Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

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

RE 76/2024

Acuerdo 92/2024, de 15 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U." frente a su exclusión del procedimiento de contratación denominado «Servicio de comedor escolar y de atención y cuidado del alumnado en centros públicos de educación infantil y primaria y educación especial, así como centros públicos integrados en la provincia de Zaragoza, para los cursos 2024/2025 y 2026/2026, con posibilidad de 2 prórrogas de un año de duración cada una.», promovido por el Departamento de Educación, Ciencia y Universidades del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de junio de 2024 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio previo de licitación relativo al procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El anuncio definitivo de la licitación, así como los pliegos que rigen la misma fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) los días 23 y 24 de junio siguiente. Según figura en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 16 de julio de 2024.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 136 678 661,18 euros, IVA excluido.

El contrato se divide en tres Lotes.

Segundo.- La Mesa de contratación, reunida el día 18 de julio de 2024, tras la apertura y examen del contenido del Sobre "A", Documentación administrativa, de las licitadoras al contrato, acordó entre otros y por lo que a este acuerdo interesa, admitir

provisionalmente a la mercantil “ALESSA CATERING SERVICES, S.L.”, y requerir subsanación de la documentación presentada inicialmente a la licitación. Según figura en el acta levantada al efecto:

«Razón Social	*Lote/sublote*	*Justificación Subsanación*
ALESSA CATERING SERVICES SL	*Lote 1 – Sublotes: 1, 2, y 3.* *Lote 2 – Sublotes: 7, 8, 9, 10, 11, y 12* *:*	*Debe subsanar en Otras Declaraciones, el nombre de la empresa a la que representa y la calidad en la que actúa como representante.*

> *A los licitadores admitidos de forma provisional se les concede un plazo de tres días naturales, a contar desde el envío del requerimiento de subsanación, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Publico, para efectuar las subsanaciones arriba indicadas, finalizando dicho plazo el día 23 de julio a las 15 horas.»*

El acta fue publicada en la PCSP el día 26 de julio de 2024.

Tercero.- La Mesa de contratación, reunida el día 25 de julio de 2024, acordó, entre otros, la exclusión de la mercantil “ALESSA CATERING SERVICES S.L.”. Tal exclusión trae causa de la no presentación de subsanación alguna por parte de la mercantil.

En el acta figura lo siguiente: *«Todos los licitadores requeridos de subsanación han presentado la misma en plazo, con excepción de: -ALESSA CATERING SERVICES S.L, dado que no consta presentada subsanación alguna. Habiendo comprobado la Mesa que el requerimiento había sido leído por la citada licitadora en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 19 de julio de 2024 a las 08:22 horas (Anexo III) y habiendo comprobado que no consta en la misma que la licitadora haya presentado ninguna subsanación.»*

El acta ha sido publicada en la PCSP el día 2 de agosto de 2024 y en esa misma fecha le fue comunicada su exclusión a la ahora recurrente.

Cuarto.- Con fecha 12 de agosto de 2024, en el Registro General del Gobierno de Aragón, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por don A.LL.T., en nombre y representación de la mercantil "ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U", frente al acuerdo de exclusión referido en el antecedente anterior. Interesa de este Tribunal la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación hasta la resolución del recurso interpuesto.

Quinto.- El mismo día 12 de agosto de 2024, este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente de contratación completo y el informe al que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La documentación requerida se recibió el día 14 de agosto siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone a la suspensión cautelar del procedimiento.

Sexto.- El día 19 de agosto de 2024 se dio traslado del escrito de recurso a las otras licitadoras del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Se han recibido alegaciones, oponiéndose al recurso, de "GASTRONOMIC, S.A.U." y de las mercantiles pertenecientes al mismo grupo "ARAMARK EUSKADI", "ARAMARK SERVICIOS DE CATERING", "ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES" y "COMERTEL", que han formulado sus escritos de alegaciones con un contenido idéntico.

