



Recursos nº 475 y 513 /2019

Resolución nº 819/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de julio de 2019

VISTOS los recursos interpuestos por D. R. L. O. en representación de PROBISA VIAS Y OBRAS, S.L.U., por D. J. M. P. en representación de INNOVIA, COPTALIA, S.A.U., y por D. E. F. S. en representación de CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, S.A., contra las “*resoluciones de exclusión*” de la UTE formada por las tres empresas, de las licitaciones convocadas por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre en dos procedimientos: “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R3-R5, AP41, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191042-V*” y “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R2 y M12, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191032-V*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 4 de marzo de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación de los siguientes contratos convocados por la SEITT: “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R3-R5, AP41, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191042-V*” y “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R2 y M12, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191032-V*”,

Segundo. La normativa aplicable a la licitación es 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.



Tercero. El 1 de abril de 2019 y el 8 de abril de 2019, respectivamente, se procedió a la apertura de la documentación administrativa presentada por los licitadores. En ambos actos la Mesa examinó la documentación presentada por las empresas, entre ellas la UTE recurrente, en la que se detectó que aparecía en rojo la firma y la validación de la firma de determinados documentos presentados. De acuerdo con el error detectado por la Plataforma de Contratación se emitió certificado por la misma en la que se indica que la firma electrónica de Don E. F. S., representante de CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, SA. era errónea y estaba revocada.

La Mesa de Contratación, en ambas licitaciones, admitió provisionalmente a la UTE requiriéndole para que aportara en tres días la validez del certificado digital indicado.

Finalizado el plazo para la subsanación en ambos procedimientos, se reunió la Mesa para estudiar la subsanación presentada por la UTE. En las dos licitaciones la Mesa consideró incorrecta la subsanación y consideró no subsanado el requerimiento.

En el procedimiento del *“Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R3-R5, AP41, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191042-V”*, la validez del certificado digital aportado comenzaba el 2 de abril de 2019, cuando la oferta se había presentado el 29 de marzo de 2019 por lo que en ese momento no era válida la firma. En el procedimiento del *“Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R2 y M12, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191032-V”*, la Mesa consideró no justificada la validez de la firma de Don E. F. S..

En ambos procedimientos se decide excluir a la UTE por no haber presentado adecuadamente firmada su oferta.

Cuarto. La UTE excluida presenta recurso especial en materia de contratación contra ambas exclusiones. Este Tribunal, como se dirá posteriormente, considera acumulables ambos recursos por identidad sustancial entre ambos.

La UTE señala en ambos recursos que el firmante era apoderado con facultades suficientes y vigentes en el momento de presentar la ofertas y que considera que la Mesa de Contratación ha incurrido en error a la hora de valorar la validez de la firma presentada- Considera que



debe ofrecerse posibilidad de subsanación en la omisión de la firma, si fuera el caso y que sin dicho requerimiento no puede excluirse a un licitador por incumplimiento de los principios de concurrencia y antiformalismo de la contratación pública.

Quinto. El órgano de contratación ha emitido informe oponiéndose a los recursos en sentido similar. Considera que requerida la UTE para aportar certificado de validez de la firma, este requerimiento no ha sido adecuadamente satisfecho, puesto que no se ha acreditado que en el momento de presentar la oferta, la firma del representante fuera válida. Solicita la desestimación de los dos recursos.

Sexto. Por acuerdo de la Secretaría de este Tribunal, por delegación de este, se procede a la suspensión de ambos procedimientos por considerar que su continuación podría generar perjuicios de imposible o difícil reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Previo. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre), se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos 85/2019, 93/2019, 95/2019, 96/2019 y 135/2019, al existir entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, ya que el motivo de la exclusión en ambos es el mismo, y se invocan en los recursos los mismos argumentos.

Primero. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. Al haberse iniciado el procedimiento de licitación con posterioridad a 9 de marzo de 2018, es de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Ley 9/2017.



Tercero. La legitimación activa viene otorgada por el artículo 48 LCSP, al estar comprendido dentro del objeto social de la recurrente la actividad a que se refiere el objeto del contrato y haber concurrido a la licitación del mismo siendo excluido de la misma.

