RE 027/2020

Acuerdo 34/2020, de 15 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L." frente a su exclusión del procedimiento de contratación denominado «Adquisición de una barredora», promovido por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto nº 918/2019 de la Alcaldía-Presidencia Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, de fecha 20 de diciembre de 2019, se aprobó el expediente de contratación y los pliegos relativos al procedimiento a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo.

El mismo día 20 de diciembre de 2019, según consta en el expediente administrativo, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el anuncio de licitación junto con los correspondientes pliegos y demás documentos contractuales, señalando como fecha límite para la presentación de las ofertas el día 7 de enero de 2020; dicho plazo fue ampliado hasta el 13 de enero siguiente al modificarse los pliegos que rigen la licitación.

Segundo.- El contrato objeto del recurso interpuesto ha sido calificado como un contrato de suministros, con el código CPV 34144431-8, no sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 145 000 euros. El expediente de contratación ha seguido la tramitación ordinaria y por cauces electrónicos, aplicando las reglas del procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, tal y como se contempla en los artículos 131, 156 y siguientes 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).

Tercero.- A la licitación concurren en tiempo y forma un licitador, además de la mercantil recurrente.

Cuarto.- Durante la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación celebró cinco sesiones los días 21 y 24 de enero, y 14 de febrero de 2020, según las actas levantadas al efecto.

A raíz de la celebración de la primera sesión, dicho órgano colegiado decidió admitir en el procedimiento de contratación a los dos licitadores, tras comprobar que la documentación contenida en los Archivos "A" se ajustaba a la exigida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación.

Quinto.- En sesión de fecha 24 de enero de 2020, se acordó por la Mesa de contratación –tras la apertura de los Archivos "B"– la remisión de la oferta técnica contenida en éstos a los servicios técnicos municipales con el objeto de proceder a su comprobación.

El día 14 de febrero de 2020 volvió a reunirse la Mesa de contratación y dio lectura al informe evacuado por los servicios técnicos municipales en fecha 12 de febrero anterior, asumiendo sus conclusiones. A raíz del mismo, acordó la exclusión de la oferta de actora al considerar que el vehículo ofrecido no cumple con los requisitos técnicos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige la licitación; ese mismo día –14 de febrero de 2020– fue insertada la correspondiente acta en la PCSP.

Sexto.- Con fecha 26 de febrero de 2020, en la Oficina de Correos de Villaviciosa de Odón, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por don J.M.A.A.C., en representación de la mercantil "DRAGO

INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L.", frente a su exclusión de la licitación del contrato de referencia; dicha interposición fue comunicada –mediante correo electrónico– por la recurrente a este Tribunal ese mismo día. Finalmente, el escrito de recurso fue recibido en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en fecha 2 de marzo de 2020.

Dicho recurso –sobre la base de que la exclusión del procedimiento no es ajustada a Derecho– aduce, en síntesis, que la Mesa de contratación ha generado indefensión a la actora por cuanto la ha excluido de plano de la licitación pues –a juicio de la actora– debería habérsele otorgado trámite para subsanar la oferta técnica, actuación procedente en su opinión; y ello, entre otras razones, por la doctrina más favorable a la subsanabilidad de las ofertas por parte de los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales, así como a tenor del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por todo lo esgrimido, interesa que se estime el recurso y se dicte resolución por la que se anule el acto de exclusión y, en consecuencia, se acuerde la retroacción de actuaciones a fin de que, por la Mesa de contratación, se valore la oferta de la recurrente contenida en el Archivo "B".

Asimismo, solicita la suspensión cautelar del procedimiento en tanto se resuelva el recurso interpuesto, así como el recibimiento del procedimiento a prueba (documental) en relación con todos y cada uno de los documentos que acompaña al mismo, a saber: pliegos, actas de la Mesa de contratación, anuncios de licitación y demás documentación insertada en la PCSP.

Séptimo.- Con fecha 27 de febrero de 2020 este Tribunal solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo, así como del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El 3 de marzo siguiente el órgano de contratación, mediante correo electrónico, remitió la documentación solicitada.