Séptimo.- Mediante nuestra Resolución 20/2024, de 23 de agosto, este Tribunal resolvió denegar la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-COMPETENCIA

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 118 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante LUECPA)

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN

Se acredita en el expediente la legitimación de "ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U." para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP: "*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*", por ser entidad mercantil que ha sido licitadora en el contrato de referencia, habiendo sido excluida del procedimiento. El recurso ha sido presentado por representante legal, aportando poder suficiente.

TERCERO.- PLAZO, LUGAR Y FORMA

Se han cumplido las prescripciones que, en relación con el plazo, lugar y forma de presentación del recurso, se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y en el artículo 128 de la LUECPA.

CUARTO. ACTO RECURRIDO. PLANTEAMIENTO Y PRETENSIONES

Queda acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de 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 la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118.1.a) de la LUECPA, 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.

En relación al fondo del asunto, la recurrente alega, en síntesis, su disconformidad con su exclusión por ser contraria al principio de proporcionalidad, argumentando además, como vicio del procedimiento que invalidaría el acto de exclusión, que «*nunca se nos comunicó individualmente el plazo de tres días para subsanar el defecto; en su lugar, se publicó únicamente en la plataforma de contratación del sector público, lo que impidió el conocimiento adecuado y oportuno de la necesidad de subsanar el error y, por tanto, causando indefensión*».

De contrario, el órgano de contratación en su informe argumenta lo siguiente:

«A la vista del Pliego, se considera que la documentación administrativa presentada no satisface el contenido exigido en el mismo por cuanto las "otras declaraciones responsables" referidas no están adecuadamente firmadas por el licitador o su representante. En virtud del principio de proporcionalidad, considerándose un defecto subsanable, se requiere la subsanación de estas declaraciones adecuadamente planteadas y firmadas.

(...)

Transcurrido el plazo de subsanación sin haberse dado respuesta al requerimiento, y considerándose adecuada la justificación de la inadmisión de la empresa licitadora conforme a la cláusula 2.2.8.1 del PCAP, se acuerda por unanimidad la exclusión de ALESSA CATERING SERVICES SA. Se considera que este acuerdo está suficientemente acreditado y motivado y cualquier otro proceder del Órgano de Asistencia hubiera supuesto una quiebra del principio de igualdad de los licitadores presentados».

Las alegaciones de “GASTRONOMIC, S.A.U.” y de las mercantiles “ARAMARK EUSKADI”, “ARAMARK SERVICIOS DE CATERING”, “ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES” y “COMERTEL” plantean, sintetizando mucho sus argumentaciones, que se desestime en su totalidad el recurso —incluso que se inadmita, pretensión esta que no comparte el Tribunal— considerando que (i) el requerimiento de subsanación se le comunicó a la recurrente de la forma establecida en el pliego (cláusula 2.2.8.4 del PCAP) y cumpliendo todas las garantías procedimentales, (ii) que existe constancia del acceso por parte de la recurrente a la comunicación de subsanación, realizado a través de la PCSP en una fecha y hora comprendidos dentro del plazo de subsanación (iii) y que el efecto directo del incumplimiento, por omisión, del requerimiento supone la exclusión automática de la licitación de la recurrente, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 2.2.4 del PCAP), (iv) pues, lo contrario constituiría una infracción del principio de igualdad de trato entre licitadores, reconocido legalmente en el artículo 132 de la LCSP que establece 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. Adicionalmente, las empresas “ARAMARK EUSKADI”, “ARAMARK SERVICIOS DE CATERING”, “ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES” y “COMERTEL” alegan que la recurrente ha actuado de forma temeraria la interponer un recurso carente de fundamento o de viabilidad jurídica, pero no llegan a solicitar al Tribunal la imposición de multa.

