

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 10 de junio de 2021

**VISTO** recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alerta y Control, S.A. (en adelante Alerta), contra el acuerdo de la Mesa de Contratación por la que se le excluye de la licitación Contrato: “Prestación de servicio de seguridad y vigilancia en los edificios e instalaciones adscritos a la Junta el Municipal del Distrito de Hortaleza del Ayuntamiento de Madrid” Expte: 300/2021/00177, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El 3 de marzo de 2021, se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 17 de febrero en el DOUE, con un valor estimado de 3.270.084,38 euros.

A la presente licitación se presentaron 10 empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.-** Mediante Acuerdo de la Mesa de 17 de mayo se excluye a la recurrente:

*“Excluir del procedimiento al siguiente licitador: CIF: A28978807 ALERTA Y CONTROL, S.A. - Motivo: En el apartado 26 del Anexo I del PCAP establece la no posibilidad de subcontratación. La empresa Alerta y Control SA cumplimenta en DEUC su intención de subcontratar parte de la prestación”.*

**Tercero.-** El 25 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Alerta.

**Cuarto.-** El 3 de junio de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 21 de mayo de 2021, e interpuesto el recurso el 25 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la exclusión del contrato, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**Quinto.-** La argumentación del recurrente se sustenta en haber padecido un “*error material*” en la cumplimentación del DEUC donde indicó su intención de subcontratar. Expresa que solo pudo ser un “*error*” habida cuenta que el Pliego no admite la subcontratación y no cumplimentó la parte referida a la empresa que tenía intención de subcontratar. Debió la Mesa darle plazo de subsanación. Cita Resolución nº 103/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta De Andalucía, de 12 de mayo de 2020 y Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 14 de febrero de 2018, número 53/2018 (Recurso 423/2017). Afirma desigualdad de trato con otro licitador al que se dio plazo de subsanación. Alega los principios que rigen la contratación administrativa y en particular el principio de proporcionalidad.

Por su parte el órgano de contratación contesta no existe “*error material*” trayendo a colación la doctrina sobre los “*errores materiales o de hecho*” de los actos administrativos. La indicación de la empresa a subcontratar no es obligatoria en todo caso conforme al artículo 215 de la LCSP. No es un supuesto de subsanación. Las resoluciones citadas de contrario para apoyar sus pretensiones refieren a supuestos de hecho distintos. No hay identidad de razón con el licitador al que se concedió plazo de subsanación. Se han respetado al máximo los principios recogidos en los artículos uno y 132, entre otros, LCSP; en especial el de transparencia, dando traslado en tiempo y forma de la resolución a la empresa afectada para que hiciera uso de los

derechos que le asisten. El de proporcionalidad por cuanto “la sanción” impuesta se ajusta a la gravedad de la cuestión planteada: el dar por buena una rectificación en el sentido de que a pesar de lo dicho no va a haber subcontratación, varía totalmente el sentido de la oferta.

En la letra D del formulario DEUC consignó el recurrente su intención de subcontratar. No señaló subcontratistas:

**D: Información relativa a los subcontratistas a cuya capacidad no recurra el operador económico**

- (Esta sección se cumplimentará únicamente si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora exigen expresamente tal información.)

**¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?**

Sí  
 No

**En caso afirmativo y en la medida en que se conozca este dato, enumere los subcontratistas previstos:**

-

- Si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora solicitan expresamente tal información, además de la contemplada en la parte I, facilite la información requerida en las secciones A y B de la presente parte y en la parte III por cada uno de los subcontratistas, o cada una de las categorías de subcontratistas, en cuestión.

A juicio de este Tribunal no dispone la Mesa de Contratación de ningún elemento de juicio para suponer que el licitador ha incurrido en un error cuando consigna que “sí” tiene la intención de subcontratar. Para verificarlo tendría que hacer un juicio de intenciones sobre la voluntad interna del licitador contraria a su declaración de voluntad expresada en el DEUC. Esta supuesta discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, solo puede salvarse en el caso con la prevalencia y mantenimiento de la segunda, porque el destinatario de la declaración, la Mesa, no estaba en condiciones de conocer que la declaración no coincidía con la voluntad del

licitador (*“teoría de la confianza”*), y porque esa supuesta discrepancia debió ser evitada por el licitador actuando con más diligencia (*“teoría de la responsabilidad”*).

Admitir que no está vinculado por su declaración el licitador y darle plazo de subsanación sería tanto como admitir que pueda rectificar su oferta, sea cual fuera su intención inicial.