Octavo.- El día 11 de marzo de 2020 se dio traslado al resto de interesados del recurso, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Expirado el plazo otorgado –tras su reanudación por mor de cuanto se expone en el antecedente siguiente– el 11 de mayo de 2020, no se han recibido alegaciones.

Noveno.- Con fecha 14 de marzo de 2020 –previa su inserción el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) nº 67– entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya Disposición Adicional 3ª –en su redacción original– preveía la suspensión de los términos e interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, entendido éste en su integridad de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Disposición Adicional 8ª del Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que entró en vigor en fecha 7 de mayo de 2020 –previa su inserción el día anterior en el BOE nº 126–, ha venido a levantar la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, *ex* artículo 3 de la LCSP, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, tal y como acontece en el presente supuesto. De ahí que se haya producido, *ex lege*, la reanudación de la tramitación de este procedimiento de recurso especial.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Queda igualmente acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 60 000,00 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de la recurrente de la licitación de referencia, susceptible de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

SEGUNDO.- El acto de exclusión no fue notificado individualmente a la actora quien –según se desprende del escrito de recurso– ha tenido conocimiento de la misma a través de la PCSP, medio en que fue insertada el acta de la sesión de la Mesa de contratación en que se procedió a tal exclusión, en fecha 14 de febrero de 2020.

Como es bien sabido, sobre el órgano de contratación no pesa la obligación de notificar individualmente la exclusión sino cuando debe proceder a ello juntamente con la adjudicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 151.2 de la LCSP; ahora bien, nada se opone a que el citado órgano previa y voluntariamente notifique de manera individual tal acto de exclusión.

Junto a lo anterior, cabe igualmente admitir recursos contra la exclusión de un licitador aun cuando a éste no hubiese sido notificado individualmente con carácter previo a la adjudicación, y el licitador hubiera tenido noticia del acto

por otros medios, tal y como acontece en el presente supuesto, pues aguardar o no a dicha notificación individual para recurrir es una facultad del licitador, sin que pueda recaer sobre él la carga de esperar a la notificación conjunta con la adjudicación, pues ello podría contravenir su derecho de defensa.

Por otro lado, entre las competencias que se atribuye a la Mesa de contratación está la de determinar qué licitadores han de ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, conforme a lo dispuesto por el artículo 22.1.b) del 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 tanto, la exclusión del licitador, en puridad no requiere –de lo contrario constituiría una mera propuesta– de ratificación o confirmación por parte del órgano de contratación.

Y entonces, en el momento que la Mesa de contratación decide la exclusión, tal acto de trámite cualificado –en cuanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento licitatorio– surte efectos y puede ser, una vez conocido por el licitador afectado mediante cualquier vía, objeto de recurso, pues se le aparta de dicho procedimiento sin esperar a su notificación individual.

Así las cosas, y pese a no haberse producido la notificación del acto recurrido, cabe considerar como *dies a quo* para la interposición del recurso el 17 de febrero de 2020 y, habiendo dado cumplimiento la recurrente a lo prescrito en el artículo 51.3 de la LCSP, en aplicación asimismo de lo establecido en el artículo 50.1.c) de dicha norma legal, ha de concluirse que el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a valorar el motivo –único– en que se fundamenta.

Éste consiste en la situación de indefensión en que –a juicio de la recurrente– se le ha colocado por la actuación de la Mesa de contratación pues, tras analizar el contenido de los Archivos "B", procedió a excluir su oferta al entender que el vehículo ofrecido no cumplió los requerimientos técnicos fijados en los pliegos en lugar de requerirle su subsanación, actuación esta procedente *ex* artículos 141 de la LCSP y 81 del RGLACP –si bien en el escrito de recurso se alude también, erróneamente, al artículo 82 de dicha norma reglamentaria–.

