Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 072/2021

Acuerdo 72/2021, de 6 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "DISASHOP, S.L." frente a su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Red de puntos atendidos de recarga de las tarjetas del sistema tarifario integrado (STI) del CONSORCIO DE TRANSPORTES DEL ÁREA DE ZARAGOZA», promovido por esa entidad.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de mayo de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento de este acuerdo. Según figuraba en el mismo, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 10 de junio de 2021.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 158 793,44 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 22 de junio de 2021, la Mesa de contratación, acordó, tras la apertura electrónica y valoración de la oferta económica y documentación presentada por los licitadores en el Sobre C denominado "Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior", la exclusión de uno de los dos licitadores del procedimiento -la ahora recurrente–. El acta levantada al efecto

fue publicada en la PCSP el día 25 de junio siguiente. En esa misma fecha fue notificado el acuerdo de exclusión a los interesados.

El motivo de la exclusión de la recurrente que figura en el acta es: *«A la vista de que la empresa DISASHOP, S.L. no aporta el informe relativo a puntos de recarga de su propuesta, requerido tanto en el Anexo XI del PCAP como en el punto 14 del PPT, la Mesa de Contratación acuerda excluir la oferta presentada por este licitador por no ajustarse a las exigencias de los Pliegos rectores de la licitación».*

Tercero.- El día 8 de julio de 2021 se recibió en este Tribunal, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.M.F.V., en nombre y representación de la mercantil "DISASHOP, S.L.", en el que manifiesta su disconformidad frente al acuerdo de exclusión citado en el Antecedente anterior.

Dicho recurso, aduce, en síntesis, lo siguiente:

- Que la falta de inclusión en su oferta del informe relativo a puntos de recarga que ha determinado su exclusión, se debe a que en la plataforma habilitada para la licitación no existía ningún apartado específico en el que se pudiera anexar la documentación requerida. Adjunta a su escrito –para apoyar su argumentación- distintas imágenes de la pantalla de la citada PCSP así como el informe en cuestión.
- Que, en todo caso, la omisión del informe debería haber sido objeto de subsanación y no conllevar de forma automática, la exclusión de su oferta.

En virtud de ello, interesa que se estime el recurso y se declare la nulidad de la exclusión.

Cuarto.- El día 9 de julio de 2021 se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente completo, así

como el informe al que alude 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). La documentación requerida se recibió el día 13 de julio siguiente.

En dicho informe, el meritado órgano defiende la corrección de su actuación, interesando la desestimación del recurso.

Quinto.- El día 9 de julio de 2021 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió –a través del sistema de notificaciones telemáticas del Gobierno de Aragón– requerimiento de subsanación para aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente así como la representación del firmante del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Con fecha 13 de julio siguiente se recibió la documentación requerida.

Sexto.- El día 14 de julio de 2021 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, 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. Se han recibido alegaciones de la mercantil “DISTRIBUIDORA ARAGÓN, S.L.” oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa, y determinante de la admisibilidad, procede determinar si el CONSORCIO DE TRANSPORTES DEL ÁREA DE ZARAGOZA tiene o no la consideración de poder adjudicador.

Artículo 3.3 de la LCSP señala que se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

El CONSORCIO DE TRANSPORTES DEL ÁREA DE ZARAGOZA es una es una entidad de derecho público de carácter asociativo con personalidad jurídica propia y diferenciada de las Administraciones Públicas que lo constituyen, que son los Ayuntamientos de Zaragoza, Alagón, Alfajarín, Botorrita, El Burgo de Ebro, Cadrete, Cuarte de Huerva, Figueruelas, Fuentes de Ebro, Jaulín, La Joyosa, María de Huerva, Mediana de Aragón, Mozota, Muel, La Muela, Nuez de Ebro, Osera de Ebro, Pastriz, Pina de Ebro, Pinseque, La Puebla de Alfindén, San Mateo de Gállego, Sobradiel, Torres de Berrellén, Utebo, Villafranca de Ebro, Villamayor de Gállego, Villanueva de Gállego, Zuera, la Diputación Provincial de Zaragoza y la Diputación General de Aragón, según

consta en los Estatutos del mismo, cuyo texto consolidado aparece publicado en el BOA nº 68 de 9 de abril de 2018.

