

Recurso 218/2024
Resolución 260/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 5 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza de los centros educativos de la provincia de Málaga”, respecto del lote 8, (Expte. CONTR 2023 0001102320), convocado por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e Innovación en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de enero de 2024 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 26.369.888,16 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 31 de mayo de 2024, el órgano de contratación dictó resolución en la que ratifica la exclusión acordada por la mesa de contratación de la proposición presentada por **SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L.**, respecto del lote 8.

SEGUNDO. El 19 de junio de 2024, se presentó en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L.**, (en adelante **MABRASER** o la recurrente) contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto del lote 8.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal el 25 de junio de 2024.

Con fecha 28 de junio de 2024, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento respecto del lote 8, solicitada por la recurrente mediante la Resolución MC.74/2024.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión acordado en un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

Con objeto de centrar el debate procede reproducir aquellas actuaciones realizadas en el procedimiento de adjudicación que conllevaron a la exclusión de la proposición de la recurrente respecto del lote 8.

Se ha de precisar que la oferta de la recurrente fue propuesta como adjudicataria respecto del citado lote, procediendo la mesa de contratación a requerirle la documentación previa a la adjudicación de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP. La documentación fue revisada por la mesa de contratación en su cuarta sesión que se celebró el 23 de abril de 2024.

En el acta de la cuarta sesión se menciona que entre la documentación de la recurrente se encuentra una declaración responsable sobre subcontratación en la que se indica lo siguiente: «*Sólo se subcontratarán los servicios DDD y de control de la legionella con la empresa AVESAN SANIDAD AMBIENTAL, S.L. [...]. Se adjunta el*



certificado y los títulos de aplicadores de la empresa». Sobre esta cuestión se afirma en el acta de la cuarta sesión de la mesa de contratación lo siguiente: «Ciertamente incorpora al expediente el certificado de esta sociedad en el ROESBA y dos titulaciones de los que se entienden serán los aplicadores de los tratamientos pertenecientes a la empresa AVESAN SANIDAD AMBIENTAL, S.L., si bien no se detalla la parte del contrato y el importe (referido al presupuesto base de licitación) que tiene previsto subcontratar».

La mesa de contratación llama la atención en la citada acta sobre el hecho de que en la declaración de la entidad recurrente contenida en el sobre 1 de su oferta, en concreto, en el documento europeo único de contratación (DEUC) y en el anexo IX del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), señaló que no tenía intención de subcontratar ninguna parte del contrato con terceros.

A la vista de lo anterior la mesa de contratación concedió un plazo de tres días naturales para que MABRASER pudiera acreditar que a fecha de fin del plazo de presentación de proposiciones: *«contaba con la habilitación empresarial o profesional requerida en los pliegos, esto es, que:*

- *SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L. se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma correspondiente, de conformidad al artículo 27 del Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.*
- *Quede certificado que las personas que realizarán las actividades de fumigación y desratización dependientes de SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L., conforme a los artículos 3 y 4 del Real Decreto 830/2010, de 25 de junio, por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos biocidas hayan superado una formación en dicho ámbito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la citada norma reglamentaria».*

El 7 de mayo de 2024, tuvo lugar quinta sesión de la mesa de contratación en la que se procede a analizar la documentación presentada por MABRASER en sede de subsanación. Según indica la mesa de contratación la entidad además de presentar determinada documentación adjunta un informe en el que en síntesis se manifiestan las siguientes cuestiones:

«I. DEL ERROR INVOLUNTARIO Y/O ADMINISTRATIVO. “El error involuntario de no haber incluido la subcontratación en el DEUC es manifiestamente un error administrativo a la hora de su cumplimentación por parte del Departamento de Proyectos y Contratación en el momento de preparación de la licitación, sin la más mínima intencionalidad que desprende el error de forma y así queremos transmitir al Órgano de Contratación.”