Igualmente, funda su pretensión en la doctrina más proclive a considerar subsanables determinadas partes de las ofertas de los licitadores –inclusive las de índole técnica–, con cita de algunas Resoluciones del Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) –que, inopinadamente, la actora atribuye a este Tribunal–; y ello, a raíz de un cambio de criterio en aquélla en pro de una «*mayor flexibilización en la exigencia de los requisitos formales necesarios para acceder a la licitación pública*».

En sentido contrario, el órgano de contratación apunta en su informe que la cláusula 7.2 del PCAP establece –claramente– la obligatoriedad de presentar en el Archivo "B" el cuadro de características técnicas del vehículo ofrecido –de acuerdo con el modelo incluido en el Anexo nº 3 a dicho pliego– como parte de la proposición de cada licitador, recordando el contenido que, a este respecto, ha de incluir el mencionado documento. Asimismo, el indicado órgano resalta que esa cláusula del PCAP advertía expresamente que la falsedad, inexactitud o falta de coherencia de la información suministrada –a propósito de dichas características técnicas– determina el rechazo de la oferta.

A mayor abundamiento, el órgano de contratación defiende que la decisión de excluir a la actora no fue tomada de plano, sino tras contrastarse en el meritado informe de los servicios técnicos municipales –de fecha 12 de febrero de 2020– la documentación incluida en el Archivo "B" de la proposición de la recurrente con los parámetros técnicos mínimos exigidos por el PPT, al objeto de adverar

su cumplimiento, y –habida cuenta que el resultado de tal comparación fue negativo– se proponía a la Mesa de contratación el rechazo de la oferta de la ahora actora.

De ahí que –concluye el órgano de contratación– la oferta de la recurrente: «(…) *no se ajust*(e) *a lo exigido en el PCAP, porque no incluye el anexo n° 3 PCAP, ni del resto de documentos se deduce el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos. De ello se deriva que la documentación examinada, no cumple con lo prescrito en los pliegos y, por consiguiente, se considera procedente y proporcionado el rechazo de la oferta*».

Expuestos los términos del debate, procede acudir al PCAP a fin de extractar la regla que rige el procedimiento y cuya aplicación es cuestionada; se trata de su cláusula 7ª, que –en lo que aquí respecta– prevé:

«*7.- <u>PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES</u>*

7.1.- Las proposiciones se presentarán de forma electrónica, a través de la plataforma de contratación del sector público, en el plazo comprendido entre la publicación del anuncio en el perfil del contratante y las 14 horas del decimoquinto día natural siguiente al de su publicación. Si el último día de plazo coincidiera en sábado, domingo o festivo, el plazo se ampliará hasta las 14 horas del día hábil siguiente.

Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en este pliego 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 los Registros de Licitadores o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros, si lo ha hecho individualmente, ni 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.

7.2.- Las proposiciones constarán de tres archivos electrónicos, que contendrán los siguientes documentos debidamente firmados:

(…)

Archivo B.- Oferta técnica.

Su extensión máxima será de 5 folios a una cara e incluirá:

a) *Asistencia técnica y servicio post-venta. Descripción detallada de las condiciones ofrecidas en cuanto a asistencia técnica y servicio post-venta, especificando sus características en relación con los aspectos mencionados en la cláusula 6.2.*
b) *Mejora de las características del vehículo. Enumeración de las características del vehículo que se ofrece, por encima de las exigidas como mínimas en el pliego de prescripciones técnicas, con explicación de sus ventajas para la mejor o más económica prestación del servicio o para el funcionamiento, mantenimiento o duración del vehículo. En todo caso, deberá presentarse debidamente cumplimentado el cuadro de características técnicas del vehículo que figura como anexo n° 3 y documentación gráfica del vehículo. La falsedad, inexactitud o falta de coherencia de la información suministrada determinará el rechazo de la oferta.*

Los aspectos de la oferta que supongan la asunción por el licitador de compromisos frente al Ayuntamiento por encima de los fijados en los pliegos, se incorporarán al contrato».

