

Expediente: Expte. 2021/11637 (Plataforma HELP)

Resolución:

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

Marbella, a ... de de

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad **HERBECON SYSTEMS, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “**Servicio de control y registro de jornada laboral para el área de Recursos Humanos del Excmo. Ayuntamiento de Marbella**” (Exp. SE 176/2020), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de octubre de 2020, el órgano de contratación mediante Decreto nº 45516/2020, acordó aprobar el expediente de contratación del “Servicio de control y registro de jornada laboral para el área de recursos humanos del Excmo. Ayuntamiento de Marbella”, por procedimiento abierto, trámite ordinario y sujeto a regulación armonizada.

El valor estimado del contrato es de 146.100,00 euros, IVA excluido.

El anuncio de licitación ha sido publicitado el día 13 de octubre de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en el DOUE el 12 de octubre de 2020.

SEGUNDO. -Reunida la Mesa de Contratación el día 29 de noviembre de 2020 procedió a la apertura y calificación administrativa de las proposiciones presentadas por las interesadas, tomando conocimiento la mesa en dicha sesión de los escritos de alegaciones presentados por la entidad HERBECON SYSTEMS, S.L. con fecha 17 de noviembre de 2020 (número de Registro de Entrada Electrónico O00017839e2000069189) y 18 de noviembre de 2020 (número de Registro de Entrada Electrónico O00017839e2000069639), así como de las alegaciones formuladas por dicha sociedad, acordándose finalmente “(..)no proceder a la calificación administrativa de los

licitadores hasta que la Asesoría Jurídica estudie la actuación de la empresa HERBECON SYSTEMS, S.L.”.

Constituida nuevamente la Mesa de Contratación el día 1 de febrero de 2021 a fin de aperturar y calificar administrativamente las proposiciones aportadas por las interesadas, en síntesis y por lo que aquí interesa, acordó lo siguiente:

“Una vez estudiado el caso por parte de la Asesoría Jurídica, de la presentación de proposiciones de la empresa HERBECON SYSTEM, S.L., según consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público:

Titular:

HERBECON SYSTEMS, S.L. (CIF: B92200591) Fecha de presentación: 11 de Noviembre de 2020 a las 19:50:29

HERBECON SYSTEMS, S.L. (CIF: B92200591) Fecha de presentación: 11 de Noviembre de 2020 a las 19:59:12

*La Mesa de Contratación por unanimidad acuerda **EXCLUIR** del presente procedimiento por duplicidad de la oferta de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la Ley de Contratos del Sector Público, al licitador **HERBECON SYSTEMS, S.L. (CIF: B92200591)**, fechas de presentación 11 de noviembre de 2020 a las 19:50:29 y 19:59:12 horas.*

A continuación, se procede a abrir y revisar el sobre número 1, documentación administrativa (DEUC y Anexo I del PCAP) de la siguiente proposición:

*Titular: **ATISOLUCIONES DISEÑO DE SISTEMAS (CIF: B18865253)** Fecha de presentación: 11 de Noviembre de 2020 a las 21:32:06*

*La Mesa de Contratación por unanimidad, acuerda **ADMITIR** al siguiente licitador: Titular **ATISOLUCIONES DISEÑO DE SISTEMAS (CIF: B18865253)**”.*

TERCERO. – Con fecha 4 de febrero de 2021 (Decreto nº 2021/1418) el órgano de contratación, a la vista del informe emitido por el Servicio de Contratación y del acta emitida por la Mesa de Contratación, acuerda, en síntesis y por lo que ahora interesa, lo siguiente: **“EXCLUIR las proposiciones presentadas por el licitador **HERBECON SYSTEMS, S.L. (CIF: B92200591)**, del procedimiento para la licitación del contrato denominado, **SERVICIO DEL CONTROL Y REGISTRO DE JORNADA LABORAL PARA EL ÁREA DE RECURSOS HUMANOS DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, (EXP. SE 176/20)**, por duplicidad de la oferta.”.**

CUARTO. – Con fecha 11 de febrero de 2021, tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad **HERBECON SYSTEMS, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de **“Servicio de control y registro de jornada laboral para el área de Recursos Humanos del Excmo. Ayuntamiento de Marbella”**.

