



Recurso nº 1178/2021

Resolución nº 1439/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

VISTA la reclamación interpuesta por D. A.R.S., en representación de REVENGA INGENIEROS, S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A., para la contratación "*Acuerdo Marco para el suministro e instalación de infraestructuras de comunicaciones 2021-2024*", expediente DTC-112/2021, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La sociedad mercantil estatal AENA, S.M.E., S.A. convocó, mediante anuncio publicado en su perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 6 de abril de 2021, licitación para la contratación "*Acuerdo Marco para el suministro e instalación de infraestructuras de comunicaciones 2021-2024*", expediente DTC-112/2021.

La contratación, sujeta a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 26.507.428,00 €.

Segundo. La licitación se desarrolla de conformidad con lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, siendo de aplicación supletoria 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y su normativa de desarrollo



en todo lo que no se oponga a aquellos, y en particular por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Así, la LCSP en su Disposición adicional octava en relación con los contratos celebrados en los sectores especiales de agua, energía, transportes y servicios postales, en el párrafo primero de su apartado segundo establece que:

«2. La adjudicación por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por dicha legislación, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley, en cuyo caso se les aplicarán las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada».

Tercero. Por cuanto aquí interesa, sobre la documentación a presentar por los licitadores, la Cláusula 29 del Pliego de Cláusulas Particulares (PCP) en relación con los «*Términos y presentación de las ofertas*», establece que:

«El fichero correspondiente a la oferta económica debe estar comprimido y encriptado por parte del licitador antes de su incorporación en la plataforma electrónica. El incumplimiento de este requisito será motivo de exclusión de la oferta del proceso de adjudicación».

En párrafo distinto, se añade: *«es imprescindible que el fichero correspondiente a la oferta económica esté comprimido y encriptado por parte del licitador antes de su incorporación en la plataforma electrónica. El incumplimiento de este requisito será motivo de exclusión de la oferta del proceso de adjudicación».*

En el Anexo I del PCP se recoge el Modelo de proposición económica que deben cumplimentar los licitadores. En dicho modelo se indica que: *«La proposición económica deberá ser cumplimentada de acuerdo con este modelo. El incumplimiento de este requisito será causa automática de exclusión de la oferta del proceso de adjudicación».*



Cuarto. Conforme resulta del expediente de contratación, concurrieron a la licitación presentando ofertas en plazo un total de diez empresas.

Con fecha 6 de julio de 2021, desde el Departamento de Contratación de AENA se solicita a la empresa REVENGA INGENIEROS, S.A. la clave de descryptación de su oferta, mediante escrito en los términos siguientes:

«(...) En relación a la oferta del Acuerdo Marco DTC-112f2021 titulado 'ACUERDO MARCO PARA EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE COMUNICACIONES 2021-2024', les solicitamos que nos envíen las claves correspondientes a las ofertas económicas antes de las 13:00 horas del día 6 de julio de 2021 a la dirección de correo electrónico DepConDescaaena.es.

La apertura de proposiciones económicas tendrá lugar el día 7 de julio de 2021, a las 10:30 h. en la Sala de Aperturas — CI Peonías nº 12 — planta baja_»

En esa misma fecha, dicha empresa informa que el archivo de la oferta económica presentado no requiere contraseña para su lectura, mediante escrito con el siguiente tenor literal:

«(...) Les confirmo que el archivo con la oferta económica comprimido en ..RAR que presentarnos no necesita de ninguna clave para su apertura y visualización».

Con fecha 7 de julio de 2021, se procede a la apertura de las ofertas económicas de los licitadores.

En esa misma fecha, la entidad contratante comunica a la licitadora REVENGA INGENIEROS, S.A., su exclusión del proceso de adjudicación debido a que el fichero de su oferta económica no está encriptado, conforme a lo indicado en la aludida Cláusula 29 del PCP.

Quinto. Con fecha 26 de julio de 2021, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal, la empresa REVENGA INGENIEROS, S.A. interpone reclamación contra el acuerdo de exclusión de su oferta, manifestando su disconformidad

con el mismo e instando su anulación, o subsidiariamente, la declaración de la falta de encriptación como defecto subsanable con retroacción del procedimiento al momento previo a la apertura de ofertas económicas a fin de que se le conceda un plazo de subsanación para la aportación de la oferta económica encriptada.

Mediante otrosí se interesa, en el escrito de interposición de la reclamación, la práctica de prueba consistente en la documental que se acompaña y el expediente de contratación.

