Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

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

RE 090/2022

Acuerdo 109/2022, de 18 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A." frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de vehículo contra incendios forestal 4x4 para el SPEIS del Ayuntamiento de Huesca», promovido por esa Entidad Local.

Ponente: Carmen Biarge Conte

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El día 11 de marzo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento al que alude el encabezamiento de este acuerdo. El mismo anuncio fue insertado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 14 de marzo siguiente. Según figura en los mencionados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el día 13 de abril de 2022.

Se trata de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 359 504,13 euros, IVA excluido.

Segundo. - Por lo que a este Acuerdo interesa, la Mesa de contratación, en su reunión del día 3 de mayo de 2022, tras la lectura del informe técnico emitido con fecha 29 de abril de 2022, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), que rige la licitación,

acordó solicitar a los tres licitadores admitidos –entre ellos, la ahora recurrente- la documentación siguiente:

- *«Características y especificaciones que reúne la Autobomba Forestal Pesada de acuerdo al Pliego de Condiciones Técnicas incluidos desde el punto 1 al 15.*
- *Certificados de cumplimiento expedidos por un Órgano Independiente con las Normas Exigidas en el punto 2, principalmente en el cumplimiento con las Normas:*
- *ISO 9001:2015 exclusivo como carroceros de vehículos contra incendios*
- *ISO 14001:2015 exclusivo como carroceros de vehículos contra incendios*
- *ISO 45001:2018 del carrocero del vehículo contra incendios*
- *SA 8000:2014 del carrocero de vehículo contra incendios*
- *ISO 9001:2015 del fabricante de la bomba contra incendios*
- *ISO 14001:2015 del fabricante de la bomba contra incendios*
- *Plano acotado a escala de la unidad ofertada*
- *Reparto de cargas, centro de gravedad y ángulo de vuelco de la unidad ofertada*
- *Curvas y características técnicas de la bomba contra incendios, indicando marca y modelo incluida en la unidad ofertada.»*

Tercero. - La Mesa de contratación, en su reunión del día 21 de junio de 2022, haciendo suyo el informe técnico elaborado tras el análisis de la documentación requerida en el antecedente anterior, acordó, entre otros, la exclusión de la mercantil “ROSENBAUER, S.A.” por incumplir las prescripciones técnicas del PPT. Según figura en el acta levantada al efecto, que transcribe el citado informe técnico:

«ROSENBAUER.

En la memoria técnica que presenta incumple con lo solicitado, como mínimos, en el pliego de prescripciones técnicas y que a continuación paso a detallar:

- *Punto nº 3 Chasis-Cabina.*

  - *3.12.- Incumple en su memoria en la autonomía del equipo de protección respiratoria, se solicita una autonomía de 20 minutos como mínima y ofrece 15 minutos de autonomía.*

- *Punto nº 6 Cisterna.*

  - *6.- Incumple, indica que la boca de hombre de la cisterna es de 450 mm, en el pliego de prescripciones técnicas se solicita que la boca de hombre sea de 500 mm.*

- *Punto nº 7 Bomba Contra Incendios.*

  - *7.- Incumple, no indica en su memoria que "El eje de acero inoxidable este fabricado de acuerdo con las especificaciones DIN 1.4460 y AISI 329, soportado por rodamientos lubricados en baño de aceite".*
  - *7.- Incumple, en su memoria no indica si las salidas en alta presión son independientes y parten desde el cuerpo de bomba y evitar bifurcaciones cuando se trabaja en altas presiones.»*

Cuarto.- Mediante Decreto de Alcaldía número 2635/2022, de 1 de julio de 2022, se resolvió –entre otros- la exclusión referida en el antecedente anterior, así como requerir, de conformidad con lo previsto en el artículo 150.2. 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) a la mercantil "INCIPRESA, S.A." –propuesta como adjudicataria-, la documentación a presentar previa a la adjudicación del contrato.

