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

RE_97/2023

Acuerdo 110/2023, de 16 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN S.L.P.", frente a la adjudicación del contrato denominado «Redacción del proyecto básico y de ejecución, así como de proyectos de anexos en materia de instalaciones o estructuras, y de dirección de obra y de instalaciones para la construcción de la residencia de personas mayores de Gallur», promovido por el Ayuntamiento de Gallur

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 16 de mayo de 2023 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio y los pliegos que rigen el procedimiento de licitación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo.

Se trata de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 204 973,76 euros.

Segundo.- La Mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 26 de julio de 2023, acordó la clasificación de las ofertas presentadas a la licitación y la propuesta de adjudicación a elevar al órgano de contratación.

Según figura en el acta levantada al efecto, el resultado fue el siguiente:

LICITADORES	Valoración criterios subjetivos	Valoración criterios objetivos	TOTAL
Cerrejón Arquitectos, S.L.P.	29,75	55	**84,75**

FAV Arquitectura y Gestión, S.L.P.	29,75	52,69	**82,44**

Tercero.- Mediante el Decreto de Alcaldía número 2023-0485 de 28 de agosto de 2023, se adjudicó el contrato a la mercantil "CERREJON ARQUITECTOS, S.L.P."

Dicha adjudicación fue publicada en la PCSP en esa misma fecha.

Cuarto.- El día 30 de agosto de 2023 se recibió en el Registro electrónico de este Tribunal, un escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.V.C., en nombre y representación de la mercantil "FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN, S.L.P.", frente al acuerdo de adjudicación referido en el antecedente anterior.

En su escrito, viene a manifestar –en síntesis- su disconformidad con el acuerdo adoptado por entender:

1.- Que la mercantil adjudicataria debió haber sido excluida por no cumplir su oferta los requisitos técnicos exigidos en los pliegos que rigen el procedimiento.

2.- Vulneración del artículo 153 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), dado que considera que el acuerdo de adjudicación es nulo de pleno derecho al emplazar a la mercantil adjudicataria a formalizar el contrato en un plazo máximo de 15 días hábiles.

3.- Alega dificultades para el acceso al expediente en el plazo de interposición de su recurso.

4.- Subsidiariamente, defiende que su oferta debió haber alcanzado mayor puntuación en la clasificación derivada de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

Interesa, por lo expuesto, que, con la estimación de su recurso, se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación, y se ordene la retroacción de las actuaciones a fin de acordar la exclusión de la mercantil adjudicataria o, subsidiariamente, que se ordene una nueva valoración de su proposición.

Asimismo, solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento en tanto se produzca la resolución del recurso interpuesto.

Quinto.- El día 30 de agosto de 2023, este Tribunal dio traslado del recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. La documentación fue aportada el día 7 de septiembre de 2023.

Sexto.- El día 8 de septiembre de 2023 se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. En el plazo concedido se han recibido alegaciones de la mercantil adjudicataria, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón (en adelante, LUECPA), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Para ello debe atenderse al régimen transitorio que se estable en la Disposición transitoria primera de la citada ley, que dispone lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que la fecha de publicación de la convocatoria del procedimiento como se ha indicado en el Antecedente de hecho primero del presente acuerdo, es anterior a la entrada en vigor de la nueva ley, resulta de aplicación a la licitación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

En cuanto al presente recurso especial, debido a que el acto impugnado se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la citada LUECPA, se regirá por ésta, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que rige en defecto de previsión expresa en aquélla.

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN, S.L.P." para interponer el recurso especial 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 118.1.a) de la LUECPA y se dirige contra la adjudicación del contrato de referencia, actuación susceptible de impugnación *ex* artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede entrar en el fondo del asunto planteado en el mismo. Manifiesta la recurrente en primer lugar, la disconformidad a derecho de la adjudicación debido a que la proposición de la adjudicataria incumple los pliegos que rigen la licitación.

La recurrente en su escrito razona lo siguiente:

«En este sentido, esta parte entiende que el licitador CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. no cumple con los requisitos necesarios para poder resultar adjudicatario del contrato en la medida en que su oferta incumple los requisitos exigidos por el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la licitación, tal y como se desarrollará en apartados siguientes.

La primera causa del incumplimiento detectado se centra en que el PPT establece una superficie MÁXIMA construible de 4.450m2. Sin embargo, CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. en su oferta dispone una superficie de 4.844,22m2, frente a los 4.449,21m2 de FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN SLP. Eso supone que el licitador propuesto como adjudicatario excede en 394,22m2 la superficie máxima permitida.

Debe decirse que la cláusula del PPT no ofrece duda ni oscuridad alguna, sino que fija un límite máximo claro, al que debe sujetarse el desarrollo del programa.

Así lo ha entendido también la mesa de contratación, que en su acta de fecha 26 de julio de 2023, indica, en relación a la oferta de CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P que:

La propuesta grafiada en planos refleja una residencia con capacidad para 48 plazas individuales y 28 plazas dobles, haciendo un total de 76 plazas. Es cierto que se AUMENTA el número de PLAZAS INDIVIDUALES establecido en el pliego, pero no se han previsto habitaciones de enfermería, y se SOBREPASA la SUPERFICIE CONSTRUIDA MÁXIMA establecida en el

PLIEGO (4.844,22m2 frente al límite máximo de 4.450,00m2). Por todo ello, procede otorgar la puntuación de cero puntos en este apartado.
Sin embargo, y dicho con todo el respeto hacia esa Administración, se erra al fijar como consecuencia el otorgar cero puntos en ese apartado. La consecuencia que acarrea el incumplimiento frontal y claro de los pliegos ha de ser la exclusión del procedimiento del licitador incumplidor.

