

Recurso 564/2023
Resolución 607/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN S.A.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de Mantenimiento y Gestión Técnica de la Delegación Territorial de Salud y Consumo en Málaga», (Expte. CONTR 2023/658568), convocado por la Delegación Territorial de Salud y Consumo en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de agosto de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinario, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 214.589,40 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 3 de noviembre de 2023, el órgano de contratación dictó acuerdo por el que excluyó a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN S.A., (en adelante INGESAN o la recurrente), del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios arriba indicado, motivado por la discrepancia entre lo declarado en el Documento europeo único de contratación (DEUC) y la documentación previa a la adjudicación aportada.

SEGUNDO. El 23 de noviembre de 2023, la mercantil INGESAN presentó en el registro electrónico de la Administración General del Estado escrito de recuso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión referenciado. El mismo día el recurso tuvo entrada en el registro de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, recibándose asimismo en este Tribunal.

El 24 de noviembre de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, se recibió posteriormente en este Tribunal.

Mediante escrito de 29 de noviembre de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados otorgándole un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, no habiéndose recibido ninguna dentro del plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

INGESAN ostenta legitimación para la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución de exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, 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.

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

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la recurrente.

INGESAN en su escrito de recurso solicita a este Tribunal, la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta, a fin de que: *«Se retrotraigan las actuaciones para que por parte de la Delegación Territorial de Salud y Consumo en Málaga de la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía conceda a OHL SERVICIOSINGESAN, S.A. el correspondiente trámite de subsanación del DEUC presentado.»*

Como fundamento de su pretensión la recurrente alega los siguientes motivos:

(i) Mediante el primero de los motivos INGESAN aduce que el error en el que incurrió en la confección del DEUC, al manifestar su voluntad de no subcontratar, es un error material susceptible de subsanación, y así ha sido considerado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su reciente Resolución nº 1300/2023 del TACRC, de 11 de octubre, en la que en un caso similar al que ahora nos ocupa dice: *«es evidente que ha cometido un error en el DEUC, error que el Tribunal considera subsanable, porque se aprecia de los propios*



documentos introducidos en el sobre electrónico 1, y porque los errores en este sobre 1 son, en general, susceptibles de subsanación (apartado 6.1 del PCAP, y artículo 141.2 de la LCSP).»

(ii) INGESAN afirma contar con la habilitación para realizar tratamientos biocidas, estando inscrita en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas, desde noviembre de 2014. Por lo que, contando con la habilitación exigida a la fecha de presentación de ofertas, se trataría de un error subsanable, tan sólo pendiente de acreditación documental.

(iii) Por último, la recurrente esgrime que sería *«desproporcionado excluir a una oferta que ha cometido un error en el DEUC y/o no ha aportado la habilitación pertinente, máxime cuando el porcentaje de la DDD no llega al 0,4% del contrato.»*. Además de que supondría dejar de seleccionar a la oferta que, en principio, es la más conveniente para el interés general.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita su desestimación y se opone a las pretensiones de la recurrente defendiendo la correcta actuación de la mesa y del órgano de contratación, al acordar la exclusión de INGESAN del procedimiento de adjudicación.

Así y tras relacionar las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del expediente alega que en el presente asunto existe una discrepancia sustancial entre la declaración contenida en el DEUC y la documentación previa a la adjudicación aportada por la licitadora recurrente, que constituye una variación de la oferta presentada, en la cual inicialmente conforme al DEUC aportado se ofertaba la realización del servicio únicamente con medios propios, y con ocasión de la documentación previa a la adjudicación, la mercantil recurrente aportó declaración de subcontratación con empresas habilitadas, para los siguientes servicios:

- «Protección contraincendios, aportando además habilitación profesional propia para las actividades.*
- Alta tensión, aportando además habilitación profesional propia para las actividades.*
- DDD y Legionella.»*

