

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Centralia Global, S.R.L., contra la adjudicación a Factoría, Gestión y Consultoría, S.L., del contrato “Servicio de información y asistencia directa y diferida al ciudadano en materia de Vivienda y Rehabilitación”, expediente A/SER-010117/2021 (12-C/22) de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento abierto se publicó en el DOUE nº 2022/S 072- 192428 el 12 de abril de 2022, en el Perfil del contratante el 11 de abril de 2022, y en el B.O.C.M nº 91 de 18 de abril de 2022. El valor estimado asciende a 2.382.096,92 euros sin IVA.

El plazo de licitación finalizaba el 11 de mayo de 2022, a las 23:59 horas.

Segundo.- Consultada la aplicación informática NEXUS, se emite certificado de plicas el 12 de mayo de 2022, (publicado el 19 de mayo en el Portal de la Contratación Pública- Perfil de contratante) con la siguiente información:

Nº PLICA	LICITADOR	CIF
1	CENTRALIA GLOBAL, S.R.L.	B85576429
2	FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L.	B85802312
3	FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L.	B85802312
4	TELECYL, S.A.	A47310941

El mismo 11 de mayo Factoría, Gestión Y Consultoría, S.L. (en adelante FACTORÍA), presenta su oferta, cargándola en la plataforma electrónica. Ese mismo día vuelve a subirla, al comprobar que uno de los documentos carece de firma.

Con fecha 11 de mayo de 2022, la empresa FACTORÍA comunica, mediante correo electrónico dirigido al área de contratación (que aparece con el número 19 en el expediente remitido), que han presentado documentación dos veces y solicita sea tenida como admitida la última entregada, ya que en la primera figura un documento no firmado.

Este correo electrónico se remite el día 11 de mayo a las 11:04 horas:

“Buenos días, hemos subido la licitación correspondiente al expediente A/SER-010117/2021 (12-C/22) dos veces, rogamos acepten la última entrega ya que un documento no estaba firmado.

Adjuntamos el justificante de la oferta presentada.

Un saludo y gracias de antemano”.

Así se refleja en el acta de calificación de la documentación administrativa de la Mesa celebrada el 13 de mayo de 2022, (publicada en Perfil de Contratante el 19 de mayo) en la cual se recoge textualmente:

“Respecto a la presentación de dos plicas por la empresa FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L. (plicas 2 y 3), se señala que se ha recibido un correo electrónico en el que se manifiesta por el licitador que se acepte la última entrega (ref: 10/283103.9/22) pues en la primera (ref: 10/283048.9/22) figura un documento no firmado.

Siguiendo el criterio señalado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), en la Resolución nº 589/2021, de 30 de diciembre de 2021 (Recurso 580/2021), considera que la oferta válida será la indicada por el licitador, y en consecuencia, examinará únicamente la documentación recibida con número de referencia 10/283103.9/22. Por lo anterior se considera retirada la oferta presentada por el mismo licitador con el número de referencia 10/283048.9/22”.

Centralia Global, S.R.L. (en adelante CENTRALIA) presenta escrito, que responde la Mesa de contratación en 23 de mayo:

“Dña. C. M. señala que remitió correo electrónico acerca de la presentación de dos plicas por parte de la empresa FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L. Por parte de la Mesa se le contesta que la retirada de oferta se realizó en plazo. La representante de CENTRALIA GLOBAL, S.R.L. indica que presentarán escrito por los cauces oficiales”.

El 23 de mayo de 2022, la empresa CENTRALIA presenta solicitud de vista del expediente. Se responde a la misma con fecha 26 de mayo de 2022. El 31 de mayo se vuelve a remitir nueva solicitud de vista del expediente, que es contestada por el área de contratación al día siguiente.

Mediante Orden de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de 11 de agosto de 2022, se adjudica el contrato.

Tercero.- El 23 de agosto se interpone recurso especial en materia de contratación, instando la nulidad de la adjudicación por duplicidad de ofertas, y, además:

“Que el tribunal aplique la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público reconociéndose impelido a entrar en el fondo y con competencia para

enjuiciar con los datos objetivos aportados, un incumplimiento de la normativa evidenciado.

1. Sea comprobada la identidad de los documentos aportados en los dos registros. En caso de que no sean coincidentes los ficheros aportados, sea excluido el licitador LA FACTORÍA de la licitación, retrocediéndose las actuaciones para proponer al licitador CENTRALIA como adjudicatario del contrato.

2. Que en el caso de que realmente hayan desaparecido esos documentos (algo difícilmente creíble), se nos muestre al menos el registro de presentación de la primera entrega que NO PUEDE HABER DESAPARECIDO, y se pueda comprobar que al menos incorporaron el mismo número de documentos, ya que si no fuera así, serían 2 proposiciones diferentes. En caso de que ni siquiera sea considerada esta petición, sean las actuaciones a la fecha viciadas de nulidad y se resuelva la licitación sin adjudicatario al no poder garantizarse la integridad del proceso y el cumplimiento de las normas que rigen la contratación así como la Ley de Procedimiento común.

