

RE 038/2021 & 041/2021

Acuerdo 56/2021, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos por las mercantiles “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.” y “FRUTLADO, S.L.” frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Suministro de fruta a centros escolares en la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 2 de octubre de 2020 fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea, sendos anuncios de la licitación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo.

En los citados anuncios se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 3 de noviembre de 2020.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 688 893,05 euros. El contrato se divide en 16 lotes.

Segundo.- A la licitación concurrieron las siguientes empresas:

- “ALZAFRUT, S.L.”;

- “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.”;
- “CESTER, S.L.”;
- “FRUTAS BRUNED, S.L.”;
- “FRUTAS QUEROL, S.L.”;
- “FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L.; y,
- “FRUTLADO, S.L.”.

Tercero.- La Mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2020, acordó clasificar las ofertas recibidas y propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato.

Mediante Resolución de 15 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Innovación y Promoción Agroalimentaria, se resolvió –a propuesta de la Mesa de contratación– clasificar las ofertas presentadas y requerir a los licitadores que habían obtenido la puntuación más alta, en cada uno de los Lotes, la documentación establecida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato; todo ello, previo a la adjudicación del contrato.

Esta Resolución se publicó en la PCSP el mismo día 15 de diciembre de 2020.

Cuarto.- El día 28 de diciembre de 2020 se recibió, en el Registro General del órgano de contratación, escrito presentado por don E.J.V.M., en nombre y representación de la mercantil “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.”, frente a la Resolución de fecha 15 de diciembre de 2020, por la que se clasifican las proposiciones licitadoras del contrato.

El órgano de contratación, remitió el escrito el recurso especial en materia de contratación, lo remitió –el día 20 de enero de 2021– a este Tribunal, así como

el expediente de contratación completo y el informe al que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Al recurso interpuesto –en atención a su orden de llegada– le fue asignado el nº 006/2021.

Mediante el Acuerdo 15/2021, de 12 de febrero, se resolvió el recurso interpuesto, inadmitiéndolo al no ser susceptible de recurso la actuación impugnada.

Quinto.- El día 14 de enero de 2021 se recibió, en el Registro General del órgano de contratación, un escrito –también calificado por la propia recurrente como recurso de alzada– presentado por don J.L.D., en nombre y representación de la mercantil “FRUTLADO, S.L.”, frente a la Resolución de fecha 15 de diciembre de 2020, por la que se clasifican las proposiciones licitadoras del contrato.

El órgano de contratación, consideró el mencionado escrito como un recurso especial en materia de contratación, y lo remitió –el día 25 de enero de 2021– a este Tribunal, junto con el expediente de contratación completo y el informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Al recurso interpuesto –en atención a su orden de llegada– le fue asignado el nº 011/2021.

En el Acuerdo 17/2021, de 19 de febrero, se resolvió el recurso interpuesto, inadmitiéndolo al no ser susceptible de recurso la actuación impugnada.

Sexto.- Mediante Resolución de la Dirección General de Innovación y Promoción Agroalimentaria, de fecha 16 de marzo de 2021, se resolvió la adjudicación del contrato de referencia –por lotes– a las mercantiles siguientes:

- Lotes 1, 3, 4, 5, 7: “FRUTAS BRUNED, S.L.”.
- Lotes 2, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15: “ALZAFRUT, S.L.”.
- Lote 16: “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.”.

Esta adjudicación fue notificada a las mercantiles interesadas el día 17 de marzo de 2021 y publicada en la PCSP el día 18 de marzo siguiente.

Séptimo.- El día 31 de marzo de 2021 se recibió en este Tribunal, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.J.V.M., en nombre y representación de la mercantil “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.”, frente a la Resolución de adjudicación antedicha.

Al recurso –en atención a su orden de llegada– le ha sido asignado el número 38/2021.

En este segundo recurso viene a reiterar sus argumentos en contra de la adjudicación realizada, por entender que las mercantiles “FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L.” y “FRUTAS BRUNED, S.L.” son empresas vinculadas que han actuado de forma coordinada en la licitación y considera, por tanto, que se han vulnerado los principios de libre competencia, igualdad entre licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones.

Solicita, por lo expuesto, la anulación de la adjudicación recaída, así como la exclusión de las licitadoras mencionadas. Igualmente, requiere de este Tribunal la suspensión del procedimiento –de forma cautelar– en tanto se resuelve el recurso interpuesto.

Octavo.- Con fecha 5 de abril de 2021 se comunicó la interposición del recurso al órgano de contratación, requiriendo el expediente de contratación e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. La documentación requerida fue aportada a este Tribunal el día 8 de abril siguiente.

Noveno.- El día 7 de abril de 2021 se recibió en este Tribunal, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.D., en nombre y representación de la mercantil “FRUTLADO, S.L.U.”, frente a la misma Resolución de adjudicación del procedimiento.

Al recurso –en atención a su orden de llegada– le fue asignado el número 041/2021.

Aduce la recurrente en su escrito:

1.- Que en la valoración de las ofertas no se han aplicado correctamente los criterios establecidos en el PCAP, y según su criterio, como consecuencia de ello, se han aplicado unos criterios de desempate, que, a su vez, considera no ajustados a derecho.

2.- Al igual que la anterior recurrente, considera que las mercantiles “FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L.” y “FRUTAS BRUNED, S.L.”, están vinculadas y al haber presentado ambas ofertas a la licitación, contravienen el apartado 2.2.5.3 del PCAP.

Décimo.- Con fecha 8 de abril de 2021 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la recurrente –a través del sistema de notificaciones telemáticas del Gobierno de Aragón– la subsanación del escrito del recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los

defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Dicho requerimiento fue atendido el día 9 de abril siguiente.

Undécimo.- El día 8 de abril de 2021, se dio traslado del escrito de recurso interpuesto al órgano de contratación requiriendo igualmente el informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. La documentación requerida se recibió en este Tribunal el día 13 de abril siguiente.

Duodécimo.- Con fecha 13 de abril de 2021 se dio traslado de los nuevos recursos interpuestos al resto de interesados, otorgándoles trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles para presentar las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el plazo otorgado con ocasión del meritado trámite, han comparecido las mercantiles “FRUTAS BRUNED, S.L.”, “FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L.” y “ALZAFRUT, S.L.”. Todas ellas se postulan en contra de la estimación de los recursos interpuestos.