II. EL DEUC DEBE CONSIDERARSE QUE NO FORMA PARTE DE LA OFERTA, SINO DE LA PROPOSICIÓN. “La petición de acreditación profesional y/o empresarial para cumplir con el apartado, queda reflejada que tanto el propio licitador como la empresa subcontratada para tal fin, tienen que justificar la inscripción en el ROESBA, así como la acreditación de las personas que realizarán los tratamientos, siendo un motivo más que suficiente de que el servicio debe ser subcontratado por parte de nuestra empresa y que por el importe detallado del impacto económico del mismo no causa mayor complicación a la hora de ejecutar dicho servicio ni conlleva defecto insubsanable alguna a la hora de haber acreditado dicha subcontratación en el proceso de licitación”.

III. EFECTOS DE LA ERRÓNEA CUMPLIMENTACIÓN DEL DEUC EN LO RELATIVO A LA INTENCIÓN DE SUBCONTRATAR. En este apartado pasa a citar diferentes resoluciones de Tribunales Contractuales.».

En el citado documento de MABRASER se concluye manifestando lo siguiente -así se indica en el acta de la quinta sesión de la mesa-: *«1.- Que la subsanación de la información errónea inicial aportada en el DEUC no conlleve cambios ni novaciones en la oferta.*

2.- Que de la subsanación ahora aportada en la documentación entregada no causa perjuicio o desventaja para el resto de licitadores.



3.- *Que el error manifiesto responda a un acto involuntario administrativo, no intencional, y no de un intento deliberado de ocultar la verdad.»*

Según figura en el acta de la quinta sesión, la mesa de contratación realiza un extenso análisis de la documentación aportada por MABRASER, en este sentido, se manifiesta que la entidad no declaró en el DEUC contenido en el sobre 1 que fuera a subcontratar y que fue en sede de comprobación de la documentación previa a la adjudicación cuando se evidencia que la licitadora no cuenta con la habilitación empresarial específica requerida, de conformidad con los apartados 10.7.2a.3 y 4 del Anexo I del PCAP. La mesa de contratación argumenta que la posibilidad de subsanar un error en el DEUC sería posible en aquellos supuestos en los que la documentación a subsanar no afectase a requisitos de aptitud, sobre esta cuestión en el acta se indica: *«Ello no nos lleva más que a concluir que cuando la discrepancia entre el DEUC y lo manifestado en el trámite del artículo 150 LCSP sí afecta condiciones de aptitud, no cabe hablar de mero error subsanable. Y en este sentido la habilitación, de conformidad con el artículo 65 de la LCSP es un requisito de aptitud, el cual, en el último trámite de subsanación, la propia entidad SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L. manifiesta que “actualmente (...) no dispone de clasificación y habilitación profesional” exigidos en este pliego».*

Por estos motivos la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de MABRASER, respecto del lote 8, mediante acuerdo de 7 de mayo de 2024, indicando: *«al no quedar acreditado en el expediente la existencia error alguno en el DEUC que fuera susceptible de subsanación, y concluir que ésta no disponía de la capacidad necesaria para ejecutar el contrato en el momento de presentar la oferta, pues la recurrente en tal fecha no estaba inscrita en el citado registro, careciendo de la habilitación profesional requerida en esta contratación (tal y como reconoce expresamente). Esta decisión se adopta sobre la base de los argumentos de la Resolución 146/2022 del TACRC, con pleno respeto a los principios de concurrencia e igualdad de trato».*

El citado acuerdo de 7 de mayo de 2024, fue ratificado mediante Resolución del órgano de contratación de 31 de mayo de 2024 que es el acto que como se ha indicado impugna la recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Se opone al acuerdo de exclusión de su oferta con relación al lote 8. En primer lugar, la recurrente reproduce la motivación de la exclusión de su proposición, que se encuentra recogida como se ha indicado en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 7 de mayo de 2024 y que posteriormente fue ratificada por el órgano de contratación mediante Resolución de 31 de mayo de 2024.

En primer lugar, manifiesta que se le ha excluido sin la concesión del plazo de 3 días naturales para que corrija los defectos subsanables.