QUINTO.- FONDO DEL ASUNTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Infracción de los principios de publicidad y transparencia por haberse comunicado el requerimiento de subsanación únicamente a través de la PLASC

ALESSA sostiene, como **primer motivo de recurso,** que en este procedimiento se ha producido una infracción de los principios de publicidad y transparencia que rigen la contratación pública como consecuencia de que la comunicación del requerimiento de subsanación se ha realizado exclusivamente en la plataforma, sin practicarse una notificación individualizada. Alega al respecto *que “esta situación ha causado una indefensión a ALESSA, que no pudo subsanar los defectos detectados dentro del plazo de tres días hábiles debido a la falta de una notificación efectiva y personalizada”.*

Sobre el primer motivo de recurso, el Tribunal aprecia que deben acogerse íntegramente los argumentos contrarios a su estimación del órgano de contratación y de los licitadores que han presentado alegaciones frente a esta pretensión de la recurrente, al haberse constatado por este Tribunal, primero, que la comunicación del requerimiento de subsanación se practicó cumpliendo estrictamente las previsiones del PCAP y de la disposición adicional 15ª de la LCSP y, después, que el recurrente tuvo acceso a dicha comunicación en plazo, de lo que hay prueba fehaciente en la propia plataforma.

Como alega el órgano de contratación, frente a la pretensión de la recurrente apoyándose en el informe 55/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado *"el envío de la comunicación de aviso de remisión de la comunicación electrónica correspondiente a la necesidad de subsanación es simultáneo a su puesta a disposición del licitador en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, además, el licitador puede acceder a la comunicación electrónica correspondiente directamente desde dicho correo de aviso mediante un enlace ad hoc." La Plataforma de Contratación del Estado acredita tanto la disposición como la lectura de la comunicación que la empresa ALESSA CATERING SERVICES S.A. alega no haber recibido; esta última con fecha de 19 de julio a las 08:22 horas, con plazo suficiente para responder a la subsanación solicitada, según lo estipulado en el artículo 141 LCSP y en la disposición adicional duodécima LCSP.*

Compartiendo el mismo criterio que la Junta Consultiva, "a todo ello hay que añadir que la dirección de correo a la que se remiten los correos electrónicos de aviso de remisión de comunicaciones electrónicas es siempre la indicada por el licitador para el procedimiento de contratación de que se trate. El licitador debe actuar con la suficiente diligencia a la hora de atender a los correos electrónicos que se le remitan a tal dirección y debe ser responsable de su falta".

De modo que, si ALESSA no procedió a subsanar las deficiencias que se señalaban en el requerimiento efectuado por la entidad adjudicadora, no fue porque la comunicación hubiera sido defectuosa, sino por causas enteramente imputables a su poca diligencia como licitador. Por ello, el Tribunal rechaza de plano que se hubiera producido ningún tipo de infracción de los principios rectores de la contratación pública

al sustanciarse el trámite de subsanación de la Declaración Responsable Única (DRU) y que el recurrente sufriera una situación de indefensión que le haya impedido subsanar las deficiencias de su DRU en plazo.

A juicio del Tribunal, la mesa de contratación, al comunicar el requerimiento de subsanación del modo que lo hizo, ha actuado con pleno respeto de las previsiones del PCAP y los artículos 139 y 141 de la LCSP y 91 de la Ley aragonesa de uso estratégico de la contratación.

En concreto, entendemos que se ha seguido en este procedimiento en sus estrictos términos lo establecido en **(i)** la Cláusula 2.2.8.1, *Apertura de los Sobres A y calificación de la documentación administrativa*, donde se establece *"Concluido el plazo de presentación de proposiciones la mesa de contratación procederá a la apertura electrónica de la documentación administrativa presentada por los licitadores en tiempo y forma en el denominado Sobre A verificándose que constan los documentos exigidos o en caso contrario realizando el trámite de subsanación.*
Finalmente, la mesa de contratación procederá a determinar las empresas admitidas a la licitación, las rechazadas y las causas de su rechazo, con carácter previo a la apertura de los sobres B y C".