No obsta que no indicara subcontratistas concretos porque el propio DEUC no lo exige y la LCSP lo condiciona a que lo requieran los Pliegos (artículo 215.2.a):

*“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”.*

Por otra parte, siendo la regla general la posibilidad de subcontratación, y la excepción la prohibición de la subcontratación, que debe motivarse por las causas legales, (artículo 215.1 LCSP) bien podría marcar su intención de subcontratar, aun cuando no existiera previsión el respecto en los Pliegos.

Prohibiendo los Pliegos la subcontratación marcar esta opción no da cuenta de un error sino de falta de diligencia al cumplimentar el DEUC.

Para admitir la existencia del *“error”* sería preciso que de la documentación aportada a la licitación resultara patente e indubitado para la Mesa que la intención del licitador era distinta a la consignada en el DEUC. Tal y como sostiene el órgano de contratación, citando doctrina sobre el error material del acto administrativo: *“El Tribunal Supremo ha declarado, reiteradamente, que, para que pueda ser apreciado, el error administrativo debe ser ostensible, manifiesto e indiscutible y directamente verificable con los meros datos que obren en el correspondiente expediente administrativo que soporte el acto”.*

La Mesa no consideró la procedencia de subsanaciones o aclaraciones sobre la documentación presentada, conforme al artículo 141.2. de la LCSP:

*“2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.*

*Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.*

El propio Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala en su cláusula 28 lo siguiente:

*“Cláusula 28. Calificación de la documentación presentada, valoración y apertura de proposiciones.*

*La Mesa de contratación calificará la declaración responsable y la restante documentación y si observase defectos subsanables, otorgará al empresario un plazo de tres días para que los corrija y, en su caso, un plazo de cinco días para que presente aclaraciones o documentos complementarios”.*

Afirma Alerta que procedía dar plazo de “aclaraciones” por la Mesa de contratación.

Lo que se pretende no es una “aclaración”, sino una rectificación. Si “aclarar” es hacer más claro algo, el “sí” marcado no ofrece margen a la duda.

El licitador al que se da plazo de subsanación es por una circunstancia completamente distinta: por la declaración de minusválidos que sí presentó, aunque incompleta, sentido en el que procedía la subsanación.

Las dos Resoluciones de Tribunales de Contratación citadas refieren igualmente a supuestos de hecho muy diferentes. En una el Pliego sí admitía la

subcontratación y existía contradicción en los sobres presentados acerca de la misma, admitiendo el Tribunal que procedía dar plazo de subsanación.

En la Resolución del Tribunal de la de la Comunidad de Madrid la subsanación refiere a la presentación de la documentación “*completa*” de la empresa que se pretendía subcontratar, cuyo complemento se admite subsanable, no teniendo nada que ver con el supuesto de hecho.

El principio de proporcionalidad se consagra en el artículo 132.1 de la LCSP:

*“1. 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”.*

La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisión Europea, asunto T-195/08) precisamente sobre un complemento de una oferta afirma lo siguiente sobre el principio de proporcionalidad (números 48 y 49):

*“Además, 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 (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers’ Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y 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, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste (véase, en este sentido, la sentencia Tideland Signal/Comisión, citada en el apartado 56 supra, apartado 43).*

*Sin embargo, es también esencial, en aras de la seguridad jurídica, que la Comisión pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. De ese modo, cuando una oferta es ambigua y la Comisión no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente, dicha institución no tiene otra elección que desestimarla (sentencia Tideland Signal/Comisión, citada en el apartado 56 supra, apartado 34)”.*

A tenor de estas consideraciones, en el caso presente la Mesa de contratación no se encuentra con diversas alternativas ante la declaración de subcontratación en el DEUC ante las que pueda optar por la menos gravosa. Tampoco existe ambigüedad en la oferta sobre esta declaración. Existe una declaración inequívoca de voluntad de subcontratar, no existiendo indicio alguno en la documentación de una voluntad contraria.

El DEUC como declaración sustitutiva de la documentación administrativa constituye prueba preliminar de todos los extremos a los que refiere , es obligatoriamente calificado por la Mesa y reviste una especial formalidad , hasta el punto de incurrir en causa de prohibición para contratar a quien incurre en falsedad en el mismo (artículo 71.1. e) LCSP).

La actuación de la Mesa de contratación no es incorrecta, porque no tenía otra opción. Admitir lo contrario daría pie a poder rectificar cualquier declaración contenida en el DEUC contraria a los Pliegos, a instancias de la Mesa de contratación.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de



diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.** – Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alerta y Control, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de contratación por la que se le excluye de la licitación del contrato “Prestación de servicio de seguridad y vigilancia en los edificios e instalaciones adscritos a la Junta el Municipal del Distrito de Hortaleza del Ayuntamiento de Madrid”, expediente: 300/2021/00177.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.