En este sentido aduce doctrina para fundamentar que el defecto contenido en su oferta es subsanable dividiendo su escrito de recurso en dos puntos. En el primero de ellos defiende la posibilidad de subsanar ofertas en el ámbito de la LCSP, invoca diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), Resoluciones: 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012, 1097/2015, 362/2016, 137/2017, 167/2019, 308/2019, 443/2019, 995/2019, 40/2021 y 123/2021. Manifiesta que se trataría de un error vencible sin alterar la oferta, lo que debería hacer reconducir la cuestión a un error material o formal. Argumenta que la mesa de contratación debió manifestarse sobre si existía la posibilidad de solicitar aclaraciones a la oferta antes de acordar la exclusión al hallarse los defectos dentro de los conceptos de *«oscuridad o inconcreción»* alude a la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos de Castilla y León 73/2015.



En segundo lugar, la recurrente manifiesta que en este caso concreto el error ha sido involuntario y que se trata de un defecto subsanable. Menciona que se trató de un error no incluir en el momento de la preparación de la documentación la subcontratación en el DEUC, sin que existiese la más mínima intencionalidad, como se le indicó al órgano de contratación. Viene a incluir como otro argumento, la relevancia del servicio a subcontratar sobre el total, indicando: *«Por tanto queremos dejar reflejado y a título informativo que el valor económico de la subcontratación del servicio que nos ocupa y que es motivo de subsanación, sobre el total del importe de licitación del lote 8, y por el tiempo de ejecución del servicio, el cual es por importe de 1.421.349,93 € IVA Excluido, suponiendo un 0,66% del 100,00% del valor de la licitación.*

Este porcentaje es aceptable dado que, al tratarse de una licitación de servicios, el mayor impacto en el montante de la licitación proviene de la mano de obra del servicio principal que es la limpieza de las instalaciones de los centros educativos».

Sobre el error del que adolece su propuesta en la confección del DEUC argumenta que el TACRC mantiene una doctrina favorable a un enfoque no formalista en cuando a la cumplimentación de este documento y a su juicio de dicha doctrina cabe considerar que el DEUC puede ser corregido. Alude también a la Resolución 103/2020 de este Órgano que apoyarían sus argumentos en el sentido de entender que el haber otorgado la posibilidad de subsanación hubiera sido lo más proporcional, alega que la mesa de contratación debió haber aceptado la corrección del error padecido por la recurrente.

Por los motivos anteriormente manifestados la recurrente solicita que se anule el acto impugnado y que se dicte una nueva resolución acorde a derecho.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso interpuesto realizando diversas alegaciones.

Tras un detenido análisis de las actuaciones realizadas durante el procedimiento, entra a realizar una serie de consideraciones sobre las alegaciones de la recurrente. En primer lugar, manifiesta que tras recibir la documentación previa a la adjudicación detectó que MARBRASER indica que va a subcontratar parte de los servicios sin que dicha circunstancia se hubiera puesto de manifiesto en el DEUC, afirma que dicha circunstancia es relevante en tanto que se solicita una habilitación especial al tercero para poder participar en la licitación según se establece en el apartado 4 del PCAP: *« que el licitador o la entidad con la que subcontrate el servicio de desinsectación, desinfección y desratización se encuentre inscrita en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma correspondiente, de conformidad al artículo 27 del Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.*

• que quede certificado que las personas que realizarán las actividades de fumigación y desratización, conforme a los artículos 3 y 4 del Real Decreto 830/2010, de 25 de junio, por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos biocidas hayan superado una formación en dicho ámbito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la citada norma reglamentaria», habilitación que MABRASER no tendría a fecha de fin de presentación de proposiciones, dado que según se desveló al requerir la documentación previa a la adjudicación, esta prestación se iba a realizar por un tercero acudiendo a la subcontratación.

Afirma que con base en la Resolución 146/2022, de 25 de febrero, de este Órgano concedió plazo de subsanación a la recurrente al entender que atendiendo al contenido del DEUC presentado, la propia entidad debía acreditar que es ella la que cumple con los dos requisitos de habilitación especial requeridos.