Es decir, la oferta del licitador no debía haber recibido 0 puntos en un apartado de la valoración, sino que, tratándose de un incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, la consecuencia ha de ser la exclusión de la oferta del procedimiento.
Entendiéndose que se trata de un incumplimiento grave, comprometiendo a todo el programa de la propuesta, que ha sido objeto de una muy buena valoración, que de otra manera hubiera sido menor al ser imposible idéntico programa en menor superficie de proyectada (394,22m2 construidos menos)
Debe tenerse en cuenta que el permitir un incumplimiento del PPT supone un incumplimiento frontal de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia recogidos en el artículo 132 de la LCSP, en cuyo apartado primero se dispone que:
Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.
Ello es así porque el superar la superficie construida máxima permitida en el PPT permite desarrollar, como es obvio, un programa mucho más holgado que el resto de los participantes que sí han respetado los pliegos, repercutiendo así en una mejor valoración subjetiva del proyecto incumplidor. Al disponer de más metros cuadrados se pueden diseñar espacios más amplios, funcionales y que cumplan mejor el programa del PPT.

CERREJÓN ARQUITECTOS S.L.P, ha proyectado un edificio con un tamaño que sobrepasa en un 8,85% el tamaño máximo permitido, por lo tanto han podido disponer de más metros para el diseño de todo el conjunto del edificio, no estando en igualdad de condiciones con nuestra propuesta, esto afecta directamente a las valoraciones establecidas en el ANEXO III, de Criterios de adjudicación subjetivos a evaluación previa, archivo b) en los puntos 1) "grado de detalle del diseño y composición del edificio, soleamiento y vientos" que pondera 10 puntos, y 3) "Identificación de los sistemas de gestión y mejoras funcionales", que pondera otros 10 puntos.

FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN SLP, sin embargo, ha hecho el esfuerzo de albergar todo el programa exigido en el PPT dentro de la superficie indicada, ya que la superficie es el marcador del posterior coste del edificio (a más metros construidos más coste) y, por tanto, de la viabilidad de este proyecto, lo cual FAV respeta al 100%, por lo que la propuesta mejor valorada no cumple con la principal premisa a la hora de construir un edificio, y es que sea viable económicamente

Se puede detectar cómo repercute este hecho en la valoración de la oferta de FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN S.L.P, por ejemplo, en el criterio nº3) en la planta sótano, donde no se ha podido proyectar parking en interior debido a no poder contar con más metros cuadrados disponibles. O por ejemplo el punto de obligar a los residentes a pasar por el hall en planta baja, al no disponer de más m2 no hemos podido generar espacios independientes. Hechos que la Administración lo ha valorado negativamente según acta de fecha 26 de julio de 2023 con la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

El permitir que el otro licitador incumpla las obligaciones recogidas en el PPT genera, por tanto, un trato discriminatorio que repercute en toda la licitación, no estando los licitadores sujetos a las mismas normas.

Así lo recoge la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 139 referido a las proposiciones de los interesados, según el cual:

"1. 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"

Al respecto debe recordarse la consolidada doctrina de los Órganos de resolución de recursos contractuales acerca del carácter de "lex contractus" de los pliegos que rigen la licitación, los cuales devienen en actos firmes y consentidos que vinculan al órgano de contratación y a los licitadores, una vez que ha transcurrido el plazo del recurso contra los mismos sin ser impugnados y que los licitadores han presentado sus ofertas aceptando incondicionalmente su contenido. Este carácter preceptivo de los pliegos es predicable tanto del pliego de cláusulas administrativas particulares como de los de prescripciones técnicas (por todas, Resolución nº 387/2017, de 28 de abril) por lo que las proposiciones de los licitadores habrán de ajustarse a ellas en todo caso."

En apoyo de su tesis la actora invoca la Resolución 59/2019, de 7 de marzo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, también la Resolución 985/2015, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y por último el Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre de 2019, de este Tribunal administrativo

Y concluye la recurrente señalando que:

“es evidente que CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. no puede resultar adjudicatario del contrato, sino que ha de procederse a retrotraer las actuaciones hasta el momento de la valoración de criterios subjetivos y se acuerde la exclusión del licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, al superar la superficie máxima construible e incumplir gravemente el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Una vez que acuerde lo anterior, habría de continuarse con el procedimiento, y siendo FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN SLP. el único licitador que ha presentado una oferta admisible, proponer a este como adjudicatario del contrato.»

