



**Erref/Ref:** Recurso Especial de SEDENA, SL contra la admisión a licitación de EULEN, SA en el procedimiento de contratación abierto para la prestación del servicio integral de realización de visitas guiadas a los itinerarios turístico-culturales gestionados por la Fundación Catedral Santa María.

**Esp Zenb / N° exp: 5/2018**

### **RESOLUCION N° 6/2018**

En Vitoria-Gasteiz, a 16 de julio de 2018.

El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Alava ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Recurso Especial en materia de contratación N° 5/2018 interpuesto por SEDENA, SL contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de 29 de mayo, que admite a licitación a SEDENA, SL y a EULEN, SA en el procedimiento abierto para contratar la prestación del servicio integral de realización de visitas guiadas a los itinerarios turístico-culturales gestionados por la Fundación Catedral Santa María.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. Eduardo Tomás Briñol Elso, en representación de la mercantil SEDENA, SL; y como DEMANDADA el Órgano de Contratación de la Fundación de la Catedral de Santa Maria.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El pasado 12 de abril el Órgano de Contratación de la Fundación de Catedral de Santa María aprueba el expediente para la contratación del servicio integral para la realización de visitas guiadas a los itinerarios turístico-culturales gestionados por la Fundación Catedral de Santa María por el procedimiento abierto, siendo el presupuesto base de licitación de 393.316,50 € (IVA excluido); el valor estimado total de 943.959,60 € (IVA excluido) y el presupuesto máximo por precios unitarios para un año de duración cierta de 475.912,97 € (IVA excluido).

El anuncio de la licitación -enviado el 23 de abril de 2018- se publica en el DOUE el 26 de abril siguiente.

**SEGUNDO.-** En el apartado H) del Cuadro de Características se dice que “*La presentación de las Ofertas será por medios electrónicos (Disposición adicional 15 LCSP)*”, y en el I) que el plazo límite de entrega de proposiciones será el de 30 días naturales (hasta las 14 horas) a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión



Europea, venciendo por tanto el plazo límite para la entrega de proposiciones a las 14:00 horas del 22 de mayo de 2018.

El apdo. 6) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) dispone: *“El sistema de licitación y contratación electrónicas permite presentar proposiciones y solicitudes de participación, enviar, y recibir documentos y firmar contratos, y se encuentra accesible a través del portal institucional de la fundación indicado en el citado apartado E) del Cuadro de Características. La presentación de proposiciones y solicitudes de participación se llevara a cabo utilizando dicho sistema de licitación y contratación electrónicas de acuerdo con las instrucciones que se contienen en el Anexo XIII, y podrá realizarse hasta el último día del plazo señalada en el apartado I) del cuadro de características. Si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.”*

El citado Anexo XIII, relativo a las Instrucciones para la utilización del sistema de licitación electrónica y notificación y comunicación electrónicas, incluye, en lo que interesa, en su apartado 1º), los requisitos, entre otros, de la empresa interesada y del equipo informático y del formato de documento para utilizar el sistema de licitación electrónica para los trámites del procedimiento de contratación; y, en el 2º), el modo de acceso al sistema.

**TERCERO.-** A las 13:38 hras. del día 22 de mayo, la Plataforma comunica a la Mesa de Contratación la existencia de dos ofertas una de ellas -la de EULEN, SA- incompleta, indicando además *“estamos en contacto con EULEN”*.

Solicitada información a los Servicios de la Plataforma al efecto de determinar la causa que ha impedido a EULEN, SA completar su oferta, el Responsable de la Plataforma el 25 de mayo emite informe en el que se dice:

*“.. se detecta también por el sistema un intento de licitar que no culmina adecuadamente durante el plazo de recepción de ofertas, quedando registrada como Oferta Incompleta la correspondiente a la empresa EULEN, SA”* y que *“ Dicha empresa contactó con los responsables de la contratación, poniendo en su conocimiento las dificultades que había tenido al intentar remitir su oferta (Incidencias SAU000001516367).”*

(...)