Decimotercero.- Con fecha 7 de junio de 2021, por parte de este Tribunal administrativo, ha sido solicitada al órgano de contratación la documentación aportada por las empresas para resolver el desempate de la licitación. El día 8 de junio del ejercicio corriente ha sido remitida la mencionada documentación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, se aprecia identidad desde el punto de vista tanto objetivo como subjetivo, al ser la misma actuación impugnada y tratarse de las otras dos mercantiles participantes en la licitación quienes la recurren –y que han presentado oferta a todos los lotes que se licitan–, por lo

que procede abordar su resolución de manera conjunta, pues entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la resolución de uno podría desplegar efectos en la del otro; de ahí que resulte pertinente, en aras del principio de economía procedimental, acumular ambos recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 038/2021 y 041/2021 para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.” y de “FRUTLADO, S.L.” para interponer recurso especial y su representación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de sendas empresas que han participado en la licitación de referencia pues, de conformidad con dicho precepto: *«(p)odrá 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»*.

Ahora bien, este Tribunal se ha guiado por la doctrina del interés legítimo en Acuerdos como el 113/2018, de 16 de noviembre, el 13/2019, de 31 de enero,

el 59/2019, de 8 de mayo, o el 92/2019, de 12 de julio, en cuya virtud tal legitimación –en atención al acto impugnado– ha de responder a un beneficio cierto y concreto para la recurrente; es decir, no puede obedecer a la pretensión de un acontecimiento hipotético, potencial y futuro en su esfera jurídica.

En el presente supuesto, sentado que la actuación recurrida es la adjudicación del contrato, cabe reconocer legitimación a las empresas licitadoras cuyas ofertas no han sido seleccionadas en la medida en que –de prosperar el recurso– ello suponga la opción para cada actora de resultar adjudicataria y ello en tanto que en el presente contrato persiste la situación de empate entre las ofertas de ambas recurrentes de manera que –en caso de estimar los dos recursos– se tendría que dirimir el empate con arreglo a los criterios establecidos en el PCAP, y procedería: *«como criterios específicos a aplicar en el supuesto de que persista el empate se establecieron, por este orden, en primer lugar “La oferta del licitador que haya puesto el lote con el orden de prelación más alto”, y en segundo lugar “Sorteo”»*, de manera que la legitimación de ambas está acreditada.

Queda asimismo acreditado que se trata de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo la resolución de los recursos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA, y se dirigen contra el acto de su adjudicación, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.c) de la LCSP.

Los recursos se han interpuesto en tiempo y forma, según consta en el actuado.

TERCERO.- Una vez resuelta la admisión de los recursos, procede entrar en el fondo del asunto sobre los motivos que esgrimen las recurrentes y que están relacionados entre sí.

Por parte de “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.”, los argumentos en los que basa su recurso, se refieren de un lado, a la vinculación existente –a su juicio– entre ambas mercantiles, señalando que la misma es pública y notoria; y a tal efecto arguye que:

«(... FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L., y FRUTAS BRUNED, S.L.), las cuales se encuentran vinculadas, pues ambas sociedades, tienen su domicilio social en el mismo lugar Calle (...) Sabiñánigo (Huesca), en ambas sociedades el órgano de administración está formado por la misma persona el Sr. (...), el cual es socio único de FRUTAS BRUNED, S.L., la cual cuenta con participaciones en la sociedad FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L.

«Así mismo, dicha vinculación entre ambas sociedades es pública y notoria, pues en la propia web de la mercantil FRUTAS BRUNED, S.L., en el apartado "Sobre Nosotros", se indica que distribuyen sus productos "fundamentalmente mediante la sociedad Fruterías del Alto GÁLLEGO, S.L.".

Por tanto, no cabe duda de la vinculación existente entre ambas sociedades, las cuales han concurrido a la licitación sobre la que se está planteando el presente recurso.

Dicho lo anterior, y respecto a que ambas sociedades han actuado de forma coordinada, ello queda patente en la forma en la que ambas sociedades han concurrido a la licitación, pues mientras la sociedad FRUTAS BRUNED, S.L. solo presentó ofertas por los lotes 1, 3, 4, 5 y 7, la

otra mercantil FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, S.L., lo hizo en los lotes 6, 8, 9 10, 12 y 13.

Ambas sociedades, eran conscientes de que en el pliego de condiciones se establecía como uno de los criterios para desempatar el orden de prelación asignado a cada uno de los lotes, por lo que estas dos sociedades en connivencia, presentaron ofertas a distintos lotes estableciendo ordenes de prelación que más les favoreciese en caso de empate con otros licitadores.

Asimismo, esta parte quiere poner de manifiesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.4 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, "LPAC"), "la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación [...] determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar", es decir, que la inexactitud, falsedad u omisión, en el Formulario Normalizado del Documento Europeo Único (en adelante, "DEUC"), supondrá la exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación del contrato, así como la posible responsabilidad penal, civil o administrativa.

En el DEUC, que los diferentes licitadores tuvieron cumplimentar, existía un apartado concreto en el que se preguntaba sobre la forma de participación de los licitadores, en concreto si participaban en el seno de un grupo, si eran empresas participadas, etc., información que debería haber sido comprobada por el órgano adjudicador, y como se ha expuesto debería haber supuesto la exclusión de estos dos licitadores como consecuencia de la omisión de dicha información en el DEUC».

Además, la recurrente considera que se ha vulnerado el principio de proposición única trayendo a colación distintas sentencias y resoluciones, según el detalle que a continuación se expone:

«La LCSP, establece en su artículo 139.3, el principio de proposición única en las licitaciones públicas señalado que:

"Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas".

El citado precepto supone una garantía a la necesidad de que todos los licitadores puedan concurrir a una licitación en condiciones de igualdad, evitando así la posibilidad de que algunos de ellos obtengan ventajas o exista algún tipo de riesgo de manipulación del procedimiento.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, señaló que: "la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra.

En definitiva, el citado principio supone una garantía de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones, principios que se recogen en la

propia LCSP, y los cuales han de regir en cualquier procedimiento de contratación administrativa.

Ahora bien, a pesar de que tal y como se ha establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16 "...no se prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos", el TJUE, si se ha manifestado señalando la obligación de los órganos licitadores de controlar que aun cuando dos empresas vinculadas concurren a la misma licitación, las mismas no han presentado su proposición de forma coordinada, pues dicha actuación supondría un fraude de ley, así como una vulneración de los principios de libre competencia (artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), de igualdad entre los licitadores, de transparencia (artículo 132 de la LCSP y de proposición única (artículo 139.3 de la LCSP).

