivo por el que entiende que la referida propuesta debe ser incorporada al procedimiento y valorada.

De éste modo, en el motivo segundo de su recurso después de transcribir lo señalado en la referida Cláusula 27 del PCAP, textualmente manifiesta que:

“Como puede observarse, en ningún caso los Pliegos que rigen la presente licitación aluden a la cuestión de la huella digital de la oferta preparada y que la misma deba subsanarse en un plazo de 24 horas como sin embargo señala el Decreto de no admisión de ofertas que se recurre por medio del presente.

Y, es más, tampoco se realiza en los Pliegos que rigen la presente licitación y que como decimos son la ley del contrato, una remisión a la Disposición Adicional décimo sexta de la Ley de Contratos ni a las Instrucciones de la Dirección General de Patrimonio del Estado, Ministerio de Hacienda como sí hace el Decreto 2020/9058 de 24 de julio objeto de este recurso especial.”.

De forma que a tal efecto viene a concluir la recurrente que:

“En definitiva, no existe obligación de completar la oferta tras la presentación de la "huella digital" al no haber sido establecido así por el órgano de contratación en los pliegos que rigen la licitación, por lo que no existiendo en el presente caso un sistema de presentación de ofertas que se divida en dos fases: una primera fase en la que se presente la huella electrónica, seguida de una segunda fase en que se complete la oferta propiamente dicha en un plazo de 24 horas, la realización de la primera da lugar a la presentación de la oferta dentro de plazo, no pudiendo favorecer la oscuridad generada a quien la originó, es decir al órgano de contratación.”

Lo cual le lleva a concluir que el acuerdo de inadmisión de su oferta debe ser declarado nulo o en su caso anulado por ser contrario a derecho, acordándose la admisión de la oferta y la retroacción de las actuaciones al momento de apertura y clasificación del Sobre nº 1.

Junto a dicha alegación, manifiesta con posterioridad la recurrente que:

“(...) la presentación defectuosa de la oferta, una vez validada y firmada la oferta en la Plataforma y registrada su huella digital y constando como aquí acontece el Código Seguro de Verificación emitido, de existir, sería un defecto subsanable que puede ser objeto de subsanación, bien en el plazo de 24 horas tras la presentación de la huella digital, bien a requerimiento de la Mesa en el plazo que otorgue al efecto, mediante la presentación completa de la misma”.

De forma que a tales efectos sustenta su alegación en la Resolución nº 358/2019 TARC Central, indicando que:

“Por tanto, hay que estar en primer lugar, al cumplimiento de la disposición adicional decimosexta apartado 1, letra h) cuyo tenor literal no admite duda alguna: “En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después, la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.”

De forma que en base a dicha resolución viene a concluir que:

“(...)para el caso de que se interpretase que la oferta sí debiera haber sido presentada en dos fases, por ser de obligatoria aplicación lo dispuesto en el apartado H de la Disposición Adicional decimosexta LCSP en todo caso, subsidiariamente se solicita que se acuerde permitir subsanar dicha deficiencia en la oferta y presentar la segunda oferta, ya que se trataría de un error meramente formal perfectamente subsanable puesto que la oferta se presentó correctamente dentro del plazo establecido por el órgano de contratación para ello. Únicamente hubiera faltado un requisito formal adicional (cuya aplicabilidad a este supuesto aquí se niega): la segunda presentación de la oferta en un plazo de 24 horas y que además en modo alguno modificaría la oferta inicialmente presentada.”.

SEXTO. – Por su parte frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, se opone el órgano de contratación a la admisión del recurso especial interpuesto, con base en síntesis en los siguientes argumentos:

“El Decreto de no admisión cumple los cánones necesarios de motivación, puesto que expone de manera breve y sucinta las razones que han llevado a la Administración a tomar la decisión de que se trata, permitiendo con ello que el administrado pueda rebatirlos y el Tribunal de Justicia en cuestión revisar tales alegatos. Prueba de lo anterior es el recurso interpuesto contra el mismo, el cual concreta tanto el acto que pretende impugnar como sus motivos, siendo su argumentación sobre la huella electrónica, precisa y específica, por lo que se estima que la motivación del acto impugnado, aun breve y sucinta, fue lo suficientemente clara, concreta y congruente con el contenido decisorio, ya que ha podido ser objetivamente rebatida.”

