



Recurso nº 657/2018

Resolución nº 808/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.D.L.P.G., en representación de ELECNOR, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "*Servicio de mantenimiento de instalaciones y trabajos auxiliares en el Centro de Excelencia contra Artefactos Explosivos Improvisados (COE C-IED) del EMAD*", con expediente 10013180094, convocado por la Jefatura de Administración Económica del Estado Mayor de Defensa, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El presente expediente tiene por objeto el contrato de servicios de mantenimiento de instalaciones y trabajos auxiliares en el centro de excelencia contra artefactos explosivos improvisados (COE C-IED), del Ministerio de Defensa. Presenta un valor estimado de 131.277,95 euros.

Segundo. La tramitación se ha llevado a cabo mediante procedimiento abierto, con varios criterios de valoración y tramitación ordinaria. Para la calificación del contrato como susceptible de recurso especial en materia de contratación se han tenido en cuenta las reglas establecidas en el artículo 44.1 de la LCSP.

Tercero. En fecha de 17 de abril de 2018, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del presente contrato de servicios (documento 5 del expediente administrativo) y en fecha de 13 de junio de 2018 tuvo lugar la adjudicación del contrato a la empresa MULTISERVICIOS TECNOLÓGICOS, S.A., siéndole notificada en esa misma fecha, así como también en esa misma fecha fue notificada la adjudicación al resto de licitadores, entre ellos a la recurrente.



Cuarto. Con fecha de 2 de julio de 2018 el representante de la empresa recurrente, ELECNOR, empresa licitadora en el presente contrato, interpone el presente recurso especial, contra la adjudicación del mismo. En sus alegaciones, la recurrente considera que no resulta válida la adjudicación del contrato a favor de la empresa MULTISERVICIOS TECNOLÓGICOS S.A. porque ésta fue presentada en papel, incumpliendo con ello, tanto lo dispuesto dentro de la convocatoria del contrato, como el pliego del mismo, así como la actual Ley de Contratos del Sector Público, que obliga a la presentación de ofertas en formato electrónico.

Quinto. Se ha recabado el correspondiente Informe del órgano de contratación, quien lo emite en fecha de 16 de julio de 2018, manifestando que la adjudicación debe ser mantenida puesto que la oferta de la adjudicataria era la mejor de todas las presentadas, de manera que el hecho de que se haya presentado en papel no debe permitir una interpretación tan rigorista de la Ley que impida que el contrato pueda ser adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa, solo por una cuestión meramente formal, e invoca para ello la doctrina de este Tribunal sobre la interpretación antiformalista de los procesos de licitación pública.

Sexto. Ha presentado alegaciones en el presente recurso la empresa adjudicataria, MULTISERVICIOS TECNOLÓGICOS S. A., en fecha de 17 de julio de 2018, manifestando que *«las instalaciones de mi representada se vieron privadas de línea telefónica de forma intermitente los días 4, 5, 7 y 8 de mayo de 2018. Mas concretamente se produjo un corte ininterrumpido de línea telefónica desde las 17 Horas 44 minutos 8 segundos del día 7 de mayo hasta las 13 Horas 15 minutos 39 segundos del día 8 de mayo del corriente. (...). Esta circunstancia impidió a mi representada la presentación de la oferta por medios electrónicos»*.

Séptimo. Con fecha 16 de julio de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de Adjudicación adoptada por el órgano de contratación, lo que supone un acto objeto de recurso especial en relación con un contrato que, si bien no está sujeto a regulación armonizada, no obstante, tiene un valor superior a los 100.000 euros que se exigen por el art. 44.1, a) de la LCSP para poder ser objeto de este recurso especial, por lo tanto, se trata de un acto susceptible del recurso al amparo del artículo 44.2, c) de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una persona jurídica, licitadora en ese contrato, que finalmente no resulta adjudicataria del mismo, en virtud del acuerdo que ahora impugna y por lo tanto, *«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»* (artículo 48, primer inciso de la LCSP).

Cuarto. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 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.