*Del análisis del informe del SAU mismo se desprende la siguiente secuencia de hechos:*

- *12:19:16 horas, La empresa entra en contacto con el SAU indicando que tiene dificultades en la remisión de su oferta. (Incidencia INC000001515942). Por el SAU se le remite a los servicios informáticos de la empresa para configurar el sistema desde el que se pretende licitar.*
- *12:43:50 horas. La empresa vuelve a solicitar apoyo. Se le ayuda a configurar el quipo. (inc000001516367). Por la empresa se adjuntan ficheros a la oferta.*
- *13:01:11 horas. Vuelve a solicitar apoyo. Por el SAU se le enseña a generar un fichero comprimido para recoger la documentación. Siguen adjuntando archivos (INC000001516371)*



- 13:38:16 horas. Ante la inminente finalización del plazo de presentación de ofertas y constando la oferta de Eulen, S.A. como incompleta en el sistema, el SAU se pone en contacto con la empresa que a su vez intentaba realizar el mismo contacto. Se verifica que la configuración del equipo no se ha realizado correctamente y no se pueden enviar los documentos de la oferta.”

Y continúa:

*“Al parecer, al realizar la configuración del equipo, los mensajes de aviso del sistema indicaban que la instalación realizada se había hecho correctamente; pese a lo cual seguían sin poder remitir la oferta (firmar y enviar).*

*Por el SAU se realizaron todas las verificaciones protocolizadas en estos supuestos y, para cuando intentan acceder a la aplicación informática de nuevo, no es posible hacerlo por haber transcurrido el plazo de presentación de ofertas. En consecuencia, la oferta no es recibida y no puede ser valorada en el proceso de selección de la oferta más ventajosa.*

*Con posterioridad, el SAU escala la incidencia al nivel de atención superior y, desde los servicios técnicos de soporte a la Licitación electrónica, se les transmiten algunas comprobaciones convenientes de realizar a la hora de configurar el equipo para remitir las ofertas, que, de haber sido conocidas con anterioridad habrían permitido una mejor atención a las primeras incidencias registradas.*

*Para licitar electrónicamente y asegurar la confidencialidad de las ofertas, es necesario realizar operaciones de configuración del equipo de los usuarios que pretenden remitir ofertas.*

*Para realizar estas adecuaciones tecnológicas y familiarizarse con ellas es necesario contar con tiempo suficiente que permita activar y adecuar, si es necesario, los sistemas y remitir las ofertas con garantías de éxito.*

En consecuencia, con las incidencias registradas el responsable de la Plataforma KPE-CPE concluye que:

*“De la secuencia de actuaciones descrita, se desprende que la empresa había comenzado su transacción con tiempo suficiente para poder realizar todas las adecuaciones tecnológicas necesarias en sus sistemas; es decir, que ha actuado con la diligencia debida. Por todo lo expuesto, por este responsable se considera que la atención de apoyo prestada, aun cuando diligente, podría haber sido más eficaz de haber contado con los recursos necesarios para abordar con éxito las dificultades que se plantearon durante la configuración del equipo de la empresa”,*

y propone a la Mesa de Contratación la habilitación de un plazo excepcional para la remisión completa de la oferta.



**CUARTO.-** A la vista de la propuesta del Responsable de la Plataforma, la Mesa de Contratación -por comunicación de 28 de mayo siguiente a las 9:11 horas- requiere a la Plataforma para que informe acerca de que si de ampliar el plazo para recepcionar la oferta de EULEN SA puede tenerse la certeza de que la oferta que se reciba es la que se intentó presentar el 22 de mayo, a lo que con fecha de 29 de mayo siguiente (13:35 hrs.) la citada Plataforma envía informe del Servicio de Asistencia Técnica que *“certifica que los ficheros de que componen la oferta de Eulen no fueron modificados con posterioridad al día y hora límite de presentación de ofertas de expediente”*.

**QUINTO.-** Reunida la Mesa de Contratación a las 17:00 hrs. del día 29 de mayo para el examen del sobre C –capacidad para contratar- acuerda por unanimidad admitir la licitación de SEDENA, SL y EULEN, SA, lo que se publica en el perfil del contratante un día después, con fundamento en el citado informe de 25 de mayo, y también en el certificado de que los ficheros de la oferta enviada por EULEN, SA el 29 de mayo, a las 12:13 horas, no fueron modificados con posterioridad al día y hora límite de presentación de ofertas.