El Decreto, fue publicado y notificado a la actora, el mismo día 1 de julio de 2022.

Quinto. - Con fecha 19 de julio de 2022, se recibió en este Tribunal -a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón- escrito de recurso especial interpuesto por don A.B.M., en nombre y representación de "ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A.", frente a su exclusión del contrato referenciado.

El recurso, en síntesis, combate la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, aduciendo que el órgano de contratación ha incluido en el procedimiento de licitación un criterio de adjudicación dependiente de juicio de valor, cuando los pliegos que rigen el procedimiento únicamente contemplan criterios de adjudicación automáticos. Asimismo, manifiesta su disconformidad con la propuesta de adjudicación efectuada.

Interesa de este Tribunal que, con la estimación de su recurso, sea anulado el acto de exclusión dictado y ordenada una retroacción de actuaciones que conllevaría la propuesta de adjudicación a su favor.

Sexto. - El día 20 de julio de 2022, este Tribunal, dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo, el expediente de contratación completo y el informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El requerimiento fue atendido los días 22 y 25 de julio siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso, ratificándose en su actuación, y solicitando que se sancione a la recurrente por su temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

Séptimo. - El mismo día 20 de julio de 2022, este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la recurrente la subsanación para aportación del documento que acreditara su personalidad, 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. Dicho requerimiento fue atendido el día 22 de julio siguiente.

Octavo.- El día 27 de julio de 2022 se dio traslado del recurso al resto de interesados, 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. Finalizado el plazo, se han recibido alegaciones de la mercantil "INCIPRESA, S.A", oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A.", así como la representación de don A.B.M. para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada sociedad, 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 suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, 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 contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO. - Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en que se fundamenta el mismo, y así lo hace constar la recurrente, su

exclusión de la licitación se ha producido por no cumplir la oferta las prescripciones técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), manifestando la actora su oposición con la citada resolución, ya que es consecuencia de la solicitud por parte de la Mesa de contratación de una memoria técnica de las ofertas con posterioridad a la presentación de las mismas por los licitadores.

La recurrente en su escrito aduce los motivos del recurso, indicando que: «*nos encontramos ante un proceso de licitación* ***cuyos criterios de adjudicación son automáticos (criterios de adjudicación objetivos conforme se recogen en el Anexo XII del pliego)*** *sin que se haya establecido en el procedimiento de licitación que las propuestas estarán sujetas a evaluación previa. Hecho que se evidencia aplicando los puntos 2.2.4 y 2.3 del pliego de condiciones administrativas en conexión con el ANEXO XI y ANEXO XII del mismo.*

(…)

Siendo el anexo XII el que fija los criterios objetivos de adjudicación que se concretan en el precio más las mejoras ofertadas, y cuya aplicación a las ofertas realizadas por los tres licitadores determinan la oferta de ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A. como la de mayor puntuación de entre las tres propuestas, al ser el precio ofertado el más bajo de los tres propuestos, y por ende, la entidad que ha de ser adjudicataria de la licitación.

*A lo anterior, hay que adicionar el hecho y los efectos jurídicos de la declaración fijada en el modelo de oferta prescrito por el órgano de contratación en el pliego de condiciones administrativas (****Anexo VIII****)* ***en el que literalmente todos los oferentes declaran y se comprometen a cumplir con las condiciones y requisitos de la contratación.***

*"…**enterado de las condiciones y requisitos que se exigen para la adjudicación del contrato** de:*

*A) OFERTA ECONÓMICA, me comprometo a tomar a mi cargo la ejecución del mismo, **con estricta sujeción a los expresados requisitos y condiciones,** por la cantidad de 2" (la cursiva, negrita y subrayado son nuestros).*

En conclusión, todos los licitadores en sus ofertas se obligan a cumplir con todos los requisitos del contrato, entre los que se encuentran los técnicos, fijando el proceso de licitación un criterio objetivo y automático de adjudicación conforme a la clasificación numérica obtenida por razón de los puntos asignados objetivamente al precio y las mejoras ofrecidas.