De contrario el órgano de contratación defiende su actuación del siguiente modo:

«PRIMERO. - El recurrente fundamenta el recurso en la nulidad de pleno derecho del Decreto de Alcaldía Número 485, de fecha 28 de agosto de 2023, de acuerdo con el artículo 47.1.f) de la LPACAP, que establece que, entre otros, son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Entiende que el licitador CERREJON ARQUITECTOS, S.L.P., no cumple con los requisitos necesarios para poder resultar adjudicatario al haber incumplido los requisitos exigidos por el Pliego de Prescripciones Técnicas que establece, entre otros aspectos, una superficie máxima construible de 4.450 m² y en su oferta se ha excedido en 394,22 m².

Al respecto, se considera conveniente analizar, en primer lugar, lo dispuesto al respecto en el PPT, que establece: “Superficies: Se ha establecido una superficie máxima de 4.450 m² construidos para el programa descrito”.

Asimismo, hay que tener en cuenta lo reflejado en el PCAP (en concreto, en el ANEXO III del mismo, respecto a los criterios de adjudicación subjetivos sujetos a evaluación previa), en el que se establece que se describirá – presentando una memoria explicativa acompañada de 6 paneles en tamaño máximo A2 (de documentación gráfica y explicativa). La extensión de la documentación que se presente en este apartado de "Diseño y composición del edificio, sistema constructivo, funcional y de eficiencia" será como máximo de 20 páginas DINA4 y letra AriaII, tamaño 10. No será objeto de valoración la página 21 y posteriores. No se tendrán en cuenta dentro de las 21 páginas ni paneles a partir del número 7 –, en relación al edificio a proyectar: el diseño y composición del edificio, soleamientos y vientos (apartado de arquitectura); el sistema constructivo y calidad de los materiales propuestos (apartado de construcción); la descripción y sistema de gestión, así como mejoras funcionales (apartado funcional); y el diseño de la eficiencia energética e instalaciones (apartado de eficiencia), analizando, por tanto, los cuatro apartados referidos, con la valoración indicada en dicho Anexo.

Del análisis de la oferta presentada por la empresa CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P., resulta que, en cuanto al incremento del número de plazas individuales respecto al mínimo previsto de 44 plazas individuales y teniendo en cuenta que 22 plazas son dobles, se le han otorgado 0,00 puntos sobre los 10 puntos máximos posibles, según lo siguiente, que se contiene en el informe emitido por la empresa ERGO SYNERGYS, S.L.P., en fecha 24 de julio de 2023: "El incremento del número de plazas individuales respecto al mínimo previsto de 44 plazas individuales y teniendo en cuenta que 22 plazas son dobles: 0,00 sobre 10 puntos. La propuesta plantea un esquema flexible de configuración de la residencia en cuanto a la combinación de los distintos tipos de unidades de convivienda. Se diseñan tres tipos de unidades de convivencia en función del número y proporción de habitaciones individuales y dobles. La propuesta grafiada en planos refleja una residencia con capacidad para 48

plazas individuales y 28 plazas dobles, haciendo un total de 76 plazas. Es cierto que se AUMENTA el número de PLAZAS INDIVIDUALES establecido en el pliego, pero no se han previsto habitaciones de enfermería, y se SOBREPASA la SUPERFICIE CONSTRUIDA MÁXIMA establecida en el PLIEGO (4.844,22m2 frente al límite máximo de 4.450,00m2). Por todo ello, procede otorgar la puntuación de cero puntos en este apartado.".

Asimismo, analizando las distintas propuestas, se puede observar que el criterio de valoración subjetiva del aumento del número de plazas individuales ha sido interpretado de manera diferente por cada uno de los tres licitadores presentados:

- *CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. realiza una propuesta abierta con diferentes combinaciones de tipologías de los módulos de unidades de convivencia. Se ha valorado únicamente la propuesta grafiada en planos, que consiste en aumentar el número de habitaciones individuales y dobles, sobrepasando la superficie construida máxima, lo que ha conllevado el otorgamiento de 0 puntos. Se observa que el aumento de la superficie construida es fruto del aumento de plazas, y que, a la hora de redactar el proyecto (dado que esta memoria se trata de un diseño y composición inicial) se desarrollará con la capacidad establecida en pliegos (66 plazas, 44 individuales y 22 dobles), siendo el proyecto perfectamente viable dentro de la superficie construida máxima de 4.450 m². El aumento de superficie no se ha destinado a espacios más funcionales y más amplios, sino que se destina a aumentar número de plazas y sobredimensionar el aparcamiento subterráneo. Por tanto, el exceso de superficie construida no ha tenido repercusión alguna en la valoración de otros criterios de adjudicación.*

- *FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN, S.L.P. aumenta el número de individuales sin disminuir las dobles y sin sobrepasar la superficie construida, por lo que se le ha otorgado una puntuación alta, 8 puntos sobre*

10. No se otorgan los 10 puntos porque en la estrategia de concurso de aumentar notablemente las habitaciones individuales ha descuidado otros aspectos importantes.

