Recurso 269/2023
Resolución 304/2023
Sección tercera

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

Sevilla, 6 de junio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MACROSAD S.C.A.,** contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio a personas dependientes en el municipio de Gines (Sevilla)" (Expte. 1113/2023), promovido por el Ayuntamiento de Gines (Sevilla), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de marzo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y previamente el 7 de marzo en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.850.674,35 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 la sesión celebrada el día 9 de mayo de 2023 acuerda la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. El 12 de mayo de 2023, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MACROSAD S.C.A. (en adelante la recurrente) contra la exclusión de su oferta del contrato mencionado en el encabezamiento. El Ayuntamiento no lo remitió a este Tribunal hasta el día 23 de mayo con un claro incumplimiento del plazo de dos días establecido en el artículo 56 de la LCSP. El día 29 de mayo vuelve a enviar documentación complementaria el órgano de contratación.

El 26 de mayo de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal dio trámite por plazo de 5 días a las entidades interesadas el día 29 de mayo de 2023. No se han presentado alegaciones por parte de ninguna de las mismas.

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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Gines (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación requerida para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo por el que se declara la exclusión del procedimiento, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del 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, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo impugnado fue publicado el 9 de mayo de 2023 en el perfil de contratante, por lo que, aunque no consta la notificación del mismo, el recurso presentado el 12 de mayo de 2023 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que se circunscriben al motivo del recurso contra la exclusión de la oferta de la ahora recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la exclusión de su oferta solicitando a este Tribunal "*se declare la nulidad de la exclusión de Macrosad SCA, por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho del presente recurso, acordando la retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediato anterior al acuerdo de exclusión de dicha entidad.*"

Expresa que "*el Acta de la Mesa de Contratación, en la que se lleva a cabo la calificación de la documentación presentada a efectos de subsanación de la documentación administrativa, admisión de licitadores y, apertura de sobre b si procede, se recoge que la exclusión (…) radica en la declaración de adscripción de medios. En este sentido señala de manera explícita que (…) no usa el modelo del Anexo 1.8, afirmación ésta TOTALMENTE ERRONEA, ya que*

como se puede comprobar en el expediente de contratación, así como en el DOCUMENTO Nº TRES, que se aporta a este escrito, el modelo presentado por Macrosad, tras el requerimiento de subsanación, es idéntico al modelo que recoge el PCAP(…)".

Estima que "*no existe motivo de exclusión (…) ya que no se da en ningún momento la falta de adecuación del modelo Anexo 1.8, Es decir, la exclusión no se encontraría fundamentada(…)".*

En segundo lugar, señala que el modelo de declaración de adscripción de medios no hace referencia a los medios a adscribir al contrato según el apartado 18 del cuadro resumen del PCAP. En este sentido, expresa que la mesa de contratación fundamente su acuerdo de exclusión en que no se hace referencia a los medios a adscribir al contrato según el apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP.

Indica que: *"En este sentido, y tal y como puede desprenderse del anexo presentado (DOCUMENTO NP TRES), Macrosad cumple con el art. 76 de la Ley de Contratos del Sector Público, utilizando el modelo Anexo 1.8 del PCAP, y realiza una declaración de compromiso de adscripción de medios personales, Por lo que en ningún momento existe una falta de referencia a los medidos a adscribir al contrato.*

Es más, el PCAP hace obligatoria dicha adscripción de medios, la cual suscribe Macrosad a través de la presentación de su Anexo 1.8 y lo complementa adscribiendo más medios de los obligatorios según el PCAP.

Tal que así, en lo relativo a la adscripción obligatoria del Responsable de Coordinación y el Coordinador del servicio, Macrosad, con su presentación del Anexo 1.8 cumple con ese compromiso de adscripción de medios y así lo evidencia con su identificación de ambos perfiles en el mencionado Anexo. En cuanto a la dedicación del Responsable de Coordinación y del Coordinador del Servicio no aparece reflejada explícitamente en dicho anexo ya que no se identificaba tal aspecto en el Anexo del PCAP. Además, al ser una adscripción de medios obligatoria, tal y como establece el apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP, es obvio y no admite discusión, que dicha adscripción de medios realizada por Macrosad/ lleva aparejada el cumplimento estricto del PCAP que rige la presente licitación y todo lo que en él contenga, y en concreto la dedicación y experiencia profesional del Responsable de Coordinación y del coordinador del servicio.

Igualmente, deben tenerse presentes, entre otros preceptos, el artículo 122.2 , según el cual, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación de/ contrato; las consideraciones sociales laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de fas partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo de/ artículo 214,1; la obligación de! adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción/ atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos".