Con fecha 19 de febrero de 2021 se remitió por vía de correo electrónico a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, oficio procedente del Tribunal Administrativo de Recurso Contractuales de la Junta de Andalucía, al que acompaña la resolución dictada por dicho Tribunal fechado el 18 de febrero de 2021 (Resolución nº 56/2021) por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación formulado por la sociedad HERBECON SYSTEMS, S.L., acompañándose igualmente el recurso interpuesto por la referida sociedad.

QUINTO. – Con fecha 24 de febrero de 2021 éste Tribunal acordó admitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HERBECON SYSTEMS, S.L. a trámite, así como requerir al Servicio de Contratación la remisión de expediente para su estudio por este Tribunal, junto con el correspondiente informe, así como pronunciamiento expreso sobre la medida cautelar interesada por el recurrente en el plazo de 2 días hábiles, de conformidad con lo establecido en los arts. 56 y 49 LCSP respectivamente.

Con fecha 2 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el expediente remitido por el órgano de contratación acompañado del informe del Servicio de Contratación y el 3 de marzo de 2021 tuvo entrada el listado de interesados en el procedimiento licitatorio.

SEXTO. – Con fecha 2 de marzo de 2021 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 HERBECON SYSTEMS, S.L., 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.

SÉPTIMO. – Con fecha 3 de marzo de 2021 éste Tribunal acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente de contratación relativo a “Servicio de Control y Registro de Jornada Laboral para el área de Recursos Humanos del Excmo. Ayuntamiento”, a los solos efectos de la tutela cautelar y sin perjuicio del ulterior análisis del fondo de los motivos del recurso presentado, considerando que la suspensión de la licitación es el mejor remedio para asegurar la eficacia de la resolución que se adopte por parte de este Tribunal, trasladando con esa misma fecha dicho acuerdo al órgano de contratación y a las interesadas en el procedimiento de licitación.

OCTAVO. -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 5 de octubre de 2020; 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.- Por lo que atañe a la viabilidad de impugnación del acto recurrido, indicar que en el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, 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 cuyo valor estimado es de 146.100,00 euros, IVA excluido y, por consiguiente, 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. – El escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación del acuerdo impugnado, la cual tuvo lugar el día 4 de febrero de 2021, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso ha tenido acceso a nuestro registro con fecha 19 de febrero de 2021, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.d) LCSP.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada y conforme a las consideraciones que seguidamente se expondrán, en que ha presentado una única oferta técnica y económica, cuya documentación ha sido duplicada por causa de un fallo o problema de comunicación con la Plataforma de Contratación del Estado en el primer envío y por tanto ambas son idénticas, para concluir solicitando que se declare la nulidad del acto de exclusión y se retrotraigan las actuaciones.

Así, en el escrito de interposición del recurso especial presentado, en síntesis, se alega lo siguiente:

- Que al acceder el día 11/11/2020 a la presentación de la oferta nos sorprendimos al ver que la misma NO EXIGÍA de la presentación de oferta técnica tal y como SI SE EXIGÍA en el Pliego Técnico. En su lugar se requería solo del “Sobre número 2.- Título: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (Oferta económica), por lo que contactada la Plataforma nos indicaron que no tenían constancia de error alguno y como recomendación nos indicaron que aportásemos la documentación que nosotros estimásemos oportuna.

- Que una vez validada la oferta, procedimos a realizar el envío de la misma que aparentemente se quedó durante un largo lapso de tiempo en un % de carga desde el que no avanzaba y temiendo que el sistema basado en máquina virtual de Java se hubiese colgado, decidimos abrir otra sesión simultánea para poder presentar la oferta en el mismo momento.

Una vez presentada la oferta, nos percatamos que el proceso que inicialmente pensamos que estaba “colgado” había finalizado y por ende nos encontramos con dos presentaciones de exactamente la misma oferta con un lapso de tiempo entre ellas de 8 minutos.