Por tanto, procede examinar si concurren los requisitos para considerar a la entidad CONSORCIO DE TRANSPORTES DEL ÁREA DE ZARAGOZA poder adjudicador no Administración Pública y, de ahí, que resulte apropiado traer a colación los Acuerdos de este Tribunal 104/2015, de 9 de diciembre, 33/2020, de 8 de mayo y 51/2020, de 6 de julio, en los que sobre este extremo se afirma lo siguiente:

«*El concepto de poder adjudicador es de fundamento europeo y debe ser interpretado desde la lógica funcional del concepto, respetando los criterios que sobre el mismo ha fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que no se pueden desconocer ni «reinterpretar» desde visiones nacionales. Esta doctrina del TJUE es fuente interpretativa de obligado cumplimiento, y tiene por función limitar aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Además, el artículo 1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, recuerda la obligación de respetar la jurisprudencia del TJUE.*

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

"El concepto de `poderes adjudicadores´ y en particular el de `organismos de Derecho público´, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en

condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un `organismo de Derecho público´, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".

El concepto de "organismo de Derecho público" como concepto del Derecho de la Unión –que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia–, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las Sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

El artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública (con definición similar a la que recogía el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004), define como `organismo de Derecho público´ a los efectos de su consideración como poder adjudicador a:

"Cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público".

Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador. Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente –así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01)–:

1.- Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA). La doctrina fijada en esta Sentencia es clara:

"… se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate".

2.- Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).

3.- Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de

administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

Estos tres requisitos son cumplidos de forma indubitada por Mercazaragoza: tiene personalidad jurídica, el control es público al ser una empresa de capital íntegramente público, y realiza una actividad de interés general y no exclusivamente industrial o mercantil.

Este último requisito es el que se discute por Mercazaragoza que, erróneamente, como se explicará, realiza una interpretación en la que lo mercantil, al margen del posible interés general, niega la condición de poder adjudicador. Y es errónea, porque desde 1998 el TJUE ha advertido que la idea de interés general –al margen de que sea una actividad industrial o mercantil– es la que decanta este tercer requisito. Como refleja la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto BFI Holding BV, siempre tendrá vis atractiva el carácter de interés general, aunque sea una actividad industrial o empresarial (criterio confirmado, entre otras, por la STJUE Adolf Truley, de 27 de febrero de 2003).

Esta jurisprudencia se ha completado con otras sentencias que han perfilado la nota de actividad industrial o mercantil como existencia de riesgo empresarial. El TJUE ha analizado, desde una lógica funcional y no formal, la concurrencia o no de esta circunstancia, para lo que examina, como elemento determinante, las características de la actividad de la entidad, como son la competencia en el mercado, el ánimo de lucro, y la asunción real de riesgos por parte de la misma.

En la Sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà Srl. (Ente Autónomo Fiera di Milano), el TJUE entiende que:

"36 Sobre este particular, es oportuno referirse a la enumeración de los organismos de Derecho público contenida en el anexo I de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185,

p. 5; EE 17/03, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 54), a la que se refiere el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50. Sin ser exhaustiva, esta lista pretende ser lo más completa posible.

37 El análisis de dicha enumeración demuestra que por regla general se trata de necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, antes citada, apartados 50 y 51).

38 Por otra parte, si bien el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 53), también consideró que la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 49), que se extienden tanto a nivel internacional como nacional y regional, corrobora la interpretación según la cual la actividad consistente en organizar ferias y exposiciones no se ajusta al criterio definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva".

La jurisprudencia del TJUE (STJUE Riita Korhonen y otros, de 22 de mayo de 2003), recogida expresamente en la Directiva 2014/24/UE, pone el énfasis en que un organismo de Derecho público, es un organismo que no opera en condiciones normales de mercado, carece de ánimo de lucro y no soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Tesis confirmada por la 6 de octubre de 2003, que concluye la condición de poder adjudicador de la empresa pública española Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA). El Tribunal entendió en aquella

ocasión que la actividad de la empresa en cuestión era de interés general, al constatar que no asumía riesgo, ni perseguía fines de lucro, circunstancia que evidencia que carece de contenido económico, al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial.

Del objeto social establecido en los Estatutos de Mercazaragoza, que se reproduce en el antecedente segundo de este Acuerdo, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que todas sus actividades responden a la necesidad de satisfacer intereses generales, y que es a través de la creación de Mercazaragoza como el Ayuntamiento de Zaragoza y MERCASA les dan respuesta y los satisfacen. En este punto, puede afirmarse, que la finalidad de mejora del abastecimiento de productos alimenticios y su red de comercialización y distribución encomendada a Mercazaragoza, tiene por objetivo satisfacer necesidades que pueden calificarse como de interés general. Lo que, per se, implica el cumplimiento del tercer requisito para tener consideración de poder adjudicador.