Sexto. Previo requerimiento y traslado de la reclamación de la Secretaría de este Tribunal a la entidad contratante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56. 2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquella, de fecha 3 de agosto de 2021, en el que se interesa la desestimación de la presente reclamación.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal en fecha 6 de agosto de 2021 dio traslado de la reclamación interpuesta a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. En fecha 12 de agosto de 2021, se presentan alegaciones por la entidad UTE INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.-INDRA SISTEMAS, S.A. mediante escrito en el que se solicita la desestimación de esta reclamación y la continuación del expediente contratación.

Octavo. Previa audiencia de la entidad contratante, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 19 de agosto de 2021, acordando de oficio la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En cuanto al régimen jurídico de esta reclamación, con arreglo al artículo 121 del Real Decreto-ley 3/2020, resultan de aplicación las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, con las especialidades determinadas en dicho precepto legal, y el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en



materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal que es competente para su conocimiento y resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.1 de tal Real Decreto-ley 3/2020.

Tercero. AENA es una sociedad mercantil estatal de las que se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto-ley 3/2020 con arreglo a los artículos 1 y 5.2 c), y de la LCSP de acuerdo con el artículo 3.1 h).

Junto a dicho elemento subjetivo, concurren los demás requisitos objetivo y funcional de admisión de la presente reclamación. Así, en cuanto al elemento objetivo por razón de tipo y cuantía del contrato, el artículo 119.1 del Real Decreto-ley 3/2020 establece que:

«1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes».

El objeto de la presente reclamación lo constituye el acuerdo de exclusión de la licitación para la contratación de referencia, tratándose de un acto impugnabile con arreglo a los artículos 119. 2 b) del Real Decreto-ley 3/2020 y 44.2 b) de la LCSP.

Tal acto se refiere a uno de los contratos sujetos al citado Real Decreto-ley 3/2020, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de este texto legal, según el que: *«El presente real decreto-ley, en su Libro primero, tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas a las que se refiere el artículo 5, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de este real decreto-ley, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:*



a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.

b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras».

En el supuesto que nos ocupa se trata de una contratación de suministro con un valor estimado superior a 428.000,00 euros.

Cuarto. La entidad reclamante está legitimada para impugnar su exclusión, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP, según el que:

«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».

En el supuesto que se examina la decisión de excluir a la empresa licitadora del procedimiento afecta a la esfera jurídica de sus derechos e intereses legítimos, en cuanto ha participado en la licitación y ha dejado de hacerlo precisamente a causa de su exclusión.

Quinto. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión de la reclamación, procede el examen de los motivos de fondo. La entidad reclamante, tras admitir que presentó erróneamente en la plataforma electrónica de presentación de ofertas PPO, el fichero de la oferta económica (OE) en formato RAR sin encriptar, se alza contra su exclusión con base en las siguientes alegaciones:

-El archivo OE presentado sí responde al modelo que figura en el Anexo I del PCP y su contenido estaba predeterminado.

-Se trata de un error irrelevante y subsanable en todo caso.



-La exigencia de encriptación carece de relevancia y no presenta ningún interés de cara a la adjudicación del contrato.

-La falta de encriptación de la oferta no se recoge en la cláusula del PCP relativa a los criterios de exclusión.

-Vulneración del principio de proporcionalidad y el derecho de audiencia en la citada exclusión.

La entidad contratante, en su informe a la reclamación, afirma que no habiéndose impugnado por los licitadores la cláusula de los pliegos que expresamente determina la exclusión en relación a la exigencia de encriptación de la oferta económica, aquellos vinculan a los licitadores desde el momento en que presentan su oferta, al objeto de garantizar la transparencia de la licitación y el secreto de las proposiciones, por lo que la no exclusión supondría la infracción de los pliegos que son ley entre las partes, así como del principio de no discriminación e igualdad de trato de todos los licitadores que han presentado con la diligencia debida sus ofertas y los cuales eran plenamente conocedores de las consecuencias de la falta de encriptación de sus ofertas económicas.

Se añade que el requisito de cifrar con contraseña privada el fichero OE por parte de los licitadores, cuyo incumplimiento es motivo de exclusión de la oferta, se establece y recoge de forma expresa en los pliegos, en el «Manual del usuario del licitador de la plataforma electrónica de presentación de ofertas PPO» y en la propia pantalla de la plataforma electrónica PPO a la que accedió la reclamante y el resto de licitadores para presentar sus ofertas.