En este sentido además, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, considera que tales actuaciones conjuntas o coordinadas son contrarias al principio de libre competencia, al prever en su artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores deben excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

En esta línea, el TJUE en su Sentencia de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16 señala que: "la constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento es, en principio, suficiente para que dichas ofertas

no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí".

Por ende, si nos encontramos ante una actuación coordinada por parte de dos licitadores que se encuentran vinculadas, nos encontraríamos ante un fraude de ley, en los términos expuestos en el artículo 6.4 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, "C.C") "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir".

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia núm. 709/2007, de 29 de octubre de 2007, estableció que: "queda probado el fraude de ley en una licitación al considerar acreditada la existencia de una unidad de negocio entre dos empresas participantes en el procedimiento, lo que suponía una infracción de la prohibición de doble oferta".

Así mismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución nº 950/2015, de 16 de octubre de 2015, estableció alguno de los indicios que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación a efectos de determinar si las empresas han actuado o no de forma independiente o coordinada "las circunstancias de su constitución, el parentesco entre quienes desempeñan los cargos de administración social o el domicilio de las compañías (STSJ Cataluña 20 de marzo de 2002), la titularidad del capital social (STSJ Valencia 10 de noviembre de 2001 y STSJ Castilla y León, Sala Valladolid, 15 de julio de 2003), la coincidencia del objeto social y la actividad a la que se dedican (STSJ Canarias, Sala Las Palmas, 23 de diciembre de 2009)".

Además de todo lo anterior, cabe señalar que los acuerdos de esta naturaleza entre licitadores quedan totalmente vedados de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por entenderse que este tipo de prácticas son conductas colusorias, las cuales son objeto de sanciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de dicha normativa».

En cuanto al recurso interpuesto por la otra recurrente, esto es, “FRUTLADO, S.L.”, refiere en él –por lo que a este motivo interesa– lo siguiente:

«QUINTA.- En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establece en el punto 2.2.5.3, que:

“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición. Tampoco podrá suscribir una proposición en unión temporal con otras empresas, si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una UTE. La contravención DE ESTE PRINCIPIO DARÁ LUGAR A LA EXCLUSIÓN DE TODAS LAS PRESENTADAS”.

En este caso la empresa BRUNED, S. L. y la empresa FRUTAS ALTO GÁLLEGO, S. L. vulneran este principio, por lo que deberían ser excluidas, se adjuntan Notas del Registro Mercantil referidas a esas empresas, donde figura D. (...) como único socio de la entidad FRUTAS BRUNED SOCIEDAD LIMITADA, el cual aparece en la misma empresa como Administrador Único, y como Apoderado en FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO, SL.

Dados los vínculos entre los citados licitadores, y por tanto, la relación entre ambas empresas, que contraviene el principio de que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, debe excluirse la oferta presentada por cada una de ellas».

De contrario, el órgano de contratación se opone –vehementemente– a ambos recursos, remitiéndose en el segundo a lo razonado en el primero, relatando de forma pormenorizada las actuaciones llevadas a cabo y rebatiendo los argumentos de las actoras, para concluir reseñando que:

«Una vez explicado cómo se ha producido el proceso de adjudicación es necesario puntualizar algunos aspectos. El órgano de contratación no puede deducir de la documentación presentada por las empresas FRUTAS BRUNED y FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO ningún tipo de vinculación. El Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC) pregunta a los licitadores si se apoyan en la solvencia de terceros, o si concurren en UTE o si van a subcontratar una parte de la prestación. En sus respectivos DEUC ambas empresas declaran que no se apoyan en la solvencia de terceros, que no concurren en UTE y que no van a subcontratar.

Ninguna de las dos declaró concurrir junto con otros, ni apoyarse en la solvencia de un tercer ni tener intención de subcontratar. A su vez, y como se ha dicho arriba, ambas firmaron sendas declaraciones responsables en las que afirmaban no pertenecer a un grupo empresarial.

En cuanto a la sede social de las empresas, que la recurrente afirma que se encuentra en una única dirección, al órgano de contratación le consta la declaración realizada por los administradores de cada una de las empresas en el DEUC. FRUTAS BRUNED declara que su sede social está en el (...), de Sabiñánigo (Huesca), FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO está ubicada en la (...) de la misma localidad.

La pretensión de la recurrente de que el órgano de contratación debería haber comprobado la información vertida por las dos empresas en sus respectivos DEUC se ampara en una presunción de una voluntad de

ilegalidad que las dos empresas que debería haber sido supuesta por el órgano de contratación.

Lo cierto es que la admisión o no admisión de una empresa a una licitación se basa en una declaración responsable que realiza la empresa que aspira a ser adjudicataria y que supone un compromiso con la verdad, y ese compromiso de que lo declarado es cierto, lleva al órgano de contratación a aceptar la oferta.

Ciertamente el órgano de contratación puede comprobar la veracidad de los datos ofrecidos por las empresas participantes, pero llegar a ese extremo, anula el objeto de facilitar el acceso a una licitación, ralentizando los procedimientos, lo que va en contra de la filosofía de las declaraciones responsables.

Únicamente ante la aparición de indicios que pongan en cuestión la veracidad de lo declarado, el órgano de contratación pide aclaraciones o justificaciones. En este caso, de lo declarado por ambas empresas en sus DEUC y en sus declaraciones sobre la pertenencia o no pertenencia a grupo empresarial, no se desprendieron indicios de falsedad, por lo que no se consideró necesaria la comprobación de la veracidad de lo declarado».

Las alegantes, “FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO”, y “ALZAFRUT, S.L.”, se muestran, a su vez, contrarias a ambos recursos interpuestos según el detalle que obra en el actuado.

Y, en cuanto a la otra alegante, “FRUTAS BRUNED”, también se opone al recurso 038/2021, y finaliza sus alegaciones afirmando que:

«Cabe concluir por tanto que de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a

una misma licitación pública». A tal efecto, invoca el Informe 1/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, para terminar señalando: «que no existe ningún indicio (y menos aún prueba plena) de que FRUTAS BRUNED S.L. y FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO S.L. hayan distorsionado en algún momento el procedimiento de contratación; y ello, además, es imposible desde el momento en el que no han concurrido a licitar en el mismo lote.