En el caso, la notificación de la Resolución de adjudicación del contrato se practica con fecha 13 de junio de 2018, puesto que el recurso se interpone el 2 de julio de 2018, el recurso se encuentra interpuesto en plazo.

Quinto. La entidad recurrente interpone el presente recurso, solicitando a este Tribunal que *«revoque, anule o deje sin efecto la citada Resolución de adjudicación dictada por el Órgano de Contratación el 13 de junio de 2018, al no ser ajustada a derecho porque la*



oferta de Multiservicios Tecnológicos, S.A. debió ser excluida al presentarse en formato papel en lugar de por medios electrónicos, tal y como exige el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y la Ley aplicable, acordándose la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que la mesa de contratación propuso la adjudicación del expediente de licitación una vez excluida la oferta de Multiservicios Tecnológicos S.A.».

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación en su Informe considera que la adjudicación del presente contrato a favor de MULTISERVICIOS TECNOLÓGICOS S.A. es correcta, a pesar de haber presentado la oferta en papel y no de forma electrónica, y, consecuentemente, resulta correcta la valoración que hizo de esa oferta. Alega que existe un error en el “*petitum*” del presente recurso especial, por cuanto considera que la pretensión de anulación debe ir dirigida no al acto de adjudicación, sino al acto de admisión de ofertas, en concreto, a la admisión de la oferta de la empresa MULTISERVICIOS TECNOLÓGICOS S.A. Asimismo, considera que las disposiciones sobre contratación electrónica y la obligatoriedad de ésta, deben entenderse referidas a los actos de comunicación de los órganos de contratación a los licitadores y que debe mantenerse un criterio antiformalista y de admisión de las ofertas que no suponga una restricción a éstas.

Séptimo. Varias son las cuestiones que se plantean en el presente recurso, si bien todas ellas giran en torno a la cuestión de la determinación de la obligatoriedad de la presentación de ofertas de forma electrónica y su incidencia dentro del presente procedimiento de contratación. El punto de partida ha de ser el de considerar que la contratación pública, es, desde la entrada en vigor de la LCSP, totalmente electrónica. Pero, antes de hacer referencia exclusiva a lo dispuesto dentro de la actual Ley de Contratos, para realizar un más profundo examen de la cuestión, debemos remontarnos a sus antecedentes legislativos más próximos, entre los que destaca la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, donde se estableció el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas y la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas necesarios para que ese derecho pudiera ejercerse. Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público reguló el perfil de contratante, la



plataforma de contratación del Estado y la utilización de los medios electrónicos en los procesos de contratación pública. En línea con ello, el artículo 159 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del TRLCSP, ya apuntaba algunas de las ventajas de la contratación pública electrónica, como es el caso de la reducción de plazos de los procesos de contratación. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno exige publicar datos de la gestión la contratación pública de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y en formatos electrónicos reutilizables, preferentemente. También destaca aquí la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuya DA 3ª introdujo modificaciones en la Plataforma de Contratación del Estado, que pasa a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público, estableciendo lo siguiente: *«En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público»*. Asimismo, marca un hito dentro de nuestra legislación administrativa, y, en particular en el ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la aparición de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, cuya incidencia en esta normativa es innegable, puesto que se aplican sus disposiciones en la tramitación de los procedimientos administrativos como ley subsidiaria, por lo tanto, solo en defecto de disposición específica propia prevista como tal dentro de la misma Ley de Contratos, lo que implica, siguiendo con el carácter de subsidiariedad de las leyes de procedimiento, que solo se aplican en defecto de las normas de contratación, debiendo prevalecer las disposiciones específicas establecidas dentro de la Ley de Contratos, en el caso de que existan contradicciones entre ambas. Y todo ello, de conformidad con lo dispuesto dentro de la Disposición final 4ª de la LCSP, en la que se establece en su apartado primero lo siguiente: *“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por*



los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias (...)”.