Considera que tal proceder supone una variación de la oferta que, conforme a las previsiones contenidas tanto en la LCSP como en el pliego, es motivo de exclusión. Argumenta además que ese es el criterio de los tribunales administrativos de recursos contractuales, citando la resolución de este Tribunal 438/2022, de 2 de septiembre. A la vez que considera que no es de aplicación al presente asunto la resolución de 1300/2023, de 11 de octubre, del TACRC referida por la recurrente. En este sentido manifiesta que *«habida cuenta, ni en el DEUC aportado por la recurrente no aparece ningún error evidenciable en el propio documento, ni existe discrepancia o contradicción alguna entre lo expresado en el DEUC y el resto de la documentación integrante del sobre electrónico n.º 1, no procedía subsanación, en el momento de la calificación de la documentación de dicho sobre, y por ello la actuación de la mesa ha de entenderse correcta.»*

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 INGESAN del procedimiento de adjudicación motivada por la discrepancia entre lo declarado en el DEUC y la documentación previa a la adjudicación aportada por la licitadora recurrente; o si, por el contrario, y como se afirma en el escrito de recurso, se trata de un mero error material en la cumplimentación del DEUC susceptible de subsanación.



Consultado el Documento Europeo Único de contratación (DEUC) presentado por la recurrente en el sobre 1 para participar en esta licitación, se ha podido comprobar que INGESAN declaró en la parte II del DEUC la siguiente información a las siguientes preguntas:

- “ ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? No.”
- “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? No.”
- “¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros? No”

Por su parte en la parte IV del DEUC, conta que: “Respecto a los criterios de selección, el operador económico declara que: *Cumple todos los criterios de selección requerido: Si.*”

Finalmente, 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.*”

La mesa de contratación en su sesión de 10 de octubre de 2023 acuerda requerir a INGESAN la aportación, de la documentación previa a la adjudicación conforme a lo dispuesto en el art. 150.2 de la LCSP, y el contenido de la cláusula 10.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Entre la documentación solicitada en el requerimiento formulado dentro del apartado de “Documentos acreditativos de la personalidad y capacidad de la persona licitadora”, consta que se deberán aportar las habitaciones empresariales o profesionales para poder desarrollar las distintas áreas de actividad que le corresponde al objeto del contrato, y entre las que se relaciona expresamente la relativa al control de plagas, todo ello conforme a lo establecido en el apartado 4 del Anexo I, del pliego.

INGESAN atendiendo el requerimiento que le fue formulado, y entre la documentación presentada aportó una declaración responsable, suscrita por el apoderado de la entidad, mediante la que manifiesta que la empresa subcontratará los servicios expuestos en el siguiente cuadro, al que adjunta habilitación empresarial de cada empresa:

<i>EMPRESA</i>	<i>SERVICIO CONTRATADO</i>	<i>IMPORTE</i>
<i>(...) [uno]</i>	<i>Protección contraincendios</i>	<i>3.000 €</i>
<i>(...) [dos]</i>	<i>Mantenimiento Alta tensión</i>	<i>1.500 €</i>
<i>(...) [tres]</i>	<i>DDD y LEGIONELA</i>	<i>7.000 €</i>

De tales hechos se concluye que, tal y como apreció la mesa de contratación en su sesión de 3 de noviembre de 2023, existe discrepancia, entre la declaración contenida en el DEUC y la documentación aportada en el trámite de requerimiento de documentación previo a la adjudicación del artículo 150.2 de la LCSP. Así en el acta de la citada sesión consta que INGESAN: «*ha variado su oferta, ya que declaró mediante DEUC, que no recurría a la subcontratación y que reunía todos los requisitos establecidos, y en el trámite de acreditación de dicho cumplimiento, modificó su oferta mediante la subcontratación planteada, subcontratación que no resulta admisible, en base al DEUC presentado.*»; motivo por el cual propone la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación.

Frente a la calificación de la documentación efectuada por la mesa se alza la recurrente que defiende haber incurrido en un mero 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*». Tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos se concluye, 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 que afecta a los requisitos de solvencia exigidos por el pliego en la presente licitación.

Así la cláusula 6 del pliego relativa a la capacidad y solvencia de la persona licitadora para contratar, dispone entre los requisitos exigidos en el apartado 1) lo siguiente: «*Asimismo, deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato, según lo indicado en el Anexo I apartado 4.*»

Al respecto el citado anexo I apartado 4 del pliego dispone: «**4. CAPACIDAD Y SOLVENCIA**

Se exige habilitación empresarial o profesional: Si

La adjudicataria dispondrá, por si misma o a través de las subcontrataciones que eventualmente plantee, de la acreditación, certificación o habilitación empresarial necesaria para poder desarrollar las distintas aéreas de actividad que le corresponde al objeto del contrato.

