

Recursos 404/2019 y 481/2019

Resolución 254/2020

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

Sevilla, 16 de julio de 2020.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SODEXO IBERIA S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 9 de octubre de 2019, por el que se eleva propuesta de adjudicación, y contra la resolución de 18 de noviembre de 2019 por la que se adjudica el contrato en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “*Contrato Administrativo Mixto de Servicio de Cocina y Concesión de Servicio de Cafetería*” (expediente PA22/APESHAG-13578/19), promovido por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, adscrita a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de julio de 2019 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 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 7.141.366,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada el 9 de octubre de 2019, la mesa acuerda formular propuesta de adjudicación del contrato en favor de la empresa SERUNION S.A. (en adelante SERUNION)

Con fecha 23 de octubre de 2019 tiene entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso interpuesto por SODEXO IBERIA S.A. (en adelante SODEXO), en el que solicitaba la adopción de la medida cautelar de suspensión, que es denegada por este Tribunal por Resolución de 12 de noviembre. Dicho recurso se tramita bajo el número 404/2019.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 24 de octubre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 7 de noviembre de 2020.

CUARTO. El 18 de noviembre de 2019 se dicta resolución de adjudicación del contrato, que se publica en el perfil y se remite a la entidad recurrente el mismo día.

Con fecha 19 de diciembre de 2019 tiene entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso interpuesto por SODEXO contra la resolución de adjudicación, que se tramita bajo el número 481/2019.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 11 de diciembre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe



sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 24 de diciembre de 2020.

QUINTO. Habiendo solicitado la recurrente vista del expediente, y previa depuración de la documentación de carácter confidencial, la misma tuvo lugar el 19 de febrero de 2020.

El 24 de febrero tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de ampliación de ambos recursos.

La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 26 de febrero de 2020 dio traslado del escrito de ampliación al órgano de contratación para la emisión de informe complementario

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SÉPTIMO. El 7 de mayo de 2020 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el informe complementario del órgano de contratación.

OCTAVO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 15 de junio de 2019, dio traslado del recurso al resto de licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado la entidad SERUNION.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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. De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los recursos a los que se les ha asignado los números 404/2019 y 481/2019, al ser este Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de recurso, y al guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima conexión por haber sido interpuestos los dos recursos en el mismo procedimiento de licitación contra dos actos, la propuesta de adjudicación y la adjudicación, por la misma entidad recurrente y por fundarse en similares motivos.

TERCERO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si los recursos se refieren a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interponen contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso 404/2019 se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato mixto de servicio y concesión de servicios cuyo valor estimado asciende a 7.141.366,00 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, aquel resulta procedente al amparo del artículo 44 apartado 1 a) y 2 b) de la LCSP, pues el acto impugnado se refiere a un contrato mixto que supera las cuantías previstas legalmente para cada tipo de contrato.

En este sentido, aunque formalmente el recurso se dirige contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se eleva la propuesta de adjudicación del contrato, acto de trámite no cualificado, desde un punto de vista sustantivo es objeto de impugnación la admisión de la oferta presentada por SERUNION, acto que tácita o implícitamente se desprende del contenido de aquel acuerdo



Procede analizar, pues, si la admisión de la citada oferta es un acto susceptible de recurso especial.

El artículo 44, en su apartado 2 b), que *“Podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones: b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”*.

La admisión de la proposición de SERUNION, aun cuando no constituye un acto expreso dictado en el procedimiento de adjudicación, supone un acto tácito o implícito derivado del acuerdo expreso adoptado por la mesa de contratación, toda vez que la declaración de voluntad de dicho órgano en cuanto a la decisión de admitir aquella oferta se manifiesta de modo inequívoco a través del contenido del acuerdo formalmente impugnado, por el que se propone a SERUNION como adjudicataria del contrato y que se le requiera la aportación de la documentación previa a la adjudicación, por considerarse su oferta la económicamente más ventajosa.

Así pues, la voluntad administrativa respecto a la admisión de la proposición de SERUNION no se presume, sino que existe aun cuando no se manifieste de modo expreso. Ello implica que su tratamiento, a efectos del recurso especial, deba ser el mismo que el de los actos expresos.

En tal sentido, no debe olvidarse la acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador a que se refiere el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989; cuestión a la que alude expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), dictada en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuando señala que *“(…) el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en*



materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva.

(...) Esta interpretación del concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso no resulta afectada por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en el apartado 35 de la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), que no son recurribles las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. En efecto, cuando se trata de la admisión de la oferta de un licitador, decisión sobre la que versa el litigio principal, procede considerar que tal decisión, por su propia naturaleza, rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora”.

Por lo demás, nuestra jurisprudencia también viene admitiendo el recurso contencioso-administrativo contra los actos tácitos (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2010. RJ 2010\5663).

Asimismo, llegados a este punto, hemos de puntualizar que la procedencia del recurso especial contra el acto que venimos examinando, habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciado otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo).

En el supuesto aquí enjuiciado, el interés legítimo que ostenta la recurrente en la impugnación del acto resulta claro, pues al haber quedado situada su oferta en segundo lugar, la eventual estimación del recurso contra la admisión de la empresa propuesta como adjudicataria determinaría que la recurrente pudiera acceder a la adjudicación si finalmente la oferta de SERUNION resultase excluida. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia antes citada señala que “ (...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se



haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)".

Además, la legitimación de SODEXO encuentra su apoyo en la previsión del artículo 48.1 de la nueva LCSP que, con un sentido amplio comprensivo del perjuicio no solo directo sino indirecto, dispone que *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso"*.

A la vista de cuanto se ha expuesto, una vez analizado que el acto de admisión aquí impugnado es una decisión susceptible de infringir la normativa contractual, que se manifiesta tácitamente a través de hechos concluyentes y cuya eventual anulación otorga a la recurrente una ventaja en orden a la adjudicación del contrato, hemos de concluir que el mismo ostenta la naturaleza de acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial al amparo del artículo 44.2 b) del TRLCSP.