Llegados a este punto, se aprueba 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 que entró en vigor el 9 de marzo de 2018, la cual declara en su su Exposición de motivos que la contratación pública electrónica es obligatoria en los siguientes términos: *«Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario»*. Con ello, la LCSP se está refiriendo a lo dispuesto dentro de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que dispone en relación a la gestión electrónica de la contratación pública lo siguiente: *«Los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y —tras un período transitorio de 30 meses— una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas. Los Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean. Es preciso aclarar además que, sin embargo, la utilización obligatoria de medios electrónicos con arreglo a la presente Directiva no debe obligar a los poderes adjudicadores a tratar electrónicamente las ofertas, como tampoco debe exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado. Asimismo, con arreglo a la presente Directiva, ningún elemento del procedimiento de contratación pública tras la*



adjudicación del contrato debe estar sujeto a la obligación de utilizar medios electrónicos de comunicación, como tampoco debe estarlo la comunicación interna en el marco del poder adjudicador». (Considerando 52). Por su parte, dentro de su articulado, podemos leer en su art. 22, -que aparece transcrito casi literalmente en las Disposiciones adicionales 15ª y 16ª de la LCSP-, lo siguiente: «1. Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos: a) debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos de comunicación requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles;

b) las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el poder adjudicador no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia;

c) la utilización de medios de comunicación electrónicos requeriría equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores;

d) los pliegos de la contratación requieren la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.



No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del presente apartado, los poderes adjudicadores no están obligados a exigir medios de comunicación electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios de comunicación no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de dichos medios de comunicación electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido del apartado 5.

Corresponderá a los poderes adjudicadores que exijan, con arreglo al párrafo segundo del presente apartado, medios de comunicación que no sean electrónicos en el proceso de presentación de ofertas, indicar en el informe específico mencionado en el artículo 84 los motivos para esa exigencia. Cuando proceda, los poderes adjudicadores indicarán en los informes las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios de comunicación distintos de los electrónicos en aplicación del párrafo cuarto del presente apartado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación, las confirmaciones de interés y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

3. Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el



contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación.

4. Para contratos públicos de obra y concursos de proyectos, los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares. En esos casos, los poderes adjudicadores ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 5 hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles en el sentido de la segunda frase del párrafo primero del apartado 1.

5. Cuando sea necesario, los poderes adjudicadores podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que los poderes adjudicadores ofrezcan medios de acceso alternativos. Se considerará que los poderes adjudicadores ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando:

a) ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a esas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el anexo VIII, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés; el texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés especificará la dirección de internet en la que puede accederse a esas herramientas y dispositivos;

b) garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando fichas provisionales disponibles gratuitamente en línea, o

c) admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas.

6. Además de los requisitos establecidos en el anexo IV, se aplicarán a las herramientas y dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y de recepción electrónica de las solicitudes de participación las normas siguientes:



a) la información relativa a las especificaciones para la presentación electrónica de las ofertas y las solicitudes de participación, incluido el cifrado y la validación de la fecha, estará a disposición de todas las partes interesadas;

b) los Estados miembros o los poderes adjudicadores, actuando en el marco general establecido por el Estado miembro de que se trate, especificarán el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación; el nivel será proporcional a los riesgos asociados;

c) cuando los Estados miembros o los poderes adjudicadores, actuando en el marco general establecido por el Estado miembro de que se trate, concluyan que el nivel de riesgo, evaluado de conformidad con la letra b) del presente apartado, es tal que se exijan las firmas electrónicas avanzadas definidas en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los poderes adjudicadores aceptarán las firmas electrónicas avanzadas respaldadas por un certificado reconocido, teniendo en cuenta si esos certificados los facilita un prestador de servicios de certificación que se encuentra en una Lista de Confianza contemplada en la Decisión 2009/767/CE de la Comisión (2), creada con o sin dispositivo seguro de creación de firma, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

i) los poderes adjudicadores determinarán el formato de la firma electrónica avanzada sobre la base de los formatos establecidos en la Decisión 2011/130/UE de la Comisión (3) y establecerán las medidas necesarias para poder procesar técnicamente estos formatos; en caso de que se utilice un formato distinto de firma electrónica, la firma electrónica o el documento electrónico portador incluirá información sobre las posibilidades de validación existentes, que serán competencia del Estado miembro. Las posibilidades de validación permitirán al poder adjudicador validar en línea, gratuitamente, y sin que sea necesario conocer la lengua original, la firma electrónica recibida como firma electrónica avanzada respaldada por un certificado reconocido.