Asimismo, en una actividad en la que no existe competencia, resulta difícil justificar su carácter industrial o mercantil (como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2015, de 12 de mayo, respecto a la Feria de Zaragoza). Pero aunque así fuera, la vis atractiva de la nota de interés general, que resulta indiscutible, determina que Mercazaragoza es poder adjudicador no Administración Pública, y debe respetar las reglas del artículo 190 TRLCSP en contratos de importes armonizados (y no las previsiones del artículo 192 TRLCSP).

La conclusión expuesta se refuerza todavía más con el dato de que Mercazaragoza tiene la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Zaragoza. Así se reconoce de forma expresa en sus Estatutos vigentes. Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica –que por sí misma rechaza la posibilidad de que una

prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública–, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP:

"...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190".

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.

Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretodo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

En consecuencia, Mercazaragoza tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública [artículo 3.3 b) TRLCSP] –actualmente, artículo 3.3.d) de la LCSP– *y, por ello, sus contratos, pueden ser objeto de control mediante recurso especial, ante este Tribunal administrativo*».

En el caso que nos ocupa, resulta que el CONSORCIO DE TRANSPORTES DEL ÁREA DE ZARAGOZA es una entidad de derecho público de carácter asociativo, con personalidad jurídica propia, cuyo fin es articular la cooperación económica, técnica y administrativa entre las entidades consorciadas, así como, en su caso, con la Administración General del Estado, a fin de coordinar, en su ámbito territorial, el ejercicio de las competencias que les correspondan a aquellas en materia de planificación, creación, coordinación y gestión de infraestructuras y servicios de transporte público y movilidad, por lo que, en consonancia con los artículos 2.1 y 3.3.letra e) de la LCSP - *Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores*-, en el caso que nos ocupa al igual que en los analizados en los acuerdos citados, se llega a idéntica conclusión en cuanto a la consideración de dicho Consorcio como poder adjudicador y su régimen aplicable.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “DISASHOP, S.L.” para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador,

actuación específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión, a continuación procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta.

La recurrente impugna su exclusión en base a que la falta de inclusión en su oferta, del informe exigido en los pliegos relativo a los puntos de recarga que ha determinado la misma, tiene su causa en que en la plataforma habilitada para la licitación impedía anexar la documentación requerida y que en todo caso, la omisión de la aportación del informe debería haber sido objeto de subsanación, en lugar de proceder de forma automática, a la exclusión de su oferta. Concretamente, en su escrito de recurso señala:

«En fecha 10 de junio de 2021, fecha en la que finalizaba el plazo para la presentación de ofertas, DISASHOP procedió a la subida y presentación de toda la documentación requerida en los Pliegos.

En el sobre A estaban habilitados diferentes apartados para poder adjuntar y subir toda la documentación administrativa requerida. Igualmente en el sobre B estaba habilitado el apartado para poder adjuntar la memoria técnica. En el sobre C había un apartado habilitado para la oferta económica y otro para el informe de puntos de recarga, pero nuestra sorpresa fue que única y exclusivamente se podían adjuntar y subir documentos en el apartado de la oferta económica y que en el espacio para el informe de puntos de recarga solo había un cuadro de texto.

En este sentido, en el apartado "Criterios" aparecen ambos: (i) Oferta Económica y (ii) Número Total de Puntos de Venta. Sin embargo como puede apreciarse en los siguientes pantallazos extraídos de la Plataforma de

Contratación, en el apartado "Documentos a incorporar en el sobre" únicamente aparece (i) Oferta Económica.

Resultaba por tanto imposible adjuntar el Informe de Puntos de venta en el Sobre C, por lo que no puede en ningún caso utilizarse este hecho como motivo de exclusión, cuando por el propio Órgano de Contratación no habilita dicha posibilidad en la presentación de la solicitud.

(…)

Pero es más, y como se puede comprobar también en la solicitud presentada y en los pantallazos que se incluyen en el presente escrito, DISASHOP manifestó claramente que aportaba CUATROCIENTOS VEINTISIETE (427) PUNTOS DE VENTA conforme a los requisitos especificados en el pliego, por lo que el criterio de valoración quedaba cubierto.