No procede, pues, acoger el alegato del órgano de contratación sobre la inadmisión del recurso por no ser el acto impugnado susceptible del mismo, toda vez que, como se ha indicado, la decisión sustantivamente impugnada y combatida en el recurso no es -como sostiene la interesada- el acuerdo de la mesa de contratación por el que se eleva la propuesta de adjudicación, sino el acto tácito de admisión de su oferta que se contiene implícita e inequívocamente en la adopción del citado acuerdo.

En cuanto al recurso 481/19, se presenta contra el acuerdo de adjudicación del contrato, acto recurrible en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2.c) de la LCSP.

QUINTO. Respecto del requisito del plazo para interponer el recurso, la entidad recurrente señala que el recurso 404/2019 se presenta contra dos actos: la limitación de acceso al expediente de contratación y la propuesta de adjudicación.

El artículo 50.1 apartado c) de la LCSP dispone que *"Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción"*.



En el supuesto analizado, solicitó vista del expediente el 2 de octubre de 2019, y la misma tuvo lugar el 14 de octubre.

Por otro lado el acuerdo se publicó en el perfil de contratante el 9 de octubre, pero no consta notificación expresa del acuerdo formalmente impugnado, por lo que no sería posible determinar en qué momento la empresa recurrente tuvo conocimiento de la infracción que denuncia.

No obstante, aun cuando se computara el plazo desde el 9 de octubre de 2019 -fecha de publicación en el perfil del acta correspondiente a la sesión de la mesa en que se adoptó el acuerdo-, el recurso presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 23 de octubre se habría formalizado en plazo.

En cuanto al recurso 481/2019, se presenta contra el acuerdo de adjudicación de 18 de noviembre de 2019, que se publica en el perfil y se remite a la entidad recurrente el mismo día, por lo que el recurso presentado con fecha 19 de diciembre de 2019 se encontraba dentro del plazo legalmente previsto.

SEXTO. Analizados los requisitos de admisión de los recursos, procede examinar los motivos en que se sustentan, que coinciden en gran parte en ambos, de forma que se reiteran. Por eso serán analizados de forma conjunta.

Como se ha señalado, el recurso 404/2019 se dirige contra dos actos: la limitación del acceso al expediente y la propuesta de adjudicación.

Cabe señalar que tanto en este recurso 404/19, como en el recurso 481/19 son constantes las alusiones a que no se ha concedido acceso a la recurrente a toda la documentación del expediente, lo que, según manifiesta, le ha generado indefensión, por lo que será el primer motivo que abordaremos.

Pues bien, según consta en el expediente, con fecha 2 de octubre de 2019, la recurrente solicitó el acceso al expediente. El órgano de contratación, tras solicitar a dos de las licitadoras (entre las que no se encontraba SERUNION) la determinación de qué documentación tenía carácter confidencial, ya que habían declarado toda su documentación como confidencial, concedió vista del mismo, que tuvo lugar el 14 de octubre de 2019. En definitiva, la recurrente tuvo acceso al expediente, si bien muestra su desacuerdo con el alcance



del acceso concedido, por cuanto no pudo examinar determinada documentación que fue declarada confidencial.

A este respecto, hemos de comenzar recordando que el acceso al expediente se configura en el artículo 52 de la LCSP con un carácter instrumental respecto de la presentación del recurso, como alega el órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso 404/2019 sostiene que a este acceso al expediente no le resulta aplicable el artículo 52 de la LCSP, porque el mismo fue solicitado en un momento procedimental en que no existía ningún acto para recurrir, y porque fundamentó su solicitud en el artículo 53.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, es decir, un precepto de la normativa administrativa común, sin poner de manifiesto la voluntad de interponer un recurso especial; y también la fundamentó en el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el cual establece que la solicitud debe hacerse dentro del plazo de interposición del recurso especial. Añade que en el momento de solicitud de acceso al expediente el último acto publicado era el informe de valoración de ofertas.

Pues bien, asiste la razón al órgano de contratación en cuanto a que cuando se solicitó acceso al expediente, el 2 de octubre, no existía aún acto recurrible, siendo éste, en razón del motivo de impugnación alegado, la indebida admisión de la oferta implícitamente contenida en la propuesta de adjudicación, que tuvo lugar el 9 de octubre de 2019.

Al margen de ello, y circunscribiéndonos al derecho acceso regulado en la LCSP, que es aquél cuya observancia ha de garantizar este Tribunal, hemos de poner de manifiesto, como muchas otras veces, que el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra entidad licitadora (v.g. Resoluciones, entre otras muchas, 329/2016, de 22 de diciembre y 184/2018, de 14 de junio, de este Tribunal, 710/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales y 40/2018, de 9 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre otros).

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación el acceso al expediente, ex artículo 52 de la LCSP, tiene un fin instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1168/2017, de 12 de diciembre.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe al recurso 481/2019, alega que la recurrente en ningún momento solicitó el acceso al expediente en relación con el acto recurrido, la adjudicación del contrato, por lo que asiste la razón al mismo en cuanto que no se ha infringido en este segundo recurso el artículo 52.1 de la LCSP.

En cualquier caso ha de añadirse que en su escrito de interposición del recurso 404/2019, así como en del recurso 481/2019 la recurrente solicitó acceso al expediente ante este Tribunal, el cual tuvo lugar el 19 de febrero de 2020.

El hecho de que la recurrente, como se ha expuesto, haya tenido acceso a la documentación que solicitó en el acto de vista de expediente, de 5 de octubre de 2018, así como al expediente de contratación que obraba en este Órgano, supone a juicio de este Tribunal que no se le ha provocado la indefensión que alega en relación con los actos objeto del recurso especial. En este sentido, la falta de acceso a la oferta de la persona adjudicataria alegada por la recurrente no le ha originado indefensión material para la interposición de un recurso fundado, por cuanto en sus escritos de recurso combate la admisión de la oferta y la adjudicación del contrato. Prueba de que ha dispuesto de la información necesaria para la interposición del recurso es el contenido de su escrito de ampliación de su impugnación.

