

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FATEN FACILITIES ENERGY TELECOM, S.L. (en adelante FATEN) contra el Acuerdo, de 11 de julio de 2024, de la Mesa de Contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de comunicación y licencias office 365” del Ayuntamiento de Valdemorillo (Madrid), número de expediente 1803/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - Mediante anuncios publicados el 29 de mayo de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 300.080 euros y su plazo de duración será de cuatro años más uno de posible prórroga.

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

**Segundo.** - El 11 de julio de 2024 se reúne la Mesa de Contratación para proceder a la apertura del archivo electrónico 1 que contiene la documentación administrativa y su posterior valoración observándose que el licitador FATEN, en la página 6 del Anexo II *“formas de participación 6.- ¿Está participando el licitador en el procedimiento de contratación junto con otros? X Sí”* ha contestado que está participando al procedimiento junto a otros, no especificando los datos del otro participante; el Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares especifica en la cláusula 10 que en estos casos deberá presentar un Anexo II firmado por la otra empresa con la que concurra a la licitación, siendo su omisión causa de exclusión del procedimiento por lo que la Mesa decide Excluirlo del procedimiento de Licitación. Por parte de la Mesa se acuerda admitir las propuestas del resto de Licitadores y su publicación a través de la Plataforma Habilitada al efecto.

En el mismo acto se procede a la apertura del archivo 2 que contiene la oferta económica, su valoración y propuesta de adjudicación a ORANGE ESPAÑA, S.A.U.

Mediante Decreto del Alcalde, de 12 de julio de 2024, se acuerda adjudicar provisionalmente el contrato a dicho licitador y solicitar la documentación que se especifica en los pliegos, es decir la correspondiente al trámite del artículo 152 de la LCSP.

No consta la adjudicación del contrato.

**Tercero.** - El 5 de agosto de 2024 FATEN presenta ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo, de 11 de julio de 2024, de la Mesa de Contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación, solicitando la admisión de su oferta y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 7 de agosto de 2024 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso junto con 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

**Cuarto.** - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 19 de septiembre de 2024, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

**Quinto.** - 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 46.4 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 publicado el 16 de julio de 2024 e interpuesto el recurso el 5 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.** - El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.** - Manifiesta la recurrente que en el Anexo II "*Declaración responsable relativa al cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la administración*" contestó por error que está participando en el procedimiento junto con otros. A su juicio este error no puede conllevar la expulsión automática del procedimiento de licitación, pues el propio error se desprende de la propia documentación del expediente, en que ni se ha presentado un segundo Anexo II debidamente cumplimentado y firmado por las entidades que hubiese tenido intención de concurrir.

Por ende, basta con observar lo establecido en el PCAP que rige la licitación (Cláusulas 10 y 16 y Anexo II), así como en los artículos 140 y 141 de la LCSP, para comprobar que el órgano auxiliar del poder adjudicador ha tomado dicha decisión, impeditiva de continuar en el procedimiento, sin dar trámite de subsanación o de aclaración respecto de la omisión o defecto cometido en la declaración responsable (Anexo II) incumpliendo con ello diversos principios de la contratación del sector público, tales como el principio antiformalista y los principios de igualdad de trato entre los licitadores.

Consecuentemente, solicita la retroacción del procedimiento al objeto que se le conceda un plazo de tres días naturales para su subsanación, con base en la cláusula 16 del PCAP y el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Para defender su postura cita diversa doctrina sobre la posibilidad de subsanación.

Por su parte el órgano de contratación realiza un análisis de lo que ha entenderse por error de hecho remitiéndose al artículo 109.2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a la jurisprudencia.

En base a ello considera que la declaración responsable presentada por FATEN no es un error material, sino un incumplimiento defectuoso de la presentación de la documentación acreditativa de lo declarado que debe acarrear la exclusión del licitador.

Por tanto la Mesa de Contratación no puede ni debe interpretar la voluntad del licitador en lo que declarada de forma responsable, presuponiendo como en este caso error material en una afirmación o por el contrario interpretando que la falta de aportación de la declaración responsable de los otros participantes en el momento de la apertura de la documentación, pudiera en su caso deberse a la necesidad de más tiempo por parte del recurrente para conseguir presentar el documento preceptivo sin el cual su participación en la licitación es inviable. La Mesa de Contratación debe ceñirse al contenido de lo declarado y sólo considerar subsanable aquello que sea un error de hecho.

Vistas las alegaciones de las partes, la controversia se circunscribe a determinar si procede conceder trámite de subsanación en este supuesto en concreto.

La cláusula 16 del PCAP dispone que *“Si la Mesa observase defectos u*

*omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los licitadores, dándoles un plazo de 3 días naturales para su subsanación”.*

En el mismo sentido el artículo 141.2 de la LCSP *“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 se aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que lo corrija”*

La cuestión es determinar qué es subsanable. Los Tribunales Administrativos de Contratación Pública han ido elaborando mediante sus Resoluciones una doctrina al respecto, en la que prima el principio antiformalista para permitir una mayor concurrencia, si bien respetando el principio de igualdad entre los licitadores. También existe una posición más laxa en cuanto a la subsanación de la documentación administrativa que respecto a la subsanación de la oferta técnica o económica, siendo común a todo ello como límite la invariabilidad de la oferta.

El documento dónde se ha producido el error alegado por la recurrente, es el Anexo II *“Declaración responsable relativa al cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la administración.”*

En concreto en el apartado “formas de participación”.

*...6.- ¿Está participando el licitador en el procedimiento de contratación junto con otros?*

*X Sí No*

*En caso afirmativo, asegúrese de que los demás interesados presentan este formulario por separado.*

*En caso afirmativo:*

- a) *Indíquese la función del licitador dentro del grupo (responsable principal, responsable de cometidos específicos, etc.):*
- b) *Identifíquese a los demás licitadores que participan en el procedimiento de contratación conjuntamente:*
- c) *En su caso, nombre del grupo participante...”*

En la cumplimentación de este apartado si bien FATEN indica que está participando con otro en el procedimiento, lo cierto es que presenta de forma individual su oferta. A pesar de contestar afirmativamente, no responde el resto de preguntas de ese apartado que eran necesarias y tampoco aporta Anexo II de otras entidades ni nombre del grupo del participante.

A juicio de este Tribunal, la actuación de la Mesa de Contratación ha sido excesivamente rigorista, pues de la documentación obrante en la licitación se podía desprender la existencia de un error o en todo caso una incongruencia, por lo que procedía solicitar a la licitadora una aclaración y en su caso subsanación.

En nuestra Resolución 112/2022, de 17 de marzo *“Siguiendo el criterio del TARCJA en su ya nombrada Resolución 103/2020 de 12 de mayo, en la contratación pública se ha de huir de formalismos extremos que lleven a excluir ofertas y con ello a reducir la competitividad. La doctrina del Tribunal Supremo reflejada entre otras en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina - Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, son contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

De lo anterior, debemos colegir que nos encontramos ante un error involuntario, que no le coloca en posición de ventaja, ni supone vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación por lo que procede ordenar la retroacción del procedimiento a los efectos de que FATEN subsane el Anexo II y la continuación del procedimiento.

**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.** - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FATEN FACILITIES ENRGY TELECOM, S.L. contra el Acuerdo, de 11 de julio de 2024, de la Mesa de Contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de comunicación y licencias office 365” del Ayuntamiento de Valdemorillo (Madrid), número de expediente 1803/2024.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.** - Dejar sin efecto la suspensión automática acordada por este Tribunal el 19 de septiembre de 2024.

**Cuarto.** - 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.