Asimismo y advertida ya por esta parte la imposibilidad técnica de subir el Anexo con el listado de Puntos de Recarga, se añadía por DISASHOP en el cuadro dónde había que introducir el anterior el valor el siguiente texto: "Se cuenta con el informe detallado con su distribución geográfica y el nivel de coincidencia con los puntos de recarga de la tarjeta de transporte municipal de Zaragoza. Dicho informe está a disposición del consorcio, dado que el presente apartado (Sobre C) de la plataforma de presentación no permite anexar documento alguno"

Se acompaña al presente escrito como Documento nº 3, el Informe de puntos de recarga de DISASHOP al que se hacía referencia y que por imposibilidad de la plataforma no se podía adjuntar en ningún apartado, del cual se puede extraer la fecha de creación de los metadatos del mismo y, la fecha de firma del mismo, las cuales se corresponden con:

Fecha de creación: 2021-06-09T16:37:19+02:00

Fecha de modificación: 2021-06-10T09:57:20+02:00, la cual se identifica con la fecha en la que el documento fue firmado por el representante de la empresa.

Sendas fechas acreditan la existencia y tenencia del pertinente informe de puntos de recarga por parte de DISASHOP en la fecha de presentación de las ofertas.

***QUINTO.-** Debemos señalar que ante este hecho, una vez procedida a la apertura del sobre C por parte de la Mesa de Contratación, en ningún momento se requirió a esta parte para subsanar la falta de documentación, pese a haber manifestado que no se aportaba el informe puesto que no había habilitación para ello, pero se informaba de la tenencia de un informe con 427 puntos de recarga conforme a los requisitos especificados en el pliego, el cual se ponía a disposición de la Mesa de Contratación.»*

Por su parte, el informe elaborado por el órgano de contratación respecto al recurso presentado señala que:

«… (e)stimamos que la posición que se sostiene por la recurrente no puede acogerse.

En primer lugar, porque a la vista del contenido de los pliegos, tanto del que se acaba de extractar como del resto de su clausulado, no se puede hablar, como viene a decir la recurrente que estos contengan prescripciones confusas o ambiguas, puesto que es indiscutido de contrario (no podría serlo) que es una exigencia de los pliegos que rigen la licitación la incorporación al sobre "C" de un informe sobre el número de puntos de recarga con su distribución geográfica y nivel de coincidencia con los puntos de recarga de la tarjeta del transporte municipal de Zaragoza.

En segundo lugar, y de desde un punto de vista formal, la presentación de las proposiciones y modo de subsanación de incidencias técnicas venía establecido en la Cláusula 2.2.2.1 PCAP dónde se determinaba lo siguiente:

2.2.2.1. Presentación de proposiciones a través DE LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO (PLACSP):

El acceso a la citada plataforma PLACSP se realizará a través de la siguiente dirección electrónica (URL): https://contrataciondelestado.es, mediante certificado electrónico.

Los requisitos funcionales y técnicos para su utilización, así como la descripción del proceso de presentación electrónica de ofertas, se detallan en las Guías de Ayuda para Empresas puestas a disposición de los licitadores en la citada Plataforma.

En los procedimientos en los que alguno de los sobres, por su naturaleza, no se pueda remitir telemáticamente (maquetas, muestras, etc.), la herramienta permite la generación de etiquetas que vinculan la huella electrónica del sobre con el elemento que se presentará en el registro físico del órgano de contratación que se haya detallado en el anuncio de licitación.

Asimismo, en el caso de que no pueda completarse el envío de la oferta/documentación como consecuencia de problemas técnicos, se obtendrá un justificante de presentación de la huella electrónica y se dispondrá de un plazo de 24 horas para remitir la oferta completa de acuerdo con lo dispuesto en la Guía de Servicios de Licitación Electrónica para empresas. Si el licitador opta por la alternativa de descargar el fichero de la documentación en un soporte electrónico, éste se presentará en el registro indicado en el anuncio de licitación.

Como se puede ver (en concreto a los dos últimos párrafos que se acaban de copiar) en los propios pliegos se establece el procedimiento que se había de seguir por los licitadores en el caso de que estos no pudieran remitir telemáticamente su oferta. De tal modo que la licitadora, si se encontró con dificultades en la presentación de la documentación completa de su oferta, tan sólo debía haber acudido a los pliegos para obtener, tanto la forma de acreditarlas como el modo de solucionarlas. Es decir, en esta citada cláusula se remite a los licitadores a la Guía de los Servicios de Licitación electrónica para Empresas que estaba puesta a su disposición en la citada Plataforma[1]. De tal modo que si leemos la última página de la Guía referida, en su apartado 8 se especifica señalado en rojo y advirtiendo de su importancia lo siguiente:

8. CONTÁCTENOS

Recuerde que si experimenta problemas en la preparación y envío de las ofertas deberá contactar con:

licitaciónE@hacienda.gob.es

Por favor, indique en su correo el expediente y el órgano de contratación que licita. Envié todas las evidencias que puedan ayudarnos a resolver su problema, lo que incluye capturas de pantalla en caso de error y descripción detallada de la incidencia.