Junto a lo anterior, se destaca la inactividad y falta de comunicación del error por parte de la reclamante, que no realizó comunicación alguna que pusiera de manifiesto algún tipo de problema en la presentación de su oferta a través de la plataforma de contratación electrónica, siendo responsabilidad directa del licitador la presentación correcta de la oferta.

Y se indica también que este procedimiento responde a un criterio uniforme mantenido por AENA en todos los procesos de licitación con el fin de dar cumplimiento a los principios de



transparencia, confidencialidad de las ofertas y no discriminación e igualdad de trato que rigen la contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto Ley 3/2020.

Finalmente, discrepan las partes en relación a la interpretación de la Cláusula 30 del PCP, relativa a la apertura de las proposiciones, según la que:

«Los licitadores que hayan presentado una proposición en la plataforma electrónica deberán enviar la clave de descryptación del fichero correspondiente a la oferta económica, dentro del plazo de 48-24 horas inmediatamente anteriores al día y hora establecidos para el acto de apertura de ofertas del expediente. En todo caso, la clave deberá enviarse con una antelación de al menos 24 horas con relación al acto de apertura de ofertas. La clave de descifrado del fichero debe enviarse en ese momento y no antes, ya que la oferta económica se mantendrá encriptada hasta el acto de apertura de las ofertas económicas.»

La clave de descryptación deberá enviarse a la dirección de correo electrónico licitacionclaveSSCC@aena.es (o al buzón de la unidad de contratación descentralizada, que corresponda). En su comunicación, el licitador deberá hacer referencia expresa al número y título completo del expediente, así como a su NIF y razón social.

Los posibles errores que puedan darse en la comunicación de la clave por parte de los licitadores, que impidan la correcta apertura del fichero correspondiente a la oferta económica, deberán quedar solventados por el licitador, en el plazo máximo de 24 horas a contar desde el momento de la comunicación emitida, al respecto, por la Unidad de Contratación de Aena. El licitador deberá enviar una comunicación a la dirección de correo electrónico especificada en el párrafo anterior.

Por otra parte, en el caso de que cualquiera de los documentos de una propuesta no pueda visualizarse correctamente en el momento de su apertura, se permitirá que, en un plazo máximo de 24 horas, el licitador que hubiera presentado dicha propuesta, presente el documento incluido en el fichero erróneo, en el mismo formato electrónico”.



Este caso, se trata de una mera subsanación derivada de un problema de apertura del archivo electrónico y no cabe alterar la oferta inicial.

El documento presentado posteriormente, no podrá sufrir ninguna modificación respecto al original incluido en la oferta. Si una vez realizadas las comprobaciones técnicas oportunas (código Hash), se comprueba que el documento ha sido alterado respecto al presentado inicialmente, la propuesta del licitador será excluida del procedimiento de adjudicación.

Se abrirán las proposiciones económicas de todos los licitadores que cumplan los requisitos de admisión a que se refiere el presente Pliego».

Por la entidad reclamante se sostiene que al amparo de esta Cláusula 30 del PCP estaba permitida la subsanación del error cometido, ya que los plazos de 24 horas a los que se hace alusión en este apartado, posibilitan la subsanación de los errores que hayan podido cometerse en la forma de presentación del fichero de la OE.

Contrariamente, la entidad contratante afirma que únicamente se contemplan en esta cláusula posibles errores que puedan darse en la comunicación de la clave de descryptación por parte de los licitadores, que impidan la correcta apertura del fichero correspondiente a la OE, no siendo este el error acontecido en el presente supuesto, no encontrándonos tampoco ante un error de visualización en el momento de la apertura para el que se permite que, en un plazo máximo de 24 horas, el licitador que hubiera presentado dicha propuesta, presente el documento incluido en el fichero erróneo, en el mismo formato electrónico.

Sexto. Centrados los términos de la controversia de fondo planteada, debe partirse de que los pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “*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.

Es también criterio consolidado de este Tribunal la obligación a cargo de los licitadores de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta. Como ya



señalamos en Resoluciones anteriores de este Tribunal, desde la Resolución nº 283/2012, la oferta debe ajustarse con precisión a lo previsto en el pliego, no solo en su contenido, sino también en la forma de presentación, resultando insubsanable tanto la presentación en forma distinta de lo previsto en el pliego, como los defectos o errores que se observen en dicha presentación, ya sea en su forma o en su contenido, con ciertas excepciones.

