Recurso 296/2022
Resolución 439/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.G.B.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de Redacción de Proyecto Básico y de Ejecución, Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de obras, Dirección de Obra Instalaciones, en su caso, y Coordinación de Seguridad y Salud para Reforma Parcial del Edificio del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga ", (Expte. CONTR 2021 0000680684), tramitado por la actual Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de diciembre de 2021 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 y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 272.959,48 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.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el 20 de junio de 2022, acuerda excluir del procedimiento de adjudicación la oferta presentada por A.G.B. (en adelante, A.G.B.). El referido acuerdo de exclusión fue publicado en el perfil de contratante con fecha 18 de julio de 2022 y notificado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público al licitador excluido en esa misma fecha.

SEGUNDO. El 25 de julio de 2022, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por A.G.B. contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 20 de junio de 2022 y ratificado por el órgano de contratación mediante resolución de 12 de julio de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente tuvo entrada en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna dentro del plazo establecido 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.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un contrato de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la resolución del órgano de contratación ratificando la exclusión de A.G.B. acordada por la mesa de contratación, fue notificado a la recurrente con fecha 18 de julio de 2022, por lo que el recurso presentado el 25 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Con carácter previo y para una mejor comprensión de la controversia que el presente recurso plantea conviene traer a colación las siguientes actuaciones de la mesa de contratación, llevadas a cabo durante la tramitación de la presente licitación, y que obran en el expediente remitido a este Tribunal por el órgano de contratación.

La mesa de contratación en su sesión de 9 de febrero de 2022 procede a la apertura de los sobres electrónicos nº 3, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, y tras la lectura de las ofertas económicas presentadas por las distintas licitadoras y la valoración de los restantes criterios de adjudicación, de conformidad con las previsiones contenidas en el anexo XI del pliego de cláusulas

administrativas particulares (PCAP), relativo a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, determinó que las ofertas presentadas por varias de las licitadoras, entre los que se incluía la recurrente, incurrían en valores anormalmente bajos o desproporcionados, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 149.4 de la LCSP y en la cláusula 10.5 del PCAP, se evacuó trámite de audiencia a las personas licitadoras afectadas a fin de que justificasen la viabilidad de sus ofertas.

La mesa de contratación en el curso de su cuarta sesión, celebrada el 6 de mayo de 2022, tras examinar la documentación aportada por A.G.B. como justificación de su oferta y en la que declaraba contar con un equipo técnico para la ejecución del contrato, acuerda conceder "*un plazo de tres días naturales a A.G.B. con el objeto de que aclare y/o justifique qué vínculo profesional le une con el equipo técnico*".

El 20 de junio de 2022, la mesa de contratación celebra una nueva sesión en la que, según consta en el acta de la misma, se adopta el siguiente acuerdo: *"3.- Se procede a examinar la documentación puesta a disposición de la Mesa a través de SiREC, y se comprueba que A.G.B. ha presentado en tiempo y forma las alegaciones requeridas en trámite de audiencia. Se procede entonces a examinar la documentación aportada por el licitador para justificar el vínculo profesional que une a A.G.B. con el referido equipo técnico.*

Analizada la documentación requerida al licitador, se desprende que los técnicos propuestos para la ejecución del contrato no son sus asalariados, sino que todos son profesionales liberales autónomos y que entre ellos y el licitador les une un compromiso profesional de vinculación que entregaría a petición de este órgano de contratación en caso que resultase adjudicatario del contrato. A este respecto, se verifica que en el Documento Europeo Único de Contratación, A.G.B. declaró que no se basaba en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V y que no tenía previsto la intención de subcontratar.

Por consiguiente, a la vista de las justificaciones aportadas, dado que el licitador ha modificado o variado su oferta, en el sentido que no cabía duda que en el sobre 1 y 3 concurría como un único licitador, no siendo hasta el trámite de justificación de la viabilidad de su oferta cuando ha procedido a expresar que concurría junto a otros, la Mesa acuerda que A.G.B. quede excluido de la clasificación de las proposiciones.".