Termina alegando que conforme al artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, y que por tanto al entidad recurrente "*por tanto, al presentar su oferta, así como su modelo, conforme al Anexo 1.8 del PCAP, aceptaba de manera incondicionada el contenido de todas las cláusulas del Pliego".*

Continúa las alegaciones señalando que existe la posibilidad de solicitar aclaración sobre el anexo 1.8 por la mesa de contratación. Interesa la aplicación el artículo 76 de la LCSP que regula la concreción de las condiciones de solvencia, expresando que se encontraría ante compromiso de adscripción de medios y que es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, sobre la base del artículo 150.2 de la LCSP. Así señala que: *"(…) ningún obstáculo existe para que un licitador, al relacionar en su proposición los medios de que dispone, deje para la fase del artículo 150.2 de la LCSP, la aportación de la documentación acreditativa de tal disposición efectiva para dar cometido a la ejecución del contrato. Y es que no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación por no especificar la experiencia profesional o titulación académica de esos medios personal".*

Invoca igualmente el artículo 95 de la LCSP, así como la Recomendación 2/2022, de 5 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Estima pues que lo que existía era la obligación de solicitar aclaración a pesar del requerimiento de subsanación, ya formulado, citando el principio de proporcionalidad. Termina alegando que sería contrario a la libre concurrencia, igualdad ya la prohibición de discriminación o trato desigual respecto de otros licitadores, invocando los arts. 1, 131 y 132 LCSP.

2. Argumentos del órgano de contratación.

Centra sus argumentos en la cláusula 9.2.1 del PCAP que rige la licitación, con relación al sobre A relativa a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, cuando señala que respecto al compromiso de adscripción de medios, que de acuerdo con el artículo 76.2 de la LCSP, es en el cuadro resumen donde se exige a los licitadores, además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, donde se comprometen a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, incluyendo en el sobre A, este compromiso de dedicación o adscripción de los *"medios personales y/o materiales suficientes"* para ello. Asimismo, en el apartado 18 del cuadro resumen.

Señala el acuerdo de exclusión que no se fundamenta en el uso del modelo para la exclusión, sino en el análisis que se hace del documento presentado en el cual ya no se habla de falta de uso del modelo, sino de falta de acreditación de la adscripción de medios personales

Reproduce el argumento contenido en el acta de la mesa de contratación cuando señala:

"El asesor técnico en materia de contratación explica a los miembros de la Mesa que lo exigido en este momento de la licitación son manifestaciones de compromiso por parte de los licitadores, realizadas en modelos incorporados al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Respecto a los medios a adscribir a la ejecución del contrato, en este momento se exige una declaración de compromiso de adscripción, conforme prevé el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público, utilizándose el modelo del Anexo 1.8 del PCAR Posteriormente se requiere al adjudicatario que, además, aporte la identificación personal de estos medios y un compromiso firmado por cada persona incluida en la declaración, admitiendo su adscripción y declarando ser ciertos los datos aportados por el licitador respecto a él, Si observamos la declaración presentada por MACROSAD, se trata de una mera declaración de los medios personales que participarán en la ejecución del contrato, pero no un verdadero compromiso de

adscripción de medios, como lo demuestra el hecho de haber incorporado al personal auxiliar de ayuda a domicilio, o el personal de administración, sin concretar su número ni dedicación, Tampoco se aclara la dedicación ni del Responsable de Coordinación ni del Coordinador del Servicio, que aparecen como partes del listado de personal, ni la experiencia mínima que tendrían.

Este error en la declaración responsable podría ser fácilmente subsanable si no se hubiese presentado en fase de subsanación, ya que no es viable legalmente, en aplicación del principio de igualdad de los licitadores, solicitar una segunda subsanación. Por ello, entiende el asesor técnico que, si la Mesa considera que no se ha aportado el compromiso conforme a lo exigido, lo que procedería es la exclusión del licitador.

La Mesa considera el Documento aportado NO CORRECTO".

Hace especial énfasis en que el texto del acta de la mesa señala como motivo de la exclusión que la entidad recurrente *"no subsana correctamente las deficiencias de su documentación administrativa en los términos reflejados en la presente acta".* Alega que respecto del fondo del asunto cuando la entidad recurrente se refiere a que se acoge a la cláusula 18 del PCAP, es decir, que *"la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna",* no es más que un artificio para señalar que se presentaba la adscripción de medios. Es decir, que no puede sostener que, por presentar su oferta, así como su modelo, conforme al anexo 1.8 del PCAP acepta de manera incondicionada el contenido de todas las cláusulas (sic) del pliego, y por ende, también del apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP. Lo fundamenta en el propio artículo 76, 139.1, y sobre todo el artículo 150 de la LCSP.

