

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

En Madrid, a 6 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Talleres San Benito S.L. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 16 de marzo de 2022, por la que se decide su exclusión de la licitación del contrato “*suministro e instalación de un sistema de lavado para la cocina general del Hospital General Universitario Gregorio Marañón*”, expte: A/SUM-049236/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con fecha 16 de diciembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 600.000 euros, con un plazo de ejecución de 3 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 16 de marzo de 2022, la Mesa de contratación acuerda excluir a la recurrente por incluir en el apartado de SUBCONTRATACIÓN del DEUC que va a subcontratar el objeto del contrato, especificando el nombre de la empresa con la que va a subcontratar, cuando el apartado 21 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares (PCAP) no permite la subcontratación. El acuerdo fue notificado el día 4 de abril de 2022.

Con fecha 21 de abril de 2022, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión.

Tercero.- El 27 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, así como el recurso, 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 transpone 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 empresa excluida de la licitación, de acuerdo con lo previsto en el 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 fue notificado el 4 de abril del 2022, interponiéndose el recurso el 21 del mismo mes, 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 de la licitación de un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

A este respecto, alega en primer lugar, infracción del principio de audiencia por falta de requerimiento para subsanación o falta de admisión de la subsanación comunicada, artículo 47.1 letra e e) de la ley 39/2015 en relación con el artículo 39.2 f) de la ley 9/2017 de la LCSP. Considera que la prohibición expresa en el pliego de condiciones especiales de subcontratación del objeto de contrato, unida a la falta de lógica y razonamiento a la inclusión de la misma en el DEUC consistente en la confusión del término subcontratación con el término de provisión de equipos fabricante/distribuidor debió dar lugar al derecho de esta parte a la subsanación de dicho error material flagrante, y por ello a la admisión junto con la otra empresa licitadora de la documentación presentada así como como a su puntuación.

Alega, así mismo, infracción del artículo 73 de la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (derecho a la subsanación). La exclusión sin que se haya producido el requerimiento de subsanación supone una resolución muy

gravosa para la misma dada la oportunidad que supone un contrato de la cuantía y características como el que resulta licitado.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que no existe error material, pues en el mismo no se dan las circunstancias o requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial respecto del error material.

Considera que ante la declaración clara e inequívoca de subcontratación efectuada por el licitador y no existiendo entre la documentación aportada ningún documento que pudiera deducirse que había un error, la Mesa no puede entrar a valorar la verdadera intención del licitador. Ha considerado que el acto no es subsanable, pues darle plazo de subsanación supondría permitirle rectificar su oferta.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho.

En el DEUC presentado por la empresa recurrente consta expresamente:

“¿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:

MEIKO IBÉRICA, SLU”.

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto muy semejante, en nuestra Resolución 259/2021, de 10 de junio en la que manifestábamos *“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".

En el caso que nos ocupa, no solo hace constar su intención de subcontratar, sino que incluso determina la empresa subcontratista. La exigencia planteada por la recurrente de que la Mesa de contratación deba entender o presumir que se trata de un proveedor y no de un subcontratista, supone un planteamiento que excede la diligencia que debe tener la Mesa de contratación al analizar la documentación presentada. Puede resultar un error evidente para el recurrente, pero tal evidencia sucumbe ante la claridad del documento presentado, lo que llevó al órgano de contratación a su exclusión al estar prohibida la subcontratación.

Como manifestábamos en la citada Resolución *"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'".

Respecto a la posibilidad de conceder plazo de subsanación hay que señalar que 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) de la LCSP).

La actuación de la Mesa de contratación al no conceder plazo de subsanación 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 otro lado, la rectificación del DEUC en el apartado de la subcontratación no dejaría de ser una modificación de la oferta.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 de la empresa Talleres San Benito S.L. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 16 de marzo de 2022, por la que se decide su exclusión de la licitación del contrato *“suministro e instalación de un sistema de lavado para la cocina general del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”*, expte: A/SUM-049236/2021.

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.