Procede, pues, desestimar el primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. El segundo acto contra el que se presenta el recurso 404/2019 es el acuerdo de propuesta de adjudicación, si bien lo que combate es la admisión de la adjudicataria, al sostener que debió ser excluida por una serie de motivos que pasamos a examinar.



En primer lugar alega la recurrente que la oferta de SERUNION no respeta el Anexo VIII del PCAP y en particular la obligación de numerar las paginas, lo que infringe el principio de igualdad, y es motivo de exclusión. En este sentido, sostiene que ello le produce indefensión, haciendo que lo que parece un simple defecto de forma adquiera mucha trascendencia por la imposibilidad de su subsanación por el licitador, ya que la subsanación implicaría que la oferta completa se devolviera al licitador, lo que, una vez entregada la oferta, es legalmente imposible. Por ello considera que es un defecto imposible de subsanar.

El órgano de contratación alega que la oferta de SERUNION respeta la división de la oferta en cuatro carpetas, así como el número de páginas que ha de contener cada una de las carpetas, si bien no refleja el número de página en cada carilla. No obstante, ha cumplido los requisitos sustanciales en su oferta, debiéndose aplicar el principio antiformalista. Añade que los posibles defectos formales no han perjudicado al resto de los licitadores, y que aunque no indica en cada página el número, sí respeta el número de páginas que de acuerdo con las exigencias del pliego ha de tener carpeta. Acompaña certificado del responsable del Área de Servicios Generales, que fue uno de los técnicos que formó parte de la comisión técnica que asesoró a la mesa de contratación del contenido de la oferta de SERUNIÓN :

Carpeta 1: 130 (no excede de 300)

Carpeta 2: 23 (no excede de 100)

Carpeta 3 : 47 (no excede de 100).

Por su parte, SERUNION en sus alegaciones al recurso sostiene que se trata de errores sin relevancia, fácilmente subsanables, sin alteración de la oferta. Señala que de acuerdo con el Anexo VIII del PCAP los licitadores debían presentar una propuesta técnica en formato papel y una copia de la propuesta técnica en soporte informático, debiendo reflejarse el número de la página en cada carilla, y que en los documentos presentados en soporte informático el número de página puede observarse en el margen izquierdo, adjuntando captura de pantalla. Añade que la falta de numeración de páginas de la oferta en formato papel constituiría una mera irregularidad no invalidante.

Alega que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) se ha pronunciado en el sentido de que requisitos formales, como sería el tener que incluir el número de página, *“tienen por objeto facilitar la valoración de las ofertas por los técnicos y evitar que la extensión y formato de*



las mismas dificulte esa tarea, pero solo es eso, una orientación para facilitar la valoración, y no una disposición estricta de carácter limitativo” (Resolución 818/2015).

Asimismo, alega que en cuanto al alcance de los defectos formales, el TACRC, en la Resolución 1060/2015, señala que *“en principio, este tipo de prescripciones puramente formales de los Pliegos que no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas deben interpretarse con cierta flexibilidad evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la exclusión automática de ofertas que pueden ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos”.*

Por último, trae a colación la reciente Resolución 184/2020 de este Tribunal: *“Un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, sin relevancia práctica como en el presente caso, es contrario al principio de la libre concurrencia, así como que por el principio de proporcionalidad los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos”.*

Expuestas las alegaciones de las partes hemos de adelantar que asiste la razón tanto al órgano de contratación como a la entidad adjudicataria

El anexo VIII del PCAP, establece, en las partes que son relevantes a los efectos de este motivo del recurso:

ANEXO VIII

SOBRE 2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE JUICIO DE VALOR

“La propuesta técnica que se presentará en formato papel tendrá la siguiente limitación de páginas:

- Carpeta 1 : Memoria de trabajo (no excederá de 300 paginas formato A4 a una cara o 150 páginas doble cara).

-Carpeta 2. Dietas de pacientes (no excederá de 100 paginas formato A4 a una cara o 50 páginas doble cara).

-Carpeta 3: Alimentación en cafetería (no excederá de 100 paginas formato A4 a una cara o 50 páginas doble cara).



-Carpeta 4: Plan de Mantenimiento (sin límites en cuanto a extensión).

Las carpetas que componen la propuesta técnica no podrá tener un contenido superior al indicado previamente, con tamaño de letra del cuerpo de la oferta igual o superior a 10 puntos. En el supuesto de presentarse con un número de páginas superior al indicado, únicamente se considerarán para la valoración las primeras páginas hasta alcanzar el número máximo indicado. Por ejemplo: si una empresa en la carpeta 1 presenta en su oferta 306 páginas a una cara, sólo se tendrán en cuenta para la valoración las 300 primeras páginas, dejando sin efecto las restantes.

(...)

El número de páginas deberá reflejarse en cada carilla”.

Pues bien este Anexo VIII contempla exclusivamente consecuencias para el supuesto de que las ofertas excedan del número de páginas, consecuencias que no pasan por la exclusión, sino por la no valoración.

No establece pues qué haya de ocurrir para el caso en el que no se enumeran las páginas, pero es evidente que no puede ser la exclusión.

En cualquier caso, la falta de numeración de las páginas es la omisión de un requisito formal que no impide conocer la oferta, que es lo sustancial. En este sentido, y de conformidad con el artículo Artículo 84, “Rechazo de proposiciones”, del RGLCAP:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”

La falta de numeración de las páginas de la oferta técnica no es equiparable a los supuestos del precepto que motivarían el rechazo, por lo que no procedería la exclusión, como pretende la recurrente, solución que por otro lado sería claramente contraria al principio de proporcionalidad.