Lo que pretende la recurrente, es que con la aplicación automática de una simple sospecha, anular un procedimiento de contratación que no le ha sido adjudicado, al haber realizado una oferta menos ventajosa que el resto de su competencia (...).».

Expuestos los términos del debate procede, en primer lugar, acudir a los preceptos de la LCSP que son de aplicación al caso que nos ocupa, a saber:

El artículo 139.3 de la LCSP, que dispone:

«Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas».

Asimismo, el artículo 149.3 del citado texto legal, que establece lo siguiente:

«Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con

independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal».

El mencionado precepto del Código de Comercio –artículo 42.1–, que señala:

«Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

Y, por último, hay que atender también a lo dispuesto en el artículo 150.1 de la LCSP, que –en su tercer párrafo– prevé:

«Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo».

Así las cosas, la resolución de este motivo de recurso pasa por comprobar si, efectivamente, la Mesa de contratación y el órgano de contratación adecuaron su actuación al ordenamiento jurídico.

Del examen del expediente administrativo, este Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

De un lado, las adjudicatarias del contrato, al tratarse de mercantiles independientes (en tanto que tienen CIF y domicilio social diferentes, según consta en el expediente –y así lo defiende el órgano de contratación–), no

cumplimentaron en la casilla del DEUC la correspondiente a la pertenencia a grupo empresarial, ya que –a su juicio– no concurren los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio, según han quedado expuestos, en tanto que, tal y como se viene exponiendo no concurren en el presente caso tales circunstancias.

El error de la actora en el escrito de recurso queda así evidenciado pues, de haber pertenecido ambas mercantiles al mismo grupo empresarial, incluso ello no supondría una prohibición para presentar ofertas sobre los mismos lotes, conforme prescribe el recién transcrito artículo 149.3 de la LCSP.

Y así lo ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 1/2019, invocado por una de las alegantes –en concreto, “FRUTAS BRUNED, S.L.”–, y en el que se concluye afirmando que: *«(...) de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública, sin que resulte posible restringir, por esta sola causa, su participación en tal procedimiento de contratación»*. En este mismo sentido también se ha pronunciado este Tribunal administrativo; por todos, en el Acuerdo 32/2019, de 13 de marzo.

Y en cuanto a la aseveración que hace la recurrente de que el órgano de contratación tuvo indicios relativos a prácticas colusorias realizadas por las mercantiles adjudicatarias, la misma carece del más mínimo sustento probatorio pues, en el expediente, se encuentran debidamente cumplimentados –tal y como manifiesta el órgano de contratación y ha comprobado este Tribunal administrativo– los DEUC de las licitadoras, según consta en el acta de la Mesa de contratación levantada al efecto, continuándose posteriormente con el procedimiento establecido en el PCAP.

Esto es, que no ha quedado evidenciado, que el órgano de contratación tuviera indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos –en este caso, entre las dos mercantiles adjudicatarias– destinados a falsear la competencia, tal y como prescribe el artículo 57.4.d) de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y que pretende hacer valer la recurrente de forma interesada y sin el más mínimo sustento probatorio, en tanto que no se ha atendido –debida y suficientemente– por la actora la carga de la prueba que sobre ella pesa; y así lo viene recordando este Tribunal administrativo, entre otros, en los Acuerdos 110/2020, de 30 de diciembre, 19/2021, de 26 de febrero, 21/2021, de 19 de marzo y 38/2021, de 16 de abril. De modo que no han quedado demostrados los indicios de conductas colusorias que denuncia, por lo que prevalece la presunción de acierto de las actuaciones realizadas por el órgano de contratación, y a tal fin en el presente caso no han quedado vulnerados los principios de libre competencia, igualdad entre licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones.

En suma, de cuanto se ha expuesto cabe concluir que la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación es conforme a Derecho y procede desestimar el motivo expuesto en ambos recursos.

CUARTO.- Por lo que respecta al segundo motivo de recurso número 041/2021, el mismo se basa en los siguientes argumentos:

«En los Criterios de Adjudicación para todos los lotes, comunicados mediante documento firmado por el Asesor Técnico del Servicio de Promoción y Calidad Agroalimentaria D. (...), el 01/12/2020, en el Criterio 4º se establece lo siguiente:

“Dada la limitación en las bajas admisibles en la oferta económica, en previsión de que pudieran presentarse varias licitaciones con una misma puntuación, SE ESTABLECIÓ COMO CRITERIO PARA RESOLVER LOS EMPATES, EL ORDEN DE PRELACIÓN EN LA PREFERENCIA DE LOS LOTES. De este modo, se ha pretendido ANTE OFERTAS DE LA MISMA DE LA MISMA PUNTUACIÓN, DAR PRIORIDAD A LA OFERTA CUYO LICITADOR LA CONSIDERABA CON MAYOR PREFERENCIA COMO CONSECUENCIA AÑADIDA, SE FAVORECÍA LAS OPCIONES DE LOS PEQUEÑOS LICITADORES DE PROXIMIDAD, ORIGINANDO UNA MENOR HUELLA DE CARBONO.

EN CASO DE PRODUCIRSE EMPATES DESPUÉS DE APLICAR ESTE CRITERIO, SE ESTABLECE LA REALIZACIÓN DE UN SORTEO ENTRE LAS LICITACIONES TODAVÍA EMPATADAS.”

Por tanto, aplicando este criterio de selección del CRITERIO 4 establecido en los Criterios de Adjudicación, a la entidad FRUTLADO, S. L. U., habría que adjudicarle el Lote 10 MONCY TARAZONA Y BORJA y el Lote 12 ALAGÓN RIBERA ALTA DEL EBRO, ya que se encuentra, en el orden de prelación en esos lotes el primero, tal y como se recoge en la comunicación de fecha 1 de Diciembre de 2020, firmada por D. XXXXXXXX citada, POR LO QUE YA NO EXISTIRÍA EMPATE ALGUNO.

En el último párrafo de la citada comunicación se manifiesta que “A LA VISTA DE LO ANTERIOR, se ha producido un empate entre todos los licitadores para cada uno de los lotes.”, lo que es totalmente incierto, NO SE HA PRODUCIDO EMPATE ALGUNO, en aplicación del criterio 4º YA NO EXISTE EMPATE, YA SE HABRÍA SELECCIONADO POR ORDEN DE PREFERENCIA, POR LO QUE NO ES APLICABLE NINGÚN CRITERIO PARA RESOLVER EMPATES.