“1. La Plataforma deja bien claro que, ante un justificante de esa tipología, es decir, HUELLA ELECTRÓNICA, la responsabilidad de completar la oferta en el plazo de 24 horas recae exclusivamente en el licitador, en el mismo sentido la cláusula 27 PCAP.

2. Que cuando se complete la oferta electrónica de manera presencial, posibilidad permitida en la guía de servicio, la misma recomiendo igualmente, escribir un correo electrónico al órgano de contratación indicando tal circunstancia. Dicho correo electrónico n consta en los antecedentes del expediente.

3. Transcurrido el plazo de 24 horas desde que se presentó la huella sin que se haya remitido la oferta completa, se considerará que la oferta correspondiente a la huella electrónica anterior ha sido retirada.

4. El licitador, tuvo que recibir los mensajes reproducidos en nuestra cuestión previa por la Plataforma estatal, porque en caso contrario la propia Herramienta estatal generaría el justificante de oferta electrónica y no lo hace, únicamente consta el justificante de presentación de huella electrónica. Si no se puso en contacto con el soporte de la Plataforma y no consideró los mensajes realizados por la misma, no puede responsabilizar a tercero alguno de dicha circunstancia.

La Disposición Adicional decimosexta LCSP es clara en este sentido, la huella electrónica sin el envío posterior de la oferta en el plazo de 24 horas, hace entender que la oferta ha sido retirada. Y no es una cuestión que dependa de la Jefa de Servicio como afirma la recurrente, ni de la mesa en sí misma, es un procedimiento que habilita la propia Plataforma de Contratación, la secretaria de la Mesa de Contratación expone a los miembros de la misma, el resultado que la Plataforma ofrece en cuanto a la presentación de las ofertas por los licitadores”.

“La huella electrónica se genera por problemas de conectividad del licitador. Por ello, la propia Plataforma de Contratación, no esta Administración ni los Pliegos reguladores, establece este mecanismo de las dos fases cuando las condiciones en las comunicaciones de los licitadores se encuentran degradadas, proporcionando la Plataforma de Contratación del Sector Público un servicio adicional en cumplimiento de la DA16 de la LCSP, para garantizar el ejercicio del derecho a licitar incluso cuando existan problemas de conectividad de las empresas licitadoras.

De todo lo anterior reiteramos el ajuste a Derecho del Decreto de exclusión, y afirmamos en contra del petitum de la recurrente que no cabe retrotraer actuación alguna, y por ende suspensión del procedimiento, puesto que no puede subsanarse lo que no ha llegado nunca a presentar por no seguir las instrucciones dadas por la propia Plataforma.”

“Por tanto, nos encontramos ante un defecto insubsanable, puesto que el mismo consiste en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, con lo que estaría aludiendo a omisiones en los documentos propiamente dichos, referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respeto de los que no se admite subsanación, debiendo haberse cumplido necesariamente en el plazo de 24 horas otorgado por Plataforma.

Por ello puede sostenerse que la oferta presentada a las 14:53:11 horas del día 12 de junio de 2020 nunca llegó a completarse entendiéndose retirada tras el plazo otorgado de 24 horas por la Plataforma tal y como predica la citada DA 16ª LCSP”.

SÉPTIMO. - Vistas las alegaciones de las partes, procede ahora analizar la cuestión controvertida que no es otra que la obligación o no de completar la oferta tras la presentación de la “huella electrónica” y, en consecuencia, la conformidad a derecho o no del acuerdo que excluye a la recurrente del procedimiento de licitación por no presentar correctamente su oferta en relación al contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución.

A tal efecto debemos comenzar recordando que, conforme establece el artículo 139.1 de la LCSP “*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 (...)*”.

Por su parte, el PCAP que rige el procedimiento señala en su **cláusula 27.1** que:

*“Las proposiciones deberán ser enviadas **exclusivamente a través de la plataforma de contratación del sector público** en la forma que se indica en la siguiente cláusula durante las 24 horas del día, generando como acreditación un recibo electrónico en el que se garantiza la fecha, hora y contenido.”* y que *“La presentación de proposiciones vincula al licitador con la Administración y presume por parte de dicho licitador la aceptación incondicional, sin salvedad ni reserva alguna, de las cláusulas y condiciones de los Pliegos (...)*”.