- Que con fecha 17 de noviembre de 2020, HERBECON para evitar controversia y de modo previo y preventivo a la convocatoria de la primera Mesa de Contratación para la revisión de la documentación administrativa, procedió a notificar de lo ocurrido a la Mesa de Contratación mediante email y escrito al registro general.

- Que con fecha 18 de noviembre de 2020, HERBECON para facilitar la situación administrativa de lo ocurrido, decide enviar por registro y por un nuevo email con un escrito a la mesa de contratación, en el que fundamentamos con jurisprudencia y con casos similares por no decir idénticos, de licitaciones que se han visto en la misma tesitura, poniendo de manifiesto que la Plataforma de Contratación del Sector Público, permite la presentación de dos proposiciones y, por otro lado, impide la retirada de una proposición que se haya presentado con anterioridad, a cuyos efectos aportan diversas actas de procedimientos administrativos de otros órganos de contratación como el Ayuntamiento de Fuenlabrada o del Consell de Mallorca en los que a pesar de la duplicidad admiten las propuestas presentadas.

- *Que la oferta presentada por HERBECON es única, no existen dos ofertas, sino dos copias de la misma oferta, que han sido presentadas con un lapso de ocho minutos en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), que se trata exclusivamente de un error puramente formal.*

- *Que HERBECON comunicó dicho error puramente formal mediante correos electrónicos y mediante escritos con entrada en el registro general de entrada del Ayuntamiento de Marbella (Documento nº9), en fechas anteriores no solo de la mesa, sino anterior a la convocatoria de la Mesa de Contratación de evaluación de documentación administrativa.*

- *Que para sustentar su error aportan una resolución nº377/2018 del recurso nº381/2018 por del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con remisión a un Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), el cual en relación al principio de proposición única señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido también la oportunidad de “declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos...”.*

SEXTO. –Por su parte frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, el órgano de contratación se muestra disconforme, considerando que ha de desestimarse el recurso especial interpuesto por los motivos que, sucintamente, se exponen a continuación:

- *Nos encontramos en el HECHO SEGUNDO del recurso con la denuncia de la recurrente de cierta imprecisión de los Pliegos reguladores, nunca advertida con carácter previo a este momento.*

Sin embargo con independencia de que no constan alegaciones, ni preguntas realizadas a través de la Plataforma de Contratación del Estado sobre las cuestiones ahora discutidas, el PCAP es claro y no deja lugar a dudas en cuanto a la presentación de la documentación a depositar en el Sobre o Archivo electrónico nº 2.

En este sentido, la cláusula 28.2 regula toda la documentación a presentar sin distinguir entre oferta económica o técnica, puesto que se trata en todo caso de criterios valorables objetivamente (...).

Visto lo anterior, reiteramos en primer lugar, la claridad de los Pliegos en cuanto a la documentación a presentar en el Sobre nº 2 y, en segundo lugar, queremos incidir en el hecho de que pudiendo haber impugnado en plazo los Pliegos reguladores, la recurrente no lo hizo, es decir no presentó recurso ni alegación, tampoco realizó consultas sobre las dudas generadas por los Pliegos por la vía del plazo habilitado para preguntas, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

- No obstante lo anterior, aun cuando intenta cuestionar la redacción de los Pliegos, en su HECHO CUARTO reconoce la DUPLICIDAD de la oferta relatando que al tardar mucho la Plataforma subió de nuevo la oferta, no por error o confusión en la documentación a presentar, sino por cuestión de tiempo.

Y aunque es cierto que afirma que ambas son exactas, no lo pone de manifiesto una vez ocurrido el error sino que lo advierte al Órgano de Contratación pasado el plazo de presentación de ofertas, recuérdese que finalizaba el día 11 de noviembre 2020 a las 23:59h y, sin embargo el escrito reconociendo su error tiene fecha de 17 de noviembre 2020. Si esta advertencia de duplicidad se hubiera realizado dentro del plazo de presentación de ofertas la Mesa de Contratación sí podría haber, al menos, estudiado la viabilidad de una de las ofertas.