En este sentido, sobre la alegación de la recurrente relativa a que no se le ha concedido el plazo de 3 días naturales para la corrección de un error subsanable argumenta lo siguiente: «se trata de una mera opinión sin fundamento. En primer lugar, porque la Mesa sí que le concede el plazo de 3 días naturales y no es para una exclusión de la licitación, sino para que subsane una documentación, ya que entiende que podría SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI, S.L. disponer de esta habilitación empresarial o profesional con sus propios medios, al no haber manifestado lo contrario en el sobre 1. Las apreciaciones acerca de la brevedad de los plazos que impone la norma en este caso entiende este órgano que no tiene cabida en el asunto, puesto que también podrían manifestarse otros suficientemente amplios y que la norma les garantiza».

Con relación al fondo de la cuestión, sobre la posibilidad de subsanar el DEUC respecto de la cuestión controvertida el órgano de contratación argumenta lo siguiente: «Es por este motivo, esto es, no existir Declaración sobre subcontratación y un DEUC formalmente correcto en el que se indicaba que no se procedía a la subcontratación, por lo que no fue requerido por parte de la Mesa de Contratación ninguna subsanación al respecto ya que no se evidenciaba ningún error en este momento. Es en sede de comprobación de documentación previa a la adjudicación cuando se evidencia que la licitadora no cuenta con la habilitación empresarial específica requerida de conformidad con los pliegos de esta contratación, apartados 10.7.2a.3 y apartado 4 del Anexo I.

En el presente caso, la Mesa entiende que no nos encontramos ante un mero error subsanable en la cumplimentación del DEUC como mantiene la licitadora (parece apoyarse en el fundamento cuarto del escrito de interposición del recurso, cuando hace referencia al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 84) y en las que basa su informe emitido con ocasión de la subsanación de la documentación previa a la adjudicación, con las diferentes resoluciones de Tribunales Administrativos que plantea, todos los cuales reflejan prestaciones que no afectan a la habilitación, sino simplemente a la subcontratación. Esa diferencia (que afecte sólo a la subcontratación vs que afecte a requisito de aptitud) justifica una diferencia de trato, como ha reconocido expresamente el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 29 de octubre de 2021, que al hacer un compendio de diversas resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, avala las tesis formuladas por SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L. cuando la discrepancia entre lo manifestado en el DEUC y la información/documentación aportada en el trámite del artículo 150 de la LCSP “no afecta la aptitud para contratar propiamente dicha, sino únicamente la subcontratación”. Concretamente (con cita de la Resolución 60/2020, de 14 de febrero del TARCJA), se admite que la discrepancia con el DEUC sea un mero error que lleva a admitir la oferta, cuando “la discrepancia entre el DEUC y la oferta no se produce en los requisitos de aptitud para contratar sino en otros elementos”.

Este hecho lleva a la Mesa de Contratación (criterio que es compartido igualmente por este órgano de contratación) a concluir que cuando la discrepancia entre el DEUC y lo manifestado en el trámite del artículo 150 LCSP sí afecta condiciones de aptitud, no cabe hablar de mero error subsanable. Y en este sentido la habilitación, de conformidad con el artículo 65 de la LCSP es un requisito de aptitud, el cual, en el último trámite de subsanación, la propia entidad SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L. manifiesta que “actualmente (...) no dispone de clasificación y habilitación profesional ” exigidos en este pliego».

Finalmente, en conclusión de todo lo argumentado manifiesta que es «por lo que la Mesa de Contratación acuerda excluir a SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L. respecto al lote 8, y este órgano se ratifica en esta decisión: al no quedar acreditado en el expediente la existencia error alguno en el DEUC que fuera susceptible de subsanación, y concluir que ésta no disponía de la capacidad necesaria para ejecutar el contrato en el momento de presentar la oferta, pues la recurrente en tal fecha no estaba inscrita en el citado registro, careciendo de la habilitación profesional requerida en esta contratación (tal y como reconoce expresamente). Esta decisión se adopta sobre la base de los argumentos de la Resolución 146/2022 del TACRC, con pleno respeto a los principios de concurrencia e igualdad de trato».



Por todo lo anterior, solicita que el recurso sea desestimado.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Expuesto lo alegado por las partes, procede examinar ahora el núcleo de la controversia que consiste en analizar si fue correcta la actuación de la mesa de contratación al considerar que la entidad propuesta como adjudicataria no había acreditado de forma suficiente la capacidad necesaria para ejecutar el contrato al carecer de la habilitación profesional requerida en los pliegos rectores de la licitación. En concreto, según manifiesta la mesa de contratación la recurrente no indicó en la documentación contenida en el sobre 1, su intención de subcontratar circunstancia que se desvela al requerirle la documentación previa a la adjudicación.