Tal y como se recoge en el antecedente tercero de esta resolución, la Cláusula 29 del PCP determina claramente el requisito de encriptación del fichero correspondiente a la oferta económica y la exclusión de la oferta por incumplimiento de esta exigencia. No se alude, en cambio, a este requisito formal en el Anexo I del PCP que recoge el modelo de proposición económica que deben cumplimentar los licitadores.

Así mismo, el requisito de cifrar con contraseña privada el fichero de oferta económica por parte de los licitadores, se establece y recoge de forma expresa en el «Manual del usuario del licitador de la plataforma electrónica de presentación de ofertas PPO» facilitada por la entidad contratante y en la propia pantalla de la plataforma electrónica habilitada para estas licitaciones.

Por estos motivos apuntados deben rechazarse, con carácter previo, las alegaciones de la reclamante en la medida en que, sin haber impugnado ni solicitado aclaración alguna a los pliegos rectores de esta licitación, cuestiona en este momento esta exigencia formal de fichero encriptado para la presentación de la proposición económica.

Séptimo. Llegados a este punto, la cuestión que corresponde analizar consiste en la admisibilidad de la oferta o, subsidiariamente la subsanación del defecto observado, que defiende la reclamante. Particularmente, debe decidirse si la entidad contratante, advertido el error cometido por la licitadora en la plataforma electrónica de presentación de ofertas, con el fichero de la oferta económica en formato RAR sin encriptar, debió, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, admitirlas o en su defecto ofrecer un trámite de subsanación para la presentación en forma de la proposición económica mediante fichero encriptado.

En este punto hay que recordar la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que ha declarado en varias ocasiones que *«Una interpretación literalista de las condiciones*

exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el 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 (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)».

En nuestras recientes Resoluciones nº 833/2021 y 840/2021, ambas de fecha 8 de julio de 2021, hemos sostenido, con cita a su vez de la Resolución nº 906/2020, que:

«Sobre esta cuestión este Tribunal (por ejemplo: Resolución nº 443/2019, de 25 de abril), partiendo del art. 84 del RGLCAP, tiene dicho que: “De otra parte, el artículo 81 del RGLCAP sólo prevé la posible subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa, y no en la oferta económica.

Por tanto, la regla general es que la oferta se ajuste con precisión a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, siendo extraordinarias las excepciones.

La jurisprudencia admite, con carácter excepcional, la subsanación de defectos en la oferta económica, si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues de otro modo se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Así, el error en la oferta económica no supone ipso iure en todos los casos la exclusión sin más del licitador, pero la posibilidad de subsanación de la oferta, y, por tanto, que no sea rechazada, exige como conditio sine qua non la inmutabilidad de su oferta, de modo que, cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de tales características en la oferta debe ser rechazada. Por ello, es regla general, que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, no cabe modificación alguna en la oferta del licitador.

De acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP, el error en el importe de la proposición determina la exclusión cuando es manifiesto, o cuando, existiendo reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, éstos la hagan inviable, cambiando el sentido de la proposición. Hemos sostenido una interpretación antiformalista del precepto, que hace que ambos supuestos –error manifiesto y viabilidad de la oferta– se aproximen, siendo el elemento clave para determinar si la propuesta puede ser aceptada, a pesar del error, que sea viable jurídicamente.

Es viable jurídicamente la oferta que, aun conteniendo el error, respeta los principios de igualdad de trato, de concurrencia, y de transparencia, de modo que sólo será viable la oferta incurso en un error cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda respetando este límite infranqueable.

Así, es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos.

(...)

En suma, es necesario ponderar en cada caso concreto el equilibrio entre las exigencias del principio de igualdad de trato, y las derivadas del principio de concurrencia que favorece la admisión de licitadores al procedimiento, de modo que no sean excluidas proposiciones con errores fácilmente subsanables, limitando las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe».

Conforme a la doctrina expuesta, y en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, lo acontecido es que la entidad aquí reclamante presentó su proposición en plazo, por medios electrónicos, conforme al modelo de proposición económica previsto en los pliegos y a través de la plataforma electrónica habilitada al efecto por la entidad contratante, que apreciado el defecto aludido en el fichero correspondiente a la oferta económica,

procedió sin más a solicitar a esta licitadora la clave de descryptación de dicho fichero, en los términos literales previstos en los pliegos rectores, sin advertencia ni alusión alguna al defecto cometido en la forma de presentación del mismo. Dicha solicitud fue además atendida debidamente en plazo por la reclamante que contestó indicando que el archivo presentado no necesitaba de ninguna clave para su apertura y visualización, pese a lo cual se acordó su exclusión automática por esta causa.