– *Mantenimiento de instalaciones de protección contra incendios. Real Decreto 513/2017, de 22 de mayo, contempla todos los aspectos a tener en cuenta en la determinación de las condiciones y los requisitos exigibles al diseño, instalación/aplicación, mantenimiento e inspección de los equipos, sistemas y componentes que conforman las instalaciones de protección activa contra incendios.*

– *Mantenimiento de instalaciones de climatización. Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, Real Decreto 138/2011, de 4 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento de seguridad para instalaciones frigoríficas y sus instrucciones técnicas complementarias y Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan.*

– *Mantenimiento Centro de Transformación. Real Decreto 337/2014, de 9 de mayo, sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ITC-RAT 01 a 23.*

– *Control de plagas. Conforme a los artículos 3 y 4 del Real Decreto 830/2010, de 25 de junio, por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos biocidas. “Estarán capacitadas para realizar actividades laborales relacionadas con la aplicación de biocidas aquellas personas que acrediten haber superado una formación en dicho ámbito, según se establece en el art. 4.»*

Como resulta del artículo 139 de la LCSP, la presentación de una proposición implica que la misma se confeccione con arreglo a la propia LCSP, sus Reglamentos de desarrollo, los pliegos, y, en lo relativo a este caso, a las normas que se han de tener en cuenta al confeccionar el DEUC.



La ahora recurrente formuló su proposición sin indicar que recurriría a la capacidad de otras empresas o a la subcontratación para poder ejecutar la prestación objeto del contrato y cumplir con las habilitaciones exigida en los pliegos, relativa a distintas áreas de actividad entre la que expresamente consta el control de plagas. Pretendiendo con posterioridad integrar la habilitación para concurrir al procedimiento con medios ajenos, requisito de aptitud para contratar y que posibilita la ejecución del contrato conforme a lo exigido en los pliegos.

Además, resulta inviable aceptar la subsanación del DEUC pretendida por INGESAN en el momento procedimental de valoración de las ofertas, que devendría extemporánea por ser posterior a la fase de valoración de la documentación administrativa en la que se examina el DEUC.

En cuanto a la Resolución n.º 1300/2023 del TACRC citada por la recurrente como apoyo de su pretensión de subsanación del DEUC cabe señalar que el referido precedente no resulta de aplicación al presente asunto, tal y como alega el órgano de contratación en su informe, dado que como se recoge en el propio escrito de recurso, al reproducir el contenido de la referida Resolución, en aquél caso se consideró subsanable el error cometido en la confección del DEUC : *«porque se aprecia de los propios documentos introducidos en el sobre electrónico 1, y porque los errores en este sobre 1 son, en general, susceptibles de subsanación (apartado 6.1 del PCAP, y artículo 141.2 de la LCSP)»*. Presupuesto de hecho que no concurre en el presente asunto, en el que la contradicción en la declaración del DEUC no se pone de manifiesto respecto a una documentación contenida en el sobre 1, sino en un momento posterior, y con ocasión de la documentación aportada por la entidad propuesta como adjudicataria de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP, momento en el que como ya se ha manifestado deviene inadmisibles la subsanación del DEUC, dado que ello conculcaría el principio de igualdad y no discriminación entre los participantes en la licitación, así como el límite de inalterabilidad de las ofertas.

Por tanto, se desestima la pretensión de la recurrente de subsanar la declaración contenida en el DEUC.

En consecuencia, el licitador INGESAN faltó a la diligencia que le era exigible al no cumplimentar el DEUC correctamente, obligación que le impone tanto la LCSP como el pliego, debiendo por tanto soportar las consecuencias que de ello se derivan.

Con base en las consideraciones realizadas, y en congruencia con los términos de la pretensión esgrimida por la recurrente conforme a la cual se solicita la anulación de la exclusión y que se le confiera el correspondiente trámite de subsanación del DEUC presentado, 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 lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN S.A.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de Mantenimiento y Gestión Técnica de la Delegación Territorial de Salud y Consumo en Málaga», (Expte. CONTR 2023/658568), convocado por la Delegación Territorial de Salud y Consumo 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 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.