- Aporta las conclusiones de diversas Actas de Mesas de Contratación del Ayuntamiento de Fuenlabrada y del Consell de Mallorca, pero ambas se refieren a la apertura del SOBRE Nº 1 de documentación administrativa, dónde sí es posible la subsanación de la documentación, no sin embargo, de la documentación aportada en el SOBRE Nº 2.

A mayor abundamiento, cita en este HECHO QUINTO, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, (en adelante TACPCM) nº 320/19 de 17 de julio para decir que en supuesto similar se le da razón al recurrente y se acepta la duplicidad de la oferta, sin embargo, la cuestión en este caso es completamente distinta a nuestro supuesto concreto y se contrae a determinar si la empresa recurrente presentó dos proposiciones simultáneas y diferentes o fue un duplicado de la misma enviado por error como consecuencia de incidencias en el sistema informático. (...) Por el contrario, en el supuesto objeto de recurso, no nos encontramos ante un error de la Plataforma, sino ante una duplicidad clara, puesta de manifiesto días después y reconocida por el licitador ahora recurrente.

- En el caso que nos ocupa sin embargo, no se advierte el error cometido por HERBECON hasta seis días después de la finalización del plazo de presentación de ofertas. Caso similar y más reciente al expuesto, es el recogido en la Resolución del TACPCM nº 210/20 de 20 de agosto, con la citada e importante salvedad, en este caso también, se advirtió la duplicidad de la presentación dentro del plazo legal habilitado para la presentación de proposiciones, (...) Asimismo, resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, “29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (...). 31. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las Sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)”.

Por tanto, visto lo anterior, y aplicando la doctrina expuesta pero en sentido contrario, sacamos la siguiente conclusión: La infracción del principio de proposición única implica la inadmisión de las proposiciones duplicadas salvo que conforme al artículo 80 del Reglamento de Contratación se justifique la retirada de una de ellas según las circunstancias que concurran en cada caso concreto; por ello, entendemos que sólo en el caso de que durante el plazo de presentación de ofertas, recordemos que terminaba a las 23:59h, teniendo lugar la duplicidad a las 19:59h, se hubiese advertido de esta duplicidad retirando una de las ofertas, sólo en este caso, la Mesa de Contratación hubiese podido aceptar esta oferta, tal y como ha ocurrido en otros supuestos y en aplicación de esta teoría jurisprudencial.

Sin embargo, al no manifestarse dentro del plazo de presentación de ofertas, cuál de las dos ofertas se retiraba, entendemos que tiene lugar una duplicidad de aquélla, con la consecuente vulneración del Principio de proposición única.

- Con independencia de que entendemos que la duplicidad en la que incurre HERBECON no deja de ser un error formal de la licitadora, advertido con posterioridad al plazo de presentación de ofertas, no deja de suponer una vulneración del principio de proposición única que propugna el artículo 139 LCSP. Por lo que considerando:

- Que era clara la documentación a presentar en los Sobres o Archivos electrónicos, no recurridos en ningún momento

- No teniendo lugar ningún error del soporte de la Plataforma de Contratación del Estado, que haya duplicado la misma presentación, sino que queda claro que se han realizado dos presentaciones de ofertas por la entidad ahora recurrente.
- No habiéndose retirado una de las ofertas duplicadas dentro del plazo de presentación de proposiciones.

Debemos manifestar correcta la actuación de la Mesa de Contratación al EXCLUIR a la entidad HERBECON por duplicidad en su oferta y vulneración del artículo 139 LCSP, puesto que en caso contrario podríamos incurrir en una vulneración del Principio de proposición única, y con éste, la vulneración de otros principios como el principio de igualdad respecto a otros licitadores, el de buena fe y confianza legítima del artículo 3.1 Ley 40/15, de cara a próximas licitaciones, tal y como se pone de manifiesto por la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 2016 (rec.4948/2013).

Recordemos que, respecto de la confianza legítima, el T.S. viene declarando de modo reiterado, por todas, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (recurso contencioso-administrativo núm. 257/2009), que “el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”. Por todo lo expuesto procedería DESESTIMAR LAS ALEGACIONES presentadas por la recurrente HERBECON (...).