La encriptación del archivo correspondiente a la oferta económica, cuya obligación está inserta en los pliegos-tipo de AENA, S.M.E., S.A., y, en particular, en el PCP del contrato en controversia, está plenamente justificada su exigencia y aplicación, con carácter general, pues de lo que se trata es de proteger el secreto o confidencialidad de las proposiciones, especialmente, el de la oferta económica, pues con ello, aparte de cumplir con las exigencias legales en este sentido, se trata de evitar que en un aspecto tan fundamental y a veces muy determinante en la adjudicación de los contratos, se pueda conocer, de manera anticipada, su contenido y, con ello, obtener la correspondiente ventaja que atentaría, igualmente, al principio de igualdad y no discriminación. Por esta razón, es muy aconsejable que sólo una persona o grupo de personas muy reducido (que normalmente, suelen formar parte de las Mesas de Contratación y, por lo tanto, son las encargadas legalmente de la apertura de los sobres electrónicos de las proposiciones), conozcan las claves de descryptación en este caso o, con carácter general, las claves de acceso y firma reconocida ante la Plataforma de Contratación del Sector Público, para poder así garantizar, de una manera efectiva, el secreto de las ofertas proposiciones.

Ahora bien, como exigen nuestros Tribunales y la doctrina de este Tribunal, antes referida, hay que analizar, caso por caso, si existen circunstancias especiales que aconsejen no adoptar una decisión tan drástica como es la exclusión directa de una oferta por un desproporcionado formalismo que conduzca a rechazar una oferta que puede ser óptima para los intereses públicos y para la adecuada ejecución del contrato.

Para resolver esta cuestión en este caso concreto, es preciso definir las principales características de este contrato que se fijan, en el PCP (los subrayados son nuestros):



-El apartado 2 del cuadro de características del PCP, señala como cuantía del presupuesto base de licitación la cantidad de 32.073.987,88 €, y sin I.V.A., la cantidad de 26.507.428€

-En cuanto al procedimiento de adjudicación, el apartado 9 del cuadro de características señala

«9. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION

Del Acuerdo Marco:

Procedimiento abierto. Los productos a adquirir están perfectamente definidos.

La oferta se presentará según el modelo de Anexo I de este pliego, no se admite baja en esta fase de adjudicación del Acuerdo Marco.

La proposición económica se presentará por un importe de 26.507.428,00€ (impuestos excluidos), en el bien entendido que dicha cifra, igual para todos los licitadores, se refiere a la cantidad máxima hasta la que el licitante debe comprometerse a realizar los suministros descritos en el Pliego de Prescripciones técnicas. Dicho importe deberá entenderse como máximo, aceptándose que si por cualquier motivo el importe de los suministros adjudicados en los contratos basados en el Acuerdo Marco no alcanza dicha cifra, no habrá lugar a ninguna reclamación contra Aena».

«10. MEJORAS ECONÓMICAS

Para el Acuerdo Marco: No procede.

Para los contratos basados en el Acuerdo Marco: se realizarán rondas de negociación o subasta electrónica, que se indicarán en la convocatoria de licitación de cada uno de ellos. Se facilitará la correspondiente URL para las mismas.

Se procederá a la subasta electrónica siempre que haya cuatro (4) o más ofertas que hayan superado la calidad técnica mínima exigida».

«16. DOCUMENTACION TÉCNICA A PRESENTAR (DT) Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN TÉCNICA

Para el Acuerdo Marco:

No se define documentación técnica específica a presentar, salvo la propia oferta técnica y la documentación de compromiso firmada y sellada en los términos indicados en los apartados 13 y 15 de este Cuadro de Características, que se evaluará en forma de cumplimiento o no cumplimiento.

Para los contratos basados en el Acuerdo Marco:

En cada solicitud de pedido se indicarán las actuaciones a realizar para el suministro, instalación y puesta en servicio del equipamiento de comunicaciones que conforme el citado pedido en cuestión, de acuerdo a los ítems considerados en el catálogo de productos considerado en el anexo 3 del PPT, que servirán como referencia para las solicitudes de pedidos de este Acuerdo Marco.

-CRITERIOS DE EVALUACION

Tanto para para el Acuerdo Marco como para los contratos basados, no se definen criterios de valoración, salvo la presentación y validación de la documentación requerida en los apartados 13 y 15 del presente documento, la cual se validará en forma de “cumplimiento” o “no cumplimiento”.