Siguiendo el criterio de la Resolución 1136/2015, 11 de diciembre, dictada en el recurso 1138/2015, este Tribunal *“considera que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la recurrente forma parte integrante de una UTE que ha participado en la licitación y este Tribunal ha declarado, reiteradamente, al amparo del artículo 42 del TRLCSP, que cada una de las empresas integrantes de una UTE está legitimada para formular el recurso especial en materia de contratación, en nombre de los restantes integrantes de la Unión Temporal. El hecho de que la recurrente concurriese en unión temporal de empresas con otra mercantil no obsta a dicha legitimación, puesto que, como ya manifestó este Tribunal en su Resolución nº 479/2014 de 18 de junio: “La cuestión de la legitimación para formular el recurso especial en materia de contratación por uno solo de los miembros de la agrupación empresarial licitadora ha sido planteada de forma recurrente ante este Tribunal, que ha acogido la tesis favorable a dicha legitimación, porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación (Resolución 169/2012)”. Véanse, en este sentido, las Resoluciones 105/2011 (recurso 68/2011), 212/2011 (recurso 179/2011), 169/2012 (recurso 152/2012), 184/2012 (recurso 169/2012), 556/2013 (recurso 624/2013) o 058/2014 (recurso 1007/2014), entre otras muchas”.*

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44 LCSP, al tratarse de contratos de servicios de cuantía superior a 100.000,00 €.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 50 LCSP, de quince días hábiles desde la notificación de la exclusión.

Sexto. Los recursos se fundan en la indebida exclusión de la recurrente, al entender que la consideración de la firma electrónica como incorrecta no es motivo suficiente para determinar la exclusión de la UTE de las dos licitaciones.



Para resolver la cuestión debemos acudir a los pliegos para conocer las reglas a las que se sujetaron ambas licitaciones a los efectos de la presentación de las ofertas. En ambos pliegos el contenido es idéntico, señalando lo siguiente la cláusula 11 del PCAP:

" Esta licitación tiene carácter electrónico.

Los pliegos y demás documentación complementaria se pondrán a disposición de los licitadores a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, garantizando así el acceso a los mismos por medios electrónicos.

En este procedimiento de licitación no se admitirán aquellas ofertas que no sean presentadas a través de los medios descritos.

El plazo de presentación de proposiciones será el que figure en el anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Las ofertas deberán enviarse a través de la "Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas". No se admitirán proposiciones que no estén presentadas en dicho plazo.

Los licitadores deberán preparar y presentar obligatoriamente sus ofertas de forma electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es>), de acuerdo con lo previsto en la Guía de los Servicios de Licitación Electrónica para Empresas que podrán encontrar en el siguiente enlace: <https://contratacionde/estado.es/wps/oortal/quiasAvuda>

En la citada guía se documenta cómo el licitador debe preparar y enviar la documentación y los sobres que componen las ofertas mediante la "Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas", que se pone a su disposición y que se arrancará automáticamente en su equipo local siguiendo las instrucciones que figuran en la guía de referencia.

A estos efectos, es requisito inexcusable ser un usuario registrado de la Plataforma de Contratación del Sector Público y rellenar tanto los datos básicos como los datos adicionales (Ver Guía de Utilización de la Plataforma de Contratación del Sector Público para Empresas - Guía del Operador Económico) disponibles en el anterior enlace.



Se recomienda a los licitadores la presentación de las ofertas con antelación suficiente, a los efectos de la correcta utilización de la "Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas" ya mencionada, y de poder solventar cualquier duda de funcionalidad de la misma. Asimismo, y ante cualquier dificultad técnica que surja de la utilización de la citada "Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas", deberán ponerse en contacto con el buzón de soporte a usuarios: licitacionE@minhafp.es.

En el caso de que cualquiera de los documentos de una oferta no pueda visualizarse correctamente, se permitirá que, en un plazo máximo de 24 horas desde que se le notifique dicha circunstancia, el licitador presente en formato digital el documento incluido en el fichero erróneo. El documento presentado posteriormente no podrá tener ninguna modificación respecto al original incluido en la oferta. Si el órgano de contratación comprueba que el documento ha sido modificado, la oferta del licitador será excluida.

En caso de producirse alguna discrepancia entre los datos incorporados manualmente por el licitador en la Plataforma de Contratación del Sector Público y los que se recojan en cualquier documento anexo, se tendrán en cuenta los datos incorporados manualmente a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Todos los archivos electrónicos o sobres deberán ir firmados electrónicamente por el representante de/licitador.

