EB 2022/121

EB 2022/127

Resolución 172/2022, de 8 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil TELEVIDA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.L.U. contra la inadmisión de su oferta en la licitación del contrato de "Servicio de teleasistencia para la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de julio de 2022 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) la petición de adopción de medida cautelar (identificada como EB 2022/121) solicitada por TELEVIDA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.L.U. (en adelante, TELEVIDA) contra la inadmisión de su oferta en la licitación del contrato de "Servicio de teleasistencia para la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicha solicitud fue estimada mediante la Resolución 022/2022, de 10 de agosto, de la Titular del OARC / KEAO.

SEGUNDO: Con fecha 29 de julio de 2022 la misma mercantil TELEVIDA interpuso, en el registro del OARC / KEAO, un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato citado anteriormente.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4457-HKS5 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4457-HKS5 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: El mismo día 29 de julio se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). Dicha documentación se remitió a este Órgano el día 1 de agosto.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de agosto, se han recibido el 8 del mismo mes las alegaciones de ILUNION SOCIOSANITARIO, S.A. (en adelante, ILUNION).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. A.J.D.M. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

En lo que se refiere a la inadmisión de la oferta, el artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) 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.»

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: **Alegaciones del recurso**

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

a) El acta impugnada por la que se excluye la oferta de la recurrente infringe lo dispuesto en los artículos 136 y 156 de la LCSP, en relación con los principios de libre concurrencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132 de la LCSP, toda vez que TELEVIDA presentó su propuesta dentro del plazo habilitado. En efecto, a pesar de que el poder adjudicador ha excluido la oferta de TELEVIDA por no haber presentado la oferta en plazo por un problema no imputable a la Plataforma de contratación, lo cierto es que la recurrente sí que cargó, envió y presentó toda la documentación necesaria dentro del plazo establecido. Además, ante los problemas de conexión habidos durante el proceso de presentación de la oferta, la recurrente se puso en contacto con los servicios técnicos de la Plataforma, de forma que fue abierta la incidencia INC00002779428, incidencia que nunca fue resuelta, de forma que no han podido ser diagnosticados los motivos por los cuales el órgano de contratación no pudo recepcionar la propuesta de TELEVIDA. En definitiva, no ha quedado

acreditado en el expediente que el fallo técnico sea atribuible a la recurrente, por lo que no cabe su exclusión.

b) El anuncio de licitación establece que el plazo de presentación de las propuestas es de 30 días naturales; sin embargo, la administración fijó como límite de presentación las 13.00 horas del 7 de julio cuando el anuncio se publicó el 7 de junio a las 13:59 horas, por lo que no se ha respetado íntegramente el plazo de los 30 días naturales contemplado en los pliegos.

c) Subsidiariamente, ha existido una infracción de los dispuesto en los artículos 68 de la LPAC y la cláusula 15.1 del PCAP por no habilitar un plazo de subsanación para permitir al recurrente intentar una nueva presentación de su propuesta, pues la incidencia técnica ocurrida no es atribuible a TELEVIDA.

d) Finalmente, se solicita que se anule el Acta impugnada y se admita la propuesta de TELEVIDA en el procedimiento de contratación; subsidiariamente, se amplíe el plazo para que la recurrente complete el envío de su oferta, así como un plazo de subsanación. Asimismo, y mediante Otrosí se solicita la vista de expediente para completar el recurso.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de ILUNION</u>

ILUNION se opone a la estimación del recurso, de forma resumida, por lo siguiente:

a) A pesar de lo manifestado por la recurrente, lo cierto es que no presentó ninguna oferta en el plazo establecido. Además, no solo no aporta prueba alguna que acredite de forma indubitada que la falta de presentación de la oferta respondía a causas que no le eran imputables, sino que dos informes del Servicio Técnico de la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi acreditan lo contrario. En efecto, en esos informes se concluye que la no finalización con éxito de la remisión de la oferta por parte de la empresa afectada no está asociada a posibles errores de infraestructura ni de aplicación. En definitiva, el acuerdo de exclusión se encuentra

plenamente ajustado a derecho, sin que pueda admitirse la oferta de TELEVIDA fuera del plazo si no se quieren contravenir los principios fundamentales de la contratación pública.

b) En relación a la alegación sobre el incumplimiento del plazo mínimo para la presentación de las ofertas, es decir, la relativa a que el órgano de contratación no ha respetado el plazo de 30 días naturales que establece el artículo 156 de la LCSP, debe indicarse que la recurrente omite burdamente y con mala fe que el cómputo debe realizarse desde la fecha del envío del anuncio al DOUE, de forma que en el presente caso transcurrieron 34 días naturales desde la fecha del envío hasta la fecha de finalización del plazo, cumpliéndose, por tanto, el plazo mínimo de los 30 días. En conclusión, no ha existido infracción alguna de los artículos 136 y 156 de la LCSP, en relación con lo dispuesto en el artículo 30 de la LPAC, que invoca la recurrente ni cabe impugnar ahora lo recogido en los pliegos por ser extemporáneo y no existir supuesto de nulidad de pleno derecho alguno.