Expresa que "*la ley contempla dos momentos distintos en el procedimiento de adjudicación respecto de la adscripción de medios personales y materiales exigidos en los pliegos:*

a) El compromiso a realizar por todos los licitadores en sus ofertas de adscribir los medios personales y materiales previstos en los pliegos.
b) La acreditación por parte del propuesto como adjudicatario de disponer de los medios personales D materiales exigidos, y que en el momento anterior se comprometió a adscribir.

Por ello han de rechazarse todas las argumentaciones del recurrente incluidas en su apartado tercero del recurso intentando justificar que lo exigido por la Mesa debería haberse hecho posteriormente, con carácter previo al momento de la adjudicación, confundiendo los dos momentos del procedimiento y las dos normas que lo regulan (artículos 762 y 150,2 LCSP)."

Señala que "l*a adscripción de unos medios personales*" son clave en la ejecución de este servicio. Expresa que lo que el licitador ha hecho "*no es comprometerse a su asignación, a su adscripción, sino a su mera participación, incluyendo personal (la mayoría) que se integra en lo que se considera normalmente como costes indirectos o incluso gastos generales de los servicios (equipo financiero, equipo tecnológico, dirección territorial, etc.)".* Por ello se entiende que "*el licitador ha incumplido el deber formal de comprometerse a adscribir los medios personales exigidos en el apartado 18 del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (….)".*

En cuanto al artículo 95 LCSP, solicitar aclaración o documentación complementaria con carácter previo a la exclusión, señala que "*hubiera sido más acorde con la doctrina consolidada por el Tribunal de Recursos contractuales de la Junta de Andalucía en sus resoluciones (v,g., entre otras muchas la Resolución 289/2016, de 11*

de noviembre y la 9/2019, de 17 de enero, entre las más recientes), en las que ha invocado la Sentencia del Tribunal General de fa Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)r conforme a la cual 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".

Expresa que "*no puede tener acogida este argumento de la recurrente, entendemos, por tres razones:*
a) En primer lugar, porque la utilización del mecanismo previsto en el artículo 95 LCSP es optativo para la Mesa y el órgano de contratación, por lo que no puede justificarse un incumplimiento legal en su no utilización.
b) En segundo lugar, porque ninguna duda tuvo la Mesa sobre el alcance del error del licitador, pero sí sobre sus consecuencias, que fue lo consultado al asesor. Y por ello, de haberse empleado el mecanismo del artículo 95 LCSR lo que el licitador hubiese presentado no hubiese sido una aclaración, sino una modificación o subsanación de su declaración de todo punto errónea.
c) Y en relación con lo anterior, la reciente doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entiende que los errores en las declaraciones de adscripción de medios no son subsanables, al constituir parte de la oferta del licitador, tal y como expone en un caso similar (Resolución 24/2023, de 13 de enero de 2023):
"Si se permitiera modificar, con posterioridad a la presentación de las proposiciones, el número de cirujanos quirúrgicos especialistas ofertados, no se trataría de una mera subsanación de un error material numérico, sino que se produciría una auténtica modificación o mejora de la oferta en un aspecto que es esencial, por lo que no es aceptable por vulnerar los principios de igualdad y transparencia ".

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Análisis de los motivos del recurso.

Señala el PCAP sobre la adscripción de medios lo siguiente en la cláusula 9.2.1, relativo a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos:

"***Compromiso de adscripción de medios.-*** *En caso de que, como establece el artículo 76.2 de la LCSP, en el CUADRO RESUMEN se exija a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, en el SOBRE A se incluirá el compromiso de dedicación o adscripción de los medios personales y/o materiales suficientes para ello (ANEXO I.8)." (…)*

La Mesa de Contratación calificará la documentación referida anteriormente, en la forma indicada en la cláusula 10.2 de este pliego. Cuando ésta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días hábiles a la licitadora para que los corrija.(…)"

"También se exigirá con carácter previo a la adjudicación, la documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, en su caso.(…)".

Por otra parte, la cláusula 10.4 señala:

"*10.4.- Requerimiento de documentación, previo a la adjudicación.*

Determinada la mejor oferta, la Mesa de Contratación requerirá a la entidad licitadora que la presentó para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento,

presente la documentación relacionada en este apartado, siempre que no se encontraran inscritos en el Registro Oficial pertinente y así lo hubieren acreditado, sin perjuicio de lo previsto en el art. 140.3 LCSP.