Asimismo, toda la documentación contenida en cada uno de los archivos electrónicos o sobres deberá ser firmada manual o electrónicamente.

Las proposiciones se presentarán redactadas en castellano o, en su caso, acompañadas de traducción jurada, en el lugar y dentro del plazo señalado en el anuncio publicado en el Perfil de Contratante del órgano de contratación, en el Boletín Oficial del Estado y en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante BOE y DOUE, respectivamente).

Cuando, por causas técnicas no imputables al licitador, éste no puede presentar su oferta dentro del plazo, el órgano de contratación podrá ampliar el plazo de presentación de las ofertas, para todos los licitadores por igual".



Una vez abierta la documentación administrativa de la UTE en ambas licitaciones la Mesa de Contratación constató que la firma de uno de los representantes no era válida. Admitida provisionalmente la oferta en ambos casos, la admisión definitiva quedó condicionada a la acreditación de la vigencia de la firma electrónica por parte del representante en el momento de la presentación de la oferta.

Consta la subsanación presentada por la UTE en la que se indica que la fecha de validez del certificado comienza el 2 de abril de 2019, por lo que en el momento de la presentación de la oferta en ambos procedimientos el certificado de la firma digital no estaba en vigor, estaba caducado. Por ello, la mesa de contratación, atendido que no se había presentado en plazo la documentación adecuadamente firmada y que el certificado aportado en trámite de subsanación es de fecha posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones, como exige el Pliego, consideró que la oferta no podía ser admitida y, por tanto, acordó su exclusión.

Sobre la cuestión de la subsanabilidad o no de la falta de firma sea de la oferta, sea de cualquiera de los sobres que integran la proposición del licitador, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 168/2019, de 22 de febrero, Recurso 5/2019, en la dijimos:

“Séptimo. *La subsanabilidad del defecto de la proposición consistente en la falta de firma de la proposición por uno de los dos administradores mancomunados mediante la firma por el mismo ya ha sido admitida por este Tribunal en su Resolución 572/2017, de 23 de junio, del Recurso 440/2017, en la que se determina lo siguiente: «Como se ha dicho, inicialmente presentaron su oferta en el procedimiento de licitación tres personas, dos físicas, D. L.C.A. y D. C.C.O., y una persona jurídica, ARQUITECTURA E INGENIERÍA FUORMA 3, Sociedad Limitada Profesional (S.L.P). Si bien esta última, representada por un administrador con facultades mancomunadas, D. C.M.C., y por lo tanto, con la carencia u omisión de otro administrador mancomunado. Intervinieron con la intención de constituir una UTE. En una primera reunión de la Mesa de contratación de 8 de marzo de 2017, a la vista de la documentación, se requirió que aportaran la escritura de poder, bastanteada, se entiende de la sociedad limitada profesional. Se atendió el requerimiento aportando la documentación. Y en una segunda reunión de la Mesa el 15 de marzo de 2017, fue cuando se comprobó que por la sociedad limitada profesional, comparecía únicamente un administrador mancomunado,*



por lo que, ante la falta de la firma del segundo administrador mancomunado, D. ^a C.F.G., se decidió la exclusión, porque la voluntad de participar de esta sociedad profesional, en la futura UTE, no estaba adecuadamente configurada. Y este acuerdo de exclusión es el que se somete a revisión de este Tribunal. A estos efectos, un caso parecido fue ya resuelto por este Tribunal en la Resolución 134/2011, de 29 de junio de 2011, Recurso número 171/2011, en el que se dijo: “La tendencia generalizada que marcan tanto la jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación a que se refiere el art. 130 de la LCSP. Esta tendencia se pone de manifiesto también en.....”