Se ha de partir en el sentido ya mencionado a lo largo de la resolución, de que en el apartado 4 del anexo I del PCAP, denominado «*capacidad y solvencia*» se exige una habilitación empresarial o profesional consistente en que el licitador debía encontrarse inscrito: «*en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma correspondiente*» y se debía acreditar con relación a las personas que realizasen las actividades de fumigación y desratización que «*se certifique haber superado una formación en dicho ámbito*».

Efectivamente, como manifiesta la recurrente con relación a la inscripción en el citado registro oficial, en el anexo se indica que la condición podrá ser cumplida por el licitador o la entidad con la que subcontrate.

Sin embargo, en el presente supuesto tal y como menciona el órgano de contratación y reconoce la recurrente dicha posibilidad no fue utilizada por la recurrente al presentar su oferta. Así se desprende del DEUC en el que a la pregunta en él contenida: «*¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?*», responde de forma negativa. Además, en el presente supuesto existe un anexo específico en los pliegos -anexo IX- en el que se recoge una declaración responsable sobre la subcontratación, consta en el expediente la declaración de la recurrente de 22 de marzo de 2024 en el que «*Declara bajo su responsabilidad personal y ante el órgano de contratación, que: ● NO tiene previsto subcontratar*».

Por otro lado, tras el requerimiento por la mesa de contratación de la documentación previa a la adjudicación la recurrente presenta un nuevo anexo IX, esta vez de fecha 12 de abril de 2024, en el que se contiene lo siguiente: «*Declara bajo su responsabilidad personal y ante el órgano de contratación, que: Solo se subcontratarán los servicios de DDD y de control de la legionella con la empresa AVESAN SANIDAD AMBIENTAL, S.L., cuyo cif es B-18916114 y certificado del ROESBA: 0212-AND-450 Se adjunta el certificado y los títulos de aplicadores de la empresa*». Es decir, que si bien en la documentación contenida en el sobre 1 no indica, ni en el DEUC, ni en el anexo IX su intención de subcontratar, es cuando presenta la documentación previa a la adjudicación cuando modifica el anexo IX inicialmente presentado y manifiesta su voluntad de subcontratar la parte del objeto del contrato que requiere la habilitación especial exigida y que anteriormente se ha reproducido.

Pues bien, como se ha indicado la recurrente manifiesta que no se le ha concedido el plazo previsto en el artículo 141.2 de la LCSP para corregir los defectos subsanables. Dicha afirmación es claramente incorrecta, se desprende del expediente que en la sesión de la mesa de contratación de 23 de abril de 2024, se le concede a la recurrente un plazo de 3 días naturales, así queda reflejado en el acta: «*un plazo de tres días naturales, a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba el requerimiento, para acreditar que a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones contaba con la habilitación empresarial o profesional requerida en los pliegos*». Presentando además la recurrente determinada documentación que es examinada en la siguiente sesión de la mesa de contratación que tuvo lugar el 7 de mayo de 2024 y en la que se acuerda precisamente su exclusión.



Por lo anterior, procede la desestimación de esta alegación. En cualquier caso, y aunque la recurrente se estuviera refiriendo a la posibilidad de que el órgano de contratación le concediese un nuevo trámite de subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, se ha de señalar como ya manifestó este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 33/2017 de 15 de febrero, 260/2018, de 21 de septiembre, 301/2018, de 23 de octubre, 146/2020, de 1 de junio, y más recientemente en la 19/2024, de 26 de enero, que *«(...) Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación».*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 467/2018, de 11 de mayo, al indicar que *«parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno».* Asimismo, dicho Tribunal Central en su Resolución 1095/2018, de 30 de noviembre, ha señalado *«que no resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP)».*

En definitiva, en el presente caso, aunque hipotéticamente la recurrente se estuviera refiriendo a una segunda subsanación, a juicio de este Órgano, ello superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación.