«17. UMBRAL MÍNIMO DE PUNTUACIÓN QUE DEBE OBTENERSE EN LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN TÉCNICA

No procede».

En resumen, el objeto del contrato es la adjudicación de un contrato consistente en un acuerdo marco, de los regulados en los artículos 219 a 222 LCSP, que dará lugar, posteriormente, a la adjudicación de contratos basados en dicho acuerdo marco; en el que, como características principales a los efectos de este recurso son:



-los productos a suministrar están previa y perfectamente especificados en todas sus características

-no se definen criterios de valoración, salvo la presentación y validación de la documentación de la oferta técnica con los requisitos técnicos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares pero que no se traduce en un arco de valoración en puntos, sino que lo único que establece el PCP es que se declare apta o no apta;

-y, por último, la oferta es igual para todos los licitadores, es decir, la oferta económica no sólo no admite bajas o mejoras, sino que tiene que ser coincidente con el presupuesto base de licitación (sin, IVA, como cualquier oferta).

Con todos estos condicionantes, hay que concluir que la finalidad general de la encriptación de la oferta económica que establecen los pliegos, en este caso concreto, se convierte en una mera formalidad que no tiene incidencia en la protección del secreto de las proposiciones. De hecho, como no podía ser de otra forma, puesto que así lo exige el PCP, las 10 empresas restantes que han presentado proposición, han ofertado, todas, por un importe económico de 26.507.428 €.

Que el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el PCP sobre presentación de la oferta económica encriptada, no cabe la menor duda, pero no cabe atribuirle estratagema alguna, pues ninguna ventaja puede obtener con haber presentado la oferta desencriptada. Tampoco se ocasiona ningún tipo de perjuicio al resto de los licitadores por la acción del recurrente.

Es decir, la presentación en este contrato se convierte en un mero formalismo pero que no tiene una trascendencia directa o indirecta en la adjudicación del contrato, pues la oferta económica, cuyo importe viene previamente fijado por la entidad contratante, no se valora de ninguna forma en el PCP.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, en este supuesto se considera que se ha adoptado una decisión desproporcionada con esta forma de proceder al amparo de una interpretación excesivamente formalista de los pliegos, lo que conduce a la estimación del recurso y, por lo tanto, se admita la oferta excluida.



A la vista de todo lo argumentado anteriormente, carecería de sentido que se acordara la subsanación de un defecto, que no tiene la envergadura jurídica ni fáctica para considerarlo como tal, y que, en todo caso, consistiría en que se volviera a presentar un sobre electrónico encriptado que contendría la misma oferta económica (no podría ser una nueva, claro está) que la presentada y por el mismo importe porque no puede ser otro.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso, considera este Tribunal que se deben retrotraer las actuaciones al momento de la apertura de las ofertas económicas y teniendo en cuenta las particularidades de este contrato, en aras de conservar las actuaciones válidas ya celebradas, procedería la toma en consideración de la oferta de la recurrente, dando por válido el resultado de la apertura del resto de las ofertas, puesto que, como hemos razonado anteriormente, en nada puede afectar que se hayan ya abierto los sobres del resto de ofertas económicas. Tampoco estima este Tribunal que sea procedente anular ahora las valoraciones técnicas ya realizadas de las ofertas hasta ahora admitidas y, por lo tanto, haya que volver a valorar las ofertas técnicas de los licitadores admitidos, pues su valoración se ha limitado, según el PCP, a declararlas aptas o no aptas, por lo que, de un lado, el resultado de una nueva valoración técnica sería el mismo, y de otro, en nada influiría en los análisis y valoraciones ya efectuados que todavía no se hubiera abierto la oferta del recurrente, por lo que, AENA, S.M.E, S.A., una vez que proceda a la retroacción de las actuaciones que se acuerda en esta resolución, podrá, valorar, de manera independiente, la oferta técnica del recurrente, en su caso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar la reclamación interpuesta por D. A.R.S., en representación de REVENGA INGENIEROS, S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A., para la contratación *“Acuerdo Marco para el suministro e instalación de infraestructuras de comunicaciones 2021-2024”*, expediente DTC-112/2021, acordando la anulación del acuerdo de exclusión y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la apertura de ofertas económicas, con los efectos y consecuencias subsiguientes que



se detallan en el fundamento jurídico séptimo 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 de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.