Es evidente, por otro lado, que si se hubiera requerido al licitador para que numerara las páginas, ello no habría supuesto de ningún modo una alteración de su oferta, como afirma la recurrente.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO. El segundo motivo del recurso, referido al modelo de oferta económica, sostiene la recurrente que al no respetar el modelo del Anexo VIII del PCAP debe ser excluida la oferta, al ser el incumplimiento de un requisito sustancial de la proposición, y por tanto debe ser motivo de exclusión, como señala el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 68/2016. Señala que la adjudicataria no ha rellenado alguno de los apartados del modelo, lo que ha perjudicado a aquellos licitadores que cumplieron de forma estricta el modelo, presentando un cuadro en el que indica los precios desglosados sin IVA y un total con IVA, prescindiendo de rellenar algunos apartados, y sin que conste solicitud de subsanación

El órgano de contratación alega que los únicos cuadros no completados en su oferta por SERUNION fueron los subtotales IVA EXCLUIDO e IVA 10%, sin que afecte a la naturaleza de la oferta, invocando el artículo 84 del RGLCAP, y señalando que en ningún caso puede considerarse como un error manifiesto que haga inviable la oferta, habiéndolo así manifestado el TACRC en su Resolución 283/2014, de 4 de abril. De esta manera el incumplimiento del requisito formal solo determinará la exclusión cuando suponga una alteración sustancial del modelo o se haya producido un error manifiesto en el importe o la oferta resulte inviable como consecuencia de un error o de su inconsistencia.

Por su parte SERUNION alega que la proposición económica presentada se ajusta al modelo del Anexo X, y que el error formal habría sido subsanado por la mesa de oficio mediante una simple operación aritmética. Alega que solo faltarían dos datos consecuencia de un error involuntario en la transcripción de la tabla, el total de la oferta IVA excluido y el total del IVA (10%), datos que se pueden calcular fácilmente sumando las cantidades en negrita de las columnas subtotal e IVA 10%. Añade que la jurisprudencia europea ha admitido las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales en la ofertas económica, siempre que no supongan una nueva oferta, citando a continuación la Resolución 164/2011 del TACRC.

Pues bien, para abordar este motivo del recurso procede reproducir inicialmente el modelo de proposición económica del Anexo X que figura en el PCAP:



SOBRE 3. MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA DESGLOSADA

Concepto	Unidades estimadas (24 meses)	Precio oferta unitario (IVA excluido)	Sub-total (IVA excluido)	IVA (10%)	Importe Total (IVA incluido)
Desayunos pacientes	48.000	€	€	€	€
Almuerzos pacientes	50.000	€	€	€	€
Meriendas pacientes	46.000	€	€	€	€
Cenas pacientes	48.000	€	€	€	€
Total dietas pacientes			€	€	€
Almuerzos personal autorizado	56.000	€	€	€	€
Cenas personal autorizado	24.000	€	€	€	€
Total comidas personal autorizado			€	€	€
Alimentos extraordinarios (**)			€	€	€
Cuota fija (*)			€	€	€
TOTAL OFERTA:			€	€	€

(*) La cuota fija corresponde a la totalidad por los 24 meses de contrato, siendo su facturación con periodicidad mensual.

(**) El desglose de los alimentos extraordinarios se refleja en la Tabla "Relación de alimentos extraordinarios"

A continuación, la proposición económica presentada por SERUNIÓN:

Concepto	Unidades estimadas 24 mes	Precio oferta unitario (IVA excluido)	Sub total (iva excluido)	iva 10%	Importe total (IVA incluido)
Desayunos pacientes	48.000	1,49 €	71.520,00 €	7.152,00 €	78.672,00 €
Almuerzos pacientes	50.000	5,88 €	293.000,00 €	29.300,00 €	322.300,00 €
Meriendas pacientes	46.000	1,35 €	62.100,00 €	6.210,00 €	68.310,00 €
Cenas pacientes	48.000	5,39 €	258.720,00 €	25.872,00 €	284.592,00 €
Total dietas pacientes			685.340,00 €	68.534,00 €	753.874,00 €
Almuerzos personal autorizado	56.000	5,86 €	328.160,00 €	32.816,00 €	360.976,00 €
Cenas personal autorizado	24.000	5,39 €	129.360,00 €	12.936,00 €	142.296,00 €
Total comidas personal autorizado			457.520,00 €	45.752,00 €	503.272,00 €
Alimentos extraordinarios			68.590,00 €	6.859,00 €	75.449,00 €
Cuota fija			1.098.000,00 €	109.800,00 €	1.207.800,00 €
TOTAL OFERTA					2.540.395,00 €

Como puede comprobarse las únicas omisiones de la oferta se producen en la línea final del modelo, "TOTAL OFERTA", columna relativa al subtotal (IVA excluido) y a la columna IVA 10%, cifras fácilmente determinables mediante una simple operación de suma de las cantidades situadas en la parte superior.

Este Tribunal se ha pronunciado respecto de la posibilidad de subsanación de la oferta. En este sentido, ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones que sobre la posibilidad de solicitar a las entidades licitadoras aclaraciones de sus ofertas, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08), vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre, 131/2013, de 28 octubre, 363/2019, de 31 de octubre y más recientemente la 42/2020, de 2 de febrero. Los argumentos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:



1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
3. El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
4. El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta*». Y concluye la Sentencia citada que «*(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron*».

