



Recurso nº 1650/2023

Resolución nº 69/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 25 de enero de 2024.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. M. M. A. en representación de ISS FACILITY SERVICES S.A., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 10 de octubre de 2023, de exclusión del procedimiento de contratación del contrato de "*Servicio de limpieza en las dependencias de ENAIRE región canaria*", con expediente CAN-152/2023, convocado por ENAIRE, E.P.E., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. ENAIRE, E.P.E., convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 2 de septiembre de 2023, modificado posteriormente el 11 de septiembre de 2023, el 14 de septiembre de 2023 y, finalmente, el 15 de septiembre de 2023, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 15 de septiembre de 2023, licitación para la contratación por el procedimiento abierto del "*Servicio de limpieza en las dependencias de ENAIRE región canaria*", con expediente CAN-152/2023, con un valor estimado de 734.000 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, concurrieron a la licitación las siguientes empresas:

1. SERV. AUX. DE MANT Y LIMP
2. EULEN, S.A.
3. LIRECAN SERVICIOS INTEGRALES
4. ISS FACILITY SERVICES S.A.
5. LIMPIEZAS QUESADA, S.L.



Tercero. El 30 de octubre de 2023 se procedió a la apertura y descarga de los sobres de documentación administrativa de todas las empresas presentadas a la licitación. Tras la evaluación de esta documentación, se admitió a todos los licitadores y se descargó y remitió la documentación técnica de todos ellos al equipo evaluador, a fin de que se procediera al estudio y valoración de las mismas.

Cuarto. El 9 de noviembre de 2023 se emite por el órgano técnico informe de valoración de los criterios cualitativos y de los criterios de exclusión. En el mismo se pone de manifiesto que la recurrente no ha presentado la *“Declaración responsable de la Empresa Licitadora de su adscripción al Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales. Las empresas ofertantes deben estar adheridas como mínimo al Convenio Colectivo Sectorial de las empresas de limpieza y en ningún caso se aceptarán ofertas de empresas que no declaren estar adscritas a dicho Convenio”*. En consecuencia, dice, *“las empresas que no cumplen la totalidad de estos criterios quedan excluidas del procedimiento de licitación y su oferta técnica no será evaluada en los epígrafes siguientes”*.

Quinto. El día 10 de noviembre de 2023 (el acta de la Mesa de Contratación, erróneamente, se fecha el 10 de octubre), procede a la apertura de las ofertas económicas de los licitadores no excluidos. Pese al tenor literal del acuerdo, que dice:

“La Mesa de Contratación, a la vista del informe técnico elaborado por el equipo evaluador, habiendo acreditado todas las ofertas presentadas el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos que rigen la licitación, procede a la apertura de las proposiciones económicas, con el resultado que se recoge en el estado comparativo que se adjunta como anexo.”

Hemos de concluir que acuerda la exclusión de dos licitadores, entre ellos el recurrente, lo que deducimos del “estado comparativo de proposiciones económicas”, que figura como anexo del acta de la Mesa de Contratación, dado que en el “importe neto” de las ofertas de los dos licitadores referidos se consigna el valor 0,00.

Sexto. El día 30 de noviembre de 2023, mediante correo electrónico, se comunicó la no apertura de la proposición económica a las empresas LIRECAN SERVICIOS INTEGRALES e ISS FACILITY SERVICES, S.A., *“(…) por no cumplir con el criterio de exclusión establecido en el Pliego de Cláusulas Particulares del expediente”*.



Séptimo. El mismo día 30 de noviembre de 2023 tiene entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Hacienda reclamación en materia de contratación interpuesta por la licitadora ISS FACILITY SERVICES, S.A. contra su exclusión del procedimiento. La reclamación es remitida por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, ante el que había sido originalmente presentado

Octavo. El órgano de contratación ha remitido al Tribunal el informe exigido en 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 en adelante), que se ha unido al expediente administrativo.

Noveno. Con fecha 14 de diciembre de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a los restantes interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite.

Décimo. Interpuesta la reclamación, la Secretaria General del Tribunal por delegación de este, dictó resolución de 21 de diciembre de 2023 acordando la suspensión provisional del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 56.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDL 3/2020 en adelante).

Segundo. La reclamante está legitimada al haber concurrido en la licitación presentando la correspondiente oferta, y haber sido excluida de aquella, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 121.1 de la LCSP.



