



Recurso nº 602/2020

Resolución nº 863/2020

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

En Madrid, a 31 de julio de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por D. R. P. F., en representación de CONSTRUCCIONES RIBAU, S.A. y D. E. L. G., en representación de FIRTEC, S.A., contra su exclusión –comunicada por el órgano de contratación el 18 de junio de 2020– del procedimiento “*Regeneración del pavimento en la pista de vuelo. Aeropuerto de Girona-Costa Brava*”, con expediente DIN-825/2019, convocado por AENA, S.M.E., S.A.; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 5 de febrero de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de AENA, S.M.E., S.A. (en adelante AENA) por el que se convoca licitación para la “*Regeneración del Pavimento en la pista de vuelo. Aeropuerto de Girona-Costa Brava*” Expediente DIN 825/2019.

El valor estimado del contrato es de 9.137.727,45 € y el procedimiento seguido el negociado con previa convocatoria de licitación regulado en el artículo 58.4 de la LCSE.

Segundo. Tras la apertura de ofertas, se comprueba que en el sobre de la empresa recurrente en el que debe incluirse la oferta técnica, se hallaba un CD en el que no se contenía documentación alguna. Este dato aparece adverado en el expediente, documento número 11, en el informe técnico, página 32, emitido el 20 de abril de 2020, en el que no se califica la oferta y se hace constar que “*el disco de la oferta en original y copia está vacío*”.

El 18 de junio de 2020, AENA comunica a la UTE recurrente su exclusión del procedimiento de licitación del expediente.



Tercero. Con fecha 1 de julio, la UTE recurrente presentó reclamación dirigida contra el acto de exclusión.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, el día 9 de julio de 2020, dio traslado del recurso al resto de las empresas competidoras para que pudieran presentar alegaciones, sin que ninguna de ellas haya evacuado dicho trámite. Se ha recibido informe del órgano de contratación en el que se opone a la estimación del recurso.

Quinto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó, con fecha 17 de julio de 2020, la denegación de la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de esta reclamación por aplicación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), tanto por su objeto como por su cuantía.

Segundo. La UTE recurrente se encuentra legitimada para interponer la reclamación por participar en el contrato. El acto de exclusión es susceptible de impugnación por ser un acto de trámite que pone fin al procedimiento para la empresa reclamante –artículo 44.1.2 b) Ley de Contratos del Sector público–.

Tercero. La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma.

Cuarto. La UTE reclamante sostiene que la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del expediente DIN 825/2019, es contraria al principio antiformalista reconocido por este Tribunal, considerando, que se le debía haber dado la oportunidad de subsanar el defecto consistente en que el soporte digital en que se encontraba la oferta estaba vacío. Entiende que vulnera los principios de concurrencia y selección de la oferta más ventajosa a los que se refiere explícitamente el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



Asimismo, afirma que la exclusión carece de motivación pues únicamente se le ha indicado que la razón de su exclusión es porque "el soporte digital recibido no contenía ninguna documentación y no se ha podido llevar a cabo la evaluación de la misma".

Quinto. Pues bien, comenzando con el fundamento relativo a la motivación, no puede reprocharse que la motivación sea insuficiente. Sencillamente, se informa a la UTE recurrente que el soporte digital en el que se contiene la oferta está vacío, como podría estarlo un sobre con la oferta en papel. Esta motivación es suficiente para conocer las razones de la exclusión sin duda alguna. Por lo tanto, este argumento debe rechazarse.

Sexto. En segundo lugar, se alega la vulneración del principio antiformalista que rige, con sus límites, la contratación pública. Pues bien, tiene razón el órgano de contratación cuando afirma:

"4. La UTE estructura su escrito de reclamación en el incumplimiento por parte de AENA del principio antiformalista reconocido por este Tribunal en virtud del cual, a su juicio, siendo el motivo de su exclusión que el contenido del sobre número 3, relativo a la documentación técnica u oferta técnica, estaba vacío debió ser requerido para solicitarle "las aclaraciones oportunas para proceder a su subsanación".

5. Así, aporta en su escrito de reclamación, como Documento número 5, una imagen de pantalla del ordenador donde se encontraba almacenada dicha documentación técnica afirmando que lo que aparece en dicha imagen es lo que se incluía en el soporte digital entregado en formato CD en el sobre número 3 como documentación técnica. Asimismo, aporta al Tribunal, como Documento número 7, la documentación técnica que supuestamente el licitador había incluido en el mencionado CD para que se aprecie que la firma digital acredita la fecha de su realización, fecha que coincide con la fecha de presentación de su oferta al expediente DIN 825/2019. A este respecto, es importante señalar que la UTE no puede hacerse valer del presente escrito de reclamación en materia de contratación para modificar o completar el contenido de su oferta.