No siendo la existencia de trabajadores discapacitados contratados un criterio de prelación, DEBERÍA APLICARSE, EN TODO CASO, DESPUÉS DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN ESTABLECIDOS, EN ESTE CASO, EN EL CRITERIO 4.

Incluso, formalmente, ese párrafo se encuentra al final de la comunicación, para la aplicación en el supuesto de que hubiera empate porque TODOS LOS LICITADORES HUBIERAN PUESTO ADEMÁS CADA LOTE EN EL MISMO ORDEN DE PREFERENCIA, como ésto no ha sido así, NO HA EXISTIDO EMPATE, Y POR TANTO, NO DEBE APLICARSE el art. 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de Marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.

Tal y como están redactadas las condiciones de la licitación, al recoger la misma que todos los licitadores debían presentar la misma oferta económica, SE INCLUYE EN LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EL ORDEN DE PRELACIÓN, PORQUE, DE OTRO MODO, SIEMPRE HABRÍA EMPATE, POR EL SOLO HECHO DE PRESENTAR LAS OFERTAS.

Además, utilizando el mismo Criterio 4º, DEBEN FAVORECERSE LAS OPCIONES DE LOS PEQUEÑOS LICITADORES DE PROXIMIDAD, originando una menor huella de carbono, SIENDO LA OFERTA DE LA COMPARECIENTE ESTE CASO, Y NO SE HA FAVORECIDO EN NINGÚN MOMENTO ESTA OPCIÓN, incumpliendo, por tanto, también en esto, lo establecido en los Criterios de Selección.

TERCERA.- Es en el momento de la presentación del Formulario Normalizado del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), en la Parte II: Información sobre el operador económico, en el apartado de Información general, donde se declara la existencia de trabajadores discapacitados.

Solicitamos se nos diera audiencia del expediente, pero no se nos ha permitido conocer el DEUC de los licitadores, para poder comprobar que los mismos manifestaron en ese momento la existencia de trabajadores discapacitados, ASÍ COMO QUE DICHOS TRABAJADORES ESTABAN CONTRATADOS EN LOS 12 MESES ANTERIORES A LA PUBLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LICITACIÓN, tal y como establece la Ley para computar que una empresa tiene contratados trabajadores con discapacidad.

CUARTA.- Además, la aplicación del criterio de la existencia de trabajadores discapacitados, es DISCRIMINATORIO para los autónomos y las PYMES, ya que las grandes empresas tienen obligación legal de reserva de puestos de trabajo para discapacitados, por lo que, si se utiliza este criterio, las grandes empresas SIEMPRE TENDRÁN PREFERENCIA en la adjudicación, ya que, por obligación legal, por su número de trabajadores, tendrán siempre trabajadores discapacitados contratados, EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY, mientras que, LOS AUTÓNOMOS y las PYMES, que crean puestos de trabajo, desde el autoempleo a puestos de trabajo duraderos, que contribuyen a crear un tejido empresarial tan importante en Aragón, tejido empresarial tan castigado este año con el COVID, y que, aún así, luchan por mantener sus puestos de trabajo, que además son puestos creados en el territorio, con fijación de la población en el medio rural, son PENALIZADOS, ya que, desgraciadamente, no cuentan con el número de trabajadores que a las grandes empresas les obliga a tener trabajadores discapacitados.

(....)

SEXTA.- Causa una clara INDEFENSIÓN a esta entidad, siendo claramente INCONSTITUCIONAL, NO CUMPLIR LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS Y COMUNICADOS A LOS LICITADORES, y confundir criterios de selección establecidos previos al empate y que evitan el mismo (orden de preferencia en

la oferta), con criterios de desempate (si todos los licitadores hubieran solicitado los lotes en el mismo orden).

Además también es claramente INCONSTITUCIONAL, por discriminatorio, aplicar un criterio de desempate, que en unos casos (grandes empresas) lo cumplen por obligación legal, y el resto de empresas (autónomos y PYMES), se encuentran, desde el principio de la licitación, en desigualdad de condiciones».

El órgano de contratación se opone al mencionado recurso, de acuerdo con los siguientes términos:

«La recurrente, que presentó oferta a los 16 lotes, inicia sus alegaciones afirmando que el procedimiento de adjudicación se ha realizado sin seguir el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (en adelante PCAP) y más específicamente, que no se han seguido los criterios técnicos ni los criterios de prelación, afirma que la información sobre la reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad debería estar incluido en el DEUC, afirma que se debería haber excluido a dos empresas por existir vinculación entra ambas y por último alega indefensión por confundir los criterios de selección previos al empate.

El órgano de contratación, y la Mesa de Contratación como órgano de apoyo, no pueden actuar de otra forma que siguiendo escrupulosamente lo establecido en la legislación aplicable y en el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que es la ley del contrato.

El anexo XII del PCAP, establece como criterios de adjudicación la oferta económica y tres criterios más de mejora consistentes en incluir otras variedades de fruta. El punto segundo del citado anexo, fija el límite por debajo del cual no se aceptarán ofertas, y por último el anexo prevé criterios específicos de desempate.

Una vez presentadas las ofertas y valoradas, se procedió a detectar las posibles ofertas económicas por debajo del 95% del importe de licitación. Estas ofertas fueron excluidas. El resto de las ofertas, acabaron en situación de empate de puntos, por lo que se aplicó el criterio de desempate previsto en el PCAP y que es: “Cuando se produzca empate entre dos o más ofertas se aplicarán los criterios de desempate previstos en el artículo 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. De persistir la situación de empate se acudirá a los siguientes criterios específicos...” En este contrato, y como criterios específicos a aplicar en el supuesto de que persista el empate se establecieron, por este orden, en primer lugar “La oferta del licitador que haya puesto el lote con el orden de prelación más alto”, y en segundo lugar “Sorteo”.

Se requirió a todos los licitadores, ya que todos estaban en situación de empate, que aportaran la documentación justificativa de reserva de puesto de trabajo a personas con discapacidad en las respectivas empresas.

Las empresas que justificaron documentalmente tener reserva de puestos de trabajo resultaron adjudicatarias de alguno de los lotes. Ciertamente la recurrente no aportó documentación justificativa de tener puestos reservados a personas con discapacidad.