c) No cabe alegar infracción del artículo 32.4 de la LPAC, basándose en que la incidencia abierta nunca fue resuelta y en que el servicio técnico de la Plataforma no ha determinado en ningún momento la procedencia de la incidencia, pues dicho servicios técnicos lo único que podían acreditar es que no se produjo ningún problema técnico en la propia plataforma, tal y como lo hicieron y consta en el expediente, sin que sea su función determinar que el origen del problema se debía al equipo informático o la conexión a internet de la recurrente.

d) Tampoco debe aceptarse la alegación de que se le conceda un plazo de subsanación, pues supone un manifiesto fraude de ley. Así, hay que señalar que el trámite de subsanación está previsto para defectos u omisiones “subsanables” en la documentación presentada, pero no cabe cuando nada ha sido presentado.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por los siguientes argumentos:

a) Tras recibir la solicitud por parte de la recurrente de que se admitiera su oferta debido a que por problemas técnicos no pudo presentarla en el plazo establecido, se procedió a solicitar informe al servicio informático de asistencia técnica de la Plataforma Kontratazioa. En dicho informe se indicaba que, según la trazabilidad constatada por la plataforma, la mercantil recurrente realizó tres intentos de envío de sus propuestas a las 12:36, a las 12:43 y el último a la 12:45 horas, respectivamente. De igual modo se creó una incidencia a las 12:48:22, es decir, 12 minutos antes de la finalización del plazo. Asimismo, se concluía en el informe que la no finalización con éxito de la remisión de la oferta no estuvo asociada a posibles errores de infraestructura ni de aplicación, pues se recibieron correctamente ofertas de otras empresas a lo largo de ese último día. Por último, ha de indicarse que a las 12:46 horas de ese mismo día en un expediente distinto otra empresa licitadora presentó su oferta sin problema alguno.

b) Respecto al plazo de presentación cuyo incumplimiento alega la recurrente, se indica que el anuncio de licitación fue remitido al DOUE el 3 de junio de 2022, siendo el siguiente el *dies a quo,* por lo que se ha respetado sobradamente los 30 días establecidos el artículo 156.2 de la LCSP.

c) No cabe la subsanación de la propia falta de la presentación de la oferta, toda vez que no se han advertido errores en la infraestructura informática o en la aplicación, pues supondría la vulneración de los principios contractuales.

d) Por último, se entiende efectuado el acceso al expediente solicitado mediante la remisión del nuevo informe ampliado del servicio informático de asistencia técnica de 18 de julio de 2022.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En resumen, el recurrente impugna la no admisión de su oferta porque el no éxito de su remisión se debió a un error de la plataforma de contratación que impidió su correcto envío y solicita la anulación del acto recurrido y la admisión de su

propuesta. Previamente al análisis de la pretensión debe resolverse la solicitud de acceso al expediente, ya que acceder a ella supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente

El recurrente solicita el día 13 de julio el acceso, fundamentalmente, a toda la documentación técnica que soporta el informe de los servcios técnicos, y que permite determinar la trazabilidad a través de la aplicación de la Plataforma Kontratazioa de su actuación en el marco del citado concurso, así como toda la información relativa a la incidencia número INC000002779428 (INC0199499) de fecha 7 de julio de 2022, abierta por los servicios técnicos de la citada Plataforma ese mismo día. Por su parte, el órgano de contratación señala que dicho acceso ha de entenderse concedido con la remisión del informe ampliado de fecha 18 de julio de 2022.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los

intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión (Resolución 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, este Órgano estima que no procede el acceso requerido. Debe tenerse en cuenta que a fecha de presentación del recurso la recurrente disponía del informe técnico ampliado de 18 de julio, además del primero de 7 de julio, por lo que ha de considerarse que el acceso ha sido ya efectuado a los efectos de poder elaborar un recurso suficientemente fundado, tal y como ha ocurrido.

b) Sobre la validez de la decisión de no admitir la oferta de TELEVIDA

La base de la impugnación planteada consiste en afirmar que hubo un funcionamiento anormal en la plataforma de licitación que privó a la recurrente de la posibilidad de presentar la oferta. A juicio de este OARC / KEAO, esta argumentación no puede aceptarse y, consecuentemente, este motivo impugnatorio debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen:

1) Constan como hechos que (i) el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 7 de julio de 2022 a las 13:00 horas, periodo en el que la recurrente no presentó su oferta, (ii) el otro licitador (ILUNION) en el presente procedimiento presentó su oferta a las 12:21 de ese día, (iii) la recurrente intentó presentar hasta en tres ocasiones la oferta, concretamente, a las 12:36, 12:43 y 12:45 horas del 7 de julio, y (iv) el primer contacto de la recurrente con el CAU de la Plataforma se produjo a las 12:48 horas, esto es, 12 minutos antes de la finalización del plazo, abriéndose la correspondiente incidencia.

