



Recurso nº: 504/2019, 507/2019 y 508/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 13 de junio de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D^a. R. S. E. V. en nombre y representación de GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U contra los “*acuerdos de exclusión*” de sus ofertas en la licitación convocada por el Ministerio de Fomento para contratar “*la concesión de servicios para la explotación de las áreas de servicio de Quintanapalla, Briviesca y Desfiladero de la autopista AP-1 Burgos- Armiñón, provincia de Burgos*”, respectivamente, este tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de enero de 2019 se publicó el anuncio de licitación en el perfil del contratante, con posteriores rectificaciones del mismo de fechas de 15 de febrero y 6 de marzo de los expedientes, para la contratación por procedimiento abierto de la concesión de servicios para la explotación de varias áreas de servicios en la autopista AP-1 Burgos-Armiñón convocados por el Ministerio de Fomento.

El plazo de presentación de ofertas de los tres procedimientos finalizó el 22 de marzo de 2019.

Segundo. El día 4 de abril a las 12.00 horas se reúne la mesa de contratación para proceder a la calificación documental de las ofertas presentadas, en relación con los susodichos procedimientos. A las 12.35 horas la mesa de contratación de la Dirección General de Carreteras remitió comunicación a GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U por la que se acordó la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de concesión de servicios para la explotación de las áreas de servicio de Quintanapalla, Briviesca y Desfiladero de la autopista AP-1 Burgos- Armiñón, provincia de Burgos.



Posteriormente, el 10 de abril de 2019, la mesa de contratación de la Dirección General de Carreteras remite la siguiente información adicional al licitador sobre la exclusión de las tres ofertas: *“Excluido por presentación defectuosa al no haber completado el procedimiento establecido en la Disposición Adicional Decimosexta 1.h) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”*.

Tercero. El 26 de abril de 2019, se interpone por parte de GALP, tres recursos especiales en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra los acuerdos de exclusión de la mesa de contratación en los procedimientos de adjudicación para la concesión de servicios de las tres explotaciones de áreas de servicios a los que se presentó. En todos ellos solicita además la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Cuarto. La Secretaria del Tribunal con fecha 13 de mayo de 2019 dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. El 14 de mayo de 2019, en el seno de los tres recursos, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 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), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los poderes adjudicadores del sector público estatal.



Segundo. En cuanto al objeto de los recursos, lo constituyen tres contratos de concesión de servicios que superan el umbral vigente para la interposición. Esto es, el valor estimado es superior a tres millones de euros por lo que, según lo establecido en el artículo 44.1.c) de la LCSP, estamos ante contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. El objeto del contrato lo constituyen los acuerdos de la mesa de contratación del Ministerio de Fomento de exclusión de un licitador, actos de trámite especialmente cualificados conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. El recurrente en su condición de licitador, se entiende que está legitimado al amparo del artículo 48 de la LCSP. Igualmente acredita que los recursos se interponen por representante con poder bastante para ello.

Cuarto. En relación con el plazo de interposición, los recursos se han interpuesto ante este Tribunal en plazo, conforme al artículo 50.1 d) de la LCSP ya que no han transcurrido 15 días hábiles desde el día siguiente en que la sociedad tuvo conocimiento de su exclusión, 4 de abril de 2019 y la fecha de interposición del recurso, el 26 de abril del mismo año.

Quinto. Atendiendo a lo dispuesto al artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, procede la acumulación de los tres recursos dado que son interpuestos por el mismo licitador y guardan identidad sustancial, siendo idénticos los motivos de los recursos para impugnar los acuerdos de exclusión.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, el motivo por el cual procede la exclusión es único: el procedimiento telemático de presentación de ofertas económicas por parte del licitador excluido, no se ha llegado a cumplimentar correctamente, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimosexta 1 h) de la LCSP.