En el supuesto examinado, aún siendo posible esa solicitud de aclaración, la mesa de contratación, dados los términos de la oferta y que nos encontramos ante una simple operación aritmética de suma, optó por



admitirla, sin que dicha circunstancia sea contraria de derecho. En efecto, no es posible proceder a inadmitir la oferta ante dicha circunstancia, ya que la está clara, siendo de aplicación el artículo 84 del RGLCAP, que como hemos señalado en el anterior fundamento de derecho, dispone que el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

NOVENO. En el siguiente motivo del recurso se alega que en la página 14 de la oferta de SERUNION, en el punto 1, “memoria de trabajo, cronología de actividades”, a la hora de ordenar cronológicamente las tareas del servicio, se relaciona el “horneado del pan” en el momento anterior al comienzo del servicio de alimentación. Manifiesta que el PCAP establece como criterio automático de valoración y como contenido del sobre 3 el compromiso de pan recién horneado en el servicio de alimentación a pacientes, indicando en su página 78 una nota relativa a que en ningún caso la persona licitadora reflejará en ola documentación del sobre número 2 referencia alguna ni documentación que deberá incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión si así lo hiciera. En consecuencia considera que debió ser excluida la oferta de SERUNION.

El órgano de contratación en su informe al recurso considera que la nota ha de ser entendida dentro del fin que se persigue: evitar que se contamine la oferta de manera que la valoración del sobre 2, es decir, de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, se vean condicionados por el conocimiento que la mesa de contratación pudiera tener del contenido del sobre 3. Tras reproducir la referencia de la oferta que es motivo del recurso, señala que dentro de la descripción de las tareas diarias del personal de cafetería se indica como una tarea más a realizar, concretamente durante el desayuno, el de horneado de pan y bollería para los desayunos, de forma que en ningún caso se puede asimilar con el compromiso de horneado de pan que efectivamente se valora en el sobre 3, que se refiere al compromiso de suministrar pan recién horneado tanto a pacientes como a usuarios y personal autorizado en la dieta y en los menús del almuerzo y cena respectivamente.

SERUNION en su escrito de alegaciones al recursos señala que en el criterio controvertido se valoraba el compromiso de suministrar pan recién horneado en la dieta de almuerzo y cena para los pacientes y los menús de almuerzo y cena para los usuarios y personal autorizado de cafetería, mientras que la información controvertida se incluye en la descripción cronológica de las principales tareas del personal de cafetería,



dentro del apartado relativo a apertura e inicio de desayunos, indicándose horneado de pan y bollería para los desayunos, no para la dieta/menús de almuerzo y cena.

Por tanto, la indicación de horneado de pan y bollería para los desayunos se recoge como una de las tareas diarias que ha de realizarse por parte del personal de cafetería en la propuesta de organización del servicio a prestar, y esta tarea está vinculada al servicio de cafetería (no de pacientes) y al momento de desayuno (no de almuerzo y cena) como exige el criterio.

Por su parte el criterio automático consistente en el compromiso de suministrar pan horneado para el almuerzo y la cena constituye una obligación que asume el contratista que lo oferta, con vigencia durante toda la ejecución del contrato, de manera que esta obligación, para la que se exige un compromiso y en contrapartida se otorga una puntuación, no puede compararse con la indicación de una tarea por parte del personal de cafetería consistente en encender el horno y hornear pan y bollería para desayunos, ya que se trata de una tarea y no de un compromiso.

Invoca la Resolución 152/2017 de este Tribunal, en la que la recurrente consideraba que la empresa adjudicataria debió haber sido excluida por haber incluido en el sobre 2 documentación relativa a un criterio de evaluación automática y en la que desestimó dicha alegación al considerar, analizado el caso concreto, que no se estaba anticipando información sobre el estado de las calibraciones que es lo que se evaluaba mediante el criterio automático. Únicamente se estaba incluyendo en el sobre 2 información sobre la presentación de calibradores, pero no información relativa al objeto de valoración según el criterio automático.

Concluye que en el caso que nos ocupa, al igual que ocurre en el caso que dio lugar a la Resolución citada, no se está anticipando información relativa al criterio “Compromiso de suministrar pan recién horneado tanto a pacientes (en la dieta del almuerzo y de la cena) como a usuarios y personal autorizado en cafetería (en los menús del almuerzo y de la cena)”.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de comenzar indicando que el Anexo VIII del PCAP, establece:



“SOBRE 2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE JUICIO DE VALOR

Carpeta 1: Memoria de trabajo que incluya:

-Propuesta de organización específica y particularizada por el centro del servicio que se pretende prestar.

Por su parte el Anexo X establece:

SOBRE 3.- OTROS CRITERIOS VALORADOS MEDIANTE APLICACIÓN DE FÓRMULAS

PAN RECIÉN HORNEADO

PAN RECIÉN HORNEADO

SI COMPROMISO

NO COMPROMISO

Se deberá indicar, mediante “compromiso escrito” de suministrar pan recién horneado tanto a pacientes (en la dieta de almuerzo y de la cena) como a usuarios y personal autorizado en cafetería (en los menús de almuerzo y de la cena)

SERUNIÓN presenta la siguiente oferta:

“1. Propuesta de Organización del servicio a prestar

Descripción cronológica de las principales tareas diarias del personal de cafetería

Apertura. Inicio del servicio de desayunos.

Apertura de local. Encendido de maquinaria (Ej. cafetera, horno de bollería)

Preparación del self de desayunos

Horneado de pan y bollería para los desayunos. Y platos fríos.

(...)”

Es decir, de una simple lectura del PCAP y de la oferta presentada queda absolutamente claro que una cosa es el horneado al que se hace referencia en la Memoria de trabajo, que se refiere a los desayunos, y otra el



criterio valorado mediante la aplicación de fórmulas, que se refiere a las dietas de almuerzos y cena para los pacientes y a los menús de almuerzo y cena para los usuarios y personal autorizado, sin que sean precisos mayores razonamientos para desestimar este motivo del recurso.

DÉCIMO. El siguiente motivo del recurso se refiere a la subcontratación. Señala la recurrente que el Anexo I , apartado 10 del PCAP establece que se permite la subcontratación, y que no es necesario que se aporten los datos del subcontratista en el DEUC, pero que será necesaria para subcontratar la autorización expresa de la Administración. Todas las empresas excepto SODEXO manifiestan su intención de subcontratar el mantenimiento con empresas locales, dado que ninguna tiene capacidad para realizarlo por sí misma.