También ha respetado lo regulado en **(ii)** la Cláusula 2.2.4, *Subsanación de documentos*, que dice: *"La presentación de declaraciones responsables de cumplimiento de requisitos de participación será objeto de subsanación por los licitadores a requerimiento de los servicios dependientes del órgano de contratación o la mesa de contratación, cuando no se hubiera presentado, o no estuviera adecuadamente cumplimentada la presentada.*
Igualmente, el propuesto como adjudicatario podrá subsanar la falta o incompleta presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de participación que le sean requeridos con carácter previo a la adjudicación del contrato.
En ambos casos se concederá al licitador un plazo de tres días naturales, a contar desde el envío del requerimiento de subsanación. Si no se subsanase en plazo lo requerido, el órgano o la mesa de contratación entenderán que el licitador desiste de su oferta…"

Y del mismo modo ha cumplido **(iii)** la Cláusula 2.2.8.4, *Publicidad del resultado de los actos de la mesa de contratación y notificación a los licitadores afectados*, que prescribe: *De todo lo actuado conforme a los apartados anteriores se dejará constancia en las actas correspondientes, que se publicarán en el perfil de contratante, en las que se reflejará el resultado del procedimiento, con indicación de las empresas admitidas y las rechazadas a la licitación y sus incidencias. Se excluirá aquella información que no sea susceptible de publicación de conformidad con la legislación vigente.*

Todo ello, sin perjuicio de la necesaria comunicación o notificación, según proceda, a los licitadores afectados.

El acto de exclusión de un licitador será notificado a éste, con indicación de los recursos que procedan contra dicha decisión…"

Y, en fin, igualmente se ha constatado que las comunicaciones que ha debido realizar la entidad adjudicadora a ALESSA de resultas de los trámites relacionados en los párrafos anteriores se han practicado siguiendo las instrucciones de **(iv)** la cláusula 2.1.8, Notificaciones telemáticas**,** del PCAP que, a estos efectos, dispone *"Todas las notificaciones y comunicaciones que realice la Administración se practicarán por comparecencia electrónica a través de la* ***Plataforma de Contratación del Sector Público*** *(https://contrataciondelestado.es) o, en su caso, a través del Sistema de Notificaciones Telemáticas del Gobierno de Aragón al que se podrá acceder a través de la aplicación MiA (https://mia.aragon.es).*

El cómputo de los plazos de la notificación electrónica se regirá por lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP.

Asimismo, el envío de documentación que pueda ser requerida al licitador por parte de los servicios correspondientes se podrá realizar a través de la propia Plataforma estatal (PLACSP) y, en su defecto, por medio del ***Servicio de Aportación de Documentos a Procedimientos en Trámite*** *https://www.aragon.es/tramites/aportacion-de-documentos-a-procedimientos-en tramite, o, de manera subsidiaría, a través del registro electrónico o el medio que se señale en el requerimiento. En el caso de que se haya utilizado el gestor de licitaciones con tecnología blockchain del Gobierno de Aragón, este envío de documentación se realizará a través de esta aplicación".*

De acuerdo con todo lo anterior, no habiendo apreciado el Tribunal ninguna infracción jurídica en la comunicación practicada a ALESSA del requerimiento de subsanación de la DRU, ni la indefensión alegada por la recurrente derivada de que dicho requerimiento se le comunicara de este modo, procede desestimar este primer motivo de recurso.

II. Incumplimiento del principio de proporcionalidad al acordar la exclusión del recurrente por un error material en la declaración responsable

En **segundo lugar**, en el recurso planteado por **ALESSA** se cuestiona que un *"defecto material, involuntario y tipográfico en la página 26 titulada "Otras Declaraciones" que en lugar de rellenar los datos en nombre de ALESSA, se rellenó en nombre se SERUNIÓN (administradora única de ALESSA), por lo tanto, excluir a una licitadora por este error, es una medida desproporcionada y contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato".*

En opinión de la recurrente, *"el señalado error, a lo sumo, puede generar una necesidad de aclaración, pero de una revisión detallada de toda la oferta presentada, y concretamente de la documentación del Sobre A, se desprende qué sociedad es la que licita, y quién es la Administradora única de la misma, así como la persona física designada conforme al artículo 143 del reglamento del registro mercantil para representarla".*

Y, por ello, concluye *"el error material cometido en la página 26 del DEUC no debe ser causa de exclusión de ALESSA, en primer lugar, porque es un error que ni modifica, ni afecta a la oferta presentada tal como toda la doctrina establece y en segundo lugar tampoco afecta a ningún otro licitador, es meramente un error material de transcripción que además fue subsanado en el momento que se tuvo conocimiento.*

Por ende, la desproporcionalidad de la medida adoptada puede observarse desde varias perspectivas. Primero, desde la perspectiva del propio error material, que es meramente tipográfico y no afecta al contenido esencial de la oferta. Segundo, desde la perspectiva del impacto de la exclusión sobre la competencia en el proceso de licitación, ya que la exclusión de ALESSA está basada únicamente en un error menor y subsanable, que reduce la competencia

efectiva y puede llevar a la selección de una oferta menos ventajosa para la administración, contraviniendo así al principio de concurrencia".