Tras la aplicación del primer criterio de desempate, en el Lote 16 se mantuvo el empate entra la recurrente y la empresa CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA, LA RINCONADA. En este momento se aplicó el siguiente criterio de desempate, es decir, “La Oferta del licitador que haya puesto el lote en el orden de prelación más alto”. La empresa C.H. LA RINCONADA había puesto en su oferta en su orden de prelación al lote 16 con el número 3. En el orden de prelación presentado por la recurrente el

lote 16 estaba en el número 14. En consecuencia, el lote 16 fue adjudicado a la empresa C.H. LA RINCONADA.

El desarrollo del procedimiento está documentado en las Actas e informes del expediente.

La recurrente hace referencia a las comunicaciones realizadas por un Técnico del órgano de contratación. Es necesario aclarar que esas comunicaciones a las que la recurrente hace referencia varias veces en el texto de su recurso, es el informe de valoración de las propuestas sujetas a evaluación posterior, firmado, el pasado día 1 de diciembre de 2020, por D. (...) y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En el informe se dice literalmente: “Dada la limitación en las bajas admisibles en la oferta económica, en previsión de que pudieran presentarse varias licitaciones con una misma puntuación, se estableció como criterio para resolver los empates, el orden de prelación en la preferencia de los lotes. De este modo, se ha pretendido ante ofertas de la misma puntuación, dar prioridad a la oferta cuyo licitador la consideraba con mayor preferencia, como consecuencia añadida, se favorecía las opciones de los pequeños licitadores de proximidad, originando una menor huella de carbono, en caso de producirse empates después de aplicar este criterio, se establece la realización de un sorteo entre las licitaciones todavía empatadas”.

Es cierto que este texto aparece en el informe técnico de valoración de fecha 1/12/2020, tal y como alega la parte recurrente, pero no es menos cierto que, al final del mismo, quedan explicados los criterios de desempate, de acuerdo con el punto 3 del Anexo XII del PCAP: “A la vista de la tabla anterior, se ha producido un empate entre todos los licitadores para cada uno de los lotes. Para resolver estos empates, tal y como recoge

el punto 3 del Anexo XII del PCAP, se aplicarán los criterios de desempate previstos en el artículo 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, que establece que ‘En el caso de que dos o más proposiciones en los procedimientos de contratación del Gobierno de Aragón o de sus entidades instrumentales se encuentren igualadas como las más ventajosas, tendrán preferencia, siempre que se haya presentado la documentación acreditativa, las empresas con porcentaje superior al 2% de personas trabajadoras con discapacidad. En caso de empate entre aquellas, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla’.

En suma, tanto en el informe técnico como, y es lo más importante, en el PCAP, se establece con claridad cuáles son los criterios de desempate, sin que haya lugar a dudas. Puede discutirse si son oportunos, o si establecer como criterio de desempate el porcentaje de reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad por encima del 2% de la plantilla, favorece exclusivamente a las grandes empresas penalizando a PYMES o a autónomas, pero esa no es la cuestión. La legislación aplicable establece ese criterio como prevalente y el órgano de contratación no puede hacer otra cosa que no sea cumplir la ley.

La recurrente presupone que siempre habría empate en las ofertas. Es cierto que el margen de maniobra para los licitadores con las ofertas económicas no es muy amplio, pero existe. También es cierto que ofertar mejoras no es obligatorio, sino una decisión de los licitadores.

En todo caso, la decisión última de la oferta es de los licitadores, que si han leído los pliegos deberían saber cuáles son los criterios de adjudicación y cuales los de desempate.

Insiste la empresa recurrente en que es en el DEUC donde debería haberse proporcionado la información sobre la reserva de puestos de trabajo para `personas con discapacidad. Es comprensible el error, el DEUC es un documento que plantea numerosas preguntas que pueden confundir en algunos casos. A lo que hacer referencia la recurrente es a la siguiente pregunta de la Parte II del DEUC:

“Únicamente en caso de contratación reservada: ¿el operador económico es un taller protegido o una empresa social o prevé que el contrato se ejecute en el marco de programas de empleo protegido? Si la respuesta es afirmativa. ¿cuál es el correspondiente porcentaje de trabajadores discapacitados o desfavorecidos? En caso necesario, especifíquese a que categoría o categorías pertenecen los trabajadores discapacitados o desfavorecidos de que se trate.”

La pregunta se refiere exclusivamente a contratos reservados, para los que sí es obligatorio contestar a la citada pregunta. El contrato de suministro de frutas a los centros escolares de Aragón no es un contrato reservado por lo que los licitadores no tenían que responder a la citada cuestión.

En cuanto a la apreciación de la recurrente sobre la posible discriminación que un criterio de desempate como el actual pueda suponer para las PYMES y autónomos, no es función de este órgano de contratación entrar a valorar la oportunidad del mismo. En este momento así está previsto en la legislación aplicable y en el redactado de los Pliegos tipo aprobados, por lo que el cumplimiento de estas previsiones legales no es opcional para el órgano de contratación».

Y, en cuanto la también alegante en este recurso –“FRUTAS BRUNED, S.L.”–, en su escrito de alegaciones sostiene que:

«No es cierto que en el pliego de condiciones administrativas, se previera que los empates entre los licitadores se tuvieran que resolverse "valorando los pequeños licitadores de proximidad que generen una menor huella de carbono"; lo que pretende la recurrente es volver a redactar el pliego, e interpretar en su provecho los criterios de desempate que se prevé en el pliego.

Ni siquiera en el Anexo XII del pliego de condiciones técnicas del procedimiento de licitación, que hubiera sido de aplicación subsidiaria si con la aplicación de la Ley 5/2019 de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón no se hubiera podido resolver el empate, se hace referencia a dicho criterio de desempate, por lo que dicha alegación debe ser desestimada.

Si a FRUTLADO S.L.U., no le convenía el pliego aprobado lo debería haber hecho es recurrirlo: pero no lo ha hecho.

No puede ahora venir a fiscalizar un procedimiento de contratación, solicitando el acceso a información especialmente protegida (datos de trabajadores discapacitados), cuando lo cierto es que dicha circunstancia ya ha sido convenientemente valorado en el procedimiento por quien le corresponde.

Este motivo de oposición es otra acusación en base a intuiciones o sospechas, pero no aporta ni un solo indicio de incorrección en la actuación de los responsables del procedimiento.

Por último, FRUTLADO S.L.U., en su alegación quinta, y al igual que ha hecho CENTRAL HORTOFRUTICOLA LA RINCONADA S.L. en su recurso, sostiene que se ha vulnerado el principio de que cada licitador no podrá presentar más de una licitación.