SÉPTIMO. – Dentro del plazo legalmente conferido al efecto en cumplimiento del trámite contemplado en el art. 56.3 LCSP se procedió con fecha 3 de marzo de 2021 a darle trámite de audiencia a la otra sociedad que figura como licitadora en el procedimiento que nos ocupa, ATISOLUCIONES DISEÑO, S.L., a fin de que en el plazo de cinco días pudiera alegar ante éste Tribunal lo que a su derecho conviniera, constando en el expediente certificación emitida el día 19 de marzo de 2021 por la Jefa de Unidad de Registro en la que, en síntesis y por lo que aquí interesa, se indica que “(...) en el periodo comprendido 08/03/2021 al 15/03/2021, y efectuada la consulta en la aplicación de registro GEISER, no aparece registrado ningún escrito.”.

OCTAVO. – Expuestas las posiciones de las partes, procede ahora analizar el fondo de la cuestión principal que se suscita ante este Tribunal, que no es otra que la conformidad a derecho o no del acuerdo de la Mesa de Contratación de excluir a la licitadora recurrente por entender que han formulado más de una proposición.

A tal efecto hemos de partir tanto de las propias previsiones de la LCSP como del clausulado de los pliegos que rigen la licitación cuyo acto de exclusión ahora ha sido impugnado, así como de las determinaciones contenidas en la Guía de Servicios de Licitación Electrónica.

En ese sentido, el artículo 139 de la LCSP establece de forma clara e indubitada cual ha de ser el contenido de las proposiciones, su vinculación con los pliegos que rigen la licitación, o las consecuencias de la infracción de las normas contenidas en dicho artículo, señalándose, por lo que aquí interesa, en sus apartados primero y tercero lo siguiente:

*“1. 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. (...)”*

*“3. **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.**”*

La claridad del referido artículo 139, al igual que su predecesor el artículo 145 del TRLCSP, encuentra su fundamento precisamente en el principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.

Por su parte, en la cláusula 27 “*Lugar y forma de presentación de las proposiciones*” del Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares que rigen el contrato de servicio que nos ocupa, en concreto en su apartado primero, se señala lo siguiente:

“Cada licitador deberá presentar una única proposición, (artículo 139.3 LCSP). La contravención de esta prohibición dará lugar a la inadmisión de todas las proposiciones incursas en duplicidad. (...)

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.(...)

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 y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración. Una vez presentada una proposición no podrá ser retirada bajo ningún pretexto.”

En el apartado segundo de la referida cláusula 27 se establece igualmente cual ha de ser el sistema de presentación de las proposiciones, indicándose lo siguiente:

“27.2. Sistema para la presentación de proposiciones

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 (...)*

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.”.

Pues bien, por lo que atañe a la duplicidad de presentación de ofertas en los procedimientos de contratación pública y sus consecuencias, los diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, tanto a nivel Central como Autonómico, han tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones, evidenciando en supuestos análogos al que nos ocupa que cuando los recurrentes no aportan pruebas que pongan de manifiesto o acrediten de forma irrefutable que la presentación de dos ofertas fue causada por dificultades técnicas no imputables a ellos y que procedieron de acuerdo con lo establecido en los pliegos y en las guías de ayuda que tienen a su disposición en las plataformas de contratación, la consecuencia no puede ser otra que la de tenerlos por excluidos de la licitación.