2) Constan en el expediente remitido dos informes emitidos por la propia Plataforma de Contratación en Euskadi en los que se concluye que *"La no finalización con éxito de la remisión de la oferta por parte de la empresa afectada, no está asociada a posibles errores de infraestructura ni de aplicación."*. En dichos informes también se manifiesta que el día 7 de julio la Plataforma estuvo funcionando correctamente, como lo demuestra el hecho de que se realizaron múltiples presentaciones a los distintos expedientes, incluido al que nos ocupa.

3) La recurrente mantiene que intentó solventar el problema con los servicios técnicos de la Plataforma y al efecto se abrió una incidencia a las 12:48:22 horas, sin que esta se resolviera durante el plazo de presentación de ofertas, que finalizaba a las 13:00 horas, por lo que no pudo registrar su oferta dentro del plazo establecido. A los efectos del presente recurso es irrelevante que dicha incidencia se cerrase por haber finalizado el plazo de presentación de ofertas (una vez que ha quedado acreditado en el expediente que el motivo de la no recepción de la oferta de TELEVIDA no se debió a posibles errores de la Plataforma), pues no corresponde a dicho Servicio Técnico determinar el origen del problema en los equipos o conexión de la recurrente.

4) Sopesadas todas estas circunstancias y, en concreto, teniendo en consideración que (i) otros licitadores han presentado correctamente sus

ofertas antes de las 13:00 horas del 7 de julio de 2022, tanto en el presente expediente de contratación como en otros distintos, (ii) que el CAU de la Plataforma ha indicado que no consta ninguna incidencia de un funcionamiento anormal de la plataforma, y (iii) que las primeras trazas de los intentos de remisión de oferta por la recurrente que muestra el servidor corresponden a las 12:36 horas del día 7 de julio, esto es, con menos de 30 minutos para la finalización del plazo establecido para ello, cabe concluir que no existen causas imputables al poder adjudicador que impidiesen a la recurrente presentar su oferta en plazo (arts. 136 y 156.6 LCSP), toda vez que no consta (ni el recurrente acredita) que la plataforma tuviese algún problema en fecha 7 de julio de 2022 que le impidiera presentar su proposición.

5) Finalmente, cabe poner de manifiesto que la cláusula 12.2.1.2 del PCAP dispone que Se entenderá recibida la oferta en el plazo de presentación si se inicia la transmisión dentro de él y finaliza con éxito. A estos efectos, se entenderá que se inicia la transmisión de la oferta dentro de plazo si la representación de la licitadora pulsa el botón de *"envío"* dentro del plazo establecido y se entenderá que la transmisión finaliza con éxito con la entrada en el registro electrónico de los documentos que integran la oferta presentada y, sin perjuicio del derecho de la recurrente a presentar su oferta hasta el último instante del plazo conferido al efecto, tal y como ha manifestado este OARC / KEAO con anterioridad "una empresa que opte por utilizar un periodo tan apurado debe ser consciente de que corre el riesgo de no disponer de un margen suficiente para solucionar posibles incidencias fortuitas o imputables a ella misma" (Resolución 182/2018) y que "tampoco puede pretender que la asistencia técnica facilitada por la Plataforma para ayudar en el proceso de envío sea tan eficaz en ese caso como cuando se trabaja sin tanta premura" (Resolución 167/2019 y en la misma línea la Resolución 133/2020).

c) <u>Sobre el plazo de presentación de ofertas</u>

La recurrente alega que el plazo mínimo de presentación de ofertas de 30 días establecido en el anuncio de licitación, de conformidad con lo señalado en el artículo 156 de la LCSP, no ha sido respetado por el órgano de contratación.

Este motivo ha de ser igualmente desestimado, pues consta en el expediente que, si bien el anuncio fue publicado en la plataforma de Euskadi el 7 de junio de 2022 a las 13:59 hora y se estableció como hora límite de presentación las 13:00 horas del día 7 de julio, el órgano de contratación remitió el anuncio a la Oficina de Publicaciones de la UE el 3 de junio, siendo, por tanto, a partir del día siguiente (4 de junio) cuando comenzó a computarse el plazo, lo que supone un cumplimiento holgado del mínimo exigido de 30 días naturales.

d) Sobre la concesión del trámite de subsanación para poder presentar la oferta

TELEVIDA considera que se han infringido los artículos 68 de la LPAC y 15.1 del PCAP por no habérsele concedido un plazo para subsanar su oferta y solicita, subsidiariamente, la concesión de dicho trámite para presentar su oferta. Esta alegación debe ser desestimada, pues solo cabe la subsanación, en su caso, de lo incorrectamente presentado, pero no de lo que no se ha presentado en absoluto en el tiempo establecido, una vez acreditado que la no recepción de la oferta por parte del órgano de contratación no se debió a un error de funcionamiento de la Plataforma. Debe añadirse que acceder a la petición de la recurrente supondría la conculcación de los más elementales principios de la contratación pública, como el de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP).

e) Conclusión

En vista de todo lo anteriormente expuesto, procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma

de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil TELEVIDA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.L.U. contra la inadmisión de su oferta en la licitación del contrato de "Servicio de teleasistencia para la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko azaroaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de noviembre de 2022