(…)

*La petición del órgano de contratación de una memoria técnica de las ofertas realizadas posteriormente a la presentación de las ofertas por los licitadores y de su apertura por la mesa de contratación (Acta de la mesa de contratación de fecha 19 de abril de 2022), supone la **ilegitima introducción de un subcriterio de adjudicación** de los criterios establecidos en el pliego de condiciones sin haberlo puesto previamente en conocimiento de los licitadores a la emisión de sus ofertas, lo que está proscrito por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que lo interpreta.*

(…)

Por ello, no procede la aplicación de un subcriterio de adjudicación que en el caso de mi mandante se utiliza para excluirlo ilegítimamente del proceso de adjudicación, para a continuación adjudicar a un licitador con menor puntuación conforme a los criterios de clasificación de las ofertas.

Por su parte el órgano de contratación, considera que la exclusión de la recurrente es consecuencia del informe técnico, que indica el

incumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT, y defiende lo siguiente:

«el Ayuntamiento de Huesca no ha introducido nuevos criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, ni se ha valorado ningún subcriterio de adjudicación, ni se ha realizado ningún acto de discrecionalidad técnica por parte de la Administración.

Se entiende que queda demostrado tanto en el informe técnico para la valoración de las memorias técnicas presentadas por las distintas empresas que participan en la licitación para el suministro de un vehículo contra incendios forestal 4x4 para el SPEIS del Ayuntamiento de Huesca expte. nº 1535/2022 como en el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 21 de junio de 2022, como en el decreto de exclusión 2635/2022 de fecha 1 de julio de 2022, la exclusión de la mercantil ROSENBAUER se produjo por incumplir el vehículo ofertado, las prescripciones establecidas en el PPT que rige la licitación.»

Se han presentado alegaciones por parte de la adjudicataria del contrato que argumenta

«Estos incumplimientos quedaron patentes a la luz de la memoria técnica exigida por el Jefe del Servicio Municipal de Bomberos el 29 de abril de 2022, lo cual no se puede considerar ni mucho menos como una introducción en el proceso de licitación de un subcriterio de adjudicación, como manifiesta la recurrente, sino que dicha prueba fue solicitada a todos los licitadores, conforme permite la Clausula 2.2.4.4 del PCAP y el artículo 128 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los efectos de verificar que sus ofertas cumplían con las especificaciones técnicas requeridas en el PPT.

(…)

En el presente caso, no estamos ante un juicio de valor o a una evaluación previa por parte del órgano de contratación, como manifiesta la recurrente, sino ante un condicionado de carácter vinculante y obligatorio (PPT) cuya única consecuencia de su incumplimiento debe ser la exclusión del concurso, como prevé tanto el artículo 84 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 como la cláusula 2.2.8 del propio PCAP: "las propuestas que no cumplan las prescripciones técnicas exigidas no serán objeto de valoración".

Tampoco es susceptible que los requisitos y condiciones del contrato, entre los que se encuentran los criterios técnicos, se subsanen en el proceso de ejecución del contrato, y no previamente con la oferta económica, como inconcebiblemente manifiesta la parte recurrente.

La subsanación solo estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución no 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resolución no 74/2013, entre otras).»

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia. Si bien, es necesario indicar que el artículo 139 de la LCSP, establece que la presentación de las proposiciones por parte de los interesados supone la aceptación incondicionada por los mismos del contenido de los pliegos, lo que significa que

han sido conocidos y aceptados por los mismos, desde el momento en que se han formulado las ofertas.

Conviene señalar, además, que el artículo 67 del RGLCAP, determina en su apartado 2 h) que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener «los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones»

Cabe acudir en este punto, a las previsiones establecidas en el PCAP, al regular que los criterios de adjudicación serán objetivos sujetos a evaluación posterior conforme a lo establecido en el Anexo XII, que indica lo siguiente:

ANEXO XII

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR

La valoración máxima serán 100 puntos.