Así, en el Fundamento de Derecho cuarto de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1471/2019, de 19 de diciembre (Rec. 1314/2019), se señala lo siguiente:

«(...) Lo que determina la exclusión de las dos proposiciones presentadas por la UTE recurrente no es que las dos ofertas sean o no iguales, (lo que únicamente puede saberse al abrirse la documentación administrativa, acto que no se produce ya que automáticamente quedan invalidadas todas las ofertas presentadas) sino la presentación de más de una de ellas. En un supuesto similar se ha pronunciado recientemente este Tribunal en el Recurso nº 1017/2019 C.A. de Castilla- La Mancha 78/2019 Resolución nº 1228/2019 de 4 de noviembre de 2019:

«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. Conforme al artículo 139.3 LCSP-fundamento de la exclusión del recurrente-, cada licitador no podrá presentar más de una proposición y, en caso contrario ello determina la no admisión de todas las proposiciones presentadas. Esta previsión aparece expresamente recogida en la Cláusula 2.2.5.3 LCAP. En consecuencia, acreditada la presentación de dos proposiciones por el mismo licitador, resulta correcta la decisión del órgano de contratación de excluir a la mercantil recurrente. 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, la presentación de dos ofertas en el mismo procedimiento de contratación por la misma licitadora ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la presentación de dos ofertas respondió a dificultades técnicas en modo alguno imputables a él.

En el supuesto examinado, en ausencia de una prueba que acredite el mal funcionamiento de la Plataforma, sólo la recurrente es la responsable de la presentación de dos ofertas, cuando además fue ella quien consumió prácticamente la totalidad del plazo, quedándose sin capacidad de respuesta ante cualquier incidente informático o de similar naturaleza que pudiera plantearse, de forma que no actuó con la cautela y diligencia con la que debe contar el licitador a la hora de presentar sus proposiciones, exigibles con más rigor cuando se emplean medios electrónicos, en los que la experiencia evidencia que su uso no está exento de complicaciones e imprevistos».».

En igual sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 371/2019, de 11 de abril —a la que también se remite la Resolución 244/2020 del TARC de la Junta de Andalucía—, señala:

«En efecto, partiendo tanto del referido informe técnico como del propio Pliego y de la Guía a la que se remite el mismo se concluye, este Tribunal entiende que los problemas técnicos que pudieron ocasionarse durante la tramitación del procedimiento no pueden ser imputables al órgano de contratación. A más y más la presentación de dos ofertas por las recurrentes es imputable a las mismas que no siguen las indicaciones que en la citada Guía se recomiendan. Este Tribunal llega a esta conclusión por lo siguiente: en primer lugar, las empresas recurrentes no han aportado pruebas que indiquen que las mismas se pusieron en contacto con el buzón de soporte a usuarios contenido en la mencionada Guía indicando los problemas sufridos en la remisión de la documentación con anterioridad al plazo en el que finalizaba el plazo para presentar ofertas; en segundo lugar, las empresas recurrentes presentaron sus proposiciones el último día del plazo, lo que puede llevar a la conclusión de que las posibles licitadoras han hecho caso omiso de la recomendación relativa a la presentación de las ofertas con una antelación suficiente, al objeto de poder solucionar en plazo los problemas que se pudieran presentar, y finalmente, las recurrentes reciben sendos justificantes de haber presentado las dos proposiciones.(...)»

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 el 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.”».

Asimismo y por lo que respecta a si la Mesa de Contratación procedió de forma correcta ante el hecho de encontrarse con dos propuestas formuladas por un mismo licitador el cual alega la identidad entre ambas, traemos a colación lo señalado en el Fundamento de Derecho cuarto de la Resolución 82/2019, de 9 de abril dictada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que se indica lo siguiente:

«(..)La siguiente alegación de la recurrente es que, en este caso, no hay vulneración del artículo 139.3 LCSP-2017 porque en las distintas presentaciones efectuadas la propuesta presentada tenía idéntico contenido, al no ser ésta objeto de modificación, sino que simplemente fue completada sucesivamente.

Para analizar tal consideración hay que situarse, nuevamente, en si la actuación de la Mesa de contratación fue o no correcta. Pues bien, aceptar la tesis de la recurrente implicaría, cuando menos, que en situaciones como estas, donde constan múltiples presentaciones de ofertas para el mismo objeto contractual por un licitador, se tendría que analizar si en cada una de esas presentaciones hay o no una identidad exacta. Ante esto, este Tribunal considera que, siendo la formulación de las ofertas una carga responsabilidad del licitador, no es aventurado entender que ante una presentación múltiple de la oferta por el mismo licitador, la Mesa de contratación invoque y aplique el artículo 139 de la LCSP-2017. Es por ello que se considera improcedente la tesis de la recurrente, ya que llevaría a situaciones de muy difícil asunción en un procedimiento de contratación pública, como sería que ya desde un primer momento la Mesa tendría que abrir todos los sobres presentados por el licitador para hacer un pormenorizado análisis, con el objeto de comprobar si existe o no identidad, lo cual resultaría incompatible, cuando menos, con el respeto a los tiempos y trámites previstos en la ley para tales aperturas.»

