



EB 2024/120

Resolución 208/2024, de 11 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 AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. contra la imposibilidad de enviar telemáticamente su oferta a los lotes 1 y 2 del contrato de “Servicios de colaboración con la Intervención General del Ayuntamiento de San Sebastián para la realización de actuaciones de control financiero (lotes 1 y 2), así como para la contratación conjunta esporádica de servicios de auditoría de cuentas de las entidades obligadas a auditarse conforme a la legislación mercantil (lote 3)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de julio de 2024 se presentó 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. contra la imposibilidad de enviar telemáticamente su oferta a los lotes 1 y 2 del contrato de “Servicios de colaboración con la Intervención General del Ayuntamiento de San Sebastián para la realización de actuaciones de control financiero (lotes 1 y 2), así como para la contratación conjunta esporádica de servicios de auditoría de cuentas de las entidades obligadas a auditarse conforme a la legislación mercantil (lote 3)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: El mismo día 19 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de



Nahi izanez gero, J0D0Z-T6A2Q-2H5K bilagailua erabiltzaileak, dokumentu hau egiazkoa dela ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T6A2Q-2H5K en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



contratación, el informe al 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). Dicha documentación se recibió los días 22 y 26 de julio de 2024.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de julio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.I.V., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

El poder adjudicador considera que el recurso debe ser inadmitido por no existir ninguno de los actos recurribles relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP. Opone a la recurrente, que sostiene que el Ayuntamiento ha acordado inadmitir su oferta a los lotes 1 y 2 por no remover los obstáculos técnicos de la plataforma de contratación que le impidieron la presentación de la oferta a los lotes 1 y 2 en tiempo y forma, que tal decisión no ha sido adoptada ni por la Mesa de contratación ni por el órgano de contratación ni ha habido problema técnico alguno en la plataforma que impidiera la presentación de la oferta.



A juicio de este Órgano esta alegación del Ayuntamiento debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) A los efectos de la Directiva 89/665 (en adelante, “Directiva de recursos”), que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es impugnabile cualquier decisión de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública, por así exigirlo el efecto útil de la citada Directiva 89/665 (por analogía y en lo relativo a la decisión de contratar, ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/1/2005, C-26/03. ECLI:EU:C:2005:5, apartados 33 y siguientes). En este caso, la imposibilidad de poder participar en el procedimiento de adjudicación por no permitírsele la herramienta de licitación electrónica comporta los mismos efectos que los de una exclusión del procedimiento de contratación: un licitador que quiere participar en un procedimiento de adjudicación para obtener el contrato se ve privado de la posibilidad de enviar su oferta.
- 2) El artículo 1, apartados 1 y 3 de la Directiva 89/665 establece que (“Directiva de recursos”) toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control previsto en la citada norma y los Estados miembros velarán porque se ofrezca acceso a procedimientos de recurso, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. La “Directiva de recursos” no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de “Decisión”, lo que ha motivado que la jurisprudencia europea considere como tal la admisión de una oferta (ver, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 5 de abril de



2017, asunto C 391/15 Marina del Mediterráneo, S.L. y otros ECLI:EU:C:2017:268) o la decisión de contratar (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, asunto C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, apartados 28 y 33 y, por todas, la Resolución 58/2024). Consecuentemente, toda decisión de un poder adjudicador expresa o tácita, que sea susceptible de infringir las normas sobre contratación pública, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en la “Directiva de recursos”.

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, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián, tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La relación de hechos alegada es la siguiente:

- ✓ El plazo de presentación de ofertas vencía el jueves 11 de julio de 2024 a las 23:59 horas y a las 16:05 horas del mismo día 11 de julio se incorporó la oferta al Lote 3 a la plataforma de licitación y se envió telemáticamente para su registro.
- ✓ Acto seguido, se intentó incorporar a la plataforma la oferta a los lotes 1 y 2 pero, la plataforma de licitación no permitió su envío y presentación por entender que la oferta ya estaba realizada (*la correspondiente al Lote 3*).