A) <u>Oferta económica: Hasta un máximo de 50 puntos.</u>

Las ofertas admitidas se puntuarán de la forma siguiente:

$$\text{Valoración} = \frac{\text{Oferta económica más baja}}{\text{Oferta que se valora}} \times 50$$

***Se asignará una puntuación de CERO PUNTOS a las ofertas económicas que igualen el presupuesto base de licitación.**

B) <u>CRITERIOS DE CALIDAD: Hasta un máximo de 50 puntos</u>.

• **EQUIPAMIENTO. Hasta 10 puntos.**
5 puntos por 5 mangueras de 25mm con racord Barcelona.
10 puntos por 10 mangueras de 25 mm con racord Barcelona.

• **SISTEMA DE ARRANQUE RÁPIDO. Hasta 10 puntos**
Instalación cuya misión es facilitar y asegurar la salida del vehículo a plena potencia del motor sin pérdida alguna de tiempo:
5 puntos por instalar Grupo transformador-rectificador para la recarga automática de las baterías con estabilizador de carga. (diseñado para que no altere la vida y el funcionamiento de las baterías).
5 puntos por el equipo de arranque rápido conectado a la red eléctrica del Parque de Bomberos y que cuando el conductor arranque el camión el enchufe se suelte automáticamente quedándose colgado de la pared, en la cabina llevara una luz roja que le indicara al conductor si se ha soltado el enchufe o si sigue conectado.

• **KIT DE HIGIENE DE EPI´S. 10 puntos.**
Bandeja extraíble con sistema de agua con dosificador, bomba eléctrica que proporcione el agua de la cisterna, pistola de aire conectada a los calderines de aire, dosificador de jabón, rollo de papel secante, cepillo y bolsa de desechos.

• **REDUCCIÓN PLAZO DE ENTREGA. Hasta 10 puntos.**
3 puntos por reducción del plazo de entrega en 15 días naturales.
6 puntos por reducción del plazo de entrega en 30 días naturales.
10 puntos por reducción del plazo de entrega en 45 días naturales.

VALORACIÓN PLAN DE FORMACIÓN. Hasta 10 puntos.
Plan de Formación que incluirá, además del Manual de Instrucciones de Uso y Mantenimiento, la planificación de la formación y su impartición de forma que el SPEIS pueda cumplir con su obligación en materia de formación preventiva conforme a los requerimientos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, garantizando que en la entrega del vehículo reciba una formación teórica y práctica del manejo del vehículo, suficiente y adecuada.

5 horas Plan de Formación: 5 puntos.
10 horas Plan de Formación: 10 puntos.

1. **OFERTA ECONÓMICA. PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER ANORMALMENTE BAJO DE LA OFERTA EN SU CONJUNTO**

   Se considerará oferta anormalmente baja cuando el criterio económico de la misma se encuentre en los supuestos regulados en el Art. 85 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.

2. **CRITERIOS ESPECIFICOS PARA RESOLVER LOS EMPATES DE LA PUNTUACIÓN FINAL:**

   ☐ Criterios específicos:

   ☐ Criterios específicos establecidos en el artículo 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

   ☒ Criterios específicos establecidos en el artículo 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Respecto al contenido de las proposiciones, por lo que a este recurso interesa, la documentación a presentar por parte de los licitadores, es la referente a la documentación administrativa en el denominado Sobre nº Uno, y la incluida en el Sobre nº Tres, ya que no se han previsto criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa. En la cláusula 2.2.4.3. del PCAP, se regula el contenido del Sobre nº Tres, y que deberá incluir «*la OFERTA ECONÓMICA y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptible de evaluación automática por aplicación de fórmulas, de conformidad con lo indicado en el* ***Anexo XII.***»

Por su parte, la cláusula 2.2.4.4 del PCAP, al regular las referencias técnicas indica que: «*Asimismo, el licitador deberá presentar cualesquiera otros documentos que se indiquen expresamente en el Pliego de Prescripciones*