Los Estados miembros notificarán información sobre el proveedor de servicios de validación a la Comisión, que se encargará de que la información recibida de los Estados miembros esté disponible para el público en internet,



ii) cuando una oferta vaya firmada con el respaldo de un certificado reconocido incluido en una Lista de Confianza, los poderes adjudicadores no aplicarán requisitos adicionales que puedan entorpecer la utilización de este tipo de firma por los licitadores.

Por lo que respecta a los documentos utilizados en el marco de un procedimiento de contratación firmados por una autoridad competente de un Estado miembro o por otra entidad emisora, la autoridad o entidad emisora competente podrá determinar el formato de firma avanzada conforme a los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 2, de la Decisión 2011/130/UE. Establecerán las disposiciones necesarias para poder tratar técnicamente este tipo de formato, incluyendo la información requerida a efectos del tratamiento de la firma en el documento de que se trate. Dichos documentos contendrán en la firma electrónica o en el documento electrónico portador de la misma, información sobre las posibilidades de validación existentes que permitan validar en línea la firma electrónica recibida, gratuitamente y sin que sea necesario conocer la lengua original.

7. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 87 a fin de modificar las modalidades y características técnicas establecidas en el anexo IV para tener en cuenta los avances técnicos. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 87 a fin de modificar la lista recogida en las letras a) a d) del segundo párrafo del apartado 1 del presente artículo, cuando los avances tecnológicos hagan inadecuadas las excepciones continuas al uso de medios de comunicación electrónicos o, excepcionalmente, cuando sea preciso prever nuevas excepciones a causa de avances tecnológicos.

Para garantizar la interoperabilidad de los formatos técnicos, así como de las normas de procesamiento y mensajería, especialmente en un contexto transfronterizo, se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 87, a fin de establecer el uso obligatorio de esas normas técnicas específicas, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas y solicitudes, los catálogos electrónicos y los medios para la autenticación electrónica, solo cuando las normas técnicas hayan sido sometidas a pruebas exhaustivas y hayan demostrado su utilidad en la práctica. Antes de hacer obligatorio el recurso a una norma técnica, la Comisión también



examinará atentamente los costes que ello puede implicar, especialmente en lo que se refiere a la adaptación a las soluciones de transmisión electrónica existentes, incluida la infraestructura, los procesos o los programas informáticos».

Transponiendo las disposiciones anteriores, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula los principales aspectos de la contratación pública electrónica, de forma dispersa a lo largo de su articulado, si bien, de forma más concreta, se hace referencia a ello en sus disposiciones adicionales siguientes: D.A. 15ª sobre las Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley; D.A. 16ª sobre el Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley y D.A. 17ª sobre Requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos. En estas Disposiciones adicionales se considera obligatorio gestionar de forma electrónica determinados aspectos que se contienen de forma expresa dentro de la misma Ley. Uno de esos aspectos, especialmente relevante, es el de las ofertas. Así, de acuerdo con lo dispuesto dentro de la DA 15ª de la LCSP, es obligatorio presentar las ofertas electrónicas, salvo en los siguientes casos (apartado tercero de la DA 15ª):

«a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos».



Por tanto, de todo lo expuesto, se puede llegar a una primera conclusión, como es la de afirmar el carácter obligatorio de la contratación electrónica a partir del 9 de marzo de 2018, y, en particular, la presentación obligatoria de ofertas en formato electrónico a partir de esta fecha, como norma general, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas al efecto dentro de la misma Ley y así se haga constar por el mismo órgano de contratación, quien deberá justificar la concurrencia de las mismas. Así resulta de lo dispuesto dentro del art. 336.1 de la LCSP, a cuyo tenor: *«Los órganos de contratación redactarán un informe escrito sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, que incluya al menos lo siguiente: (...) h) En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas».*

Además del aspecto legislativo de la cuestión, debemos añadir el criterio interpretativo que de la misma supone el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado nº 2/2018, de fecha 2 de marzo de 2018, que concluye la obligatoriedad legal de la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación y por ello, de la presentación de las proposiciones, sin que sea admisible la presentación en papel, defecto que se considera insubsanable, pue supondría la ampliación del plazo de presentación para el licitador infractor.