- ✓ Ante la imposibilidad de poder presentar la oferta a los lotes 1 y 2, se procedió a intentar retirar la oferta realizada respecto al Lote 3 al objeto de poder, posteriormente, presentar una nueva oferta incluyendo la documentación correspondiente a los tres lotes.
- ✓ Sin embargo, tras solicitarse el borrado del envío de la oferta del Lote 3, este quedó bloqueado como “*solicitud de borrado*” por lo que no se permitía modificar la licitación.
- ✓ Tras múltiples intentos de contactar a través de los teléfonos y correos electrónicos habilitados para ello en los pliegos sin obtener respuesta alguna, se procedió a contactar con el Centro de Atención a Usuarios del Departamento de Contratación (CAU EKTZ) con el fin de trasladar el problema técnico existente en la plataforma y poder disponer de apoyo para solventar el referido problema a lo que se contestó que se requería del poder adjudicador encargado de la tramitación del expediente, facilitando al respecto los datos de contacto de este (email y número de teléfono).
- ✓ A las 19:14 horas, se remite correo electrónico al órgano de contratación del Ayuntamiento informando de (i) la incidencia por problema técnico de la plataforma en la presentación de la licitación (INC 1091910), (ii) la voluntad de presentar oferta dentro del plazo a los tres lotes, y (iii) subsidiariamente, si no es posible aportar la oferta de los Lotes 1 y 2, que no se proceda al borrado de la oferta presentada por el Lote 3.
- ✓ Tras no obtener respuesta a ello, el día 12 de julio, se envía un e-mail y se contacta telefónicamente con el poder adjudicador quienes le manifiestan que AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. no concurre a la licitación de los Lotes 1 y 2 y que proceden a la apertura de los sobres. Adicionalmente, se informa a AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. que se le enviará un requerimiento de aclaración en relación con el borrado o mantenimiento de la oferta correspondiente al Lote 3 para su cumplimentación.



b) A la vista de lo relacionado en el apartado a) anterior, se alega que el poder adjudicador ha imposibilitado la libre concurrencia del recurrente a la licitación, lo cual es un motivo de impugnación por concurrir causa de nulidad prevista en los artículos 39.1 de la LCSP y 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA).

c) Finalmente solicita que se declare la nulidad y/o anulabilidad de la inadmisión de la oferta de AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. correspondientes a los Lotes 1 y 2, y se ordene al órgano de contratación del Ayuntamiento de San Sebastián la admisión de estas antes de la apertura de sobres y/o adjudicación de los correspondientes contratos.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por considerar que la no presentación de la oferta únicamente es imputable a la falta de diligencia de la licitadora que esperó hasta el último día y última hora (fuera del horario de oficinas del Ayuntamiento) del plazo de presentación de ofertas para realizar el envío. En apoyo de esta tesis aporta las Resoluciones 385/2019 y 341/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente pretende que su oferta a los lotes 1 y 2 sea admitida al procedimiento de adjudicación, ya que su orden de borrado de la oferta al lote 3, que impedía la presentación de oferta a los otros dos lotes, no fue resuelta en plazo por el poder adjudicador. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso debe estimarse por las razones que a continuación se exponen

- 1) Este Órgano ha manifestado con anterioridad que, si bien es claro que los operadores económicos tienen derecho a elegir el momento de presentación de su proposición, siempre que esté dentro del plazo



concedido para ello (ver la Resolución 194/2023), quien opte por utilizar un periodo cercano al final del plazo 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 no puede exigir que la asistencia técnica facilitada por la Plataforma para ayudar en el proceso de envío sea tan eficaz como cuando se trabaja sin tanta premura (Resoluciones 167/2019 y 133/2020). Así, ha considerado procedente la inadmisión de la oferta cuando la no presentación en plazo se ha debido a una falta de diligencia previa, como no verificar previamente las herramientas necesarias para realizar la transmisión de los datos (Resolución 169/2023) o cuando no queda acreditada la concurrencia de causas imputables al poder adjudicador que impiden presentar la oferta en plazo (Resolución 133/2020).