La recurrente entiende que:



- Se ha validado adecuadamente el procedimiento con presentación de los documentos, siguiendo las directrices que en todo momento figuran en el documento al que se refiere el pliego.
- La presentación defectuosa de la oferta por problemas técnicos una vez validada y firmada la oferta en la Plataforma y registrada su huella digital, de existir, sería un defecto subsanable que puede ser objeto de subsanación, bien en el plazo de 24 horas tras la presentación de la huella digital, bien a requerimiento de la Mesa en el plazo que otorgue al efecto, mediante la presentación completa de la misma en la forma prevista en la disposición adicional 16ª.1.h) de la LCSP.
- La exclusión directa de la oferta de la Sociedad, sin ser requerida para subsanar el defecto en la forma de presentación de su oferta pese a que la huella digital asegura su inalterabilidad, autenticidad e integridad, es una decisión contraria a los principios de buena fe y proporcionalidad. Presenta a este respecto un dictamen pericial con el que pretende avalar que la presentación de huella desde un punto de vista técnico, sigue vinculada a la documentación sin abrir y por tanto siempre es posible su subsanación.

Por otra parte, el órgano de contratación dispone en su informe que una vez constituida la Mesa se observa que hay un licitador, el recurrente, del que solo existe la presentación de la huella electrónica y no de la documentación necesaria para concurrir a la licitación, constando su intento de presentación a las 16:59 horas del día 2 de abril de 2019.

Ante esta situación, la Mesa adopta por unanimidad el acuerdo de excluir la oferta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el punto 1 h) de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Séptimo. Para resolver este recurso, se trae a colación la reciente Resolución 385/2019 de este Tribunal en la que se pone de manifiesto lo siguiente: *“No es esta, desde luego, la primera vez que este Tribunal se enfrenta con un recurso en el que se ponen de manifiesto incidencias acaecidas con ocasión de la presentación de proposiciones por medios electrónicos, que la DA 15ª LCSP, siguiendo lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE, establece de utilización preferente, en aras a simplificar y aumentar la*



eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación (cfr.: considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE). Al respecto, hemos venido reiterando que el principio de igualdad y no discriminación, impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió a causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración que redactó los pliegos (cfr.: Resoluciones 560/2018, 595/2018, 935/2018, 185/2019). Añadamos, en este punto, que ello es así pese a que la DA 15ª LCSP guarde silencio al respecto o que lo hagan también los propios pliegos rectores de la convocatoria, porque así lo impone el respeto al principio general del derecho “ad impossibilia nemo tenetur”, a menudo empleado por la Jurisprudencia para negar que se puedan exigir a los particulares obligaciones de cumplimiento imposible (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 25 de noviembre de 1987 –Roj STS 7515/1987-y 10 de octubre de 1988 –Roj STS 6993/1988-). Este principio, en fin, inspira el tratamiento que el Ordenamiento da ante incidencias técnicas que hacen imposible el funcionamiento de los sistemas electrónicos dispuestos como medio de comunicación con los interesados (cfr.: artículos 32.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 162.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 12.2 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet, 38.2 REPERMC, etc.)”.

Por tanto, hay que estar en primer lugar, al cumplimiento de la disposición adicional decimosexta apartado 1, letra h) cuyo tenor literal no admite duda alguna: *“En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después, la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.”*

Atendiendo a los criterios de interpretación de las normas jurídicas que el Código civil establece, entre otros, el literal y teleológico resulta que en la disposición adicional citada



se permite, durante el plazo máximo previsto para presentación de ofertas, una primera presentación de la huella digital de la oferta y durante un plazo de 24 horas la presentación de dicha documentación que una vez firmada se vincula a la huella digital. La consecuencia jurídica de la no presentación de los documentos firmados telemáticamente en plazo, implican la renuncia o retirada de esta primera oferta que iría vinculada a la huella. Pudiendo en ese caso, un licitador presentar o transmitir una nueva huella electrónica de la oferta y después la oferta vinculada a la misma, siempre que no haya transcurrido el plazo para la presentación de ofertas.

En definitiva, la disposición adicional sexta es de obligado cumplimiento para todos los licitadores en aras a garantizar el principio de igualdad y concurrencia. Es por ello, que la oferta no se entenderá presentada si solo se presenta la huella de la oferta o si ésta se firma digitalmente con posterioridad a las 24 horas marcadas por la ley. Y ello con indiferencia de que la huella sea única y pueda demostrarse técnicamente que la oferta sigue *“sellada”* o, mejor dicho, vinculada de forma inalterable, a la misma desde el día que se presentó, como pone de manifiesto el informe pericial que acompaña el recurrente y en el que se afirma que la documentación completa, así como su huella electrónica permanecen inalterables desde su creación y están representadas físicamente por el archivo .XML generado por la propia aplicación el día 2 de abril de 2019.