Por otra parte y por lo que se refiere a las determinaciones contenidas en la **Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas**, la cual recordemos que se halla a disposición de los licitadores en la propia Plataforma de Contratación del Sector Público a través de la siguiente dirección electrónica: www.contrataciondeleestado.es, la misma contiene una explicación prolija y clara, tanto en texto como en imágenes, que permite a los interesados que toman parte en una licitación conocer el funcionamiento de la PCSP, tanto normal como anormal, y por tanto las cargas y facultades que tienen cuando proceden a su uso.

Así el apartado **4.2 “Problemas al firmar sobres”** se indica que *“Puede ocurrir que la aplicación no deje firmar y, sin embargo, no muestre ningún tipo de error. Le recomendamos que tenga en cuenta las limitaciones establecidas en el apartado 1.2.2.2 y las recomendaciones que se han descrito en el apartado 2.7*

NOTA: *Para comprobar la capacidad de memoria de su máquina virtual Java y tener mayor control sobre el tamaño de la oferta, se ha añadido unas funcionalidades a la herramienta, que muestran la memoria de la máquina virtual Java disponible y el tamaño que ocupa cada sobre. Vea la sección 1.4*

Si el problema puede estar relacionado con el tamaño total de la oferta, pulse Modificar Sobre Seleccionado, efectúe la reducción y proceda a realizar la firma del sobre de nuevo.

Otro de los problemas que se pueden presentar al firmar el sobre es que el botón de Firma se quede hundido, dando la impresión de que la Herramienta se ha quedado bloqueada. En este caso, le rogamos que espere porque transcurrido unos minutos se muestra la ventana para seleccionar los certificados.

En todo caso, si tiene problemas al firmar los sobres, contacte con licitacionE@hacienda.gob.es.”.

Asimismo, en el apartado **4.7.2 “La documentación nunca termina de enviarse”**, se señalan varios supuestos en los que se producen problemas durante el envío de la oferta, y en el apartado **4.7.3 “Problema con la obtención del justificante”** se advierte 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.”

En el apartado **6 “BUENAS PRÁCTICAS”**, se advierte 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.”*.

Finalmente, la Guía en su apartado **8 “CONTÁCTENOS”** señala: *“Recuerde que si experimenta problemas en la preparación y envío de las ofertas deberá contactar con: licitacionE@hacienda.gob.es Por favor, indique en su correo el expediente y el órgano de contratación que licita. Envíe todas las evidencias que puedan ayudarnos a resolver su problema, lo que incluye capturas de pantalla en caso de error y descripción detallada de la incidencia.”*, concluyendo finalmente 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.”***.

Proyectadas las advertencias y sugerencias contenidas en la referida Guía de Servicios en cuanto a cómo proceder para efectuar correctamente los envíos o para solucionar problemas que puedan surgir durante la confección y envíos de proposiciones, así como la doctrina de los Tribunales antes reseñadas aplicables al supuesto que aquí acontece, la cuestión clave pasa por dilucidar si la recurrente incurrió en la duplicidad de presentación de ofertas debido a un mal funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Estado o si, por el contrario, el error padecido únicamente es imputable a su actuación.