- 2) En el supuesto que nos ocupa, constan en el expediente los siguientes datos:
 - (i) El plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 11 de julio de 2024 a las 23:59 horas y el recurrente remitió su oferta al Lote 3 a las 16:05 horas.
 - (ii) Las ofertas a los lotes 1 y 2 no se pudieron remitir porque ya se había presentado una oferta (la del lote 3) y la plataforma no permite realizar un nuevo envío ni adjuntar documentos nuevos al expediente, salvo que dicha oferta sea retirada o eliminada.
 - (iii) La recurrente efectuó una solicitud de borrado de su oferta al lote 3 a las 17:41 horas, que no fue revisada / aceptada por el poder adjudicador.
 - (iv) Tras la solicitud de borrado de la oferta, la recurrente generó una incidencia en el Centro de Atención al Usuario a las 18:17 horas y, a las 19:14 h remitió un correo electrónico al poder adjudicador



relatando las incidencias acontecidas y manifestando su voluntad de presentar oferta a los tres lotes y, subsidiariamente, solicitando que no se procediera al borrado de la oferta efectuada al Lote 3 si resultaba imposible presentar la documentación relativa a los lotes 1 y 2.

- 3) El poder adjudicador manifiesta falta de diligencia del recurrente en el momento de preparar y enviar la oferta. Para analizar esta alegación se ha de partir de lo previsto en el propio PCAP, que constituye la ley del contrato entre las partes, donde en la ADENDA I.- INSTRUCCIONES PARA LA LICITACIÓN ELECTRÓNICA SISTEMA DE LICITACIÓN ELECTRÓNICA del cuadro de características técnicas se especifica que El Ayuntamiento de Donostia está adherido a la Plataforma para la Licitación Electrónica del Gobierno Vasco. Los licitadores deberán emplear dicha plataforma para la presentación de sus ofertas en la presente licitación. En la dirección www.contratacion.euskadi.eus está recogida toda la información necesaria sobre los requisitos administrativos y técnicos para el empleo de esta Plataforma. Servicio de soporte para resolver dudas o incidencias sobre licitación electrónica: 945016298. Para utilizar el sistema deberá accederse al portal: www.contratacion.euskadi.eu. En este espacio web se halla disponible, estructurada en varios apartados, a través del enlace “Licitación electrónica” información sobre cómo licitar electrónicamente de una forma correcta y sin problemas. El primero de los apartados “Aprender a utilizar la aplicación” comprende el manual de uso de licitación electrónica y el quinto, titulado “Licitaciones que disponen de lotes”, se indica que, Si el expediente de contratación cuenta con lotes, el licitador sólo deberá aportar la documentación relativa a los lotes a los que desea ofertar, obviando el mensaje que le indica que no ha aportado toda la documentación posible. Para acceder a la información acerca de cómo enviar la oferta en el supuesto de que el contrato se divida en varios lotes y se desee enviar oferta a más de uno, se debe acudir al manual de uso (dentro del primer apartado), en cuyo epígrafe “4.1 A tener en cuenta” (página 13) se manifiesta que, Si licita a un expediente con lotes, es necesario que envíe la licitación una sola vez seleccionando los lotes a los que se presenta y aportando la documentación requerida en cada uno de ellos. Recuerde que puede dejar el proceso de licitación a medias y completarlo cuando tenga toda la documentación necesaria.



- 4) A la vista de lo especificado en el apartado 3) anterior se concluye que no resulta fácilmente accesible ni transparente la información donde consta que la oferta a varios lotes de un mismo procedimiento de adjudicación se debe realizar de una vez, con independencia del número de lotes a los que se pretenda licitar. Esta información se incluye en un documento al que se debe acceder a través de varios enlaces y en un apartado genérico titulado “Aprender a utilizar la aplicación”, mientras que en el apartado específico dedicado a los lotes “Licitaciones que disponen de lotes” no se realiza tal advertencia y, la que se efectúa, es para señalar que se obvie el mensaje de que no se ha aportado toda la documentación. La consecuencia de ello es que no puede imputarse a la falta de diligencia del licitador el haber efectuado una primera remisión de oferta al lote 3 con la idea de efectuar otras posteriores a los lotes 1 y 2, ni se le puede imponer por esta circunstancia la sanción de impedir que retire su oferta y que pueda presentar otra en el plazo de tiempo señalado a tal efecto en el anuncio y los pliegos.
- 5) El licitador tiene derecho a disponer de la totalidad del plazo establecido para presentar la oferta por lo que, antes de que este finalice, puede proceder a la sustitución o corrección de los documentos presentados. A este respecto, resulta pacífico entre las partes que la única manera de sustituir la oferta efectuada a un único lote por otra efectuada a los tres en los que se divide el contrato es procediendo previamente al “borrado” de la oferta efectuada, que únicamente lo puede realizar el poder adjudicador. Esta petición la efectuó el recurrente a las 17:41 horas, cuando restaban 6 horas y 18 minutos para que finalizara el plazo de presentación de ofertas, a los servicios técnicos de la plataforma de contratación, cuyos datos de contacto son los que consta en el PCAP para resolver los eventuales problemas técnicos que surjan en la transmisión de la oferta y su apoyo y soporte está activo hasta las 20:00 horas según consta en la página de www.contratación.euskadi.eu a la que se remite el