Todo lo anterior, resulta necesario ponerlo en conexión con el contenido del pliego que rige el presente contrato, el cual, configurándose como la ley del contrato, según la reiterada doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, - por todas, la Resolución nº 307/2016 o la nº 736/2015-, es necesario analizar para determinar la forma de exigencia de las ofertas en este proceso de contratación y los posibles efectos derivados de un eventual incumplimiento de ese formato. Pues bien, partiendo de esa consideración respecto de los pliegos, debemos acudir a su contenido y así vemos que la cláusula 13 del mismo, establece que: *«Las proposiciones se presentarán en la forma, plazo y lugar indicados en el anuncio de licitación o invitación de participación».* Por su parte, en su cláusula 14 podemos leer: *“Las proposiciones deberán presentarse en la forma, plazo y lugar indicados en el anuncio de licitación”* y a continuación, señala que la presentación de la documentación acreditativa del



cumplimiento de los requisitos previos se puede hacer “*en un único sobre o archivo electrónico*». Por su parte, en el anuncio de licitación consta de forma expresa que la forma de presentación de la oferta es la electrónica, si bien aparecen dos menciones a continuación que pueden inducir a un cierto error, como es la designación de un domicilio postal del órgano de contratación y la separación y referencia a dos “sobres” en la parte relativa a la preparación de la oferta. Consideramos que estas referencias son debidas a una simple traslación en este punto de lo dispuesto dentro de la misma Ley de Contratos, en cuanto una de las deficiencias detectadas en este ámbito dentro de la misma es la de las referencias que contiene a “sobres” cuando se parte de la contratación electrónica, teniendo en mente el “sobre” como un elemento fundamental de la oferta en papel. Sin embargo, dejando al margen disquisiciones interpretativas sobre la dicción literal de la ley en estos aspectos, -que consideramos se trata tan solo de una referencia a la necesaria separación documental de la documentación presentada que conforma la oferta, sin necesidad de que se realice una interpretación excesivamente literalista de la expresión utilizada-, no cabe duda de que, en efecto, podrían dar lugar a error en los licitadores, tanto respecto de las menciones que aparecen en el anuncio de licitación, como las que aparecen en el pliego en cuanto a «*sobre o archivo electrónico*», por lo que sería el pliego el que deberá especificar en mayor medida esta circunstancia e identificar la exigencia de presentar la oferta en formato electrónico, para evitar posibles confusiones. Establecido lo anterior, la redacción literal del pliego y del anuncio de licitación, en cuanto establece la obligación de presentar la oferta en «*sobre o archivo electrónico*», es clara, ya que impone la obligación de presentar la oferta en formato electrónico.

Lo que nos encontramos en este caso es que una empresa ha presentado la documentación en soporte papel y no en formato electrónico, y otra empresa lo han presentado en formato electrónico y no en soporte papel, si bien, en ambos supuestos cabe partir de que la oferta ha sido presentada y se conoce claramente los términos de la oferta y la voluntad del licitador, así como no se ha visto alterado su contenido ni el secreto de la proposición presentada, aunque no haya sido presentada en el formato exigible.

Pues bien, las consideraciones anteriores nos llevan a la conclusión de que el presente recurso debe ser estimado, al no resultar válida la presentación de ofertas en papel, por



aplicación del principio de concurrencia, unido a la necesidad de evitar que se puede admitir la presentación de ofertas extemporáneas, como consecuencia de la presentación de las mismas en un formato papel, cuando toda la legislación y el pliego de ese contrato, obligan a la presentación de ofertas en formato electrónico.