1. Alegaciones de la recurrente.

Disconforme con el acuerdo adoptado por la mesa, A.G.B. presenta recurso especial por el que solicita a este Tribunal la anulación de su exclusión del procedimiento de licitación. Argumenta al efecto que incurrió en un mero error material en la cumplimentación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC en adelante), al declarar que no basaba su capacidad en otras entidades y que no tenía la intención de subcontratar, error del que afirma no haber sido consciente hasta que le fue notificada su exclusión. Por lo que alega que: *"Se trata por tanto, a mi entender, de un error subsanable y fácilmente corregible en un documento administrativo que no altera en nada la solvencia económica y técnica del licitador y su aptitud para el desempeño del contrato".*

Afirma que *"en el espíritu de mi oferta siempre ha estado la de ejecutar el contrato, en caso de ser adjudicatario, con el equipo de profesionales que colaboramos habitualmente".* Esgrime que la propia naturaleza y alcance del contrato hace imposible que una única persona desempeñe la totalidad de las funciones del contrato, por lo que en el sobre 3 hizo constar la titulación de otro personal técnico, aspecto que considera corrobora su intención de subcontratar ciertas partes del contrato, por lo que concluye "*que no considero que haya modificado o variado la oferta sino que ha sido un error material humano en la redacción del DEUC que propicia esa incongruencia entre este documento y las justificaciones aportadas posteriormente".*

2. Alegaciones del órgano de contratación

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone a las pretensiones de la recurrente y defiende la correcta actuación de la mesa de contratación al acordar la exclusión de A.G.B. del procedimiento de adjudicación.

Alega al respecto que en el propio escrito de interposición el recurrente reconoce haber concurrido sólo a la licitación, y ello al afirmar expresamente lo siguiente*: "En mi caso, al presentarme sólo, estaba claro que iba a subcontratar(…)".* Afirma el órgano de contratación que: "*Si la persona licitadora hubiera recurrido a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la LCSP debería haber aportado su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que figurase la información pertinente por cada una de las entidades de que se trate; si la persona licitadora hubiera deseado concurrir integradas en la unión temporal, debería haber presentado un DEUC separado en el que figurase la información requerida en las partes II a V por cada empresa participante todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 140 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, , y la Claúsula 9.2.1 del PCAP que rigen esta licitación".*

Considera que el error en la cumplimentación del DEUC que alega el licitador, no es un defecto subsanable sino por el contrario un incumplimiento material de las reglas de participación en la licitación, puesto que no ha presentado su oferta conforme a las exigencias del PCAP. Afirma al respecto que: *"De considerarse subsanable ese defecto se estaría cambiando la forma de participación en la licitación del operador económico, estaría variando su oferta, pudiéndose considerar que estamos ante una presentación de una nueva oferta, extemporánea y por tanto fuera de plazo, lo que supondría un trato de favor a ese licitador en detrimento de los demás que presentaron su oferta y cumplieron los requisitos exigidos en el Pliego".*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

La controversia que el presente recurso plantea se centra en discernir si es correcta la exclusión de A.G.B. del procedimiento de adjudicación motivada por la discrepancia entre lo declarado en el DEUC y la documentación presentada con posterioridad como justificativa de la viabilidad de la oferta, o si por el contrario y como se afirma en el escrito de recurso, se trata de meros errores materiales en la cumplimentación del DEUC susceptibles de subsanación.

La discrepancia se produjo en relación a la integración de la solvencia no declarada inicialmente en el DEUC por el licitador. La posibilidad de acudir a la integración de la solvencia exigida con medios externos está prevista en el artículo 75 de la LCSP que señala que *"Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades".*

El pliego que rige la licitación reconocía dicha posibilidad señalando en la cláusula 9.2.1.b), lo siguiente:

"9.2.1. b) Documento Europeo Único de contratación (DEUC)
Conforme a lo establecido en los artículos 140 y 141 de la LCSP se presentará una declaración responsable que se ajustará al formulario del Documento Europeo Único de contratación (DEUC) establecido por el Reglamento (UE) n.º 2016/7 (DOUE de 6/01/2016) accesible a través de la siguiente dirección https:// visor.registrodelicitadores.gob.es/espd-web/filter?lang=es El modelo se adjunta como anexo II.
(...)

En el caso de que la persona licitadora recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la LCSP deberá aportar su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que figure la información pertinente por cada una de las entidades de que se trate.

Las personas empresarias que deseen concurrir integradas en la unión temporal, deberán presentar un DEUC separado en el que figure la información requerida en las partes II a V por cada empresa participante.(...)"