De contrario, ya sabemos que el órgano de contratación se opone a la admisión de la *proposición, pues considera que "este acuerdo está suficientemente acreditado y motivado y cualquier otro proceder del Órgano de Asistencia hubiera supuesto una quiebra del principio de igualdad de los licitadores presentados."*

En el mismo sentido se posicionan los licitadores que han participado en el trámite de audiencia, que entienden que la decisión adoptada por la mesa de contratación era la única posible con los pliegos en la mano y que la admisión de ALESSA hubiera supuesto una vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores.

Siendo tan enfrentadas las posiciones, conviene, con carácter previo, analizar si se aprecia en la actuación de la recurrente en el trámite de subsanación de la documentación alguna infracción del derecho de la contratación o de los pliegos que la rigen de la que se derive, en principio, su exclusión.

Ya sabemos que el artículo 141 de la LCSP establece que, en los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija. Y en parecidos términos regula esta función de la mesa el artículo 91. 3. a) de la Ley de uso estratégico de la contratación pública en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Estos preceptos, sin embargo, no contemplan los efectos que se derivan en el caso de que un licitador no atienda el requerimiento de subsanación formulado por la entidad contratante, que, en el procedimiento que nos ocupa, se concretan la cláusula 2.2.4 del PCAP, titulada Subsanación de documentos, ya citada, que, en su párrafo final, dispone que "*si no se subsanase en plazo lo requerido, el órgano o la mesa de contratación entenderán que el licitador desiste de su oferta"*.

Interpretando en sus propios términos literales la cláusula recién citada del Pliego, parece claro que, al no haber subsanado ALESSA, por omisión, lo requerido por el órgano de contratación, la única decisión posible que podía adoptar la mesa no era otra que su exclusión directa —que es justamente lo que hizo— porque esta es la penalización extrema prevista en el PCAP para los licitadores que no atiendan con diligencia los requerimientos de subsanación de la documentación previa que se les efectúen.

Por este motivo, podríamos, sin más, desestimar el recurso, pues, desde el punto vista de la legalidad formal, la decisión de exclusión está completamente justificada.

Ocurre, sin embargo, que, en este caso, el recurrente se alza contra el acuerdo de la mesa —además de por otras razones procedimentales, que no le hemos estimado— invocando argumentos de derecho material, pues entiende que, aunque exista una cláusula en el PCAP que habilita a la mesa de contratación a tomar esta decisión, la medida es desproporcionada, pues, por un simple error tipográfico al rellenar dos líneas de una declaración de 27 páginas —que no impide conocer con certeza qué empresa licita, quién es el representante que interviene y con qué título— se saca a un licitador del procedimiento —después de haber realizado un esfuerzo importante para participar que no guarda ninguna proporción con la nimia importancia relativa de la deficiencia detectada, producida al teclear manualmente los datos erróneos— y se deja a la administración sin la posibilidad de considerar su propuesta en la búsqueda de la oferta más ventajosa.

Debemos, pues, para resolver el recurso enfocar ahora nuestra función revisora hacia el ámbito de la legalidad material y verificar si la decisión adoptada es compatible con el principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 132 de la LCSP.

Pues bien, en este terreno tenemos que recordar, en primer lugar, que este Tribunal, desde su constitución en 2011, y el resto de órganos de resolución de recursos contractuales hemos señalado en multitud ocasiones que la exclusión de proposiciones por defectos formales es una medida especialmente gravosa, que debe ser objeto de

una aplicación restrictiva, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalista que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad, por lo que no caben meros automatismos ni soluciones generales, sino una atención y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, en las no es irrelevante considerar si el licitador ha actuado con la diligencia que se presume exigible en un procedimiento ritual y garantista como es el procedimiento de contratación.