“Por su parte, la falta de firma de los representantes de las empresas licitadores se ha calificado por este Tribunal como defecto subsanable. Así se califica en la Resolución 372/2018, de 13 de abril, Recurso número 260/2018, en la que se determina lo siguiente: «Así las cosas, de las consideraciones anteriores resulta con toda evidencia que, en el caso de varias empresas concurrentes bajo el compromiso de constitución de una UTE, la correspondiente oferta económica deberá estar firmada por todos y cada uno de los representantes (con poder bastante) de las distintas empresas en cuestión. No bastará, por el contrario, que la oferta aparezca suscrita por la persona designada como representante de la futura UTE, puesto que, no existiendo aún la misma, sus facultades se refieren a la fase de ejecución del contrato, para el caso de resultar adjudicataria la agrupación de empresarios y constituirse formalmente la UTE, careciendo en tal concepto de poder para vincular individualmente a cada una de las empresas en la fase de licitación mediante formulación de oferta en la misma, salvo que la persona que suscribala oferta disponga de poder bastante otorgado por todas y cada una de las empresas concurrentes bajo esta fórmula. Nos encontramos, pues, en este caso ante un defecto formal de la proposición económica, que el Tribunal Supremo ha considerado subsanable (Sentencias de la Sala III, de 6 de julio de 2004-Roj STS 4839/2004, y de 21 de septiembre de 2004-Roj STS 5838/2004). Así lo ha considerado también la Audiencia Nacional, en Sentencia de 9 de enero de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (citada en nuestra Resolución 1091/2015), que en su fundamento de derecho segundo indica que: “El Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 2007 (recurso 265/2003), para la unificación de la doctrina, se pronunció sobre la subsanabilidad del defecto de firma en las ofertas económicas por parte de las Mesa de



Contratación, señalando lo siguiente: QUINTO: Tales precisiones, según se infiere del análisis de las tres últimas sentencias, forman un cuerpo de doctrina consolidado en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que es coherente con el criterio de la subsanabilidad, que en este caso resulta de directa incidencia ante la falta de la firma de la proposición económica, según se infiere del análisis del acta 4/2001 de la Mesa de Contratación. El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre (redactado conforme al Real Decreto 2.528/1986, de 28 de noviembre), establece que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error. En el caso examinado, no existe un defecto sustancial de falta de presentación de la proposición económica, la omisión de firma es subsanable y no se puso de manifiesto a la Mesa de Contratación en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que tomaban parte en el concurso. Al no conceder un plazo de tres días para la subsanación del defecto la Mesa infringió lo prevenido en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado. El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995. En todo caso, la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del Reglamento General de Contratación. La frase "si lo estima conveniente", contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos...



(...)

En consecuencia, debe estimarse el recurso para que, con retroacción de actuaciones, se conceda a las empresas integrantes de la UTE recurrente la posibilidad de subsanar la falta de firmas en la oferta económica presentada, bien mediante la firma de dicha proposición, bien mediante su ratificación».

Pues bien, en nuestro caso concreto, al tratarse de una licitación electrónica, no es que no hubiese o no se firmase oferta o cierta documentación aportada, sino que el sistema indicó error en la firma de uno de los miembros de la UTE licitadora porque el certificado de firma electrónica había caducado. Pues bien, en tal caso, al igual que ocurre en los procedimientos presenciales o en papel, la falta de firma, sea porque no se ha efectuado, sea por que ha caducado el certificado de firma electrónica, estamos ante un defecto subsanable que como tal siempre ha de subsanarse en el plazo concedido y, por ello, siempre será posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones. En nuestro caso, lo que hay que subsanar y tiene carácter sustantivo es la falta de firma, que sí se subsanó por la recurrente. El hecho de que la firma electrónica requiera un certificado que la otorgue y esté vigente es meramente instrumental para posibilitar por vía digital el requisito sustantivo, que es la firma en sí, el acto de firmar. Por tanto, si la firma se ha efectuado en plazo de subsanación en el que se ha otorgado el certificado que permite su realización electrónica, el defecto queda subsanado y, por supuesto, siempre fuera del plazo de presentación de ofertas, porque eso resulta de que el defecto sea subsanable tras la calificación de la mesa de contratación.

En consecuencia, procede estimar el recurso, anular los actos de exclusión recurridos y retrotraer los procedimientos al momento anterior a la exclusión de la UTE licitadora en ambas licitaciones para que continúe por sus trámites en el estado en que se encontraba en ese momento y con la participación de la UTE licitadora recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar los recursos presentados por D. R. L. O. en representación de PROBISA



VIAS Y OBRAS, S.L.U., por D. J. M. P. en representación de INNOVIA, COPTALIA, S.A.U., y por D. E. F. S. en representación de CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, S.A., contra las “*resoluciones de exclusión*” de la UTE formada por las tres empresas, de las licitaciones convocadas por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre en dos procedimientos: “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R3-R5, AP41, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191042-V*” y “*Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las autopistas R2 y M12, SEITT, S.M., S.A. Exp nº 20191032-V*”, con los efectos determinados en el fundamento sexto de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.