En el apartado **2** de la referida **cláusula 27** se indica lo siguiente:

“Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en sobres electrónicos y firmados electrónicamente por el licitador o representante legal, con las denominaciones, datos y documentos que se indican a continuación.

La presentación de proposiciones y documentos, así como las notificaciones y comunicaciones entre el Órgano de Contratación y los interesados para este expediente se realizará exclusivamente a través de la plataforma de contratación del sector público con la siguiente dirección electrónica:

www.contrataciondelestado.es

Dicha proposición deberá ser redactada en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua.

Para ello es necesario:

- 1. La empresa se haya registrado en la plataforma de contratación del sector público.*
- 2. Haya cumplimentado todos los datos de su perfil.*
- 3. Una vez encontrada la licitación, precedida por un símbolo que representa procedimientos electrónicos, se haya añadido por el licitador a “Mis licitaciones”.*
- 4. Luego se deberá de preparar y presentar la oferta electrónica, debiéndose consultar la Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y presentación de ofertas disponible en la plataforma de contratación del sector público.*

Todas las ofertas extemporáneas recibidas al expediente serán excluidas a no ser que desde la Plataforma de contratación del sector público se alerte al órgano de contratación de que se está produciendo alguna situación que afecte al funcionamiento del software y que pueda provocar que los proveedores entreguen su oferta fuera del plazo establecido.

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 del software.

*Todas las ofertas entregadas fuera de plazo porque no se hayan realizado con antelación suficiente **las configuraciones necesarias** indicadas en los párrafos anteriores, **o el usuario no prepare su oferta con la antelación suficiente para presentarla dentro del plazo previsto, serán excluidas del proceso.***

Una vez presentada la oferta a través de la plataforma de contratación del sector público, se generará un justificante o recibo electrónico que garantizará la fecha, hora y contenido de su oferta.

Dicho justificante incluye un CSV (Código Seguro de Verificación) que garantiza, mediante el cotejo en Plataforma de Contratación del Sector Público, la integridad del documento.”.

Asimismo, en la **cláusula 4** del PCAP expresamente se indica que el Perfil del Contratante del Ayuntamiento se encuentra alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, cuyo acceso se realizará a través de la siguiente dirección web: www.contrataciondelestado.es, y *“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»*.

Junto a dichas previsiones contractuales, ha de estarse igualmente a lo dispuesto en la propia Disposición Adicional decimosexta LCSP, en cuyo apartado 1.h) señala que:

“En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas, De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.

Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma”.

Y en idéntico sentido se reitera en la **“Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas” Versión 7** (la cual hemos de recordar se halla a disposición de los licitadores en la propia Plataforma de Contratación del Sector Público), en la que se ofrece una explicación prolija y clara, tanto en texto como en imágenes, permitiendo a los interesados que toman parte en una licitación conocer el funcionamiento de la PCSP, así como las cargas y facultades cuando proceden a su uso.

Particularmente, se establece en apartado 4 de dicha Guía en lo relativo a la preparación del envío de las proposiciones u ofertas, lo siguiente:

“4. Preparar Envío

En la parte superior de la Herramienta se disponen un botón de **Preparar Envío** (figura 96), el cual muestra una pantalla (figura 97) con múltiples acciones relacionadas con el propio envío.

- Firmar sobres.
- Modificar sobre seleccionado: permite variar el contenido del sobre una vez firmado. Si se modifica el contenido del sobre, es necesario volverlo a firmar, pues la firma electrónica primitiva ya no sería válida.
- Simular presentación: el candidato puede comprobar que la Plataforma está activa para recibir las ofertas. Esta simulación realiza todos los pasos de verificación de la documentación y cifrado, menos el propio envío.
- Enviar documentación: envía los documentos y genera automáticamente el justificante. Se realiza, además el cifrado de las ofertas, como requisito inexcusable para el envío.
- Descargar justificante: siempre que ya se haya realizado el envío, permite descargar el justificante. No obstante, cuando se realiza el envío, éste se presenta en pantalla, y es susceptible de almacenamiento e impresión. **NO PULSE ESTA OPCIÓN HASTA QUE NO HAYA REALIZADO EL ENVÍO.**
- Generar etiquetas: en el caso en que un sobre se presente de forma presencial (maqueta o muestras), el sistema permite la generación de etiquetas para la fácil identificación por el órgano competente para valorar”.