Como fundamentación de esta doctrina podemos citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo —por ejemplo, la STS de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina, recurso 265/2003—que dice que *"una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia*".

Además, el principio de proporcionalidad recogido por la jurisprudencia. comunitaria —sentencia del TJUE, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) —y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, exige que los actos de los poder adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con el respeto a los objetivos perseguidos.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional del 20 de febrero de 2019, recurso. 627/2017, también señala: "*Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en él artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba*

tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos".

Pues, bien, en el caso que analizamos, como ya sabemos, se comunicó a ALESSA CATERING SERVICES, S.A con claridad lo que debía subsanar —"*debe subsanar en Otras declaraciones, el nombre de la empresa a la que representa y la calidad en la que actúa como representante—* y el plazo otorgado para la subsanación —*Fecha final de respuesta*—, *hasta las 15:14 horas del 23 de julio de 2024*.

Pese a no reunir la más mínima complejidad la subsanación reclamada, que se reducía introducir los datos correctos con los que actuaba el declarante en los espacios *"En representación de la empresa"* y *"en calidad de"* en la parte de *"OTRAS DECLARACIONES"* de la DRU, ALESSA no la cumplimentó y fue excluida.

El Tribunal entiende que se le excluyó indebidamente, pues, pese a la nula diligencia con la que ha actuado la recurrente a la hora de proceder a la subsanación, consideramos que ese trámite resultaba innecesario.

En primer lugar, porque, como afirma el recurrente, es un error material que "*a lo sumo, puede generar una necesidad de aclaración, pero de una revisión detallada de toda la oferta presentada, y concretamente de la documentación del Sobre A, se desprende qué sociedad es la que licita, y quién es la Administradora única de la misma, así como la persona física designada conforme al Artículo 143 del reglamento del registro mercantil para representarla".*

En segundo lugar, porque debemos considerar, en línea con lo que argumenta la recurrente, que en la ***PARTE II: INFORMACIÓN SOBRE EL OPERADOR ECONÓMICO Sección B: INFORMACIÓN SOBRE LOS REPRESENTANTES DEL OPERADOR*** **ECONÓMICO** del DEUC figuran correctamente identificados la empresa y el representante que participa en el procedimiento de licitación. Así, sobre estos datos que identifican al operador económico, no se puede obviar que la persona consignada en ese apartado es la que, en nombre y representación de ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U. ha firmado con un certificado digital válido la

Declaración Responsable Única (DRU), íntegramente, incluida la declaración que se contiene en la página 26. Un certificado digital válido es un sistema de identificación electrónica de las personas interesadas en un procedimiento y la firma realizada con dicho certificado acredita fehacientemente la identidad y la autenticidad de la persona que actúa y la sociedad en cuya representación efectúa la declaración y asume íntegramente su contenido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la LPAC, y esa certeza de que toda la declaración está suscrita por el representante legal de operador económico no queda invalidada ni desvirtuada por el hecho de que, debido a un error material, figure como interviniente en la cabecera de la declaración que se incluye en la página 26 de la DRU otra sociedad (distinta pero vinculada a la licitadora, pues es su administrador único) que no es la que de forma incontrovertible actúa y ha sido validada por la mesa de contratación como operador económico.

Pues bien, tras comprobar la documentación presentada por el recurrente ante el órgano de contratación (Parte II del DEUC) —en la que como decimos constan correctamente consignados todos los datos correspondientes al operador económico que ha presentado la proposición, sin ofrecer la más mínima duda sobre quién es la empresa que formula la oferta, quién es su representante y en calidad de qué ostenta dicha representación— y que esa documentación ha sido examinada y estimada suficiente por la mesa y, necesariamente, deber tener un valor cualificado en el procedimiento —pues de otro modo sería innecesario cumplimentar este apartado de la declaración—consideramos que hay motivos suficientes para considerar desproporcionada la exclusión, incluso mediando el comportamiento negligente de la empresa recurrente que no atendió el requerimiento de subsanación,.