**SEXTO.-** El 19 de junio siguiente tiene entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Alava el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. Eduardo Tomás Briñol Elso, en representación de la mercantil SEDENA SL, en el que solicita la anulación del citado Acuerdo en cuanto que admite la licitación de EULEN, SA. Insta también la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución completa del recurso.

La recurrente fundamenta su recurso en que EULEN SA no presentó su oferta en tiempo y forma con carácter exclusivo por su falta de diligencia, lo que, a su juicio, se deduce de las incidencias puestas de manifiesto en el Informe del Responsable de la Plataforma que refieren, según el parecer del recurrente, a una mala configuración del equipo informático de EULEN, SA y a que la persona encargada de realizar la transmisión carecía de los conocimientos informáticos precisos.

En apoyo de su pretensión aduce el Acuerdo de 13 de noviembre de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón con base en el que concluye que la admisión de EULEN, SA infringe los PCAP, y el principio de igualdad de trato de todos los licitadores.

**SEPTIMO.-** El 21 de junio este Organismo da traslado del Recurso a la Fundación de Catedral de Santa María con solicitud del expediente y del informe correspondiente, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.2 de la LCSP.

El 22 de junio se recibe el expediente administrativo y el informe en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en el que se propone la desestimación del recurso con fundamento en que

(i) en aplicación de los principios de acceso a las licitaciones y de salvaguarda de la libre competencia, recogidos en los arts. 1 y 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), ningún licitador ha de quedar excluido si no es por causa a él imputable, circunstancia que en este caso no acontece como se desprende del Informe del responsable de la Plataforma, y

(ii) en este caso los principios de igualdad de trato y no discriminación alegados por el recurrente quedan igualmente preservados pues hay constancia de que los ficheros enviados por EULEN, SA no fueron modificados con posterioridad al vencimiento del plazo para la presentación de ofertas.



**OCTAVO.-** Por escrito presentado el pasado 6 de julio EULEN, SA formula alegaciones al recurso especial interpuesto en el que solicita su desestimación íntegra con fundamento en que al vencimiento del plazo para la presentación de ofertas toda la documentación de su proposición estaba cargada en la aplicación aunque su envío (incompleto por causas ajenas a su voluntad) no fue completado hasta el 29 de mayo tras haberse habilitado la plataforma al efecto, lo que, a su juicio, resulta del certificado expedido por el Responsable de la Plataforma.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente procedimiento la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por SEDENA, SL contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de 29 de mayo, en cuanto que admite a licitación a EULEN, SA en el procedimiento abierto para contratar la prestación del servicio integral de realización de visitas guiadas a los itinerarios turístico-culturales gestionados por la Fundación Catedral Santa María.

**SEGUNDO.-** La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias, establece que *“Corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”*

**TERCERO.-** La mercantil impugnante está legitimada para recurrir y el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido para ello todo ello de acuerdo con lo señalado en los arts. 48 y 50 de la mencionada LCSP.

**CUARTO.-** Este recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo señalado en el art. 44.1 a) y 2, b) de la LCSP.

**QUINTO.-** Para resolver el recurso es necesario examinar si el Acuerdo de la Mesa de Contratación que admite a EULEN, SA para licitar en el procedimiento de contratación citado antes se ajustó al régimen jurídico de aplicación.

Al efecto, ha de traerse a colación el art. 132 LCSP según el cual *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”* velando en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.

Son hechos no controvertidos en este caso los que obran en el Antecedente Tercero que ponen de manifiesto que:

-EULEN, SA inició la presentación de su oferta con al menos casi dos horas de antelación a la finalización del plazo para ello.