A su vez en el apartado 4.7 se analizan los “**Problemas con el envío**”, abordándose en el punto 4.7.1 “**Huella electrónica**” los problemas que pueden surgir, especificándose textualmente que:

“En ocasiones pueden surgir problemas durante el envío de la oferta de modo que no llegue a completarse dicho envío, por ejemplo, porque la velocidad de subida de su canal de transmisión no sea suficiente para remitir un volumen determinado de documentos. Si esto sucede se obtiene un justificante de presentación de la huella electrónica (figura 110) o resumen correspondiente a la oferta y se dispondrá de un plazo de 24 horas para remitir la oferta completa al órgano de asistencia.

NOTA: *la presentación de tipo huella electrónica no supone en ningún caso que exista un error en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Sus causas están relacionadas, por lo general, con la conectividad en su empresa. Aunque se haya incluido en el apartado de Problemas con el envío, no debe catalogarse como tal, más bien es un servicio que ofrece la Plataforma, en cumplimiento de la DA16 de la LCPS, para garantizar el ejercicio del derecho a licitar incluso cuando las condiciones en las comunicaciones se encuentren degradadas.*

NOTA: *cuando obtenga el justificante de presentación compruebe si contiene el término HUELLA ELECTRÓNICA. Si recibe un justificante con esa tipología, la responsabilidad exclusiva de completar la oferta en el plazo de 24 recae exclusivamente en el licitador. (...)*

Aunque se haya alcanzado la fecha de fin del plazo de presentación de ofertas para la licitación aún es posible completar el envío de la oferta siempre que nos encontremos dentro del plazo de 24 horas desde que se remitió la huella electrónica.

Transcurrido el plazo de 24 horas desde que se presentó la huella sin que se haya remitido la oferta completa, o en el caso de que se realice una nueva oferta (si esto es posible), se considerará que la oferta correspondiente a la huella electrónica anterior ha sido retirada (...)

Si estamos dentro de las 24 horas desde el envío de la huella se tendrá disponible la opción de “Continuar con la preparación”. El que se ofrezca o no la opción de “Crear una nueva oferta” dependerá de si se ha cumplido o no la fecha de fin del plazo de presentación.

Si ya han pasado las 24 horas desde el envío de la huella no se dispondrá de la opción de “Continuar con la preparación”. El que se ofrezca o no la opción de “Crear una nueva oferta” dependerá de si se ha cumplido o no la fecha de fin del plazo de presentación.”

Asimismo, en el apartado 4.7.3 de la Guía bajo la denominación **“Problemas con la obtención del justificante”** textualmente se indica lo siguiente:

“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”.

Por su parte, en el apartado 6 bajo el epígrafe “**Buenas prácticas**” se indica lo siguiente:

*“Inicie preferentemente la preparación de su oferta **con varios días de antelación por si hubiera algún problema técnico en sus instalaciones.**”, recomendando igualmente, entre otras, que “Si encuentra algún problema durante la fase de preparación o envío de la oferta, escriba inmediatamente a licitacionE@hacienda.gob.es”.*

Un último aspecto a tener en cuenta es la advertencia con la que la mencionada Guía concluye al indicar que:

“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”.

Así las cosas y en base a todas las determinaciones anteriores, podemos aseverar que la recurrente en su intento de tramitación del envío de su oferta obtuvo un justificante de presentación de la huella electrónica, tal como se puede constatar en el encabezamiento del justificante de fecha 12 de junio de 2020 a las 14:53:11 que acompaña al recurso formulado, en cuyo último apartado expresamente se advierte que se trata de un “*documento con validez hasta el momento de la presentación de la oferta o proposición completa*”, lo que conllevaría en aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimosexta LCSP que en el improrrogable plazo de 24 horas debería haber remitido la oferta propiamente dicha completa, teniendo la recurrente pleno conocimiento de ello, pues en la cláusula 27.2 del PCAP ya se advertía que era responsabilidad exclusiva del licitador si experimenta alguna dificultad a la hora de preparar y presentar su oferta “**contactar con dicha plataforma**” o bien teniendo en cuenta la expresa remisión que el punto 4 efectúa al contenido de la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para la preparación y presentación de las ofertas electrónicas.