Para fundamentar nuestra decisión, traemos la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que compartimos plenamente, que en un caso que presenta bastantes similitudes con el nuestro —pues hay un comportamiento negligente del licitador a la hora de substanciar el trámite de subsanación y personas diferentes del representante firmante de la DEUC en el encabezamiento de algunas declaraciones— en su Resolución nº 11/2022 dijo:

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

Alega que en el DEUC presentado figuraba el nombre de Don P. B. como legal representante de la empresa, quien consta en la firma del Anexo V. Que todo lo requerido fue acreditado mediante la presentación de documentación ante el órgano de contratación el día 19 de noviembre de 2021.

Concluye señalando que, en cualquier caso al haber acreditado que Don P. B. es el representante legal de la empresa, siendo que todo se ha presentado con su firma, la empresa no puede ser excluida de la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la documentación inicial (sobre nº1, documentación administrativa) presentada por la recurrente tenía una serie de defectos. Concretamente, tanto el anexo V del PCAP relativo a la "Declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad y Plan de Igualdad" como la declaración relativa a los centros que oferta para este acuerdo marco, figuraban encabezadas por V L. A en nombre y representación de la empresa recurrente. Hay que poner de manifiesto que el representante legal que la entidad declara como tal en el DEUC era P. B. Es esta discordancia la que motivó que la mesa considerara necesario que la documentación fuera subsanada. Si la mesa aprecia que el representante que figura en algún documento presentado por el licitador no es el mismo que el señalado en el DEUC, no puede actuar de otra forma que no sea requerir para que subsane ese defecto.

Señala que en el sobre número 1 se aportó un poder general para pleitos a favor de una serie de personas entre las que se encuentra Don P.B.G. Respecto a esta documentación la mesa considera que no es el momento de comprobar los poderes del representante legal de la entidad y que eso es una cuestión que será dilucidada cuando se le requiera la documentación, en su caso, como propuesto adjudicatario. En cualquier caso, no se discutía en ningún momento que el representante legal declarado por la empresa en el DEUC (P.B.G.) tuviera poderes suficientes para concurrir o contratar, se trataba de que el anexo V y la declaración de centros que oferta al acuerdo marco estuvieran encabezados y firmados por la persona que se designa en el DEUC como representante.

Añade que aparte de este poder general para pleitos, la recurrente vuelve a aportar anexo V del PCAP relativo a la "Declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad y Plan de Igualdad" y la declaración relativa a los centros que oferta al acuerdo marco. Se puede comprobar fácilmente de la documentación que

obra el expediente que estos documentos aportados en fase de subsanación adolecen de los mismos defectos que los presentados inicialmente. Ambos documentos figuran de nuevo encabezados por V. L. A.en nombre y representación de Hogar para Mayores San Miguel, S.A y firmados digitalmente por M.A.

Ante estos defectos en la documentación de la recurrente, entiende el órgano de contratación, que solo cabe tomar la decisión que adoptó la mesa de contratación. Una decisión en otro sentido conculcaría de manera clara el principio de igualdad de trato entre los licitadores que establece la LCSP en su artículo 1.

Concluye señalando que el criterio antiformalista que debe presidir la contratación pública, no puede amparar una actuación de la mesa en el que se arrogue la facultad de convalidar los defectos de la documentación presentada por los licitadores.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a derecho.

Del análisis del expediente de contratación se constata, que en el DEUC figura como representante de la empresa Don P. B. Asimismo, se constata que la relación de centros que oferta y el Anexo V, incluidos en el sobre número 1, está encabezada por Doña V. L. A. firmada manualmente por ella, y así mismo, firmada digitalmente por Don P. B.

En el acuerdo de la mesa de contratación de 12 de noviembre de 2021 se hacía constar respecto a la recurrente: "Deberá aportar la declaración de centros ofertados y Anexo V de discapacitados, firmados electrónicamente por el representante legal que figura en el DEUC."