IMPORTANTE: si no contacta con nosotros por esta vía durante el plazo de presentación de ofertas, sus reclamaciones podrán no ser tomadas en consideración por el órgano de contratación.

[1] https://contrataciondelestado.es/wps/portal/guiasInfo

Es decir, en la Guía referenciada por los pliegos ya se advertía, con rotundidad, a los licitadores en general y a DISASHOP en particular, que en el caso de

encontrarse con dificultades técnicas debían ponerse inmediatamente en contacto con PLACSP, en el e-mail que se ponía a su disposición (aportando todas las pruebas que tuvieran) y que en caso contrario la reclamación que formulasen podría no ser tomada en consideración por este CTAZ.

Por consiguiente, lo procedente, lo ajustado a derecho y lo que previamente estaba fijado en los pliegos era el procedimiento que se acaba de señalar para la advertencia de aquellas circunstancias técnicas que se pudieran dar en la fase de presentación de ofertas y que acarreasen la imposibilidad de completar la proposición de un licitador. Lo que no encuentra ningún tipo de cobijo legal (ni tampoco en los propios pliegos) es el procedimiento seguido por DISASHOP: quien, obviando palmariamente lo hasta aquí explicado, procede a la indicación, dentro de un apartado no habilitado para este efecto dentro del sobre "C", de una eventual (y no probada) incidencia que le impedía la aportación del informe preceptivo. Esperando a que este documento le fuera solicitado posteriormente por el CTAZ, por vía de una subsanación que no tiene ningún tipo de anclaje legal (sobre esto luego se hablará con mayor detalle en el siguiente fundamento de derecho).

De tal modo que dado que la recurrente no acredita haber comunicado incidencia alguna en la forma requerida en el PCAP, en consecuencia, la actuación de la mesa de contratación, excluyendo a DISASHOP se ajusta a las prescripciones de los pliegos.

En tercer y último lugar de este fundamento, pese a los problemas técnicos invocados por la recurrente, lo cierto es que el resto de los licitadores SÍ han podido presentar electrónicamente el informe exigido y en el plazo concedido. Así es, y si no fuera suficiente motivo de desestimación lo anteriormente motivado, los argumentos debieran decaer por completo, en tanto que tal limitación existente en la configuración de PLACSP no se ha dado para el resto de licitadores concurrentes ni tampoco hay constancia en la citada Plataforma

acerca de incidencias o fallos en los términos indicados por DISASHOP. Es decir si, como manifiesta la recurrente, el hecho que le provoca la imposibilidad de presentar la documentación solicitada por el pliegos, radica en la propia configuración de la Plataforma de Contratos, que hace materialmente imposible dicha aportación, esta misma circunstancia se habría repetido para el resto de los licitadores, quienes, en buena lógica, tampoco podrían haber adjuntado el informe relativo a los puntos de recarga. Sin embargo, tal y como consta en el expediente administrativo y así lo corrobora la mesa de contratación, la otra licitadora: DISTRIBUIDORA DE ARAGÓN, S.L, sí que pudo aportar el necesario informe a través de PLACSP y, tras su valoración, se procedió a otorgarle la máxima puntuación por los 392 puntos de venta incluidos en su informe.

En definitiva, dada la claridad de los términos de la cláusula 14ª del PPT, del anexo 11º del PCAP, así como de las Cláusula 2.2.2.1 y 2.2.9 PCPA y del resto de cláusulas que hemos ido recopilando, es evidente que se venía a exigir la inclusión en el sobre C de un informe desglosado del número de puntos de recarga con su distribución geográfica y nivel de coincidencia con los puntos de recarga de la tarjeta del transporte municipal de Zaragoza, y que en el caso de que alguno de los licitadores se encontrase con dificultades para presentar la documentación completa de su oferta, los propios pliegos habían establecido el procedimiento para su solución y subsanación en tiempo y forma.

Sin embargo, no ha quedado acreditado que por DISASHOP se hubiera puesto previamente en conocimiento de PLACSP la incidencia señalada (por medio del e-mail habilitado al efecto). Siendo, a su vez, que tampoco hay constancia en la propia plataforma contractual del Sector Público de la existencia de fallo en su configuración ni en el propio funcionamiento técnico de PLACSP y tampoco que dicha eventual incidencia haya imposibilitado la presentación de esa documentación para el resto de los ofertantes.