Denuncia pues la incongruencia entre el DEUC y la oferta técnica en la oferta de SERUNION. El Anexo I apartado 10 del PCAP dispone que *“No hay obligación de cumplimentar la sección D: información relativa al subcontratista en cuya capacidad se basa el operador económico”*. Pese a ello SERUNION lo completa con una negación a la subcontratación. No obstante en el informe técnico aparece en la valoración su intención de llevar a cabo el mantenimiento con empresas locales, sin más datos, lo que le ha valido el 100% de la puntuación del apartado. Denuncia pues una incongruencia así como que no consta que se haya acreditado debidamente la solvencia de los subcontratistas propuestos en la oferta técnica, ya que el pliego no exige su acreditación en la documentación previa a la adjudicación. Alega que en las páginas de la oferta en las que hace referencia al mantenimiento SERUNION manifiesta que va a contar en la realización del contrato con VEOLIA, a la que se refiere como socio, no estableciendo una subcontratación como vinculación jurídica. Tras citar el artículo 75 de la LCSP, señala que no importa la naturaleza jurídica del vínculo entre las dos empresas (UTE, subcontratación...), pero sí se tiene que demostrar que dispondrá efectivamente de solvencia y medios y que no está incurso en incompatibilidad para contratar, normalmente presentado otro DEUC.

El órgano de contratación señala en su informe que no se ha impedido la subcontratación de una parte del contrato, como se recoge en la cláusula 16; asimismo, el pliego no exige la obligación de indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, ni señalar su importe, nombre o perfil empresarial, ni las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. Tras reproducir el artículo 215.2.b) de la LCSP, señala que no exigiendo el pliego la obligación de indicar en la oferta lo relativo a la subcontratación en los términos establecidos en el apartado 1 de dicho artículo habrá que estar al apartado 2, por lo que la acreditación de la solvencia y demás datos no se



realizará en ningún caso antes de la adjudicación. Sostiene que la señalización en el DEUC de que no se iba a subcontratar es un defecto de forma irrelevante, ya que posteriormente en la oferta técnica manifiesta su voluntad de subcontratar el mantenimiento. Respecto de la puntuación otorgada por el plan de mantenimiento señala que el informe técnico no recoge todo el contenido que las empresas aportan, es decir, no transcribe ofertas; que ha propuesto como empresa a VEOLIA S.A.; y que la forma en que la oferta plantea la ejecución del mantenimiento mediante servicios técnicos de la zona o de las empresas con presencia local, garantiza que se puedan satisfacer los tiempos de respuesta.

SERUNION alega que lo manifestado en la oferta técnica respecto de la subcontratación prima, por su especificidad, frente a lo indicado por el DEUC, aplicando un principio antiformalista y de proporcionalidad.

Expuestas las alegaciones de las partes procede analizar este motivo del recurso.

El artículo 215 de la LCSP dispone:

Artículo 215. Subcontratación.

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.



b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

La cláusula 16 del PCAP relativa a la subcontratación establece en la parte que interesa a los efectos del presente motivo del recurso:

16. Subcontratación.

(...)

En el Anexo I se indicará si las personas licitadoras tendrán la obligación de cumplimentar la sección D de la parte segunda del DEUC

(...)

En todo caso la persona contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato, y a más tardar, cuando se inicie la ejecución de éste, la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales de la subcontratista, justificando suficientemente la aptitud de ésta para ejecutarlo por referencia a los medios técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que la misma no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP. (...)

En el Anexo I, apartado 10, SUBCONTRATACIÓN, se establece.

Obligación de cumplimentar la sección D: Información relativa a los subcontratistas en cuya capacidad no se basa el operador económico en la parte II del DEUC: No

De conjunto de cláusula queda claro que no existía obligación de cumplimentar el apartado relativo a la subcontratación del DEUC.



En el DEUC presentado por SERUNION, en el apartado D señala que no tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato con terceros. Sin embargo en su oferta técnica del sobre 2, en el apartado relativo al mantenimiento, señala que *“SERUNIÓN será el responsable de mantenimiento de las instalaciones de cocina y cafetería. Para ello se apoyará en su socio en materia de mantenimiento, como empresa selección nada tanto por nuestra experiencia en Hospitales como el de Montilla, Puente Genil y Valle del Guadiato. Además VEOLIA posee la ISO 14.001”*. Adjunta el Libro de mantenimiento de las instalaciones de cafetería y cocina de varios hospitales efectuado por VEOLIA.

Existe pues una contradicción entre lo manifestado por el DEUC, es decir, su intención de no subcontratar, y el contenido de la oferta técnica, en la que si bien no utiliza la palabra subcontratar, sí señala que se apoyará en otra empresa, VEOLIA, de manera que materialmente sí está manifestando que subcontratará esa parte de la ejecución del contrato. Así lo entendió el informe técnico de valoración de la documentación del sobre 2 en donde se consiguen un 100% de contratación de empresas locales y se asigna 1 punto, y que asumió la mesa en el acta de la sesión de 27 de septiembre de 2019.

Pues bien habrá que determinar si esa contradicción tiene los efectos que pretende la recurrente. A este respecto procede traer a colación nuestra Resolución 103/2020 cuyas consideraciones son trasladables al presente caso:

“En consecuencia, este Tribunal ha de admitir que, en efecto, se observa una incongruencia entre la información contenida en el sobre A y la información contenida en el sobre B, en cuanto a la intención de acudir a la subcontratación por parte de la entidad que ha resultado adjudicataria, como bien expone la entidad recurrente en su escrito de ampliación de recurso, puesto que así se desprende de la documentación que acabamos de analizar.

Ante esta incongruencia, si bien supone un incumplimiento de la adjudicataria de lo dispuesto en los pliegos en cuanto que no ha indicado su pretensión de acudir a la subcontratación en el DEUC, ni ha cumplimentado el anexo XX, hemos de plantearnos si la consecuencia debe ser la anulación de la resolución de adjudicación recurrida y la posterior exclusión de BURDINOLA, ahora adjudicataria.