Damos por reproducido en este apartado todo cuanto hemos alegado en el apartado interior; de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública.

Y volvemos a insistir que el hecho de que no se haya concurrido al mismo lote FRUTAS BRUNED S.L. y FRUTERÍAS DEL ALTO GÁLLEGO S.L. efectuando cada uno su oferta, impide concluir en modo alguno en que se ha producido irregularidad alguna en el procedimiento administrativo».

Asimismo, dicha empresa comparecida en el trámite de audiencia a interesados solicita indemnización del órgano de contratación y que este Tribunal administrativo imponga multa a las recurrentes, según refiere en su escrito.

Para resolver el presente motivo de recurso, este Tribunal administrativo debe poner de manifiesto que su función se circunscribe al análisis del procedimiento de contratación que es objeto de impugnación, y no a cuestiones del todo ajenas a su competencia. Tal análisis se realiza de una manera objetiva, bajo la legalidad vigente; por lo que ya –en este punto– debe advertirse que el Tribunal no entrará en las consideraciones y valoraciones subjetivas, ni en otras incidencias que la actora ha puesto de manifiesto a este Tribunal que no son de su incumbencia.

La parte actora del meritado recurso sostiene –como ha quedado expuesto– la tesis de que ha sido vulnerado su derecho a la defensa por parte del órgano de contratación, al serle denegado el acceso al expediente de contratación, con la finalidad de examinar la cumplimentación en el DEUC relativa al porcentaje de trabajadores en situación de discapacidad, ya que postula que las adjudicatarias deberían haber rellenado en el DEUC la casilla correspondiente,

cuando procede indicar que –como atinadamente apunta el órgano de contratación para el presente supuesto– la cumplimentación en el DEUC relativa al porcentaje de trabajadores en situación de discapacidad, únicamente procede en el supuesto de los denominados contratos reservados a que se refiere la Disposición Adicional 4ª de la LCSP –sin que sea éste el caso–, de modo que el hecho de que el órgano de contratación no diera a la actora vista del expediente para examinar el DEUC de las adjudicatarias, no le ha generado indefensión alguna para poder llevar a cabo su defensa a la vista de cuanto acaba de exponerse.

QUINTO.- Y en lo referente al otro motivo de recurso que aduce la actora y que tiene que ver con el resultado de la adjudicación obtenido al haberse producido un empate entre las ofertas de todas las licitadoras, procede acudir al Anexo XII del PCAP que establece:

**«CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN
POSTERIOR
(SOBRE TRES)
(Especificar para cada lote, en su caso)**

1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA TODOS LOS LOTES

1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA TODOS LOS LOTES	FÓRMULA	PONDERACIÓN
1. CRITERIO: oferta económica	$28 \times (\text{PRECIO DE LICITACIÓN} - \text{PRECIO DE OFERTA}) / (\text{PRECIO DE LICITACIÓN} -$	0-28 puntos

	<i>PRECIO OFERTA MÁS VENTAJOSA)</i>	
2. <i>CRITERIO: Incrementar el calibre de la cereza distribuida, pasando de 24 milímetros o a 26+ (16 puntos)</i>		<i>16 puntos</i>
<i>DOCUMENTACIÓN: Compromiso de suministro</i>		
3. <i>CRITERIO: Realizar al menos una de las entregas semanales de manzana, pera, cereza o albaricoque, con producto de agricultura ecológica (10 puntos)</i>		<i>10 puntos</i>
<i>DOCUMENTACIÓN: Compromiso de suministro</i>		
4. <i>CRITERIO: Incluir en las entregas establecidas diferentes variedades de manzana. Cada entrega podrá incluir únicamente una variedad (0 a 6 puntos)</i>	<i>1 variedad de manzana 0 puntos</i>	
<i>DOCUMENTACIÓN: Compromiso de suministro</i>	<i>2 variedades de manzana 3 puntos</i>	<i>0-6 puntos</i>
	<i>3 variedades de manzana 6 puntos</i>	
TOTAL		60 puntos máximo

2. **PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER ANORMALMENTE BAJO DE LA OFERTA EN SU CONJUNTO:**

Dado lo ajustado de los precios establecidos en el anexo IX "Precios unitarios", y el elevado coste de los incrementos de calidad valorables, no se computarán ofertas económicas por debajo del 95% del importe de licitación.

3. **CRITERIOS ESPECÍFICOS PARA RESOLVER LOS EMPATES DE LA PUNTUACIÓN FINAL:**

Cuando se produzca empate entre dos o más ofertas se aplicarán los criterios de desempate previstos en el artículo 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. De persistir la situación de empate se acudirá a los siguientes criterios

específicos:

Criterios específicos:

En el caso de que dos o más ofertas de licitación para un mismo lote obtengan la misma puntuación, se procederá a resolver atendiendo a la siguiente prelación:

1º Oferta del licitador que haya puesto el lote con el orden de prelación más alto.

2º Sorteo.

Criterios específicos establecidos en el artículo 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón».

A su vez, el mencionado artículo 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas con Discapacidad en Aragón, establece lo siguiente:

«En el caso de que dos o más proposiciones en los procedimientos de contratación del Gobierno de Aragón o de sus entidades instrumentales se encuentren igualadas como las más ventajosas, tendrán preferencia, siempre que se haya presentado la documentación acreditativa, las empresas con porcentaje superior al 2% de personas trabajadoras con discapacidad. En caso de empate entre aquellas, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla».

A continuación, procede examinar el expediente administrativo; en concreto, el acta de la Mesa de Contratación de fecha 14 de diciembre de 2020 donde consta el desempate llevado a cabo a la vista de la documentación aportada por las empresas a tal efecto.

La recurrente discrepa del modo en que fue resuelto el empate, de otro lado, y pretende –en apoyo de su tesis– hacer valer las conclusiones contenidas en el informe técnico de fecha 1 de diciembre de 2020 por lo que respecta a los criterios de selección previos al empate de las ofertas, en el que se dice:

«(d)ada la limitación en las bajas admisibles en la oferta económica, en previsión de que pudieran presentarse varias licitaciones con una misma puntuación, se estableció como criterio para resolver los empates, el orden de prelación en la preferencia de los lotes. De este modo, se ha pretendido ante ofertas de la misma puntuación, dar prioridad a la oferta cuyo licitador la consideraba con mayor preferencia, como consecuencia añadida, se favorecía las opciones de los pequeños licitadores de proximidad, originando una menor huella de carbono, en caso de producirse empates después de aplicar este criterio, se establece la realización de un sorteo entre las licitaciones todavía empatadas».