Por ello debemos entender que la actuación de la mesa de contratación ha sido en todo momento conforme a derecho y según lo fijado en los pliegos por los que se rige la licitación o lex contractus y ya con ello debería ser desestimado el presente recurso especial en materia de contratación interpuesto por DISASHOP.

SEGUNDO.- DE LA IMPOSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS EN LOS QUE HA INCURRIDO DISASHOP EN LA PRESENTACIÓN DE SU OFERTA

Impugna la recurrente que la decisión de excluir su oferta del procedimiento de licitación y adoptada por la mesa de contratación no es ajustada a derecho ya que, en todo caso, se le debería haber concedido un trámite para su subsanación, con la consiguiente aportación material de un informe con posterioridad al plazo de finalización dado para la presentación del resto de las ofertas; pues estima que el error cometido (el cual considera que no le resulta a él imputable) es, por los motivos que aduce en su escrito de recurso especial, de carácter subsanable (..)

La jurisprudencia, se ha mostrado sumamente reticente, cuando no contraria, a la admisión de subsanaciones en errores u omisiones relativos la documentación técnica o de tocante a la oferta económica. De tal modo que de manera excepcional sólo la ha considerado cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil solución, y rehusando extenderla, como el caso que sí nos ocupa, a errores relativos a la aportación de documentación conectada a las características de la oferta técnica.

Aceptar la posición sostenida por la recurrente, vendría a suponer concederle un trato privilegiado para con el resto de los licitadores. Vulnerando con ello y entre otros, los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad en la contratación pública que inspiran la regulación de los procedimientos de licitación regulados en la misma, puesto

que permitiría a DISASHOP, SL reelaborar su oferta técnica una vez ha tenido conocimiento (o podido tener conocimiento) pleno del resto de las ofertas presentadas por los licitadores en legal tiempo y forma.

El motivo, por lo tanto, debe ser desestimado y, con él, la totalidad del recurso».

En similares términos se manifiesta la interesada en este recurso, en su escrito de alegaciones, en el que solicita la desestimación del mismo.

Pues bien, la resolución del recurso exige en primer lugar, comenzar reiterando que los pliegos constituyen la ley del contrato y que han sido expresamente aceptados por el licitador ahora recurrente al presentar su oferta, por lo que vinculan de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la entidad contratante como a los licitadores que tomen parte en el procedimiento de contratación. En caso contrario, se estaría alterando unilateralmente las cláusulas de los pliegos en perjuicio de los restantes licitadores, en contra del principio de igualdad de trato que debe prevalecer en todo caso, tal y como lo viene manifestando este Tribunal administrativo, ya desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, consagrado en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

Tal vinculación se plasma en el artículo 139 de la LCSP, que en su apartado 1 prevé: «*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, 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 el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea*».

Así, debe partirse de las reglas establecidas en los pliegos por lo que respecta a la cuestión objeto de debate, para lo que hay que remitirse, para evitar reiteraciones inútiles, a las cláusulas de los pliegos que han sido ya objeto de reproducción con la transcripción del informe sobre el recurso emitido por el órgano de contratación.

Resultan también clave para la resolución del asunto los siguientes apartados y cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y respectivamente:

«APARTADO 14 PPT. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LOS LICITADORES EN SU OFERTA:

(…)

Oferta económica (sobre C), según Anexo XI del PCAP.

Informe relativo a puntos de recarga de la propuesta (sobre C), que incluirá:

1. *Número de puntos de recarga.*
2. *Distribución geográfica y nivel de coincidencia con los puntos de recarga de la tarjeta del transporte municipal de Zaragoza.»*

Asimismo resulta trascendental la cláusula 2.2.9 del PCAP que dispone que:

«2.2.9.- Valoración de las ofertas

No serán objeto de valoración y quedarán excluidas del procedimiento aquellas ofertas que no contengan toda la documentación exigida en el PCAP cuando impidan la valoración de los criterios de adjudicación, o cuando ésta presente defectos que no puedan ser objeto de subsanación; asimismo tendrán el mismo tratamiento aquellas ofertas que no cumplan con las especificaciones técnicas

requeridas o cuando falte la documentación exigida necesaria para verificar dicho cumplimiento…»

Así, en primer lugar ya se aprecia que el PCAP establece una regla taxativa en orden a la exclusión de aquellas proposiciones que no contengan toda la documentación exigida cuando su ausencia impida la valoración de los criterios de adjudicación, supuesto que concurre en el presente caso de forma palmaria, pues sin el citado informe no constan de otra forma los datos que se han de valorar.