3. Que se tomen medidas provisionales destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.

Cuarto.- El 26 de agosto de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- El 2 de septiembre presenta alegaciones Factoría, Gestión y Consultoría, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en este procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo adjudicación fue publicado el 12 de agosto de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 23 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de adjudicación en un contrato cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente lo motiva en la presentación por parte de FACTORIA de dos propuestas, vulnerando el artículo 139.3 de la LCSP que impide la presentación de más de una oferta por parte de un licitador. Mantiene que la admisión de dos ofertas presentadas por el mismo licitador conculca el principio de igualdad entre licitadores. El argumento del error de la falta de firma en la primera documentación presentada no sirve a presentar una segunda, porque la jurisprudencia permite subsanar esta falta de firma.

Se le ha impedido acceder al expediente para poder comprobar si existen dos proposiciones diferentes, en vez de una duplicidad de la misma proposición, argumentando que de ser diferentes procede la exclusión de FACTORIA.

El órgano de contratación afirma que la Mesa no examina si las ofertas están o no duplicadas, sino solo la voluntad del licitador de retirar la primera, que no se abre, y en su consecuencia desaparece de la aplicación NEXUS al ser rechazada. No obstante, ante la insistencia del recurrente *“se ha realizado una búsqueda de las plicas registradas aquel día en la aplicación ereg. Normalmente no se utilizan dichos registros, pues la aplicación LICIT@ conecta directamente con NEXUS y es en dicha aplicación donde se constatan las ofertas recibidas. Realizada la comprobación, efectivamente, la aplicación ereg recoge la documentación presentada tal y como indica la Ley. Se incluye en los documentos 22 y 23 de los remitidos. Como se puede observar, la segunda presentación incluye un documento más: otro DEUC. Probablemente se trate del DEUC inicial aportado sin firma, que se presenta ahora junto con el DEUC firmado. El anexo I bis ya había sido presentado en la primera oferta, pese a lo que aventuraba CENTRALIA”*.

Efectivamente, existe una serie de escritos cruzados entre CENTRALIA y el órgano de contratación sobre el acceso al expediente. Al primero ya contesta el 26 de mayo poniendo a su disposición el correo electrónico de retirada de la primera proposición: *“Respecto al documento que les interesa en cuestión, adjunto se remite comunicación de la empresa FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L. acerca de la retirada de su oferta. Como podrán observar, se trata de un correo electrónico recibido el miércoles 11/05/2022 a las 11:04, cuando el plazo de recepción de las ofertas aún no había finalizado. Este tipo de comunicaciones se admiten en este formato, por el criterio antiformalista por el que aboga la jurisprudencia. En este mismo sentido, cuando los licitadores realizan consultas sobre expedientes, se les contesta por correo electrónico, sin perjuicio de publicar, cuando sea necesario, las respuestas para general conocimiento”*. Y afirma que *“al consultar la aplicación NEXUS, figuran dos ofertas de la empresa FACTORÍA, GESTIÓN Y CONSULTORÍA, S.L. razón por la cual se recogen ambas en el certificado de plicas. Sin embargo, al mostrar esta cuestión a los miembros de la mesa de contratación para la calificación de la documentación administrativa, la mesa interpreta que no existen dos ofertas presentadas, sino solo una, pues la propia empresa ha indicado cuál es la oferta válida, de conformidad”*.

En nuevo escrito de 31 de mayo se vuelve a solicitar vista del expediente, al objeto de comprobar que las dos ofertas remitidas tienen la misma información. El hecho de presentar documentos diferentes o de diferente contenido debería acarrear la inadmisión de ambas por exclusión del licitador. Atendiendo a la resolución del TACP 210/2020 en el que una empresa fue excluida por un órgano por presentación duplicada de proposición, se establece lo siguiente: *“(...) En todo caso es claro que antes de excluir a la licitadora la Mesa debe comprobar si se da el supuesto del artículo 139.3 de la LCSP, que prohíbe la presentación de proposiciones simultáneas, o si es una mera duplicación. La Mesa de contratación deberá constatar el hecho de que las ofertas son coincidentes, circunstancia que solo se puede efectuar procediendo a la apertura de las mismas”.*

El 1 de junio se contesta a la empresa, que la Mesa no comprobó si las ofertas estaban duplicadas o eran diferentes, sino la voluntad de la empresa de retirar la primera oferta y si la misma se estimaba justificada.

En su contestación al recurso cita el órgano de contratación varias resoluciones de este Tribunal. La Resolución 381/2018 del TACP, estima el recurso a favor de una empresa que retiró la primera de sus ofertas, exponiendo el Tribunal que *“lo procedente hubiera sido tener por retirada la primera proposición y avenirse a la segunda y en lugar de entender, sin más, que existían dos proposiciones”*, que es precisamente como ha actuado la Mesa en el supuesto que nos ocupa. En este mismo sentido se estimó como procedente el actuar de la Mesa en la Resolución nº 589/2021, de 30 de diciembre de 2021, del TACP.