Técnicas y que permitan verificar que la oferta cumple con las especificaciones técnicas requeridas, pero que no van a ser objeto de valoración. Se incluirán en el ***Sobre nº DOS*** *en el caso de que sea obligatoria la presentación de este sobre y en caso contrario en el* ***Sobre nº TRES»***

A su vez, la cláusula 2.2.8 del PCAP referente a la valoración de las ofertas establece que «*las propuestas que no cumplan las prescripciones técnicas exigidas no serán objeto de valoración.»*

Por su parte el PPT, en la cláusula segunda referente a las consideraciones técnicas y requerimientos, regula que el vehículo y los equipos suministrados, «*además de atenerse a las condiciones técnicas señaladas en el presente documento, las cuales deberán quedar perfectamente justificadas en las ofertas que se presenten, el vehículo cumplirá lo dispuesto en todas las Normativas vigentes que le sean de aplicación*.»

Durante la fase de presentación de las ofertas se formula una consulta en la Plataforma de Contratación del Sector Público, por parte de un licitador referente a «*si la memoria técnica se tiene que adjuntar en el Sobre nº2, junto con el modelo de oferta económica».* La respuesta que se remite, por el técnico desde la plataforma indica que «**no es obligatoria la inclusión de la memoria técnica en esta fase de la licitación».**

La Mesa de contratación procede el día 19 de abril a la apertura y calificación administrativa de la documentación presentada en el procedimiento de licitación, y a la apertura del sobre nº tres, y según consta en el Acta, «*la documentación aportada por los licitadores es aportada a los técnicos para su correspondiente evaluación.»*

Tras ello, se emite, el día 29 de abril, un informe técnico que indica que para poder valorar las ofertas es necesario que las empresas aporten la información requerida en el PPT, por lo que la Mesa de contratación, en sesión de fecha 3

de mayo, acuerda solicitar a los tres licitadores «*la siguiente documentación en el plazo de 3 días naturales.*

• *Características y especificaciones que reúne la Autobomba Forestal Pesada de acuerdo al Pliego de Condiciones Técnicas incluidos desde el punto 1 al 15.*

• *Certificados de cumplimiento expedidos por un Órgano Independiente con las Normas Exigidas en el punto 2, principalmente en el cumplimiento con las Normas:*

• *ISO 9001:2015 exclusivo como carroceros de vehículos contra incendios*

• *ISO 14001:2015 exclusivo como carroceros de vehículos contra incendios*

• *ISO 45001:2018 del carrocero del vehículo contra incendios*

• *SA 8000:2014 del carrocero de vehículo contra incendios*

• *ISO 9001:2015 del fabricante de la bomba contra incendios*

• *ISO 14001:2015 del fabricante de la bomba contra incendios*

• *Plano acotado a escala de la unidad ofertada.*

• *Reparto de cargas, centro de gravedad y ángulo de vuelco de la unidad ofertada*

• *Curvas y características técnicas de la bomba contra incendios, indicando marca y modelo incluida en la unidad ofertada.»*

Cabe señalar que ninguno de los licitadores presentados en este procedimiento ha incorporado en el sobre nº Tres, la documentación técnica referente a la oferta, incluyen la oferta económica y los criterios evaluables con carácter automático.

La Mesa de contratación acuerda solicitar a las empresas licitadoras que procedan a la aclaración de la oferta mediante la presentación de una memoria técnica que contenga las prescripciones indicadas en el PPT, que han omitido al presentar sus ofertas. La recurrente, considera que tal documentación implica que se introduce en el procedimiento un nuevo criterio de valoración sujeto a evaluación previa cuando, el pliego no indica nada al respecto.