- *SICILIA Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L.P. realiza una propuesta que mejora notablemente el número de habitaciones individuales, pero a costa de reducir las habitaciones dobles, que era un requisito del pliego, lo que ha conllevado el otorgamiento de 0 puntos.*

Cabe incidir en que la memoria a presentar para valorar los criterios de adjudicación subjetivos sujetos a evaluación previa, se trata de un diseño y composición inicial, que servirá en la fase de ejecución como punto de partida para desarrollar un proyecto básico y de ejecución, y así lo ha entendido la empresa ERGO SYNERGYS, S.L.P. para todas y cada una de ellas, dado que, de no ser así, también podría haber sido objeto de exclusión la empresa FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN, S.L.P. por incumplimiento de la normativa de aplicación, dado, en concreto el incumplimiento del Código Técnico de la Edificación (requisito del PPT), por la existencia de escaleras protegidas que carecen de puertas de acceso, deficiencias en la sectorización de incendios, etcétera. O, así también, podría haber resultado objeto de exclusión por haber presentado la memoria de 20 páginas en letra Arial, con un tamaño 9, mientras que el PCAP establece en el ANEXO III (página 30 de 32), en lo relativo a la "DOCUMENTACIÓN" que será de tamaño 10; por lo que, de haber aplicado la misma consideración que pretende que se le aplique a la empresa adjudicataria del contrato, también podría haber quedado excluida. No obstante, al igual que en el caso objeto del presente informe, no se considera que se traten de requisitos esenciales.

En segundo lugar, expuesto el análisis respecto a lo dispuesto en los pliegos y a las distintas ofertas presentadas y valoraciones de las mismas efectuadas, conviene detenerse en el motivo por el que la empresa recurrente pretende que

se excluya a la empresa CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. Así, por un lado, menciona en su recurso, que la empresa adjudicataria no cumple con los requisitos necesarios para ser adjudicatario, y esto no es así, dado que cumple con la cláusula 5 del PCAP; y por otro, considera que no cumple con los mismos por incumplir los requisitos exigidos por el PPT, cuestión ya analizada y que, no obstante, se considera que no debe ser motivo de exclusión también por lo que se procede a analizar seguidamente.

El artículo 47.1.f) de la LPACAP, determina que "Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

Del análisis de la Resolución de Alcaldía Nº 485, de 28 de agosto de 2023, resulta que se trata de un acto expreso por el que se han adquirido por la empresa CERREJÓN ARQUITECTOS, S.L.P. las facultades y derechos de adjudicatario del contrato, pero no se consideran que se den los supuestos de ser contrario al ordenamiento jurídico (a los pliegos en este caso, por lo anteriormente expuesto) ni que se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición.

Hay que tener en cuenta que el vicio de nulidad previsto en el artículo 47.1.f) de la LPACAP e invocado en este caso, se debe interpretar de forma muy estricta, en línea con la doctrina del Consejo de Estado, evitando un entendimiento amplio de los "requisitos esenciales" para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez. En la misma línea, no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales", sino sólo aquellos que constituyen presupuestos básicos exigibles para que pueda citarse el acto administrativo (así, dictámenes

números 2.454/94, de 9 de febrero y 1.178/98, de 11 de junio). Por su parte, el Tribunal Supremo ha interpretado el calificativo "esenciales" como referido a aquellos requisitos más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma del derecho (Sentencia de 23 de noviembre de 2008).

En el mismo sentido, el Dictamen 739/2017, de 5 de octubre de 2017, del Consejo de Estado, recuerda que "esta causa de nulidad de pleno derecho debe interpretarse de forma especialmente estricta, para evitar que una interpretación extensiva de ella pueda provocar una desnaturalización del sistema, convirtiendo, dentro de la teoría de la invalidez, la excepción (que son los supuestos de nulidad radical) en la regla general. Por ello, para apreciar la concurrencia de este motivo, se exige el cumplimiento de unos requisitos específicos que van más allá de la producción de cualesquiera infracciones al ordenamiento jurídico (entre otros, dictámenes números 1.275/2008, de 25 de septiembre, y 840/2014, de 23 de octubre) y que usualmente se detienen en la diferencia entre "requisitos necesarios" y "esenciales", sin que todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merezcan el calificativo de "esenciales" (dictamen número 219/2013, de 18 de abril).

En este sentido, como señala el dictamen número 485/2012, de 24 de mayo, la carencia de tales "requisitos esenciales" debe entenderse concurrente solo en aquellos casos en los que sea patente la ausencia de un presupuesto esencial o básico, que determina la adquisición del derecho o facultad de que se trate, pero no en aquellos otros en los que la controversia deriva de una mera interpretación, con eventuales soluciones razonablemente divergentes, de una norma jurídica".

Por lo tanto, y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque éstos se exijan para la validez del acto en cuestión, sino que resulta preciso distinguir entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", a los

fines que aquí interesan, de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales", teniendo en cuenta que solo pueden calificarse como requisitos esenciales aquellos "que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna". (Dictamen 63/2020, de 12 de marzo).

Asimismo, hay que tener en cuenta, por un lado, que el documento de la memoria técnica forma parte de la propuesta sujeta a evaluación previa, y, por tanto, de los criterios evaluables en función de juicios de valor, para lo que resulta de plena aplicación la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, considerando que el informe de valoración técnica, se encuentra debidamente motivado encontrándose amparado por el principio de discrecionalidad técnica toda vez que no se observa una valoración irracional o arbitraria de la oferta, ni que se haya apartado del procedimiento aplicable, de forma que parece razonable la ponderación realizada por el órgano de contratación puesto que se han tenido en cuenta los aspectos delimitados en el Pliego, por lo que ningún error o elemento de arbitrariedad se observa.

Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que no se considera requisito esencial para ser adjudicatario lo alegado por la empresa que ha interpuesto el recurso, por lo anteriormente expuesto, y dado que entendemos que esto no incide en modo alguno en la prestación objeto del contrato ni contraviene lo dispuesto en el PPT. El contrato tiene por objeto, en lo que aquí afecta por la interposición del recurso, la redacción del proyecto básico y de ejecución, así como de proyectos de anexos en materia de instalaciones o estructuras, de manera que lo determinante de la memoria técnica presentada es que se ofrezca un proyecto inicial de lo que acabará siendo el definitivo de la

residencia de personas mayores de Gallur, que, en todo caso, cumplirá con la exigencia prevista en el PPT de superficie máxima de 4.450 m² construidos.

El artículo 84 del RGCAP realiza una regulación muy precisa de los casos en los que los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación, por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato. En concreto, dispone lo siguiente: "Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.".

De todo lo expuesto se desprende que el hecho de que la empresa adjudicataria presentara en la memoria que forma parte de los criterios subjetivos a valorar, un exceso de superficie respecto al previsto en el PPT, no altera las indicaciones del pliego y, por ende, el adecuado cumplimiento del contrato, y no lo hace imposible, pues lo contenido en la misma ha sido objeto de adecuada valoración (de 0,00 sobre 10,00 puntos) y se trata de un proyecto inicial de lo que acabará siendo el definitivo de la residencia de personas mayores de Gallur.

El exceso de superficie presentado por la empresa adjudicataria ya ha sido penalizado con la valoración de 0,00 puntos, considerando del todo excesiva la pretensión de exclusión del procedimiento por este motivo, dado que no supone con ello la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, que, en cumplimiento de los pliegos, se realizará considerando la superficie máxima de 4.450 m² construidos

Por todo lo anterior, no se considera que se dé la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.f) de la LPACAP alegada por la empresa recurrente.»

La alegante a su vez se opone al recurso interpuesto según el detalle que obra en el actuado, esgrimiendo asímismo argumentos respecto de lo que – a su juicio- considera incumplimientos de la oferta de la recurrente.

Pues bien respecto de esta última cuestión que aduce la alegante, este Tribunal administrativo tiene que indicar que no ha lugar a acoger dichas alegaciones dado que, en cuanto al cumplimiento –o no– de los pliegos por la oferta de la actora pues, ello no es objeto del presente procedimiento, en tanto que en el mismo no es posible ejercer otras pretensiones –vía trámite de audiencia– a las recogidas en el escrito de recurso (Acuerdos de este Tribunal 32/2013, de 1 de julio, 26/2014, de 28 de abril y 135/2019 de 19 de noviembre), en tanto que tal y como se afirma en la Resolución del OARCE 99/2016, de 13 de septiembre, con cita de la anterior 43/2014, de 30 de abril: *«(…) el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su*

posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento».

Expuestos los términos del debate para resolver la cuestión aquí controvertida procede acudir en primer lugar a la regulación que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) hace de la presentación de proposiciones, en la cláusula 6, en la que se dispone lo siguiente:

«Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en este pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la Mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en los Registros de Licitadores o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea y la autorización al Ayuntamiento para obtener, durante toda la duración de la licitación y ejecución del contrato, certificaciones administrativas expedidas por los órganos competentes de la Administración del Estado por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones tributarias con el Estado y certificaciones expedidas por la autoridad administrativa competente con respecto al cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social.»

A su vez el Anexo III del PCAP establece:

«ANEXO III
CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (ARCHIVO B)

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN ***PONDERACIÓN: De 0 a 45 puntos***

1 - CRITERIO: ***DISEÑO Y COMPOSICIÓN DEL EDIFICIO, SISTEMA CONSTRUCTIVO, FUNCIONAL Y DE EFICIENCIA, ASÍ COMO INCREMENTO DEL NÚMERO DE PLAZAS INDIVIDUALES (De 0 a 45 puntos)***

*Se describirá, en relación al edificio a proyectar: el diseño y composición del edificio, soleamientos y vientos (**apartado de arquitectura**); el sistema constructivo y calidad de los materiales propuestos (**apartado de construcción**); la descripción y sistema de gestión, así como mejoras funcionales (**apartado funcional**); y el diseño de la eficiencia energética e instalaciones (**apartado de eficiencia**), analizando, por tanto, los cuatro apartados referidos.*

Se valorará:

- *El grado de detalle del diseño y composición del edificio, soleamiento y vientos **(0 a 10 puntos)**.*
- *El grado de detalle, la coherencia y la exhaustividad del sistema constructivo y de las instalaciones, así como de los materiales propuestos **(0 a 5 puntos).***
- *Identificación de los sistemas de gestión y mejoras funcionales **(0 a 10 puntos)**.*
- *El diseño de la eficiencia energética y de sus instalaciones **(0 a 10 puntos)**.*
- *El incremento del número de plazas individuales respecto al mínimo previsto de 44 plazas individuales y teniendo en cuenta que 22 plazas son dobles **(0 a 10 puntos)**.*

DOCUMENTACIÓN: Memoria explicativa acompañada de 6 paneles en tamaño máximo A2 (de documentación gráfica y explicativa). La extensión de la documentación que se presente en este apartado de "Diseño y composición del edificio, sistema constructivo, funcional y de eficiencia" será como máximo de 20 páginas DINA4 y letra Arial I, tamaño 10. No será objeto de valoración la página 21 y posteriores. No se tendrán en cuenta dentro de las 21 páginas ni paneles a partir del número 7.