En el supuesto aquí analizado y de los antecedentes que figuran en el expediente que nos ha sido facilitado por el órgano de contratación, se infiere que el Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares que rige el contrato de servicio que ha sido objeto de impugnación —*en particular la cláusula 27 transcrita más arriba*— de forma expresa y clara establece cuál es la forma y el sistema de presentación de las proposiciones, los medios a través de los cuales han de ser enviadas las ofertas, el contenido de los sobres electrónicos, los medios de notificaciones y comunicaciones con el órgano de contratación, remite expresamente al contenido que ofrece la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para resolver problemas que puedan surgir durante el proceso de envío de propuestas, advierte de que es responsabilidad exclusiva de los licitadores constatar y comunicar cualquier incidencia en el momento de la presentación de las referidas proposiciones, o que la vulneración del principio de proposición única conlleva la inadmisión de todas las proposiciones incurso en duplicidad.

Pues bien, a pesar de ello y como reconoce la recurrente en su escrito, el 11 de noviembre de 2020 tras validar la primera oferta y constatar que el envío de la misma estaba en carga, decidió, de modo propio y sin que mediara consulta alguna para verificar la existencia de algún fallo de la plataforma, aperturar una nueva sesión, en paralelo y de forma simultánea a la primera, y presentar ese mismo día a las 19,59 horas una segunda oferta, y ello, a sabiendas de que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba a las 23,59 horas de ese día 11 de noviembre de 2020, sin que tampoco conste que pusiera en conocimiento del órgano de contratación con anterioridad a la finalización del referido plazo de presentación de ofertas y con la debida diligencia, su voluntad de retirar o desistir de alguna de las dos ofertas presentadas, no siendo hasta el día 17 de noviembre de 2020 cuando, como bien reconoce en su recurso, se dirigió por primera vez a través de un correo electrónico y un escrito por registro a la Mesa de Contratación para, en definitiva y ya sin plazo para poder rectificar su error, comunicarle que había incurrido en una duplicidad de presentación.

Y es que a diferencia de lo que invoca la recurrente, como hemos tenido ocasión de reseñar, entendemos que es un dato incontrovertido que cuando la Mesa de Contratación se reunió para la sesión de apertura de sobres se encontró con dos proposiciones presentadas por un mismo licitador el mismo día y a escasas horas de la finalización del plazo de presentación establecido, y ante estos hechos entendemos que resulta meridianamente claro el tenor literal contenido tanto en el artículo 139.3 de la LCSP, como en los pliegos que rigen la licitación y que fueron asumidos por la ahora recurrente, de forma incondicional, sin salvedad ni reserva alguna, desde el mismo momento en que presentó sus propuestas para participar en el procedimiento en cuestión, quedando de ésta forma vinculada a sus cláusulas y condiciones, pudiendo aseverar que en el supuesto aquí analizado, a nuestro juicio la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación ha sido ajustada a Derecho, pues la Mesa de Contratación debe actuar ajustándose a lo dispuesto en la LCSP y en el Pliego de Cláusulas, que excluyen expresamente la presentación de dos proposiciones por un mismo licitador, sin que tenga que entrar a valorar si se trata de proposiciones iguales o distintas, más aun habiendo transcurrido con creces los plazos de presentación de ofertas sin constancia de renuncia o voluntad expresa de retirar alguna de ellas, siendo las consecuencias del actuar de la recurrente la de estimar su exclusión por incurrir en la reiterada duplicidad de presentación de proposiciones.

Sin perjuicio de lo anterior y como hemos apuntado más arriba, en el supuesto ahora analizado se añade algo elemental como es el hecho de que la presentación de ofertas por medios electrónicos requiere adaptarse al procedimiento previsto para ello, 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 fuere necesario, al servicio de asistencia puesto a disposición de los licitadores o dirigirse al órgano de contratación con suficiente antelación a la finalización del plazo de presentación de ofertas, 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 sus propuestas el 11 de noviembre 2020, en concreto la segunda de ellas a las 19:59 horas, cuando el último día de plazo de presentación de ofertas concluía ese mismo día a las 23:59 horas, 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 el recurso interpuesto.

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 interpuesto por la sociedad **HERBECON SYSTEMS, S.L.** contra el acto por el que se acordó su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “**Servicio de control y registro de jornada laboral para el área de Recursos Humanos del Excmo. Ayuntamiento de Marbella**” (Expte. SE 176/2020).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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.