Por su parte, el Anexo 3 del PCAP –conforme al cual había de confeccionarse el cuadro de características técnicas del vehículo ofrecido– es del tenor literal siguiente:

«**ANEXO Nº 3**

CUADRO COMPARATIVO DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS

Cuando la barredora ofrecida cumpla lo exigido, se indicará en la columna oferta "cumple" y si mejora lo exigido "cumple" y explicación de la mejora. En las filas en las

que no hay un mínimo exigido y en filas adicionales se indicarán otra mejoras ofrecidas.

CARACTERÍSTICA	EXIGIDO	OFERTA
Carburante	Diésel	
Potencia	Mínimo, 70 CV	
Sistema de barrido	Arrastres, aspiración y filtración	
Sistema de cepillos	2 cepillos laterales fijos y con rociado de agua detrás del eje delantero, a derecha e izquierda + 1 cepillo central + cepillo tercer brazo	
Engrase	Centralizado	
Frenado	A las 4 ruedas	
Cabina	Cerrada, insonorizada, con calefacción y aire acondicionado, con ventana corredera, con visibilidad a cepillos y rociador de agua y dotada de monitor con cámara para visión trasera y monomando joystick para control de cepillos y velocidad de barrido	
Asientos	Asiento del conductor con suspensión neumática ajustable	
Indicadores	De temperatura del agua de refrigeración, de presión del aceite, de temperatura del aceite hidráulico y de control de carga	
Color y rotulación del vehículo	Conforme a indicaciones del Ayuntamiento	
Luces	Luz giratoria y equipo de luces de carretera homologado	
Sistema de seguridad antivuelco	Sí.	

(…)».

Dicho cuadro ha de ponerse en relación, a su vez, con las características técnicas mínimas fijadas en el PPT, cuyo apartado 2º es del tenor literal siguiente:

«*2.- CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL VEHÍCULO*

La máquina barredora deberá cumplir todas las obligaciones y requisitos establecidos por la normativa que le resulte de aplicación.

Asimismo, deberá reunir como mínimo las siguientes características técnicas:

- *Carburante: Diésel.*
- *Potencia mínima: 70 CV.*
- *Sistema de barrido por arrastre, aspiración y filtración.*
- *Sistema de dos cepillos laterales fijos y con rociado de agua detrás del eje delantero, a derecha e izquierda; más un cepillo central; más un cepillo en el tercer brazo.*
- *Sistema de engrase centralizado.*
- *Frenado a las 4 ruedas.*
- *Cabina cerrada, insonorizada, con calefacción y aire acondicionado, con ventana corredera, con visibilidad a cepillos y rociador de agua y dotada de monitor con cámara para visión trasera y monomando joystick para control de cepillos y velocidad de barrido.*
- *Asiento del conductor con suspensión neumática ajustable en peso y distancia.*
- *Indicadores de temperatura del agua de refrigeración, de presión del aceite, de temperatura del aceite hidráulico y de control de carga.*
- *Color y rotulación del vehículo conforme a indicaciones del Ayuntamiento.*
- *Luz giratoria y equipo de luces de carretera homologado.*
- *Sistema de seguridad antivuelco.*
- *Depósito de agua con capacidad mínima de 350 litros.*
- *Capacidad de la tolva mínima de 2.500 litros.*
- *Mangote de aspiración.*
- *Limpiador de alta presión manual con bomba de presión.*
- *Sistema bluetooth manos libres.*

(…)».

Pues bien, el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como *lex contractus*, que vincula tanto a la Administración como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos

son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de cada licitador para resultar adjudicatario del contrato. Su incumplimiento debe constituir una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios cuya adquisición se pretende. Por su parte, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento –por parte de las ofertas de los licitadores– de los umbrales mínimos en las prestaciones a obtener del adjudicatario recogidos en los Pliegos.