PARA CONTINUAR EN EL PROCESO SELECTIVO, AL ARTICULARSE EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN EN VARIAS FASES, SE ESTABLECE UN UMBRAL MÍNIMO DEL 50 POR CIENTO DE LA PUNTUACIÓN EN EL CONJUNTO DE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS PARA CONTINUAR EN EL PROCEDIMIENTO (MÍN. DE 22,5 PUNTOS) (art. 146.3 de la LCSP). EN CASO CONTRARIO, SERÁ DESCARTADO DEL MISMO.
SERÁN EXCLUIDOS TODOS AQUELLOS LICITADORES QUE INCLUYAN EN EL ARCHIVO B DATOS DE LA OFERTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR (ARCHIVO C).»

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), regula los requisitos funcionales del proyecto básico y de ejecución que se licita y también los requisitos técnicos y por lo que aquí interesa dispone lo siguiente:

«En cuanto a los requisitos técnicos, el edificio estará proyectado de tal manera que se cumplan con las siguientes premisas:
(…)
Superficies: Se ha establecido una superficie máxima de 4.450m2 construidos para el programa descrito»

Continuando con el examen del expediente administrativo, del mismo resulta que en la oferta de la adjudicataria en el Sobre "B" (página 96), figura lo siguiente:

PROGRAMA DE NECESIDADES – GRUPOS DE USOS – SUPERFICIES CONSTRUÍDAS			
RESIDENCIA DE MAYORES GALLUR	PROPUESTA		
			S. Constr.
PLANTA SOTANO			983,25
PLANTA BAJA			2150,15
PLANTA PRIMERA			1710,80
TOTAL S/COMBINACIÓN			4.844,22

En el informe técnico de valoración del contenido del Sobre "B" fechado el día 24 de julio de 2023 – referido anteriormente- en lo que es objeto del presente recurso- se indica expresamente que la oferta de la adjudicataria «*SOBREPASA la SUPERFICIE CONSTRUIDA MÁXIMA establecida en el PLIEGO (4.844,22m2 frente al límite máximo de 4.450,00m2).Por todo ello, procede otorgar la puntuación de cero puntos en este apartado»*

La recurrente en este primer motivo de recurso aduce el incumplimiento del PPT por parte de la adjudicataria, tal y como ha quedado expuesto, mientras

que el órgano de contratación y la mercantil adjudicataria defienden la conformidad a derecho de la adjudicación realizada.

Procede por tanto determinar si las actuaciones de la Mesa de contratación y del órgano de contratación se han ajustado al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, a los pliegos que constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, este Tribunal administrativo en su doctrina y así como la jurisprudencia.

Pues bien, hay que poner de manifiesto que tal y como viene señalando este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 94/2023, de 11 de octubre, *«la resolución del recurso exige partir del hecho de que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, tal y como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal (entre otros, en los Acuerdos 3/2015, de 9 de enero, 96/2017, de 5 de septiembre, y 12/2022, de 26 de enero).*

Este criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) que advierte que, cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resoluciones 176/2011, de 29 de junio, y 516/2016, de 1 de julio).

De tal manera que corresponde a este Tribunal administrativo comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, las valoraciones de las propuestas se ajustan a los cánones de la discrecionalidad

técnica y existe motivación adecuada y suficiente (Acuerdos 23/2012, de 28 de junio y 2/2021, de 14 de enero).»

Así una vez expuesta la función revisora que compete a este Tribunal administrativo, en el caso que nos ocupa, procede subrayar la consideración que tienen los pliegos que rigen la licitación como *lex contractus,* que vinculan tanto al órgano de contratación como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos son los parámetros con arreglo a los cuales deben ser ponderadas las ofertas de cada licitador. Por su parte, el órgano de contratación ha de estar a las reglas por él mismo establecidas para la clasificación de dichas ofertas, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de otorgar puntuación a cada una de las mismas a resultas de su contenido, según hayan reflejado el modo de atender las prestaciones a realizar en el contrato y que constituyen el objeto del contrato y así lo viene señalando este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 47/2020, de 26 de junio.

También en el reciente Acuerdo 100/2023, de 20 de octubre, de este Tribunal administrativo y sobre esta cuestión se traía a colación la Sentencia Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que: «*Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de*

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

Además, en el Acuerdo 26/2019, de 28 de febrero, de este Tribunal se reseña que tal carácter de `lex contractus´ de los pliegos ha sido consagrado jurisprudencialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 (rec. nº 5947/2007).

Y consecuencia de dicho carácter es no sólo que los pliegos resultan vinculantes tanto para los licitadores con la presentación de su oferta (y que implica su aceptación), como para la Administración contratante –de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LCSP–, sino que además, y como sostiene este Tribunal en el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre: *«(c)onforme a este precepto, nuestro ordenamiento no sólo establece la relación causa-efecto entre la presentación de las proposiciones y la aceptación incondicionada e íntegra de los pliegos, sino que además aquéllas hayan de ajustarse a éstos*». Ello en virtud, también, del principio de igualdad de trato que *«(…) implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; así como que el artículo 122.2 de la LCSP, en relación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, establece que "en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán... los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato... y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*"».