Ello conllevaría de un lado que no habiéndose procedido a la remisión de la oferta correspondiente a la huella electrónica en el referido plazo de 24 horas se debería entender como retirada, en tanto que de otro el órgano de contratación ya no podría separarse ni de las condiciones establecidas por él en los Pliegos ni de las establecidas en las normas de aplicación, pues ello supondría, además de un acto arbitrario, una vulneración del principio de igualdad de trato entre licitadores, tal como ha establecido el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que:

“(....) la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”

Así, tenemos que recordar que no es el órgano de contratación o la PCSP los que imponen la obligación de presentar la oferta en dos fases, sino que es el **sistema informático** de presentación, es decir la referida Plataforma, el que se lo permite al licitador que no ha podido presentarla en la forma ordinaria, es decir en una sola fase o un solo acto, por dificultades técnicas en su envío (*que como señala la Guía, no supone que exista un error en la PCSP, sino que está relacionada, por lo general, con la conectividad del licitador*), pueda completar la presentación de su oferta en el plazo establecido para ello, y dándola por presentada en el día y hora consignados en la huella digital.

Es por ello que en lo que respecta a la aplicación de la reiterada Disposición adicional decimosexta, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el **TARC Central en su Resolución de 13 de junio de 2019** (Recurso nº 504/2019, 507/2019 y 508/2019), indicando que:

“(…) Por tanto, hay que estar en primer lugar, al cumplimiento de la disposición adicional decimosexta apartado 1, letra h) cuyo tenor literal no admite duda alguna: “En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después, la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.”

Atendiendo a los criterios de interpretación de las normas jurídicas que el Código civil establece, entre otros, el literal y teleológico resulta que en la disposición adicional citada se permite, durante el plazo máximo previsto para presentación de ofertas, una primera presentación de la huella digital de la oferta y durante un plazo de 24 horas la presentación de dicha documentación que una vez firmada se vincula a la huella digital. La consecuencia jurídica de la no presentación de los documentos firmados telemáticamente en plazo, implican la renuncia o retirada de esta primera oferta que iría vinculada a la huella. Pudiendo en ese caso, un licitador presentar o transmitir una nueva huella electrónica de la oferta y después la oferta vinculada a la misma, siempre que no haya transcurrido el plazo para la presentación de ofertas.

*En definitiva, **la disposición adicional sexta es de obligado cumplimiento para todos los licitadores en aras a garantizar el principio de igualdad y concurrencia. Es por ello, que la oferta no se entenderá presentada si solo se presenta la huella de la oferta o si ésta se firma digitalmente con posterioridad a las 24 horas marcadas por la ley.** Y ello con indiferencia de que la huella sea única y pueda demostrarse técnicamente que la oferta sigue “sellada” o, mejor dicho, vinculada de forma inalterable, a la misma desde el día que se presentó, como pone de manifiesto el informe pericial que acompaña el recurrente y en el que se afirma que la documentación completa, así como su huella electrónica permanecen inalterables desde su creación y están representadas físicamente por el archivo .XML generado por la propia aplicación el día 2 de abril de 2019.*

Lo cierto es que la oferta no ha sido presentada en plazo por lo que no deja de ser sino extemporánea, no tratándose de un defecto formal que pueda subsanarse, sino que se trata de un elemento de carácter sustancial: la presentación de la oferta en el sistema (plataforma de contratación) no se ha producido durante el plazo máximo de presentación de ofertas, porque conforme a la disposición legal citada no se ha completado adecuadamente después de presentar la huella digital de la oferta y por tanto, se entiende retirada. Tampoco se ha presentado una nueva huella digital de la oferta con los documentos correspondientes.

En cuanto a la vinculación de los licitadores a las determinaciones contenidas en los pliegos desde el mismo momento en que concurren en el procedimiento de licitación, el **TARC Central**, se ha pronunciado en múltiples ocasiones de cuáles son las consecuencias, indicando, entre otras, en su **Resolución nº 754/2018**, de 16 de junio, que:

*“En el caso que nos ocupa, el PCAP se ajusta a lo previsto en la DA 15ª y 16ª de la LCSP, se ha previsto en el pliego tanto el alta en la Plataforma como la presentación electrónica obligatoria y la huella electrónica. **El interesado recurrente no objeta a la exigibilidad de la presentación electrónica de esta huella electrónica**, aunque la considera innecesaria, **pero lo cierto es que no impugnó el pliego por este motivo, se aquietó al mismo** e incluso conociendo el requisito exigido decidió obviarlo voluntariamente. Sólo posteriormente, cuando se excluye su oferta por causa que consta en el pliego expresamente, es cuando recurre ante este Tribunal.*

Los pliegos son lex contractus que vinculan a los licitadores que concurren al procedimiento convocado y que pueden ser impugnados en tiempo y forma en caso de disconformidad con los mismos. El interesado en el supuesto que nos ocupa no los impugnó en su momento, pero ahora recurre la exclusión basándose en la desproporción de la misma por entender que presentar la huella electrónica no era necesario y que había presentado toda la documentación necesaria. Pero lo cierto es que deben tenerse en consideración no solo los aspectos materiales sino también los formales de la documentación presentada y en este caso los segundos no se cumplen».

Dicho lo anterior, se ha puesto de manifiesto que el órgano de contratación estableció en los pliegos la obligación del licitador de que la proposición se efectuara de forma electrónica y de la necesidad de seguir los trámites establecidos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, a lo que se añade algo elemental como es el hecho de que la presentación de ofertas por medios electrónicos requiere adaptarse a dichos medios, a contar con medios materiales apropiados y a efectuar las actuaciones necesarias con el tiempo suficiente para ello en previsión de la necesidad de acudir, en caso de que así fuese necesario, al servicio de asistencia puesto a disposición de los licitadores, sin que podamos obviar que la recurrente dispuso de un plazo de 35 días naturales para formalizar su propuesta, habiendo optado, asumiendo bajo su responsabilidad y con todas las consecuencias que ello conllevaba, por presentar su propuesta el 12 de junio, último día de plazo de presentación de ofertas, pretendiendo ahora trasladar su falta de diligencia en falta de diligencia de la Administración, lo cual, unido a lo que hemos indicado en las anteriores consideraciones, motiva que tengamos que desestimar la pretensión de la recurrente de considerar su oferta presentada completa y dentro del plazo legalmente estipulado, pues ha quedado evidenciado que la remisión de la oferta completa no aconteció en las 24 horas siguientes a la obtención de la huella electrónica.

Por lo que atañe a la falta de motivación de la resolución impugnada invocada por la recurrente, entendemos que aquella cumple con las determinaciones que han de contener las resoluciones administrativas para deducirse que están formalmente motivadas, en tanto que de forma breve pero concreta y clara se expone cual es el motivo por el que se acordó la inadmisión de la proposición presentada por la interesada, que no es otro que el de no haber presentado su oferta de forma correcta y completa en el plazo de 24 horas tras la obtención de huella electrónica, y tanto es así que del contenido del recurso presentado se infiere que la recurrente ha dispuesto de datos suficientes para rebatir el contenido de la decisión de la Mesa y de la resolución finalmente adoptada por el órgano de contratación, debiéndose, en consecuencia, desestimar dicha alegación.

Quedaría por analizar la petición efectuada por la recurrente, respecto a la posibilidad de que se le permita “*subsana el mero defecto formal en la presentación de la oferta, mediante una nueva remisión de la oferta ya presentada en el plazo que se acuerde*”, debiendo desestimarse igualmente la misma, en tanto que acceder a lo solicitado y permitir ahora la presentación de la oferta, conllevaría la conculcación de los principios de igualdad y no discriminación que, como ya hemos expuesto, imponen el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, puesto que actuar de forma contraria sería tanto como conceder dos plazos diferentes, uno para la recurrente y otro conforme al PCAP para el resto de los licitadores, sin que pueda justificarse tal diferencia de trato sobre la base de causas ajenas a la propia conducta de quien ahora los quiere hacer valer.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad **RIGHT OPTION S.A.P.**, contra el acuerdo de no admisión de la proposición presentada por dicha mercantil en el procedimiento para la licitación del contrato denominado “*Servicio de Asesoramiento Jurídico, Representación y Defensa en materia Laboral y de Seguridad Social del Excmo. Ayuntamiento de Marbella y de los Organismos, Entidades Públicas Empresariales y demás Entes Públicos y Sociedades mercantiles Locales dependientes de aquél*” (Expte. SE 141/20)

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

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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.