FACTORIA cita por extenso el Recurso 377/2018, Resolución 381/2018 de 5 de diciembre de este Tribunal, que es un supuesto muy similar:

“Esencialmente que antes del plazo final de presentación de proposiciones (a las 19 horas del día 24 de octubre: antecedente primero) el licitador comunicó al órgano de contratación la retirada por un error de la primera proposición sustituida por la segunda. Por correo electrónico, ante la imposibilidad de contactar telefónicamente. Y corrobora posteriormente por burofax el día 26 (letra d) fundamento jurídico sexto).

Es de señalar que la PCSP tanto permite la presentación de dos proposiciones como impide la retirada de la primera remitiendo a la decisión del órgano de contratación, para que evalúe la causa justificada de tal retirada.

La Mesa tiene conocimiento de esta circunstancia y toma su decisión a resultas del informe jurídico cuatro días después de la presentación.

Intención alguna de presentar dos proposiciones con vulneración de los principios que fundamentan el artículo 139 de la LCSP no existe, cuando los propios correos transcritos dan cuenta de la contestación de la PCSP sobre imposibilidad de retirar o modificar proposiciones. Y escribió al órgano de contratación instando la retirada de la primera dentro de plazo.

A ello cabe añadir que la norma jurídica responde a una finalidad, no reviste un carácter meramente formal, y el criterio finalista preside siempre su interpretación (artículo 3.1 del Código Civil: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”).

Esto expuesto y a la vista incluso de los correos cruzados con la PCSP (igualmente transcritos) que explican al órgano de contratación la imposibilidad material de retirar sin más la proposición y las explicaciones dadas al licitador, lo procedente hubiera sido tener por retirada la primera proposición y avenirse a la segunda y en lugar de entender, sin más, que existían dos proposiciones.

Fundamentalmente, la finalidad de que no pueda un licitador presentar dos proposiciones es evitar situaciones ventajistas contrarias a los principios de igualdad y concurrencia, de modo tal que compita contra sí mismo con diversas posibilidades de resultar adjudicatario. Como dice Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), que señala lo siguiente, en su Consideración Jurídica segunda: <(…) II. El artículo 145 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), relativo a las proposiciones de los interesados, establece, en su apartado 3, que ‘cada licitador no puede presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre

presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica’, y que ‘la infracción de estas normas da lugar a la no admisión de todas las propuestas él suscritas’. (Actual Artículo 139.3 de la LCSP) El principio de proposición única que este precepto establece tiene como fundamento, por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que ‘liciten’ contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública, cosa que no se daría si se admitiera que una empresa licitadora presentara más de una oferta, ya que este hecho podría colocarla en una posición de ventaja respecto del resto, así como suponer un riesgo de manipulación del procedimiento. En definitiva, con este principio se pretende garantizar la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública”.

A juicio de este Tribunal la cuestión que plantea el expediente no es si existen dos proposiciones diferentes o una sola proposición duplicada, debiendo excluir al licitador en el primer caso, que es la argumentación sobre la que pivota el recurso y los escritos a la Mesa de contratación de CENTRALIA. Una vez se admite por la Mesa la retirada de la primera proposición, no procede comprobar el contenido de las dos para ver si son iguales o diferentes, solo hay una.

Esta retirada se entiende justificada por la Mesa que cita el artículo 80. 5 del RGLCAP, según el cual: *“Una vez entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada”.*

Conforme a nuestra doctrina, la Mesa de contratación actuó correctamente. En Resolución 589/2021 de 30 de diciembre hemos concluido:

“Es por ello que tras la información suministrada por el licitador Cuevas Cortijo sobre cuál es la oferta válida, la mesa de contratación con un perfecto criterio basado en la doctrina no solo de este Tribunal, sino también del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales así como de otros de carácter autonómico, desechen la primera de las ofertas presentadas no procediendo a su descifrado y

admitan como la única válida la presentada en segundo lugar, dentro del plazo de licitación y marcada por el licitador como la correcta, procediendo a su conocimiento.

La tramitación electrónica de las ofertas siempre ofrece el mismo criterio a la hora de modificar una oferta, solicitar su retirada, no tener constancia de su recepción, carecer de firma o cualquier otra cuestión que conlleve su retirada y subsanación. Es imposible retirar o modificar una oferta enviada válidamente, por lo que solo queda enviar nuevamente la propuesta e informar al órgano de contratación para su conocimiento y actuación en consecuencia.

Por lo tanto la Resolución de este Tribunal 30/2019 invocada por el órgano de contratación, si bien se distancia en los presupuestos de hecho, en su finalidad y argumentación es plenamente aplicable al caso que nos ocupa. Cualquier error, sospecha, falta de archivos o documentaciones o firmas que afecten a una propuesta enviada no pueden ser subsanados por lo que solo resta el envío de una nueva y el aviso al órgano de contratación declarándola retirada”.

Procede desestimar el recurso, siendo innecesario entrar a valorar el contenido de los documentos aportados en los dos registros electrónicos, si son idénticos o diferentes, porque el primero se rechaza, no existiendo desde entonces más que uno válido, el segundo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Centralia Global, S.R.L., contra la adjudicación a Factoría, Gestión y Consultoría, S.L., del contrato “Servicio de información y asistencia directa

y diferida al ciudadano en materia de Vivienda y Rehabilitación”, expediente A/SER-010117/2021 (12-C/22) de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.