En segundo lugar, la recurrente viene a afirmar que se debió aceptar por la mesa de contratación la declaración de subcontratación, al considerarse que el error recogido en el DEUC sobre la no contratación puede ser entendido como un error subsanable, atendiendo a diversas cuestiones como la doctrina de los órganos administrativos de resolución del recurso especial en materia de contratación, el hecho de que fue un error involuntario y la importancia económica de la prestación a subcontratar con relación al valor estimado de la licitación. La recurrente entiende que dicha corrección no supone modificar la oferta y no causa perjuicio al resto de licitadores.

Pues bien, supuestos muy similares al presente ya ha tenido la ocasión de analizar este Tribunal. Así por ejemplo se analiza la cuestión en la Resolución 61/2020, de 17 de febrero, en la que se viene a indicar que no es posible por parte de un licitador subcontratar una prestación si previamente no lo ha indicado en el DEUC, en tanto que su contenido le autolimita. Esta cuestión fue analizada posteriormente en la Resolución 22/2021, de 28 de enero en la que se indica: *«Pues bien, tras lo expuesto, este Tribunal considera que sí se detecta la contradicción alegada en el recurso, entre la información aportada por la empresa adjudicataria en la fase declarativa del procedimiento de adjudicación y la que se acompaña en la fase acreditativa del mismo, y ello dado que la previsión que realiza la adjudicataria, sobre la posibilidad de arrendamiento de servicios de parte del equipo traductor, va en contra de lo inicialmente declarado y por tanto supone una vulneración del contenido del PCAP.»*



Además, dicho incumplimiento no queda justificado, como pretende el órgano de contratación en su informe, por la expresión con la que finaliza el documento y ello por las siguientes razones. En primer lugar, la imposibilidad de subcontratar, una vez declarada en el DEUC, resulta absoluta, no es modulable y por tanto la simple previsión de hacer uso de la misma, aunque no lo fuese en el porcentaje previsto del 80% sino en un porcentaje inferior, resulta inadmisibles, porque manifiesta la voluntad de hacer uso de un instrumento, la subcontratación, al que el mismo adjudicatario renunció conforme a la declaración por él mismo formulada en el citado DEUC». De forma más reciente, en la Resolución 439/2022, de 2 de septiembre, se analiza la conformidad a derecho de la exclusión de una entidad licitadora debido a la circunstancia de la divergencia entre lo declarado en el DEUC y la documentación presentada con posterioridad para justificar la viabilidad de su oferta, detectada como anormal o desproporcionada, de conformidad con el artículo 149 de la LCSP.

En la citada Resolución 439/2022, sobre la cuestión controvertida se indicaba: «De tales hechos se concluye que, como ha apreciado la mesa de contratación, existe una discrepancia sustancial, entre la declaración contenida en el DEUC y la documentación aportada para acreditar la solvencia de la que se deduce su integración con medios externos.

Cabe señalar que en efecto y como manifiesta el órgano de contratación en su informe conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Frente a los antecedentes antes citados A.G.B. defiende haber incurrido en un error material en la cumplimentación del DEUC susceptible de subsanación. Pues bien, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los requisitos que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo y 144/2020, de 1 de junio). En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como «un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente». Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que «(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación». Debe tratarse de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”.

Debe apreciarse “teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error”. Pues bien, tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos se concluye, sin ningún género de dudas, que no cabe apreciar como error material subsanable las discrepancias puestas de manifiesto en la cumplimentación del DEUC sino que por el contrario tal incongruencia supone un error sustancial, que afecta a la aptitud para contratar con el sector público, al afectar a la solvencia del licitador.

Téngase en cuenta que la modificación pretendida por la recurrente en el trámite de subsanación de su oferta, consiste en integrar su solvencia a través de medios externos, pertenecientes a otra empresa, después de cumplimentar el DEUC sobre este aspecto en sentido negativo y de no aportar el DEUC de esas terceras empresas.