El recurso trae causa del informe técnico de evaluación de las proposiciones en lo concerniente a los Archivos "B", que la Mesa de contratación hizo suyo y en el que el citado órgano se ratifica en su informe al recurso. Es menester entonces transcribir igualmente su contenido pues, a la postre, fue determinante de la exclusión de la actora; así, en lo tocante a su oferta sostiene el técnico municipal en dicho informe de fecha 12 de febrero de 2020 que:

«- *DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L., ha presentado cuadro con indicación de los aspectos a valorar respecto a asistencia técnica y mejoras de las características del vehículo, documentación gráfica y técnica y ficha informativa de emisiones acústicas (en inglés).*

No se considera relevante la vulneración de la extensión máxima de la documentación aportada, al ser un defecto de carácter formal, común a ambos licitadores.

Como se ha indicado, la cláusula 7.2 del PCAP considera obligatoria la presentación del cuadro de características técnicas del vehículo que figura como anexo nº 3, debidamente cumplimentado. En dicho cuadro se recogen las características mínimas obligatorias que deben cumplir las barredoras ofertadas, de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

La falta de presentación del cuadro del anexo n° 3 por DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L., impide saber si la barredora ofertada cumple los requisitos técnicos mínimos exigidos en el PPT. No obstante, se ha realizado un detallado

análisis de la documentación presentada por este licitador en el archivo B, para determinar si de ella se puede deducir que la barredora ofrecida cumple esos requisitos mínimos, con el siguiente resultado, siguiendo el esquema del anexo n° 3:

CARACTERÍSTICA	*EXIGIDO*	*OFERTA*
Carburante	*Diésel*	*Se deduce de lo mencionado en el apartado de revisiones anuales en servicio postventa cuando alude al "filtro de gasoil"*
Potencia	*Mínimo, 70 CV*	*No se deduce*
Sistema de barrido	*Arrastres, aspiración y filtración*	*No se deduce*
Sistema de cepillos	*2 cepillos laterales fijos y con rociado de agua detrás del eje delantero, a derecha e izquierda + 1 cepillo central + cepillo tercer brazo*	*No se deduce*
Transmisión	*Hidrostática trasera con bomba de caudal variable*	*No se deduce*
Engrase	*Centralizado*	*No se deduce*
Frenado	*A las 4 ruedas*	*Se menciona dirección a las 4 ruedas, pero se desconoce el dato sobre frenado*
Cabina	*Cerrada, insonorizada, con calefacción y aire acondicionado, con ventana corredera, con visibilidad a cepillos y rociador de agua y dotada de monitor con cámara para visión trasera y monomando joystick para control de cepillos y velocidad de barrido*	*No se deduce*
Asientos	*Asiento del conductor con suspensión neumática ajustable*	*No se deduce*
Indicadores	*De temperatura del agua de refrigeración, de presión del aceite, de temperatura del aceite hidráulico y de control de carga*	*No se deduce*
Color y rotulación del vehículo	*Conforme a indicaciones del Ayuntamiento*	*No se deduce*
Luces	*Luz giratoria y equipo de luces de carretera homologado*	*No se deduce*
Sistema de seguridad antivuelco	*Sí*	*No se deduce*

Depósito de agua	*Mínimo 350 litros*	*No se deduce*
Capacidad de tolva	*Mínimo 2.500 litros*	*Se indica "capacidad de carga 2.500kg" como mejora técnica*
Mangote de aspiración	*Sí*	*No se deduce*
Limpiador de alta presión manual	*Con bomba de presión*	*En el apartado de mejoras, indica mayor presión de bomba del limpiador (200 Bar), por lo que se deduce que la incluye*
Sistema manos libres	*Bluetooth*	*No se deduce (sólo menciona radio CD)*

No habiendo acreditado DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L., que la barredora ofrecida cumple los requisitos técnicos mínimos exigidos en el PPT, se propone a la Mesa de contratación el rechazo de su oferta».

Expuestos todos los elementos de juicio, la resolución de este motivo del recurso requiere examinar si la actuación de la Mesa de contratación, al excluir la proposición de la ahora recurrente, fue adecuada y proporcionada al considerar incumplidas las exigencias del propio PPT y, en caso de no ser así, analizar si es posible readmitir al procedimiento de licitación la oferta de la actora, como pretende en su recurso. A este respecto, cabe trasladar –*mutatis mutandi*– los razonamientos esgrimidos en los Acuerdos 97/2018, de 5 de octubre, 31/2019, de 13 de marzo, 74/2019, de 3 de junio, 110/2019 y 112/2019, ambos de 14 de agosto, de este Tribunal Administrativo.