PCAP. Además, constan en el expediente, y el poder adjudicador no lo desdice, que la recurrente comunicó a la dirección de correo electrónico del Ayuntamiento que figuraba en el anuncio de licitación su voluntad de presentar oferta a los lotes 1 y 2, tanto dentro del plazo establecido para presentar ofertas (el día 11 de julio a las 19:14 h) como el día siguiente, antes de la apertura de plicas (el día 12 de julio a las 7:15 horas).

- 6) A juicio de este Órgano no se puede achacar falta de diligencia al recurrente por la circunstancia de que la presentación de la oferta la efectuara fuera del horario de oficinas del Ayuntamiento, pues el plazo de presentación de proposiciones fijado por el propio Ayuntamiento no expiraba hasta las 23:59 horas y, en cualquier caso, el soporte técnico estaba garantizado hasta las 20:00 horas. La circunstancia de que únicamente el Ayuntamiento pudiera satisfacer la petición de “borrado” no es de conocimiento general de los operadores económicos, sino que obedece a la organización interna de la plataforma y la no satisfacción de la petición, cuando median más de seis horas para la finalización del plazo, no es en cualquier caso imputable al recurrente, sino al poder adjudicador que habilita plazos de presentación de ofertas en los que no pone en conocimiento de los licitadores el horario en los que atenderá determinadas contingencias (distintas a las que son atendidas por el servicio técnico especificado en el PCAP) e impide con su falta de actuación que el operador económico pueda enviar una nueva oferta subsanada dentro del plazo establecido.
- 7) En cualquier caso, las resoluciones en las que se apoya el poder adjudicador no son aplicables al supuesto que nos ocupa porque en una de ellas el licitador comunicó al poder adjudicador sus problemas para enviar la oferta con 22 minutos de antelación a la expiración del plazo de presentación de ofertas (Resolución 385/2019 del TACRC) y, en la otra, el licitador remite el e-mail al poder adjudicador una vez finalizado el plazo (Resolución 341/2019 del TACRC).



- 8) Lo señalado en los apartados 1) a 7) anteriores conducen a la estimación del recurso. No obstante, es preciso determinar el alcance de esta estimación a la vista de las circunstancias que concurren en este supuesto, en el que no es posible la retroacción de actuaciones debido a que no garantiza el secreto del contenido de las proposiciones hasta el momento de su apertura (artículo 139.2 de la LCSP), ya que las del recurrente a los lotes 1 y 2 no pudieron ser remitidas a través de la Plataforma de contratación. Consecuentemente la licitación debe cancelarse. Este efecto de la disposición no empeora la situación del recurrente, que podrá presentar una proposición en una previsible nueva licitación y tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de no haber sido solicitado por el recurrente, ésta viene impuesta por cómo ha configurado la LCSP el procedimiento de adjudicación, que impide la efectividad de la retroacción (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGEM CONSULTORES Y AUDITORES, S.L. contra la imposibilidad de enviar telemáticamente su oferta a los lotes 1 y 2 del contrato de “Servicios de colaboración con la Intervención General del Ayuntamiento de San Sebastián para la realización de actuaciones de control financiero (lotes 1 y 2), así como



para la contratación conjunta esporádica de servicios de auditoría de cuentas de las entidades obligadas a auditarse conforme a la legislación mercantil (lote 3)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián, en los términos especificados en el apartado 8) del Fundamento Jurídico octavo de esta Resolución.

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

TERCERO: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko azaroaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de noviembre de 2024