No obstante tal regla taxativa, es preciso ver si puede atenuarse ante la manifestación de la recurrente relativa a la existencia de problemas técnicos en la plataforma habilitada para la presentación electrónica de la oferta, lo que exige proceder a la valoración de las circunstancias concurrentes a partir de lo que resulta del expediente y de las posiciones de las partes sobre el tema, donde destaca lo señalado por el órgano de contratación en su informe al recurso, en el que, por un lado, niega que no fuera posible presentar la documentación acreditativa requerida a través de la plataforma electrónica, puesto que el otro licitador pudo hacerlo, así como que, por otro lado, y que resulta el argumento definitivo, la recurrente no actuó como el PCAP exige para el caso de que aconteciera una contingencia como la alegada, pues de hecho, ni siquiera comunicó al órgano de contratación, incidencia alguna en relación a la imposibilidad de presentar los documentos exigidos. Es claro que en último término, de ser imposible la presentación del documento por vía electrónica, el PCAP exige su presentación vía Registro ordinario, lo cual no efectuó la recurrente.

Cabe señalar que, en todo caso, como viene poniendo de manifiesto este Tribunal administrativo en sus Acuerdos, 1/2019, de 11 de enero, 7/2019 de 18 de enero y 33/2019, de 23 de marzo, 49/2021, de 31 de mayo, el responsable de la presentación de la oferta es el licitador, que es quien debe llevar a cabo

una actuación diligente a la hora de confeccionar su oferta y asumir las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho deber de diligencia,

Ello determina que este Tribunal no pueda ni siquiera entrar a valorar si efectivamente se produjeron tales problemas técnicos en la presentación de su oferta, pues a la existencia de los mismos hubiera debido seguir –pero no fue así- un comportamiento diligente de la recurrente, mediante una actuación conforme a lo que dispone el PCAP para el caso de que ello sucediese, por lo que procede sin más confirmar la conformidad a Derecho de la consideración por parte de la Mesa de contratación de que en la oferta de la recurrente no se incluyó un documento cuya presentación era necesaria para su valoración así como la conformidad a Derecho de la sanción de exclusión impuesta, por mor de la cláusula 2.2.9 del PCAP.

Y lo cierto es que, sin la cláusula recién citada se llegaría a la misma conclusión aplicando la doctrina general relativa a la subsanación de defectos y aclaraciones, con arreglo a la cual, si bien la LCSP en su artículo 141.2 –segundo inciso– así como la cláusula 2.2.4 del PCAP que rige la presente licitación, prevén que se otorgue un plazo de corrección ante defectos subsanables en relación a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y no existe previsión específica para el resto de documentación de la licitación; sin embargo, como dijimos en nuestro Acuerdo 1/2021, de 14 de enero, «*la regla en nuestro ordenamiento jurídico es la subsanación de los defectos que se observen también en la oferta técnica y económica y en Aragón, principalmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la LMMCSPA, que dispone –en su apartado 1º– que "(ú)nicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato*". *Y añade el apartado 2º de dicho precepto que "(e)n estos supuestos, la Mesa de contratación o el*

órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso, deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones".

Así es posible –de acuerdo con el artículo 9º de la LMMCSPA– no sólo la aclaración sino también la corrección de las ofertas, siempre y cuando concurran los cuatro requisitos que este Tribunal tuvo ocasión de reseñar en Acuerdos como el 112/2016, de 11 de noviembre: «necesidad de aclaración o corrección de manifiestos errores materiales en la redacción; respeto del principio de igualdad de trato; imposibilidad de modificar los términos de la oferta, y constancia documental de todas las actuaciones».

Resulta muy interesante para la resolución de la cuestión que nos ocupa la Resolución de la Comisión Jurídica de Extremadura nº 68/2019, de 5 de septiembre, por cuanto en ella se recopila de doctrina judicial y administrativa de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales al respecto de la misma, que además resuelve un caso con gran paralelismo al presente:

«Quinto.- La cuestión suscitada se centra en determinar si la falta de documentación podría haber sido objeto del trámite de subsanación. A estos efectos comenzamos señalando que el criterio que mantienen los órganos administrativos de recursos contractuales es que con relación a las ofertas técnicas solo es admisible solicitar aclaraciones que no supongan modificación de los términos en los que inicialmente se realizó, por tratarse de omisiones o defectos fácilmente subsanables y siempre en salvaguarda del principio de concurrencia que es uno de los que rigen en la contratación pública. En este sentido traemos a colación la reciente Resolución nº 64/2019, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: "(...) Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en ese momento de la licitación. La ha admitido cuando se

trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004– y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004–), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002–) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015–). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004– y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002–). Sin embargo, el mismo Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012–) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011–), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006–). Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en

tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12– y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13–). Sin embargo, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08–)".