6. Pues bien, conviene precisar que, tal y como se puede comprobar del escrito de reclamación, el motivo por el cual AENA excluyó la oferta de la UTE es porque el contenido del sobre número 3, relativo a la oferta técnica, incluía, conforme establece la



cláusula 3.1.c del Anexo A del PCP del expediente DIN 825/2019, dos sobres, denominados original y copia, en soporte informático, en este caso en concreto en soporte CD, pero dichos CDS, tanto el original como la copia, se encontraban vacíos. Es decir, no hubo error informático alguno en su lectura en cuanto esta parte pudo acceder de manera correcta y sin ningún problema al contenido de dichos discos, pero ambos se encontraban vacíos.

7. *Es por ello que, desde AENA, en ningún momento se ha negado la entrega de dicha documentación, ya que la UTE aportó los sobres que requería el PCP para participar en el procedimiento de licitación, lo que sucedió es que el contenido de los CDS incluidos en el sobre número 3 se encontraban totalmente vacíos, por lo que no incluía ningún tipo de documentación.*

8. *En este sentido, si bien es cierto que, como alega la recurrente, rige el principio antiformalista en los procedimientos de contratación, dicho principio no tiene carácter absoluto ya que ello supondría vulnerar el principio de igualdad de los licitadores, por lo que su aplicación debe estudiarse para cada caso concreto”.*

Ya se ha expuesto en los antecedentes que los servicios técnicos de AENA no pudieron proponer la puntuación de la oferta por comprobar que el soporte informático está vacío.

Séptimo. Así las cosas, este Tribunal entiende aplicable el precedente correspondiente a la Resolución 747/2017, en el que, en lo que aquí interesa, se expresa:

“Sexto. Debemos comenzar recordando la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones recogidas en los Pliegos, que constituyen “lex contractus” que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho (artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP).

Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución nº 175/2011) que la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en



condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual.

Descendiendo al caso que nos ocupa, tal y como prescribe el apartado 15.1.2 del Cuadro de Características del PCAP: “(.....) Esta documentación del sobre B se presentara en formato digital, (CD, pendrive...etc), no siendo necesaria, por tanto, la presentación en formato papel)”.

En el supuesto analizado quedó constatado en acto público, con presencia de la mercantil recurrente, que el pen drive aportado en el Sobre B relativo a la oferta técnica se encontraba vacío, hecho que se pudo comprobar en otro equipo informático con asistencia de personal técnico del órgano de contratación.

Ante este hecho, la mercantil recurrente considera que el órgano de contratación debió otorgar plazo de subsanación.

Pues bien, en primer lugar no es posible considerar que nos encontramos ante un error en la documentación, sino que la presentación de la oferta técnica en soporte informático que no contiene información equivale a la no presentación de la oferta cuya consecuencia es la exclusión del licitador.

Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012, 82/2013) que, salvo en supuestos en que se hubiera cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Sobre la posibilidad de subsanación de la oferta técnica, este Tribunal viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, citando a estos efectos, la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de



Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”.

De acuerdo con lo anterior, resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación.

Pues bien, trasladando esta doctrina al presente caso se concluye que no resulta procedente la subsanación; la presentación del pen drive vacío equivale a la falta de presentación de la oferta, existiendo una previsión expresa en el PCAP- al que se deben someter todos los licitadores- para que la oferta técnica se presente en soporte digital, de modo que el órgano de contratación debía proceder a la exclusión de este licitador. Que ello se debiese a un error involuntario del licitador no obsta a la evidencia de que no presentó la oferta, lo que tiene indudables consecuencias no solo en cuanto a las obligaciones que asume el contratante, sino en cuanto a la posibilidad de que el órgano competente no pudiera realizar la valoración técnica. En aplicación de la doctrina citada, una vez abiertas las demás ofertas, no resultaba procedente que el licitador variase el objeto de su oferta, debiendo pechar con las consecuencias de su falta de diligencia.

En definitiva, no siendo procedente la subsanación, ha sido correcta la exclusión por lo que procede la desestimación del recurso”.

La aplicación de este criterio al caso objeto de esta reclamación lleva a la desestimación de la reclamación. El error técnico o humano de no incluir la oferta en el soporte digital correspondiente no puede ser objeto de subsanación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. R. P. F., en representación de CONSTRUCCIONES RIBAU, S.A. y D. E. L. G., en representación de FIRTEC, S.A., contra su exclusión –comunicada por el órgano de contratación el 18 de junio de 2020– del procedimiento “*Regeneración del pavimento en la pista de vuelo. Aeropuerto de Girona-Costa Brava*”, con expediente DIN-825/2019, convocado por AENA, S.M.E., S.A.

Segundo. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición de las reclamaciones, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 106.5 LCSE.

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 al de 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.