La recurrente considera que la petición por la Mesa de contratación de la memoria técnica, con posterioridad a la presentación de las ofertas, supone la ilegítima introducción de un subcriterio de adjudicación, si bien el órgano de contratación considera que la documentación se solicita para verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas de los vehículos a suministrar, y no hace alusión alguna a la respuesta efectuada como consecuencia de la formulación de la pregunta referente a la documentación a presentar por parte de los licitadores.

De cuanto antecede que se han presentado unas proposiciones al procedimiento de licitación, por parte de los licitadores que no se ajustan a lo indicado en los pliegos, como consecuencia de la respuesta formulada por parte del órgano de contratación ante la pregunta referente a si se debía de aportar la memoria técnica en el sobre nº tres, mediante la cual se ha inducido una alteración con lo establecido en el PCAP y en el PPT, presentando los licitadores sus ofertas sin ajustarse a lo establecido en los pliegos.

Si bien, la contestación emitida por el órgano de contratación no tiene naturaleza vinculante, ya que solo serán vinculantes las respuestas cuando así lo indiquen los pliegos. La respuesta facilitada no reúne las características que se establecen en el artículo 138.3 de la LCSP , que regula que: *«Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y*

demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido. En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.»

Procede traer a colación lo establecido en la Resolución 256/2021, de 12 de marzo del TACRC, cuando indica que: *«Esto es, incluso las respuestas vinculantes no pueden ser un medio de modificación de los pliegos, contradiciéndolos, como adelantamos.*

Pero si aun así se considerase posible esa posibilidad indirecta de alteración del pliego vía las respuestas de aclaración, mucho menos cabe darse si tales respuestas no son vinculantes. Y en este caso, las respuestas dadas en este procedimiento no son vinculantes, pues los pliegos de cláusulas administrativas particulares no lo indicaron así de forma expresa.

Por tanto, la respuesta dada en este caso no tenía la virtualidad de modificar en ningún caso los pliegos como "lex contractus", porque en principio el pliego no se puede modificar de tal modo (cabe ser interpretado de modo vinculante o no).

Lo que ocurre es que si esa interpretación ofrecida por una respuesta, incluso de modo no vinculante, es contraria a los pliegos, induce a error a todos los licitadores, de modo que pueden presentar propuestas contrarias a los pliegos que deberían ser a la postre y en puridad, excluidas o no valoradas. Eso es lo que se pretendió evitar por el órgano de contratación, pues una vez avanzado el procedimiento, el defecto de las ofertas realizadas bajo premisas interpretativas erróneas es insubsanable.»

Los pliegos impiden que la contestación tenga carácter vinculante, y ante ello el órgano de contratación, tendría que haber tratado de remediar y corregir su error, no solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas, ya que la documentación técnica que se solicita se considera una parte esencial de la oferta, cuya omisión debe dar lugar a la exclusión de la misma.

La Mesa de contratación, para comprobar que las ofertas cumplían las prescripciones técnicas que indica el pliego, y por falta de presentación de la documentación requerida en la cláusula 2.2.4.4 del PCAP, acuerda iniciar un trámite de aclaración de la oferta sobre un elemento no acreditado, lo que supone la posibilidad de completar las ofertas fuera del plazo de presentación de las proposiciones. No se trata de la existencia de un error fácilmente subsanable, sino de la presentación de una memoria técnica que contiene los requisitos que figuran en el pliego de prescripciones técnicas y que deben de reunir los vehículos a suministrar. Para ello debemos tomar en consideración la Resolución 527/2019, de 16 de mayo, del TACRC, que establece que: «*a efectos de determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de a JCCA). Debe tenerse en cuenta en este punto*

que el 81.2 del RGLCAP se refiere con "los defectos u omisiones subsanables" a la "documentación presentada", con lo que estaría aludiendo a omisiones o defecto en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

La subsanación interesada por el recurrente supondría una presentación "ex novo" de aquella documentación. Por ello debe indicarse que se trata de un defecto consistente en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de las proposiciones, siendo un requisito sustantivo para concurrir al proceso no susceptible de subsanación.»