En definitiva, y más allá de la redacción más o menos afortunada del informe recién extractado por la posible consideración de un criterio no previsto en el PCAP, en su conclusión queda claro –tal y como apunta en su informe el recurso el órgano de contratación– que ha estarse y de seguirse el procedimiento establecido en dicho pliego.

Sobre dicho informe da las oportunas explicaciones el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del presente recurso, advirtiendo de la falta de exactitud mismo indicando, no obstante, que lo allí expuesto en su introducción no ha tenido consecuencias prácticas pues, ante la situación de empate de las ofertas, se ha atendido al procedimiento regulado en el PCAP para su resolución, dado que se ha estado a la parte final del informe también transcrita, de manera que dicha actuación ha supuesto una irregularidad no invalidante, en tanto que los criterios de desempate aplicados son los que venían referidos en el Anexo XII del PCAP, siendo de aplicación por igual a todos los licitadores afectados y de acuerdo con la documentación que a tal efecto fue aportada, sin que dicha opinión haya tenido mayor recorrido que el expuesto.

Así las cosas, hay que señalar que el PCAP es firme y consentido, de manera que vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación que lo ha aprobado, y así lo viene reiterando este Tribunal administrativo, entre otros, en su Acuerdo 11/2021, de 5 de febrero, y en el reciente Acuerdo 52/2021, de 14 de junio, que se manifestaba en los siguientes términos:

«(...) El punto de partida en el análisis jurídico de la cuestión no puede ser otro que el carácter de `lex contractus´ de los pliegos pues, en tanto que constituyen la ley del contrato, vinculan tanto a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato, como al órgano de contratación y, en su caso, a la Mesa de contratación, en el desarrollo del procedimiento licitatorio. De tal suerte que –en fase de adjudicación del contrato– los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos no pueden desvirtuarse o inaplicarse, ni tampoco realizarse interpretaciones diferentes de las que resultan de la aplicación de los mismos. Es decir, la Mesa de contratación, en ejercicio de las funciones que le atribuye el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo de la Ley 30/2007, debe proceder a la aplicación estricta de los pliegos en el procedimiento de licitación sin que su intervención pueda dar lugar a la aplicación de criterios o interpretaciones que no resulten directa y claramente de los mismos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2011 (rec. nº 4034/2008), en su Fundamento de Derecho Tercero, advierte del alcance de la vinculación de las reglas que contienen los pliegos en los siguientes términos: “(...) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe

respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/00)».

De este modo y, una vez examinado el expediente administrativo, este Tribunal concluye que asiste razón al órgano de contratación en tanto que se ha seguido el procedimiento de licitación previsto en el PCAP, tal y como se detalla pormenorizadamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso de forma razonada y razonable y se ha constatado del examen del expediente.

Además procede también recordar a la recurrente, como ya afirmó este Tribunal administrativo en su Acuerdo 111/2019, de 14 de agosto, sobre la cuestión de que la actora se erija en defensora de otras licitadoras que, a este respecto, la actora carece de legitimación con arreglo a la doctrina del interés legítimo asumida por este Tribunal en Acuerdos como el 113/2018, de 16 de noviembre, el 13/2019, de 31 de enero, o el más reciente 59/2019, de 8 de mayo, en cuya virtud tal legitimación –en atención al acto impugnado– ha de responder a un beneficio cierto y concreto para –y sólo para– la recurrente; es decir, no puede obedecer a la pretensión de un acontecimiento hipotético, potencial y futuro en su esfera jurídica.

En el presente supuesto, por tanto, la recurrente no tiene legitimación para impugnar la adjudicación invocando en la misma que: *«aplicando este criterio de selección del CRITERIO 4 establecido en los Criterios de Adjudicación, a la entidad FRUTLADO, S. L. U., habría que adjudicarle el Lote 10 MONCY TARAZONA Y BORJA y el Lote 12 ALAGÓN RIBERA ALTA DEL EBRO, ya que se encuentra, en el orden de prelación en esos lotes el primero, tal y como se recoge en la comunicación de fecha 1 de Diciembre de 2020, firmada por D.*

XXXXXXX citada, POR LO QUE YA NO EXISTIRÍA EMPATE ALGUNO», cuando precisamente se le han adjudicado a esa adjudicataria – además de otros- los mencionados lotes, y ello por seguir el procedimiento establecido y no la interpretación que pretende la actora.

Y es que en la contratación pública no hay acción popular –tal y como ya recordó este Tribunal administrativo en su Acuerdo 29/2019, de 15 de febrero– y, en este caso, el ejercicio de la defensa de los derechos que hubieran podido conculcarse corresponde únicamente a la interesada su defensa y no a la recurrente.

Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de recurso y, con él, el recurso especial interpuesto.

SEXTO.- En cuanto a la medida cautelar que solicita una de las recurrentes, de suspender el procedimiento de adjudicación, cabe señalar que dicha suspensión opera *ex lege* por mor del artículo 53 de la LCSP.

SÉPTIMO.- Respecto a la imposición de multa que solicita una alegante –que no el órgano de contratación–, a juicio de este Tribunal, en el presente caso, examinadas las circunstancias concurrentes en el mismo, no se aprecia de modo patente y manifiesto –al contrario de lo que pretende la alegante en su argumentario– que concurra mala fe al no haber sustento probatorio en tal sentido, ni tampoco temeridad en la interposición de los recursos, en tanto que la desestimación de los recursos no puede sin más llevar a su consideración como temerario, de modo que se considera que no procede acordar la imposición de multa a las recurrentes. Y así lo viene indicando ya este Tribunal administrativo; entre otros, en el Acuerdo 42/2021, de 12 de mayo.

OCTAVO.- Por último, respecto a que el órgano de contratación tenga que indemnizar a una de las alegantes hay que atender a lo dispuesto en el artículo 58 de la LCSP que establece:

«1. El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

Dado que, en el presente caso, no hay infracción legal no procede la aplicación del precepto transcrito.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por las mercantiles “CENTRAL HORTOFRUTÍCOLA LA RINCONADA, S.L.” y “FRUTLADO, S.L.” frente a la adjudicación del

procedimiento de licitación denominado «Suministro de fruta a centros escolares en la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos especiales presentados por las citadas mercantiles contra la meritada actuación.

TERCERO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.