Estas consideraciones las viene poniendo de manifiesto este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre, invocado por la actora – cabe adelantar, como a continuación se expondrá, que de forma acertada- en el que por lo que aquí importa, se señalaba lo siguiente:

«*Y consecuencia de dicho carácter* (se refiere al de *lex contractus* de los pliegos*) es no sólo que los pliegos resultan vinculantes tanto para los*

licitadores con la presentación de su oferta (y que implica su aceptación), como para la Administración contratante –de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LCSP–, sino que además, y como sostiene este Tribunal en el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre: "(c)onforme a este precepto, nuestro ordenamiento no sólo establece la relación causa-efecto entre la presentación de las proposiciones y la aceptación incondicionada e íntegra de los pliegos, sino que además aquéllas hayan de ajustarse a éstos". Ello en virtud, también, del principio de igualdad de trato que "(…) implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; así como que el artículo 122.2 de la LCSP, en relación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, establece que `en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán... los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato... y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo´" (Acuerdo 26/2019 ya citado)

Así las cosas, según este Tribunal tuvo igualmente ocasión de afirmar en su Acuerdo 25/2019, de 28 de febrero, el incumplimiento de las exigencias requeridas en los pliegos "(…) ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los Pliegos"; mas, una vez constatado un incumplimiento de tal calado, es de aplicación la doctrina expuesta y extractada en el Acuerdo 97/2018, de 5 de octubre, de este Tribunal, con arreglo a la cual: "(…) entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta

una cuestión insubsanable, con independencia de la voluntad que tenga el licitador y que en este caso aduce el órgano de contratación, pues lo contrario supondría un manifiesto ataque al principio de igualdad consagrado en el artículo 1º de la LCSP que debe presidir toda contratación pública".

Y tal criterio es compartido –unánimemente– por los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, siendo doctrina consolidada por todos ellos que solamente procede la exclusión de las proposiciones cuando el incumplimiento de los pliegos sea claro y expreso, así como que se deduzca –inequívocamente– de la oferta, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta en cuestión se opone a las exigencias mínimas contenidas en ellos. A tal efecto se toma como base la Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), del Tribunal General de la Unión Europea –Sala 2ª– que en su apartado 78 afirma que "(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)".

Sin ánimo exhaustivo, es menester traer a colación los siguientes pronunciamientos: la Resolución 250/2018, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que se expresa en estos términos:

"Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre y 28/2018, de 2 de febrero) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Por tanto, en el supuesto examinado, si el órgano de contratación hubiera admitido la oferta de TERUMO en los términos en que se formuló no solo se habría apartado de las condiciones que él mismo había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio de aquellos otros licitadores que sí se hubieran ajustado a las exigencias del PPT".

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante, TACGAL) afirma en la Resolución 160/2019, de 3 de julio:

"Como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la oferta: "debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el

PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos."

Como expresamos en Resoluciones previas, (por todas, Resolución TACGal 31/2018) el responsable de la presentación de la oferta es el licitador. Aquí estamos ante cláusulas con condiciones claras para las ofertas, en cuanto a la frecuencia exigida para las operaciones de limpieza, por lo que es el licitador quien debe asumir las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Sentencia TJUE, de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/2010).

En la Resolución TACGal 40/2018 ya explicamos que si en la proposición del licitador aparecen datos concretos de incumplimiento de lo exigido, no cabe defender la validez de la misma en base a menciones genéricas de ajuste:

(...)

Sin entrar a valorar cuestiones técnicas sobre la realidad de lo indicado que exceden de la competencia de este Tribunal, debemos reiterar que los pliegos eran claros en la exigencia de determinadlas frecuencias de limpieza y esa obligación, una vez establecida en el PPT por el órgano de contratación, debe ser respetada por igual por todos los licitadores o se quebraría el principio de igualdad, siendo responsabilidad de la empresa adjudicataria la configuración de su oferta en estricto cumplimiento de lo fijado en los pliegos, sin poder ampararse a posteriori en supuestas diferencias técnicas para incumplir lo que era un mandato específico de los documentos rectores del procedimiento, que como es sabido, es lex contractus.

En ese sentido, el órgano de contratación, una vez aprobados los pliegos, no puede pretender excepcionar su contenido durante el procedimiento de licitación. Reiteramos que los pliegos son la ley del contrato y, como tales, obligan no sólo a los licitadores, sino también al órgano de contratación que

está sujeto a lo en ellos previsto a lo largo de todo el proceso contractual, pues de otra manera se vulneraría el principio de igualdad de trato.
(…)

En definitiva, la exigencia establecida en los pliegos de la licitación sobre las frecuencias de limpieza era clara e, igualmente, se comprueba que la oferta de la adjudicataria incumple de manera expresa esas exigencias, lo que determina que se deba proceder a su exclusión, sin que sea necesario analizar el resto de motivos de impugnación señalados en el recurso presentado".