La documentación podrá aportarse en original o mediante copias que tengan carácter de auténticas o autenticadas conforme a la legislación vigente, a excepción de aquellos documentos que acrediten la constitución de la garantía definitiva, que deberán ser en todo caso originales. La expedición de copias de la documentación presentada al expediente se regirá por el art. 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas."
(…)
d) Documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se haya comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución de contrato.
Cuando en el CUADRO RESUMEN se haya exigido la adscripción de medios personales, deberá presentarse el Anexo III.1 especificando los datos de las personas adscritas al trabajo. Cuando además se hayan exigido determinadas condiciones de titulación y/o experiencia al personal técnico adscrito, deberá presentarse una "Declaración responsable del cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos al personal técnico asignado con carácter permanente al servicio", realizada conforme al modelo establecido en el ANEXO III.2, a la cual podrán anexar, en el caso de que así lo consideren necesario, un breve currículum vitae.
Durante el procedimiento de adjudicación, el personal técnico designado en el citado escrito no podrá ser sustituido por las personas licitadoras.
Durante la ejecución del contrato será necesaria la previa conformidad de la Administración para la sustitución de los miembros del personal técnico".

En el cuadro resumen se especificaba en el apartado 18 respecto de la adscripción obligatoria de medios:

"La empresa licitadora deberá adscribir al contrato:
- a tiempo parcial un Coordinador o Coordinadora del Servicio con al menos 3 años de experiencia en trabajos similares (coordinación de servicios de ayuda a domicilio a personas dependientes) de forma ininterrumpida, o de forma interrumpida en los últimos 5 años, con titulación suficiente, según Convenio Colectivo.
- a tiempo parcial un Responsable de Coordinación, que tendrá una experiencia de al menos 3 años de experiencia en trabajos similares (responsable o director de coordinación de servicios de ayuda a domicilio a personas dependientes) de forma ininterrumpida, o de forma interrumpida en los últimos 5 años, con titulación suficiente, según Convenio Colectivo.

X SI constituye una obligación esencial, por lo que su incumplimiento será causa de resolución del contrato (art. 211 LCSP)".

A la vista de expediente remitido, en la página 245 figura el requerimiento de subsanación el cual es conforme a la cláusula 10.4, pues no constaba la declaración de adscripción de medios. Podemos observar la forma en la que se le requería donde se le solicitaba entre otra documentación "*la declaración de adscripción de medios",* y la advertencia de un posible incumplimiento de la subsanación cuando señalaba: *"(…) si en el plazo concedido al efecto no procede a la subsanación de la documentación, se le excluirá del procedimiento de adjudicación".*

Expuestas las argumentaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen, que en lo que respecta a la acreditación de la subsanación realizada consta en el expediente en la página 278 a 280 el siguiente contenido:

"DECLARACIÓN DE ADSCRIPCION DE MEDIOS

Da./D. (...), en nombre y representación de Macrosad SCA, con domicilio en Mengíbar, provincia de Jaén, Parque Científico Tecnológico Geolit, Avd. de la Innovación, n. 03.

DECLARA
Que para la ejecución del Contrato de Servicio de Ayuda a Domicilio a Personas Dependientes en el Municipio de Gines (Expediente 1.113/2023) se adscribirán los siguientes medios personales:

Directora Territorial.
Responsable de Coordinación.
Personal de Coordinación.
Equipos de apoyo y soporte:
Equipo Financiero y de logística. o Equipo Tecnológico. o Equipo de Desarrollo. o Equipo de Innovación.
Equipo de Recursos Humanos. o Equipo de Asistencia Integral. Auxiliares de ayuda a domicilio".

A la vista de lo anterior y partiendo de la consideración que realiza la recurrente en su propio recurso, de que todo licitador que se presente a un procedimiento de adjudicación pesan una serie de cargas para poder optar a la válida adjudicación del contrato. Una de ellas es la de presentar la oferta conforme a las exigencias de los pliegos que rigen la contratación. Los cuales, como se desprende del artículo 139 de la LCSP, constituyen la lex contractus. La sola presentación de la proposición supone ex lege la aceptación incondicionada por el licitador de las condiciones establecidas en los pliegos.

Como se puede observar, no figura entre los extremos de la documentación presentada en sede de subsanación los anexos a los que se refería la cláusula 10.4 del PCAP. Solo presentó el Anexo I.8, por lo que se ha de concluir, por tanto, que la recurrente no aportó en el plazo concedido el documento acreditativo de la declaración de los medios personales precisos que requería el mismo pliego.