A mayor abundamiento, hay que traer a colación lo indicado por el TACRC en Resolución 1046/2019, de 23 de septiembre, que indica lo siguiente: «*No procede, a la vista de lo expuesto, solicitar por la Mesa de Contratación la aclaración sobre un elemento no acreditado, pues la valoración que se realiza mediante fórmula atribuye una determinada puntuación, hasta alcanzar el máximo fijado en el Pliego, por cada actuación acreditada con los requisitos que capacidad e importe que indican el documento de invitación. De tal modo que, si se admitiera que los licitadores pueden aportar con posterioridad al momento de presentación de sus ofertas elementos o actuaciones cuyo soporte probatorio no se incorporó a la oferta cuando así lo exigía el PCAP de forma expresa, se desnaturalizaría el trámite y quiebra el principio de igualdad y libre concurrencia. Se daría la oportunidad de mejorar la oferta al licitador, que la elaboró de manera defectuosa o incompleta, una vez realizada la apertura del sobre nº 2, siendo conocida ya la oferta económica de las empresas competidoras. Perderían de este modo el resto de licitadores su ventaja competitiva fruto de una mayor diligencia en la preparación de su propuesta.»*

Por consiguiente, la respuesta formulada contravenía lo establecido en el pliego, y en ningún caso tenía capacidad de modificar las premisas del pliego. Fue el órgano de contratación el que indujo a los licitadores a presentar sus ofertas sin incorporar la memoria técnica, en base a una contestación de naturaleza no vinculante respecto a las cuestiones planteada durante el periodo de presentación de las ofertas. Al no contemplarse en los pliegos la regulación de las respuestas, éstos privan de la fuerza vinculante de las mismas, lo cual no es obstáculo para que, por parte del órgano de contratación, se hubiere tratado de rectificar el error cometido. Por ello, se puede aplicar lo indicado en la Resolución 260/2021, del TACRC, de 13 de marzo de 2021, respecto a la respuesta formulada con carácter no vinculante «*es contraria a los pliegos, induce a error a todos los licitadores, de modo que pueden presentar propuestas contrarias a los pliegos que deberían ser a la postre y en puridad excluidas o no valoradas. Pero el origen de las propuestas defectuosas no sería imputable al licitador –como la reclamación pretende- sino a la errónea respuesta. Por eso la solución del error en tales casos no consiste en la exclusión sino en el desistimiento dada la insubsanabilidad del error. Eso es lo que pretendió evitar el órgano de contratación, pues una vez avanzado el procedimiento, el defecto de las ofertas realizadas bajo premisas interpretativas erróneas es insubsanable.*»

Por otro lado, aun siendo admisibles las solicitudes de aclaración por parte de la Mesa de contratación, respecto de las ofertas técnicas, entre los límites que existen, es que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, por incorporar datos no previstos inicialmente. El introducir un trámite de aclaración ha supuesto que los licitadores completen sus ofertas tras la presentación de las mismas lo que conlleva una modificación que es inadmisible, ya se incorporan datos que inicialmente no se habían presentado, lo que equivale a modificar la oferta presentada. Como consecuencia procede la anulación del acuerdo de exclusión, y como efecto obligado, la anulación del procedimiento.

La Mesa de contratación ante la presentación de todas las ofertas sin la documentación técnica y visto que el origen se debía a un error en la respuesta formulada que no podía subsanarse, debió proceder al desistimiento del procedimiento, como se indica en la mencionada Resolución 260/2021, por ello no procede la exclusión de los licitadores ya que el error no es imputable a ellos, sino la anulación del procedimiento.

Por todo ello, resulta la estimación del recurso y la anulación del acuerdo de exclusión de la recurrente, y del procedimiento de licitación.

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 LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por la mercantil "ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A." frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de vehículo contra incendios forestal 4x4 para el SPEIS del Ayuntamiento de Huesca», promovido por esa Entidad local, y asimismo, la anulación del procedimiento de licitación.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este 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.