Además, en el caso de aceptar la subsanación del DEUC pretendida por A.G.B. en el momento procedimental de valoración de las ofertas, y por tanto una vez pasada la fase de examen de documentación administrativa en la que se examina el DEUC, ésta devendría extemporánea y supondría una vulneración de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia previstos en el artículo 132 de la LCSP, ya que se estaría aceptando a alteración significativa de la proposición de la empresa licitadora y sus capacidades para ser adjudicataria del contrato.



En consecuencia, este Tribunal considera que la discrepancia observada entre lo declarado en el DEUC y la documentación aportada con posterioridad constituye causa de exclusión de la oferta de la recurrente».

Finalmente, esta cuestión también ha sido abordada en la Resolución 542/2022, de 11 de noviembre, en la que el objeto de la controversia es la decisión de la mesa de contratación de no valorar una mejora al ofrecerse la misma mediante subcontratación cuando en el DEUC se indicaba la intención de no subcontratar. En la citada resolución se manifiesta lo siguiente: *«Así pues, como quiera que, en el sobre nº1, TEAM declaró que no tenía previsto subcontratar, debió sopesar que tal declaración le vinculaba a la hora de ofertar la mejora analizada. Al no haber reparado en tal circunstancia, ha incurrido en contradicción con lo previamente declarado al proponer, como parte integrante de su oferta, la realización de un servicio por un tercero. Es por ello que ningún reproche cabe efectuar a la decisión de la mesa de no tomar en consideración la mejora, al objeto de salvar así la contradicción entre las declaraciones de la recurrente en ambos sobres. Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso».*

Aplicando todo lo anterior al presente recurso, este Tribunal considera que efectivamente la recurrente indicó en el DEUC su voluntad de no subcontratar que además quedaba claramente reflejada en el anexo IX en que se debía contener declaración sobre esta cuestión y en el que manifiesta asimismo su voluntad de no subcontratar.

Por otro lado como el órgano de contratación alega, la recurrente carece de la habilitación legal específica para ejecutar parte de la prestación objeto del contrato que venía a suplir mediante una subcontratación que en un primer momento no declaró y que solo fue conocida al presentar la documentación previa a la adjudicación, lo que supuso una discrepancia con dicha declaración inicial que presentó bajo su propia responsabilidad y todo ello sin negar que dicha situación pueda haber sido producida por un error involuntario de la entidad licitadora a la hora de presentar su oferta, pero el mismo no resulta ya subsanable atendiendo a la doctrina anteriormente expuesta.

Finalmente, no cabe aplicar al presente supuesto lo manifestado en la Resolución 103/2020, de 12 de mayo, de este Tribunal como trata de defender la recurrente, ya que en ese supuesto sí era posible inferir del resto de documentación que se iba a subcontratar parte del objeto del contrato, en ese caso del contenido del proyecto técnico. Sí hubiera sido de aplicación al presente caso, si por ejemplo hubiera existido una discrepancia entre el DEUC y la declaración contenida en el inicial anexo IX del PCAP -en la que se hubiera manifestado la intención de subcontratar-, sin embargo, dicha circunstancia no se ha producido en el presente supuesto en el que la recurrente indicó en ambos documentos en un primer momento -sobre 1- que no iba a subcontratar. Sobre lo anterior, la recurrente no ha alegado que dicha circunstancia -la intención de subcontratar- pueda desprenderse de otra documentación contenida en su proposición y este Órgano no lo ha podido inferir de la documentación analizada. A mayor abundamiento, también difiere la presente controversia de la analizada en la Resolución 103/2020 en la que se recogía lo siguiente: *«No olvidemos, que la entidad adjudicataria acredita su capacidad y solvencia técnica y financiera por sí misma, sin acudir para ello a la de la empresa con la que pretende suscribir la subcontratación, acude a la subcontratación como medio para mejorar su oferta sin más, de lo contrario si podríamos estar ante una causa de exclusión».*

Por todo lo anterior, este Tribunal no aprecia infracción en el acuerdo de la mesa de contratación respecto a la exclusión de la oferta de la recurrente con relación al lote 8, por los motivos anteriormente indicados. Por tanto, procede la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS MABRASER XI S.L.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza de los centros educativos de la provincia de Málaga”, respecto del lote 8, (Expte. CONTR 2023 0001102320), convocado por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e Innovación en Málaga.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