Por otra parte, no es posible admitir el motivo de impugnación de la entidad recurrente, en el que pretende que la mesa le hubiese requerido documentación adicional a través de subsanación o aclaraciones antes de proceder a la exclusión de su oferta, pues la misma es una potestad de la mesa de contratación, prevista en el artículo 95 de la LCSP, que debe ser empleada cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado y no cuando, como en el presente supuesto, con la documentación presentada no se acredita dicho cumplimiento, cual es la solvencia técnica o profesional por la recurrente, quedando por lo tanto dicho precepto reservado para casos muy concretos y debiendo ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad.

En el presente caso, una segunda subsanación, a juicio de este órgano, superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, se ha de desestimar el recurso especial en cuanto a la pretensión de entender presentada la documentación que acredita la solvencia técnica exigida en los pliegos con dicho anexo I.8, pues no solo con dicho anexo se debía entender cumplimentada.

Finalmente concluimos estimando que la exigencia de esta adscripción puede producirse en dos momentos del proceso de contratación, con diferentes finalidades y consecuencias. En un primer momento, a la hora de acceder a la licitación, como un requisito adicional a la solvencia, el PCAP puede exigir que junto con el DEUC o la declaración responsable el licitador presente un compromiso de adscripción de medios personales o materiales a

la ejecución del contrato, siempre que con ello no se limite la participación de empresas en la licitación, en este caso, los defectos en la documentación aportada son en este caso perfectamente subsanables.

El segundo momento viene determinado por la propuesta de adjudicación, en cuyo caso se requerirá al licitador que hubiese presentado la mejor oferta para que en el plazo de diez días hábiles presente la documentación justificativa de las circunstancias alegadas en la declaración responsable, el resguardo de constitución de la garantía definitiva, y la documentación acreditativa de disponer efectivamente de los medios personales o materiales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato.

Si no se cumplimenta adecuadamente este requerimiento en plazo, del tenor literal del artículo 150.2 LCSP parece desprenderse que en ese caso habrá que entender que el licitador propuesto ha retirado su oferta, exigiéndosele como penalidad el 3% del presupuesto base de licitación, pudiéndose iniciar contra el mismo expediente para la aplicación de causa de prohibición de contratar, y se recabará la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Este Tribunal ha venido a rechazar una interpretación rigorista y extrema del artículo 150.2 LCSP por entender que la finalidad del precepto es resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado pero no afecta a situaciones en que existe tal cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta, en que no cabe entender que se ha retirado la oferta sin que previamente se dé al licitador la oportunidad, como prevé la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de subsanar el defecto u omisión cometido.

Tal es así que, si bien sería posible admitir la subsanación del defecto consistente en que uno de los medios inicialmente adscrito a la ejecución del contrato hubiese sido sustituido por otro en el plazo concedido en el requerimiento de acreditación, y ello porque siempre es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir, se cumple con la adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles.

No obstante, no estamos ante ese supuesto, sino que, ante una primera subsanación no cumplimentada, tras la revisión de la aportada la mesa de contratación solicita que se le vuelva a requerir para que subsane la misma, lo cual no procede, siendo correcta su exclusión. Realmente pretende la entidad recurrente con la presente alegación es que por parte de este Tribunal se le conceda una subsanación de la subsanación, esto es una segunda subsanación.

Pues bien, sobre la posibilidad de una subsanación de la subsanación se ha pronunciado en varias ocasiones este Tribunal. En ellas se ha puesto de manifiesto que si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 33/2017, de 15 de febrero, 260/2018, de 21 de septiembre, 301/2018, de 23 de octubre y 108/2019, de 11 de abril, entre otras muchas).

A mayor abundamiento, en cuanto a la posibilidad de aclarar la oferta presentada para acreditar los requisitos técnicos exigidos antes de proceder a la exclusión de la licitación, se ha pronunciado este Tribunal en multitud de ocasiones, entre otras muchas en su Resolución 471/2022, de 22 de septiembre, en la que se afirmaba que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la doctrina citada señala que *"(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.*

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración».

Al respecto, 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.».

Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse o ampliarse por vía de aclaración.

Es palmario que en la no formulación del equipo no ha incurrido en error material, de tal suerte que si se le permitiese aclarar su oferta tendría que completar, lo cual no es lo mismo, para poder adaptarse a las exigencias del pliego, lo que como se ha expuesto no es posible.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la segunda alegación del recurso, no siendo posible una segunda subsanación ni en este caso una aclaración de la oferta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MACROSAD S.C.A.,** contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio a personas dependientes en el municipio de Gines (Sevilla)" (Expte. 1113/2023), promovido por el Ayuntamiento de Gines (Sevilla).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 26 de mayo de 2023.

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. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo-octava de la LCSP, dado el incumplimiento de plazos expuesto en los antecedentes de esta resolución.

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.

a)