Por tanto, la documentación inicialmente presentada en el sobre 1, si bien está firmada por otra representante de la empresa licitadora, consta también en ambos documentos de manera clara y evidente la firma digital con fecha 18 de octubre de 2021de Don P. B., que figura en el DEUC como representante de la empresa, lo que convierte los documentos en válidos a los efectos de la licitación.

Es cierto que la recurrente actuó con escasa diligencia a la hora de proceder a la subsanación requerida, que si bien debe considerarse innecesaria, de haber sido atendida adecuadamente hubiese evitado la dilación del procedimiento de licitación. No obstante, debe primar la validez de la documentación inicialmente presentada, dado que la mesa de

contratación, a juicio de este Tribunal, actuó con excesivo rigor formalista, queriendo una subsanación innecesaria.

El principio de concurrencia constituye un pilar esencial de la contratación pública ya que facilita a las administraciones públicas seleccionar de manera más adecuada la mejor oferta para realizar las prestaciones que demanda el interés público, lo que lleva a este Tribunal a considerar excesivamente rigurosa la exclusión del licitador cuando, en definitiva, los documentos están firmados también por el representante de la empresa que figura en el DEUC.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndose la oferta de la recurrente y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan".

Todo lo anterior determina que resolvamos que procede readmitir al licitador aquí recurrente en el procedimiento, por mostrarse su exclusión contraria al principio de proporcionalidad y al necesario antiformalismo que corresponde a todo procedimiento de contratación pública, sin que se pongan en riesgo el resto de intereses presentes en esta licitación, lo que supone la estimación de este motivo del recurso presentado con la consiguiente anulación del acuerdo de exclusión.

Resuelto en este sentido el recurso, resta ahora decidir sobre el efecto que tendrá la anulación del acuerdo exclusión en el procedimiento de licitación. Pues bien, teniendo en cuenta los criterios que fijamos en nuestro Acuerdo 53/2024, el Tribunal se inclina, por razones claras de interés público y eficiencia, por mantener vivo el procedimiento de licitación y no anularlo —lo que obligaría al órgano de contratación a iniciar desde cero a una nueva licitación— para no retrasar más la necesaria adjudicación del contrato. Debe tenerse en cuenta que no anular el procedimiento no vulnera principio alguno, dado que en la presente licitación no se han establecido criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, existiendo únicamente criterios de adjudicación sujetos a valoración automática, lo que permite garantizar la imparcialidad y objetividad en el desarrollo de la tramitación. Por el contrario, anular, en este momento, la totalidad del procedimiento de licitación, además del perjuicio que se causaría con el

retraso de una licitación cuyo objeto reviste un claro interés público, vulneraría el principio de igualdad y de secreto de las proposiciones, dado que en un nuevo procedimiento podría concurrir la recurrente con un completo conocimiento de las ofertas formuladas por sus competidores y de su valoración.

Por ello, para evitar estos efectos indeseados, la decisión del Tribunal es que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión de "ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U.", para que la mesa de contratación proceda a la valoración de su proposición con las garantías establecidas en el PCAP y en la Ley.

De acuerdo con lo expuesto,

Vistos los preceptos legales que resulta de aplicación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, en sesión celebrada el 15 de noviembre de 2024, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por "ALESSA CATERING SERVICES, S.A.U." frente a su exclusión del procedimiento de contratación denominado «Servicio de comedor escolar y de atención y cuidado del alumnado en centros públicos de educación infantil y primaria y educación especial, así como centros públicos integrados en la provincia de Zaragoza, para los cursos 2024/2025 y 2026/2026, con posibilidad de 2 prórrogas de un año de duración cada una», promovido por el Departamento de Educación, Ciencia y Universidades del Gobierno de Aragón y anular la decisión de la mesa de contratación de 25 de julio de 2024 de excluir de la licitación a la recurrente y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procedimental inmediatamente anterior a la exclusión de la oferta de la recurrente, al objeto de que por la mesa de contratación se proceda a su valoración en la forma establecida en el PCAP que rige la licitación.

SEGUNDO.- Recordar al órgano de contratación que, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, 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.