Y ello, paralelamente, debe cohonestarse con el principio de igualdad de trato que debe prevalecer en toda contratación pública, de conformidad tanto con el artículo 1º como con el artículo 132 de la LCSP pues, como ya se puso de manifiesto por este Tribunal administrativo en su meritado Acuerdo 97/2018, en cuanto a la consideración y consecuencias del incumplimiento por la oferta del PPT:

«*Este Tribunal en su Acuerdo 2/2018, de 23 de enero, ya reafirmó la doctrina que mantiene en relación a los efectos del PPT y a los requisitos y condiciones técnicas que los mismos establecen respecto de la prestación objeto del*

contrato de conformidad con lo preceptuado en los artículos 116 y 117 del TRLCSP y 68 del RGLCAP, y recuerda que entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto.

Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable, con independencia de la voluntad que tenga el licitador y que en este caso aduce el órgano de contratación, pues lo contrario supondría un manifiesto ataque al principio de igualdad consagrado en el artículo 1º de la LCSP que debe presidir toda contratación pública.

También en el Acuerdo 41/2016, de 20 de abril, este Tribunal señala que no es posible una "reformulación" o "reinterpretación" de una exigencia técnica, pues se quiebra el principio de igualdad de trato de la licitación pública. Y continúa señalando que tampoco "es posible argumentar la existencia de discrecionalidad técnica pues la misma solo alcanza en la valoración o juicio técnico, pero no en la alteración de las reglas de la licitación, que deben ser aplicadas de forma objetiva y por igual a todo licitador" (…)».

Por otra parte, procede traer a colación la Resolución 61/2018, de 26 de enero, del TACRC en la que se expone lo siguiente:

«*Por lo tanto, es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.*

La posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: "Si alguna proposición

no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición".

Ahora bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, expresada, entre otras, en la Resolución 815/2014, que "Las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: "Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación", por lo que "no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato".

A ello añadimos, en nuestra Resolución 985/2015, que "el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

(…)

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado».

De la lectura –en particular– del informe de fecha 12 de febrero de 2020 transcrito, a diferencia de lo que acontecía en el supuesto analizado por este Tribunal en su Acuerdo 24/2019, de 28 de febrero –que invoca el órgano de contratación en su informe al recurso– no se evidencia que las prestaciones técnicas del vehículo ofrecido por la actora en su proposición vulneren, de modo claro y patente, el tenor de los pliegos. Al contrario, el técnico firmante del informe, tras reseñar que la oferta técnica de la recurrente no contiene un cuadro de características conforme al modelo fijado en el Anexo nº 3 del PCAP –extremo que este Tribunal ha constatado– y analizar la restante documentación contenida en aquélla, en dieciocho parámetros susceptibles de

evaluación de la misma viene a concluir que de catorce de ellos no puede colegirse el cumplimiento del PPT; mientras que en los otros cuatro sí cabe inferir que el vehículo cumple.

Es decir, la conclusión a que llega el citado informe no es que dicha oferta vulnere las prescripciones técnicas mínimas del PPT, sino que no queda acreditado su cumplimiento, cuestión esta bien distinta y, pese a lo cual, se postula la exclusión o rechazo de la proposición, decisión que finalmente asumió la Mesa de contratación.

De ahí que no pueda concluirse que tal proposición incurre en un incumplimiento claro y patente de los pliegos, resultando así de aplicación cuanto se razona en el Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre, de este Tribunal, donde viene a afirmarse –siendo doctrina consolidada y unánime de todos los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación– que: «(…) *solamente procede la exclusión de las proposiciones cuando el incumplimiento de los pliegos sea claro y expreso, así como que se deduzca –inequívocamente– de la oferta, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta en cuestión se opone a las exigencias mínimas contenidas en ellos. A tal efecto se toma como base la Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), del Tribunal General de la Unión Europea –Sala 2ª– que en su apartado 78 afirma que "(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013,*

Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)"».