En cualquier caso, la documentación contenida en el sobre A de BURDINOLA, se adecuaba a lo previsto en los pliegos, y así en el acta de la reunión de la mesa de contratación celebrada el 23 de abril de 2019, se



hizo constar que *“se acepta la admisión al procedimiento de las empresas que a continuación se citan al resultar correcta la documentación presentada:*

-Burdinola, S. Coop.

- Labortech Walner, S.L.”

En consecuencia, no existe causa que justifique la exclusión de BURDINOLA, al reunir los requisitos previos de admisión, ni ello se cuestiona en el escrito de recurso, aunque de la documentación contenida en el sobre A se desprende que no va a acogerse a la posibilidad de subcontratar.

No obstante, cuando, tras la apertura del sobre B de su oferta, se procede al examen y calificación de la documentación técnica para su valoración mediante criterios sujetos a juicio de valor, se observa su intención de acudir a la subcontratación de parte del objeto del contrato.

Al respecto, es importante señalar que, en el apartado 10.3.2 del PCAP, refiriéndose a la documentación del sobre B, se indica que *“La Mesa de Contratación no procederá a valorar a aquellas empresas que incluyan documentos en este sobre o archivo electrónico que permitan conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática, lo que supondrá la exclusión de licitador. Dicha documentación deberá aportarse exclusivamente en el sobre o archivo electrónico “C”.*” Es la única causa de exclusión que contempla el PCAP en relación con esta fase del procedimiento, y por tanto, tampoco existe causa para la exclusión de la oferta de BURDINOLA.

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.

En este sentido, y porque también en ella se aborda la diferente relevancia que tienen en la licitación los errores o discrepancias que se se produzcan entre lo manifestado en el DUEC y el resto de documentación de la licitación, hemos de traer a colación la Resolución 995/2019, de 6 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En ella se afirma que *“Por la declaración responsable conforme al DEUC, o por este directamente, el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable -no solo en nombre de su empresa sino también personalmente- ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la*



declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (artículo 140.4 LCSP).

La vulneración grave del deber de veracidad puede producir consecuencias desfavorables para el licitador y el declarante, no solo en el procedimiento de contratación, sino también fuera de él siendo susceptible de sanción.

Así lo señala también las Instrucciones para la aplicación del DEUC cuando recogen que “los operadores económicos pueden ser excluidos del procedimiento de contratación, o ser objeto de enjuiciamiento con arreglo a la legislación nacional, en caso de que incurran en declaraciones falsas de carácter grave al cumplimentar el DEUC o, en general, al facilitar la información exigida para verificar que no existen motivos de exclusión o que se cumplen los criterios de selección, o en caso de que oculten tal información o no puedan presentar los documentos justificativos”.

Ahora bien, ello no quiere decir que la declaración responsable no pueda tener omisiones o defectos susceptibles de ser subsanados.

Si estas omisiones o defectos subsanables se aprecian en la fase de licitación correspondiente a la apertura del sobre o archivo que contiene tal declaración, por ser patentes o evidentes, la mesa debe requerir al licitador a que los subsane, excluyendo al licitador si no los subsana, o los defectos apreciados son insubsanables.

Si los posibles defectos se aprecian en el trámite de presentación y verificación de la documentación acreditativa por el primer clasificado, por la existencia de una discrepancia entre la declaración efectuada y la documentación presentada, si el defecto es susceptible de subsanación nada se opone a ello, y así nos hemos manifestado en la resolución 167/2019, de 22 de febrero.

Ahora bien, de ello no cabe deducir que cualquier defecto apreciado en la declaración responsable, como consecuencia de la discordancia de lo manifestado en ella con la documentación acreditativa de los requisitos previos presentada, sea siempre y en todo caso subsanable, pues hay que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo, ni que cualquier discrepancia entre la declaración y la documentación presentada es consecuencia de un error del declarante, pues puede tener



por causa un propósito intencionado de aquel de faltar a la verdad. En el caso concreto de la resolución 167/2019, se da la circunstancia de que, si bien la recurrente había declarado también no acudir a la integración de su solvencia por medios externos y no formar parte de un grupo de empresas, lo hizo porque, al ser titular del 100% del capital, entendió que no integraba su solvencia por medios externos y demostró que, efectivamente, era titular del 100% del capital de la sociedad participada, por lo que este Tribunal estimó el recurso y admitió la subsanación por entender que los medios de una sociedad participada al 100% no son realmente externos y que el error padecido en el DEUC era subsanable sin que se pudiera alegar la inmodificabilidad de la oferta porque, en realidad, el DEUC no es propiamente parte de la oferta sino un medio de simplificar la tramitación, circunstancias bien diferentes a las del presente recurso.”

En el supuesto que analizamos, no se observa que la incongruencia entre el contenido del DEUC y la documentación técnica responda a un propósito intencionado de ocultar la verdad, ni se puede calificar como declaración falsa de carácter grave. Se trata de un error involuntario, que no le coloca en posición de ventaja, ni supone vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, por cuanto la documentación técnica fue aportada al mismo tiempo que el resto de documentación. Motivos que redundan en la no procedencia de la exclusión de BURDINOLA.

Así las cosas, del conjunto de la oferta de la adjudicataria puede deducirse claramente su voluntad de subcontratar, por lo que a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, permite admitir la proposición sin proceder a su exclusión pese a no ajustarse con carácter estricto a lo consignado en el DEUC, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad. Ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, son contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre competencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor competencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).



Partiendo de esta premisa, el citado principio de proporcionalidad está asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras).

Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”*

Por otra parte, este Tribunal entiende que no es reprochable al órgano de contratación que no solicitara la subsanación del defecto advertido a la adjudicataria, pues en el momento del procedimiento de licitación en que éste se advirtió, estaba clara la voluntad inequívoca de subcontratar por parte de la licitadora, y siendo así podemos decir que la mesa siguió un criterio razonable y acorde a la búsqueda de la máxima concurrencia y la salvaguarda del interés público. En este mismo sentido, al tratar un supuesto similar se pronunció este Tribunal en su Resolución 48/2019, de 27 de febrero, al afirmar que *“De igual forma, de la documentación global que compone la propuesta de SECURITAS se desprende su voluntad inequívoca de licitar a ambos lotes, cuestión que, por otra parte, no es discutida por GRUPO CONTROL en el recurso. Es por ello que cabe calificar como razonable el criterio adoptado por la mesa, puesto que en ningún caso supuso sustituir la voluntad de la adjudicataria o ejercer juicio valorativo alguno, sino que se trató de la única interpretación posible dentro del marco legal.”* Es el criterio seguido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado- en la actualidad, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado- en su informe 23/2008, de 29 de septiembre, que ha sido acogido en supuestos similares al que aquí analizamos por otros órganos de resolución de recursos, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 283/2012, de 14 de diciembre, o el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en las Resoluciones 70/2014, de 23 de octubre y 78/2015, de 10 de septiembre.

En el presente caso, ante la discordancia entre ambos documentos, es razonable que prime lo manifestado en la oferta, por su carácter específico, sobre lo señalado en el DEUC.”



Pues bien, en el supuesto que estamos analizando resulta que el pliego no establecía la obligación de cumplimentar el apartado D del DEUC; y que del conjunto de la oferta de la adjudicataria resulta clara su voluntad de encargar el plan de actuación para ejecutar el mantenimiento correctivo a VEOLIA, sin que SERUNION tenga que acudir a esa subcontratación para completar su solvencia.

En este sentido, no puede estimarse la alegación del recurso de que no consta en el expediente la acreditación de la solvencia técnica de SERUNION ni en el momento de la presentación de ofertas ni en el momento de la adjudicación, ni tampoco la de las empresas locales. SERUNION acreditó su solvencia mediante la aportación de su clasificación, tal como prevén los Anexos XV y XVI del PCAP. Y respecto de las empresas subcontratistas, la acreditación de dicho requisito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.2 b) de la LCAP la cláusula 16 del PCAP, tendría que tener lugar con posterioridad a la adjudicación del contrato. Tampoco procede la aplicación del artículo 75 de la LCSP, ya que este contempla la integración de la solvencia con medios externos, supuesto que no concurre en el presente caso.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, cabe reseñar que la puntuación obtenida por SERUNION en este apartado de su oferta es de un punto, por lo que de la hipotética estimación de este motivo del recurso no se derivaría la adjudicación del contrato a la recurrente, al existir una diferencia de más de cinco puntos.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

UNDÉCIMO. En el último motivo del recurso se denuncia que se ha seleccionado la oferta más onerosa para la Administración. Para ello, tras señalar que el artículo 1 de la LCSP establece como objetivo la selección de la oferta económicamente más ventajosa, manifiesta que se ha seleccionado una oferta en la que la proposición económica tiene una diferencia respecto de la media de más de 100.000 euros.

El órgano de contratación en su informe al recurso alega que el concepto de oferta económicamente más ventajosa procede del Derecho comunitario de la contratación pública, y es asumido por la LCSP, siendo concebida como aquella que presenta la mejor relación calidad/precio. En consecuencia cabe distinguir entre aquellos procedimientos que seleccionan la oferta que presente el precio más bajo y aquellos en que la selección se hace en función de una pluralidad de criterios, como ocurre en el presente contrato, en el que la oferta finalmente seleccionada es la que se en su conjunto presenta las mejores condiciones a juicio del



órgano de contratación. Por ello la oferta seleccionada será la que más puntuación obtenga de la totalidad de los criterios evaluables, no teniendo porqué coincidir con aquella oferta que sea la más barata.

SERUNION realiza similares alegaciones a las del órgano de contratación, indicando que el hecho de emplear varios criterios, de dotar de menor puntuación al precio, incluso de que la oferta adjudicataria sea más cara que la de otras licitadoras es acorde a las directivas europeas. Manifiesta que sobre este último aspecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction Ltd contra County Council of the County of Mayo, C-19/2000, puso de relieve la posibilidad de que se adjudique el contrato a la oferta más ventajosa aunque su coste final pueda ser más elevado. Añade que en el procedimiento existían una pluralidad de criterios de adjudicación, criterios cualitativos y económicos: i) criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor -sobre nº 2(memoria de trabajo 14 puntos, dietas de pacientes 10 puntos, alimentación en cafetería 10 puntos y plan de mantenimiento 3 puntos); y ii) criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas- sobre nº 3 (oferta económica 55 puntos, pan recién horneado 4 puntos, plan ahorro energético 3 puntos y contratación de personas desfavorecidas 1 punto)(Anexo XI PCAP).

Añade que posteriormente, tras la valoración del contenido de los sobres nº 3, la mesa acordó que la mejor oferta en base a los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas era la de SERUNION (antecedente duodécimo resolución de adjudicación), reproduciendo el cuadro resumen de las puntuaciones de todos los criterios, y no únicamente, la parte económica como hace la recurrente.

Pues bien ha de señalarse que este motivo del recurso desconoce los más elementales principios de la contratación pública en relación con la existencia de una pluralidad de criterios de adjudicación, asistiendo la razón tanto al órgano de contratación como a la entidad adjudicataria, sin que sean precisos mayores razonamientos para desestimar este motivo del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SODEXO IBERIA S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 9 de octubre de 2019, por el que



se eleva propuesta de adjudicación, y contra la resolución de 18 de noviembre de 2019 por la que se adjudica el contrato en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “*Contrato Administrativo Mixto de Servicio de Cocina y Concesión de Servicio de Cafetería*” (expediente PA22/APESHAG-13578/19), promovido por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, adscrita al Servicio Andaluz de Salud

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO. Notificar 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.