Lo cierto es que la oferta no ha sido presentada en plazo por lo que no deja de ser sino extemporánea, no tratándose de un defecto formal que pueda subsanarse, sino que se trata de un elemento de carácter sustancial: la presentación de la oferta en el sistema (plataforma de contratación) no se ha producido durante el plazo máximo de presentación de ofertas, porque conforme a la disposición legal citada no se ha completado adecuadamente después de presentar la huella digital de la oferta y por tanto, se entiende retirada. Tampoco se ha presentado una nueva huella digital de la oferta con los documentos correspondientes.

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares dispone en su cláusula 10 lo siguiente: *“la licitación tiene carácter electrónico” por lo que “los licitadores deberán preparar y presentar obligatoriamente sus ofertas de forma telemática 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://contrataciondelestado.es/wps/portal/guiasAyuda>.

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) disponible en el anterior enlace).

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

En el caso de que cualquiera de los documentos de una oferta no pueda visualizarse correctamente, se permitirá que, en un plazo máximo de veinticuatro (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 sufrir ninguna modificación respecto al original incluido en la oferta. Si el órgano de contratación comprueba que el documento ha sufrido modificaciones, la oferta del licitador no será tenida en cuenta.

Las ofertas deberán enviarse a través de la “Herramienta de Preparación y Presentación de Ofertas” en el plazo indicado en el anuncio de la Plataforma de Contratación del Estado. No se admitirán proposiciones que no estén presentadas en dicho plazo.

El licitador deberá firmar, utilizando un certificado de firma electrónica, tanto las proposiciones como los sobres que las contengan. Para garantizar la confidencialidad del contenido de los sobres hasta el momento de su apertura, la Herramienta cifrará los sobres en el momento de su envío telemático a la Plataforma de Contratación del Sector Público”.



El pliego en consonancia con la disposición adicional decimosexta solo prevé la presentación telemática, estableciendo claramente que no se admitirán proposiciones presentadas fuera de plazo. Igualmente hace referencia a la guía que explica cómo se debe presentar la documentación y a la que nos referiremos en el fundamento jurídico siguiente.

En conclusión, el acuerdo de la mesa de contratación de excluir al licitador en los tres procedimientos de adjudicación a los que se presenta, por cuanto en el momento de abrir la documentación, comprueba que solo se había presentado la huella digital de la oferta y no la documentación completa de la misma, es ajustado a derecho y en concreto a lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta, apartado 1 letra h) de la LCSP, sin que sea posible su subsanación al no existir la oferta propiamente dicha, entendiéndose que la huella digital de la oferta ha sido retirada. Todo ello, sin perjuicio de lo que se analizará a continuación.

Octavo. Siguiendo con la Resolución apuntada en el fundamento jurídico anterior, la conclusión pudiera ser otra diferente, si el interesado acredita de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió a causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración.

El recurrente afirma a lo largo de su recurso, entre otras cosas, que hubo una recepción adecuada de la huella digital porque se descargó un justificante y recibió un correo electrónico en este sentido, al que luego nos referiremos. A continuación, relata que con posterioridad a la recepción del referido correo electrónico, su representado entendió que el siguiente paso a seguir era proceder al envío de la documentación. Para ello, pulsó el botón “*enviar documentación*”. Una vez pulsado el botón, se produjo una secuencia de líneas en la que se indicaba que la documentación se estaba cargando, emergiendo finalmente un “*pop up*” especificando que el envío se había completado, concluye que: *“Como no puede ser de otro modo, al producirse esta circunstancia seguidamente, tras la recepción del correo electrónico, la única interpretación plausible para el licitador es que la oferta se ha presentado y que no existen documentos por enviar ni trámites por realizar a tal efecto”*.



Debe tenerse en cuenta, los documentos que presenta junto con el recurso: el justificante de presentación que se descargó y la respuesta que recibe automáticamente antes de presentar propiamente la documentación.

De forma resumida en el justificante de presentación aparecen entre otros los datos siguientes: fecha y hora de presentación: 02/04/2019 18:10:45, número de expediente, objeto del contrato, órgano de contratación y singularmente refiriéndose al sobre 2 y 3 la siguiente redacción. *“No se pudo obtener la información de los documentos porque el sobre está cifrado”*. Finaliza el documento con la siguiente leyenda: *“Documento con validez hasta el momento de la presentación de la oferta o proposición completa”*.