También resulta extrapolable al presente caso la Resolución 33/2019, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid cuando apunta que:
"Evidentemente, no puede cambiarse un requisito técnico del Pliego a la vista de las ofertas presentadas. No puede obviarse que puedan existir potenciales licitadores que no hayan concurrido a la licitación por no tener el requisito analizado, que se configuró como esencial en el Pliego, por lo que admitir ahora otras soluciones, además de contravenir el mismo, supondría una vulneración del principio de transparencia y de igualdad.

Si el órgano de contratación consideró que cabían y eran admisibles otras técnicas u otras soluciones, así debió expresarlo en el PPT o aclararlo en su momento en respuesta a las consultas formuladas. Los Pliegos vinculan a ambas partes y son obligatorios en todos sus términos, también para la Administración convocante".

En idéntico sentido se han pronunciado el TACRC en sus Resoluciones 52/2015, de 20 de enero, y 561/2018, de 8 de junio, entre otras; el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Canarias en la Resolución 88/2016, de 19 de julio; el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi –en adelante, OARCE– en su Resolución 99/2016, de 13 de septiembre; o el Tribunal de Contratos Públicos de Navarra en la Resolución

68/2017, de 30 de octubre.»

Así las cosas, teniendo en cuenta que hay que estar a las reglas que el órgano de contratación ha fijado en los pliegos que rigen la licitación y que se ha impuesto a sí mismo de cara a exigir su cumplimiento en las ofertas que se presenten , tal y como apunta la citada Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), este Tribunal administrativo no comparte el parecer del órgano de contratación expuesto en el informe técnico de valoración de los Sobres "B", en el que una vez constatado el incumplimiento de la superficie máxima fijada en 4 450m2, -puesto que en la oferta de la adjudicataria consta una superficie de 4 8844,22m2- y en lugar de excluirla de la licitación por incumplir el PPT, se le otorgan 0 puntos, y tampoco puede compartir los argumentos que el órgano gestor esgrime en el informe al recurso, pues aunque llega a reconocer el incumplimiento en la oferta de la adjudicataria del contrato, no obstante defiende que *«(u)n exceso de superficie respecto al previsto en el PPT, no altera las indicaciones del pliego y, por ende, el adecuado cumplimiento del contrato, y no lo hace imposible, pues lo contenido en la misma ha sido objeto de adecuada valoración (de 0,00 sobre 10,00 puntos) y se trata de un proyecto inicial de lo que acabará siendo el definitivo de la residencia de personas mayores de Gallur.*

El exceso de superficie presentado por la empresa adjudicataria ya ha sido penalizado con la valoración de 0,00 puntos, considerando del todo excesiva la pretensión de exclusión del procedimiento por este motivo, dado que no supone con ello la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, que, en cumplimiento de los pliegos, se realizará considerando la superficie máxima de 4.450 m² construidos»

Pues bien a todas luces y, sin necesidad de hacer ningún juicio técnico, pues tal y como ha quedado constatado se reconoce por la partes la inobservancia del PPT, en el presente caso efectivamente se constata la existencia de un

incumplimiento manifiesto respecto del citado pliego, lo que supone que la actuación del órgano de contratación ha de reputarse irregular–pues en lugar de excluir a la licitadora incumplidora del PPT, la «sanciona» otorgándole 0 puntos en el criterio de adjudicación analizado- , lo que supone que ha alterado las reglas que rigen la licitación –al apartarse en su interpretación y aplicación del tenor literal de los pliegos que rigen la licitación que él mismo ha aprobado y se ha otorgado– con quiebra del principio de igualdad de trato y de seguridad jurídica, por lo que en modo alguno, como pretende el citado órgano gestor, puede tener apoyo su actuación en la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

En consecuencia, ante la confirmación del incumplimiento de la oferta de la adjudicataria, no cabe sino concluir que procede la exclusión de la oferta incumplidora en tanto que se ha producido un incumplimiento de calado del PPT que rige la licitación, ya que cualquier otra interpretación sería contraria a los principios sobre los que se asienta la contratación pública, pues la presunción de que las ofertas cumplen los pliegos por el hecho de presentarse a una licitación decae en el momento en que se constata, como aquí acontece, la existencia de un incumplimiento manifiesto de los pliegos rectores de la licitación.

A resultas de cuanto se ha expuesto este Tribunal administrativo concluye que asiste razón a la recurrente, de ahí que proceda estimar el recurso interpuesto, ordenando retrotraer las actuaciones a fin de que, por la Mesa de contratación se proceda a la exclusión de la oferta de la adjudicataria del procedimiento de adjudicación objeto de este recurso, conforme a lo expresado en el presente Fundamento de Derecho, con continuación, en su caso, de dicho procedimiento, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Habiéndose anulado el acto impugnado, no resulta preciso ya analizar los otros motivos de recurso, que han sido planteados por la recurrente de forma subsidiaria.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 117 y siguientes de la LUECPA, 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 interpuesto por la mercantil "FAV ARQUITECTURA Y GESTIÓN, S.L.P" frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Redacción del proyecto básico y de ejecución, así como de proyectos de anexos en materia de instalaciones o estructuras, y de dirección de obra y de instalaciones para la construcción de la residencia de personas mayores de Gallur», promovido por el Ayuntamiento de Gallur.

SEGUNDO.-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.

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.