En esta misma línea se posiciona el TACRC en su Resolución 831/2014, de 7 de noviembre, cuando –en cita de otra anterior, la 669/2014, de 12 de septiembre– afirma:

«*"Pero una vez efectuada la apertura de ambos sobres y una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia.*

A la vista de lo anterior, cabe concluir que sólo será válida la exclusión del licitador si: 1) Los errores imputados acreditan sin género de dudas la falta de viabilidad técnica de la oferta o su incoherencia con los requisitos técnicos exigidos en el PPT y 2) Dichos errores pueden ser detectados sin necesidad de efectuar un juicio técnico o de valor."

En el presente caso nos encontramos con que el órgano de contratación, si bien no excluye a ningún licitador, sí ha realizado un juicio técnico sobre la viabilidad de las ofertas presentadas, no valorando aquellos aspectos que considera que se apartan de los requisitos exigidos en los pliegos.

Tal forma de actuar, como se señaló en la resolución antes transcrita, no es en sí misma incorrecta, pero exige que esa valoración técnica cumpla con los requisitos antes vistos, a los que se añaden además los siguientes:

a) Que los pliegos prevean la posibilidad de que el órgano de contratación efectúe esa comprobación.
b) Que la valoración se efectúe en la forma establecida en los propios pliegos, sin modificarlos o adaptarlos con posterioridad.
c) Que la valoración no se base en hipótesis sobre la viabilidad de la oferta, pues tales hipótesis habrán de ser valoradas en fase de ejecución (Resolución nº 248/2015)».

De esta manera, tal conclusión entronca con el carácter restrictivo con el que debe analizarse –en fase de adjudicación del contrato– el posible incumplimiento de las prescripciones técnicas en fase de ejecución, que –en criterio que este Tribunal comparte– el TACRC igualmente sostiene en su Resolución 997/2018, de 2 de noviembre, cuando razona:
«*Sobre las cuestiones que plantea la recurrente debe tenerse en cuenta que, como se ha señalado por este Tribunal, entre otras, en Resolución 560/2015, de 12 de junio, en general el cumplimiento de los requisitos técnicos no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento. En esta línea debe citarse también la Resolución de este Tribunal nº 250/2013, cuando señala que: "… una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato –como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos– sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones"*».

Así las cosas, en el supuesto aquí analizado no cabe colegir que se trate de un incumplimiento expreso y claro de PPT, en el sentido recién expuesto por lo

que, en consecuencia, la exclusión de la actora adoptada por la Mesa de contratación fue desproporcionada y no puede tenerse por ajustada a Derecho.

En el presente supuesto, a diferencia del analizado por el Acuerdo 24/2019 de este Tribunal, ya citado, los pliegos no sancionaban la falta de aportación del Anexo nº 3 del PCAP con la exclusión de la oferta, ante lo cual la Mesa de contratación debió haber optado, bien por interesar a la empresa la aclaración de los términos de su oferta –*ex* artículo 9 LMMCSPA– por más que no previera el PCAP –frente a lo que aduce el órgano de contratación– esta posibilidad, y siempre con el límite de la invariabilidad de su contenido así como del respeto al principio de igualdad de trato; bien por no haber otorgado puntuación alguna a la oferta técnica de la recurrente, en el supuesto de que entendiera comprometidos los meritados límites permitiendo su permanencia en la licitación mas, en ningún caso, decidir su exclusión cuando dicho pliego no le facultaba para ello y el incumplimiento no era sino una suposición en vez de manifiesto, según ya se ha expuesto, lo cual priva –por cierto– al meritado informe de que su conclusión venga amparada por la denominada doctrina de la discrecionalidad técnica, por el que se presume la veracidad y acierto de su contenido, una vez que se ha comprobado que en este aspecto incurre en arbitrariedad.