-EULEN, SA en esas casi dos horas contactó al menos cuatro veces con el Servicio de Atención al Usuario poniendo de manifiesto una serie de incidencias que le impedían presentar su oferta de forma correcta;



-Los Servicios de la Plataforma realizaron todas las verificaciones protocolizadas para esos casos y cuando se intentó acceder a la aplicación de nuevo ya no fue posible hacerlo por haber transcurrido el plazo de presentación de ofertas;

- Aún y todo la oferta se presentó de forma incompleta, lo que se comunicó a la Mesa de Contratación con anterioridad al vencimiento del plazo para presentar las propuestas;

-Elevada la incidencia registrada a un nivel de atención superior se hicieron unas comprobaciones que de haber sido conocidas hubieran permitido una mejor atención; y

-Los ficheros enviados por EULEN, SA no fueron objeto de modificación alguna con posterioridad a la fecha y hora en que vencía el plazo para la presentación de proposiciones

En ese contexto debe concluirse que la imposibilidad de completar el envío de la oferta en el plazo fijado no puede imputarse a EULEN, SA que, según el propio Responsable de la Plataforma, actuó con la diligencia debida y exigible para la presentación de su oferta en tiempo y forma.

Esto es, EULEN SA inició el proceso de transmisión electrónica de la oferta con el tiempo suficiente para su buen fin, siendo los recursos de la Plataforma existentes en el momento la causa que impidió realizar las verificaciones necesarias para solventar en el tiempo preciso las incidencias puestas de manifiesto por EULEN SA, para la completa transmisión de los ficheros.

Por lo tanto, cuando en ejercicio de sus funciones la Mesa de Contratación admite la licitación de EULEN SA porque la causa que impidió la presentación completa de su oferta no puede imputarse a la empresa y con la certeza de que los ficheros enviados no han sido modificados con posterioridad a que venciera el plazo, actúa de forma que no limita la concurrencia y con respeto a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento, por lo que ha de estimarse ajustada a derecho la decisión de la Mesa.

No pueden acogerse las alegaciones del recurrente relativas a la falta de diligencia de EULEN, SA, no solo porque el Responsable de la Plataforma entiende que la antelación con la que actuó EULEN, SA ha de considerarse diligente y suficiente para la correcta transmisión de los ficheros, sino porque la diligencia exigible al licitador no obliga -a diferencia de lo que propugna el recurrente- a realizar trámites o pruebas previas al envío definitivo de su proposición pues ello implicaría la reducción de los plazos legales mínimos previstos en el art. 156 de la LSCP, ni tampoco requiere que la empresa licitadora cuente con un personal informático a los efectos de presentar proposiciones, pues como elemento ajeno al propio contrato su exigencia podría vulnerar el principio de libertad de concurrencia.

Las circunstancias concurrentes en el caso analizado en el Acuerdo de 13 de noviembre de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón alegada por el recurrente difieren en mucho de las del presente. En aquél ni se aducía ni mucho menos se acreditaba un mal funcionamiento de la plataforma ni la existencia de incidencias que al no poder ser resueltas por la Plataforma impedirían la transmisión completa de la oferta. Lo que se alegaba en ese caso era que el tiempo de duración del proceso de registro de las ofertas de varios minutos -normal y común a todos los licitadores- supuso para el recurrente la presentación de la oferta fuera de plazo, argumento desestimado por el Tribunal con base en que *“quien legítimamente espera al último momento del plazo para participar en la licitación asume un riesgo, solo imputable a su voluntad o conducta ...”*; lo que en este caso no concurre toda vez que EULEN SA inició la



presentación de su oferta al menos a las 12:19:16 horas (primera incidencia registrada), esto es, casi dos horas antes del vencimiento del plazo y tan solo ocho minutos después de que SEDENA, SL presentara la suya, esto es con la diligencia debida extremo éste que resulta también del Informe del Responsable de la Plataforma.

**SEXTO.-** Por lo expuesto y razonado procede desestimar el presente recurso especial confirmando el Acuerdo de la Mesa de Contratación impugnado.

**SEPTIMO.-** No se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del citado recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de LCSP.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Organismo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente,

### **RESOLUCION**

**Primero.** Desestimar el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SEDENA, SL contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de 29 de mayo, que admite a licitación a SEDENA, SL y a EULEN, SA en el procedimiento abierto para contratar la prestación del servicio integral de realización de visitas guiadas a los itinerarios turístico-culturales gestionados por la Fundación Catedral Santa María.

**Segundo.** No es preciso en este momento realizar pronunciamiento alguno sobre la suspensión solicitada.

**Tercero.-** 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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