Por tanto, el PCAP exige que en caso de integración de solvencia se debe incluir una declaración responsable (DEUC) de cada una de las empresas en cuestión, requisito que no fue cumplido por la recurrente, según indica, debido a un error. Pero no solo no incluyó con su oferta tal declaración responsable de la otra empresa, sino que expresamente, tal y como consta en el expediente remitido, A.G.B. había indicado en el apartado C de la parte II del DEUC que presentó en la licitación, que "No" a la pregunta "¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?". Igualmente en el apartado D de la parte II del DEUC indicó que "No" a la pregunta "¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?.

Por su parte en la "Parte VI: Declaraciones finales" del DEUC, realizó la siguiente declaración : *"El o los abajo firmantes declaran formalmente que la información comunicada en las partes II – V es exacta y veraz y ha sido facilitada con pleno conocimiento de las consecuencias de una falsa declaración de carácter grave. El o los abajo firmantes declaran formalmente que podrán aportar los certificados y otros tipos de pruebas documentales contemplados sin tardanza, cuando se les soliciten".*

No obstante, cuando es requerido A.G.B. para subsanar la viabilidad de su oferta, según consta en el acta de la mesa, "*se desprende que los técnicos propuestos para la ejecución del contrato no son sus asalariados, sino que todos son profesionales liberales autónomos y que entre ellos y el licitador les une un compromiso profesional de vinculación que entregaría a petición de este órgano de contratación en caso que resultase adjudicatario del contrato".*

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 la 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, en este sentido se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 360/2019, de 31 de octubre:

> *"Así las cosas, aun cuando desde una perspectiva teórica la subcontratación de la explotación de la CRA era posible al amparo de la normativa sectorial y de los pliegos de esta contratación, la entidad adjudicataria se autolimitó cuando afirmó y declaró en el DEUC que no iba a subcontratar, dejando de aportar la información requerida al respecto. Tal declaración es tan clara y rotunda que no admite modulación ni aclaración alguna, aparte de que afecta a aspectos sustanciales de la contratación y no a meros datos generales informativos de esta, por lo que permitir ahora que la adjudicataria subcontrate la explotación de la CRA en contra de lo inicialmente declarado supondría una clara vulneración del contenido de los pliegos y del principio de igualdad de trato, en claro beneficio de la entidad adjudicataria incumplidora de los mismos."*

En parecidos términos, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 995/2019, de 6 de septiembre, que establece que:

> *"En todo caso la cumplimentación del DEUC con respuestas que no respondían a la verdad de los hechos lo colocó en una posición de ventaja respecto de aquellos que, en su misma situación, los certificaron correctamente, exigiéndoles por ello el cumplimiento de la obligación prevista en el PCAP, cumpliendo tal obligación o siendo excluido por no cumplirla, mientras que la recurrente eludía el cumplimiento de la obligación impuesta en el PCAP, vulnerando con ello los principios de igualdad de trato y no discriminación que presiden la contratación administrativa, conforme a los artículos 1.1 y 132 de la LCSP.*
> *Por ello, no procedía subsanar el vicio, aun aceptando que se produjo por error, en el trámite del articulo 150.2 LCSP, pues era insubsanable, tanto porque no puede corregirse después de*

completada la fase de valoración, pues la declaración debía presentarse con la oferta conforme al artículo 215.2.a) LCSP, como porque tal subsanación, de admitirse extemporáneamente una vez propuesta la adjudicación del contrato, vulneraría los principios, no solo contractuales sino constitucionales, de igualdad de trato y no discriminación, respecto de aquellos licitadores que, en idéntica situación de hecho, por haber cumplimentado correctamente el DEUC, a diferencia de la recurrente, cumplieron la obligación del PCAP en tiempo y forma, o fueron excluidos por no cumplirla".

En consecuencia, el licitador A.G.B. faltó a la diligencia que le era exigible al no cumplimentar el DEUC correctamente, obligación que le impone tanto la LCSP como el PCAP, y debe por tanto soportar las consecuencias que de ello se derivan, sin que la presentación extemporánea de un DEUC corregido con el recurso subsane el incumplimiento producido y pueda ser admitido.

Con base en las consideraciones realizadas, este Tribunal concluye que la exclusión acordada por la mesa por estos motivos fue correcta, y en su consecuencia el recurso debe ser desestimado.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.G.B.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de Redacción de Proyecto Básico y de Ejecución, Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de obras, Dirección de Obra Instalaciones, en su caso, y Coordinación de Seguridad y Salud para Reforma Parcial del Edificio del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga ", (Expte. CONTR 2021 0000680684), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local en Málaga.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.