Por el contrario, cobra todo el sentido –en este punto– la presunción a favor de los participantes en una licitación de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la misma, a la que se alude en la ya extractada Resolución 61/2018 del TACRC, en la que asimismo se expone lo siguiente:

«*Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.*

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos

y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar».

En el supuesto aquí analizado, tal presunción no ha sido desvirtuada desplegando así sus efectos conforme al artículo 139.1 de la LCSP y a la cláusula 7.1 del PCAP, pues la recurrente –mediante la presentación de su proposición– acepta incondicionadamente los pliegos y se compromete a ejecutar el contrato con sujeción a los pliegos que rigen la licitación (según el modelo incluido en el Anexo nº 2). Ello lleva a este Tribunal a concluir que la exclusión dictada por el órgano de contratación no se ajusta a Derecho, en tanto no se ha acreditado el concreto motivo de incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, lo cual implica, además, tal y como se expone en la Resolución n.º 64/2020, de 13 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, una evidente falta de motivación de la actuación impugnada, en clara vulneración de lo regulado *ex* artículo 151.2.b) de dicha norma legal, la cual debe ser anulada por las razones apuntadas.

Ahora bien, dado que ya se ha procedido a la apertura de los Archivos “C” y se conoce el contenido de las ofertas económicas, así como su valoración, junto a que la ponderación de los criterios sujetos a evaluación previa ha de efectuarse con anterioridad a conocer la oferta económica y demás criterios sujetos a evaluación posterior, a fin de evitar que tal conocimiento pueda mediatizar aquella ponderación y así mantener la objetividad exigible en la valoración de estos criterios, no es posible la retroacción de actuaciones pretendida por la actora, y no cabe otra alternativa que la de anular el procedimiento de licitación, debiendo convocar uno nuevo en el que todos los licitadores dispongan de igual trato en el examen y valoración de sus proposiciones, tal y como viene reseñando este Tribunal ya desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo.

Todo lo cual conduce, en consecuencia, a que este motivo de recurso haya de prosperar sólo en parte.

CUARTO.- En cuanto a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación que interesa la actora, este Tribunal no ha tenido a bien dictar tal medida habida cuenta –tal y como se expone en el Antecedente de hecho noveno– de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos para la tramitación de la generalidad de procedimientos administrativos, por mor de la entrada en vigor el día 14 de marzo de 2020 del citado Real Decreto 463/2020, que hizo innecesaria su consideración, y que recientemente ha sido levantada para este procedimiento según lo expuesto en dicho Antecedente.

Respecto a su petición de recibimiento del presente procedimiento a prueba, este Tribunal administrativo tampoco ha considerado que haya lugar –en este caso– a la verificación de un trámite de prueba para adoptar su decisión, por cuanto éste era de índole estrictamente documental y concernía así a una serie de documentación que la actora acompañaba al recurso, toda la cual –al obrar igualmente en el expediente de contratación– ha sido tenida en cuenta para su resolución, de ahí que la práctica de la prueba interesada resulte manifiestamente innecesaria, de acuerdo con lo previsto *ex* artículo 56.4 de la LCSP.

QUINTO.- Resta, en fin, examinar la procedencia de la imposición de multa por mala fe o temeridad en la interposición del recurso, ante la solicitud expresa habida por parte del órgano de contratación en tal sentido.

El inciso segundo del artículo 31.2 del 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 dispone:

«*La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso*».

De ahí que, habiéndose estimado –aún en parte– el recurso y a tenor del propio contenido del presente Acuerdo, ello impide considerar en modo alguno que exista una actuación constitutiva de mala fe o temeraria por parte de la actora, quien con la interposición del recurso se ha limitado a ejercer su derecho de defensa; en consecuencia, no procede la imposición de multa alguna.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la mercantil “DRAGO INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L.” frente a su exclusión del procedimiento de contratación denominado «Adquisición de una barredora», promovido por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, que deberá proceder conforme se indica en el Fundamento de Derecho Tercero.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en el procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Cuarte de Huerva deberá dar conocimiento, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones habidas en cumplimiento del presente Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.