Por su parte, el correo electrónico que genera de forma automatizada la propia Plataforma General de Contratación, pone de manifiesto lo siguiente: *“Estimado usuario, nuestro sistema de recepción de proposiciones y ofertas ha registrado una huella electrónica de su envío de proposición u oferta completa para la licitación de número de expediente 37-BU-0103.AS.*

Esta huella electrónica no es más que un resumen ligero de su proposición completa que utilizamos para salvaguardar su presentación en caso de una caída de la conexión, un descenso en la velocidad de la red o un fallo inesperado al enviar su proposición u oferta al completo. DISPONE DE 24 HORAS PARA REALIZAR LA PRESENTACIÓN COMPLETA, BIEN A TRAVÉS DE LA PLATAFORMA, BIEN A TRAVÉS DE UN REGISTRO PRESENCIAL UTILIZANDO LA HERRAMIENTA DE PRESENTACIÓN PARA LA DESCARGA DE LA DOCUMENTACIÓN.

Puede descargar el Justificante de esta presentación en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/inicio/verificarCSV> utilizando el siguiente código seguro de verificación (CSV): M8Z49_KLUJT_LR6SR_92789. EL JUSTIFICANTE DEJARÁ DE SER VÁLIDO EN EL MOMENTO EN EL QUE REGISTRE SU PROPOSICIÓN U OFERTA AL COMPLETO A TRAVÉS DE LA PLATAFORMA. En este mismo momento también dejará de estar disponible para su descarga desde el enlace anterior Este correo ha sido autogenerated, por favor, no responda.”



Ambos documentos son de una claridad meridiana, en el sentido de que no justifican sino la presentación de la huella digital de la oferta y la necesidad de que en el plazo de 24 horas se presente la documentación que constituye propiamente la oferta.

El recurrente no prueba ni justifica a pesar de lo que afirma, que la operación se completó con éxito o que se produjo cualquier tipo de error en el sistema que impidiera la operación. Si leemos el documento al que se remite el pliego en el punto 4.5 se observa que después del envío de la documentación, se debe recibir un justificante de presentación, no un justificante de la huella que es lo que recibió.

El punto 4.7 de la Guía de los Servicios de Licitación electrónica pone de manifiesto bajo la rúbrica *“problemas con el envío”* que: *“en ocasiones pueden surgir problemas durante el envío de la oferta, de modo que no llegue a completarse dicho envío, por ejemplo, porque la velocidad de subida del canal de transmisión no es suficiente para remitir un volumen determinado de documentos. Si eso sucede, se obtiene un justificante de presentación de la huella electrónica o resumen correspondiente de la oferta y se dispondrá de un plazo de 24 horas para remitir la oferta completa al órgano de asistencia”*. Continúa describiendo lo que se debe hacer en este caso disponiendo de dos alternativas que va explicando. Igualmente explica en el caso de que haya una huella electrónica presentada y se ha cerrado la herramienta, lo que se debe hacer y otras cuestiones que el uso de la herramienta pueda suscitar y que se relatan exhaustivamente.

Por tanto, tampoco es posible apreciar que las causas por las que no llegó a presentarse las ofertas, son imputables al sistema o mejor dicho a la Administración. El recurrente no justifica la presentación de sus ofertas junto con la respectiva huella digital, por lo que es de plena aplicación lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la LCSP y por tanto, al entenderse retiradas sus ofertas y no presentar otras dentro de los plazos previstos en los correspondientes anuncios de la licitación, ha sido correctamente excluido de los tres procedimientos de adjudicación, siendo que tampoco como se ha comprobado, no hay mensaje equívoco o confuso del que pudiera haberse deducido que la presentación se había producido con éxito.

Por todo lo expuesto el recurso debe desestimarse



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D^a. R. S. E. V. en nombre y representación de GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U contra los “*acuerdos de exclusión*” de sus ofertas en la licitación convocada por el Ministerio de Fomento para contratar “*la concesión de servicios para la explotación de las áreas de servicio de Quintanapalla, Briviesca y Desfiladero de la autopista AP-1 Burgos- Armiñón, provincia de Burgos*”.

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 Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la 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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.