Octavo. A la conclusión anterior, se le puede objetar que este mismo Tribunal ha admitido que en el mismo procedimiento de contratación, se puedan presentar ofertas en otro formato distinto del exigido, como es el caso de la Resolución de este Tribunal nº 504/2015, donde se llega a la conclusión de que: *«Aunque el formato digital no se realizó en Excel, ello no puede ser un obstáculo para el reconocimiento de la oferta económica presentada por la recurrente, pues, en definitiva, el órgano de contratación ha podido acceder a la información, la oferta económica resulta completa y no existe motivo alguno para expulsarla del procedimiento de contratación, como, por otra parte, reconoce el informe remitido a este Tribunal suscrito por la Coordinadora de Contratación del Sector Público de la Consejería de Hacienda. Como ya ha advertido este Tribunal, ante estos supuestos debe ponerse de manifiesto que la finalidad última de la normativa de contratación es promover la máxima concurrencia en la adjudicación de los contratos. Desde este punto de vista, deben eliminarse cualesquiera formalismos que pudieran tener como resultado una restricción injustificada de la referida concurrencia»*. O, incluso, en la Resolución nº 400/2015, en la que se analiza un caso análogo al presente, puesto que se valora en ella la presentación de ofertas en soporte papel y la falta de presentación en formato electrónico.

Pero esas Resoluciones fueron dictadas bajo el ámbito de la legislación anterior de 2011, en la que no se imponía la contratación pública como obligatoria en los términos en los que ya se pronuncia la nueva Ley de 2017, por lo que no podemos considerar que sus afirmaciones sigan vigentes en un caso como el presente, en el que el procedimiento de contratación se ha iniciado en fecha de 17 de abril de 2018, fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, siendo ésta la de 9 de marzo de 2018.

Noveno. Por último, hay que precisar un aspecto más en el presente asunto, como es la cuestión de la posibilidad de aplicar a este caso la regla general de la subsanación de errores o defectos que afectan a la documentación administrativa, -regla general



establecida por este Tribunal de absoluta subsanabilidad-, siempre que se guarde la debida separación entre las fases del procedimiento, lo que permite que, ante la duda, deba ser admitida la documentación presentada y con ello, se admita la empresa licitadora que concurra.

No obstante, en este caso, no nos encontramos ante un error en la documentación presentada que deba ser subsanado, sino ante la presentación global de la oferta en un formato distinto del exigido por la Ley y por el pliego, de manera que no estamos ante una duda que afecte a la documentación acreditativa de las condiciones de admisión, la cual debe ser interpretada en un sentido favorable a la admisión, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal, sino ante la manifestación de la voluntad del licitador en una forma no reconocida por la ley ni por el pliego, lo que puede suponer un atentado contra el principio de igualdad ante la ley de todos los licitadores y de libre competencia.

En este sentido, podemos considerar aplicables aquí la Resolución nº 898/2016, (en la que se remite a otra anterior, como es la nº 217/2016), en la que se establece lo siguiente: *«(...) nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).*



Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004-y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de



noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08».

Así pues, la doctrina que se establece en esa Resolución y que mantenemos en ésta, es la de considerar que solo se pueden subsanar los defectos formales de la documentación administrativa, pero no la presentación de la oferta en sí, como ocurre en el caso. A la vista de todo lo anterior, este Tribunal considera que ha existido en el caso un error en la adjudicación realizada, que debe ser corregido, por lo que debe proponerse la estimación del presente recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso presentado por D. S.D.L.P.G., en representación de ELEC NOR, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "*Servicio de mantenimiento de instalaciones y trabajos auxiliares en el Centro de Excelencia contra Artefactos Explosivos Improvisados (COE C-IED) del EMAD*", con expediente 10013180094, convocado por la Jefatura de Administración Económica del Estado Mayor de Defensa, anular dicha resolución, y retrotraer el expediente para declarar la exclusión de la empresa adjudicataria Multiservicios Tecnológicos SA, y la adjudicación, en su caso, a favor de la siguiente empresa por orden de clasificación.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada, conforme al art. 57.3, de la LCSP, con la consiguiente continuación del procedimiento, en los términos establecidos anteriormente.

Tercero. Declarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58.2 de la LCSP, no hay motivos para apreciar que haya existido en el caso mala fe o temeridad.



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 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.