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre de 2018, "Sobre la posibilidad de subsanación de la oferta técnica, este Tribunal viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, citando a estos efectos, la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que `excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta´.

De acuerdo con lo anterior, resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación".

Por último, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su Resolución nº 73/2018 de 7 de mayo, en relación a la subsanación de la oferta manifiesta que: "Expuestas las cláusulas

del PCAP y entrando en el fondo del asunto, podría entenderse que la posibilidad de corrección contemplada en el artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146 del TRLCSP. Ello no obstante, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, si bien en esos casos no debe perderse de vista que se exige que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material.

(…)

Este Tribunal entiende, por ello, que la posibilidad de subsanación de errores no sólo afecta a la documentación general; así la Mesa de Contratación, si considera que se ha producido un error o defecto en la presentación de las ofertas, debe dar plazo de subsanación o, en su caso, de aclaración. El límite a la subsanación y aclaración en la documentación que integra una oferta es el de que no se modifique el contenido de la misma. Así, aunque en principio pueda pensarse que la posibilidad de subsanación de errores tan solo afecta a la documentación general de acuerdo con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, articulo 82 del TRLCSP y articulo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Publico, lo cierto es, como ha puesto de manifiesto la Resolución 297/2012, de 21 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y comparte este Tribunal, que `una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos´. Es decir, no solo es subsanable la

documentación administrativa, sino también la documentación que se refiere a la propia oferta, proposición económica o documentación técnica; y que el límite a la subsanación y aclaración en la documentación que integra una oferta es el de que no se modifique el contenido de la misma. De manera que la Mesa de contratación, si considera que se ha producido un error o defecto en la presentación de las ofertas, debe dar plazo de subsanación o de aclaración".

En el caso analizado el informe técnico de valoración de la oferta presentada por INDAS, afirma que el licitador "no cumple no presenta el documento de conformidad ni el cumplimiento de la norma UNE-EN ISO 13485" cuando lo más coherente, en aplicación del principio de concurrencia, hubiera sido otorgar plazo de subsanación y, a posteriori, una vez aportada la documentación omitida determinar si el licitador cumple o no las exigencias del pliego; se trataba solo de requerir la aportación de la documentación omitida, defecto formal de la oferta fácilmente subsanable que en ningún caso podría suponer la modificación de su contenido.

Expuesto lo que antecede, este órgano considera que la exclusión por omisión del certificado de conformidad (marcado CE) y del documento que certifique el cumplimiento de la normativa UNE-EN ISO 13485 es una decisión demasiado rigurosa y excesivamente formalista, pues se priva al licitador de la posibilidad de acreditar, sin alterar su oferta, que cumple las exigencias del pliego, siendo pues un defecto subsanable, para el que la Mesa de contratación en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe conceder plazo de subsanación, todo ello sin perjuicio de la necesidad de verificar que el cumplimento de estos requisitos debe de someterse al del plazo para la presentación de las ofertas».»

Ahora bien, en el presente caso, el incumplimiento de la aportación del documento de la oferta de que se trata, no puede considerarse una omisión o

defecto fácilmente subsanable, puesto que supondría no ya una modificación o alteración de los términos en los que inicialmente se realizó la oferta, sino la realización de la oferta *ex novo*, puesto que realmente no se había hecho, por lo que no puede ser objeto de subsanación sin comprometer el principio de igualdad de trato de los licitadores, de manera que necesariamente la Mesa de contratación debía excluir a la recurrente.

Por todo ello procede desestimar el recurso analizado.

TERCERO.- Sólo resta pronunciarse sobre la solicitud de imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, formulada por el órgano de contratación, que fundamenta en la, a su juicio, total falta de fundamento del recurso presentado.

Según el artículo 58.2 de la LCSP: «(e)*n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. (…) Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*».

Este Tribunal tiene establecido (valga por todos, su Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría per se la imposición de la multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que

no exista duda alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, en el presente recurso no cabe considerar que concurra una patente falta de argumentación en el recurso ni tampoco mala fe, pues se aporta junto con el escrito de recurso algún indicio respecto a los problemas técnicos que pudo padecer la recurrente al presentar su proposición, por lo que no procede la imposición de la multa solicitada.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “DISASHOP, S.L.” frente a su exclusión, en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Red de puntos atendidos de recarga de las tarjetas del sistema tarifario integrado (STI) del Consorcio de Transportes del Área de Zaragoza», promovido por esa entidad.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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

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.