Tercero. El acto impugnado es susceptible de reclamación conforme a los artículos 119.2.b) y 119.1 del RDL 3/2020, al tratarse de un acuerdo de exclusión de un contrato de servicios con un valor estimado superior a los 443.000 euros.

Cuarto. La reclamación ha sido interpuesta en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 de la LCSP. A este respecto debe considerarse que la comunicación realizada al recurrente (mediante correo electrónico y sin indicación de los recursos que proceden) carece de las condiciones mínimas para surtir efectos, por lo que debe estarse, en aplicación analógica de lo preceptuado por el artículo 40.3 de la Ley 39/2015 de 30 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, a la fecha en la que el recurrente ha interpuesto la reclamación.

Quinto. Entrando al estudio de la reclamación, considera la reclamante que su exclusión es improcedente, solicitando la anulación del acuerdo de exclusión y la continuación del procedimiento con inclusión de su oferta.

Argumenta que *“no existe mención alguna en el Pliego sobre la obligatoriedad de presentar dicha declaración en un documento independiente”*, que tampoco existía ninguna plantilla para ello, y que *“la ausencia de la declaración no está recogida de forma expresa como motivo de exclusión”*, siendo lo relevante que *“las empresas ofertantes deben estar adheridas como mínimo al Convenio Colectivo Sectorial de las empresas de limpieza y en ningún caso se aceptarán ofertas de empresas que no declaren estar adscritas a dicho convenio”*.

En relación con lo anterior, dice que manifiesta a lo largo de toda la documentación y en el texto que constan en la Memoria Técnica presentada en el sobre 2, y que adjunta como documento número 3, su adscripción al Convenio Colectivo Sectorial de las empresas de limpieza que, según el criterio de la mesa de Contratación, no dispone esta representación.

Finalmente añade que, en todo caso, la falta de aportación de esta declaración responsable debía considerarse como un defecto subsanable, invocando, además, el artículo 141 de la LCSP, que recoge la obligación de que los pliegos incluyan el modelo de declaración responsable.

Por último, completa la reclamación invocando el contenido contractual de los pliegos, así como la imposibilidad de interpretar en perjuicio de los licitadores las cláusulas oscuras.



Por su parte, la entidad contratante interesa la desestimación de la reclamación, considerando procedente la exclusión dado que el incumplimiento de los pliegos es manifiesto y reconocido por la propia empresa en su oferta y en su reclamación, por cuanto como así asevera en su recurso *“de forma errónea no se ha adjuntado de forma separada la documentación pertinente”*.

En cuanto a la posibilidad de subsanación, invoca la doctrina de este Tribunal (plasmada en Resoluciones como la nº 264/2019, de 24 de marzo) que indica que *“la subsanación estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa, pero no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución nº 151/2013), y ello, además, 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 (Resolución nº 74/2013, entre otras).*

Sexto. El defecto en el que ha incurrido el recurrente, por mucho que se pidiera en los pliegos en el Sobre 2, no guarda relación alguna con la oferta técnica o económica, sino que constituye un requisito de acreditación formal de una condición de aptitud que deben cumplir todos los licitadores.

En efecto, como ya hemos dicho, establece el apartado I del Pliego de Cláusulas Administrativas los “Criterios de Exclusión”, con el siguiente tenor:

“Criterio exclusión 1: Declaración responsable de la Empresa Licitadores de su adscripción al Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales.

Las empresas ofertantes deben estar adheridas como mínimo al Convenio Colectivo Sectorial de las empresas de limpieza y en ningún caso se aceptarán ofertas de empresas que no declaren estar adscritas a dicho Convenio.”

Debiéndose acreditar el cumplimiento del criterio (la confusa terminología utilizada en los pliegos nos lleva a decir que, en realidad, lo que debe acreditarse es el no cumplimiento, puesto que el cumplimiento del criterio de exclusión conllevaría esta) en el Sobre nº 2 junto con la oferta técnica.

Pues bien, la exigencia de la adscripción a un Convenio Colectivo (entendemos que los Pliegos se refieren a la adhesión prevista en el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley del



Estatuto de los Trabajadores) no es ningún elemento integrante de la oferta técnica, sino que se trata claramente de una condición de aptitud adicional exigida por el órgano de contratación (artículo 65.1 párrafo segundo de la LCSP), y que deben cumplir todos los licitadores, sin que su naturaleza cambie por el hecho de ser exigida su acreditación en el Sobre nº 2 (en lugar de exigirse en el Sobre relativo a la documentación administrativa).

En relación con el carácter subsanable de la documentación administrativa, este Tribunal mantiene una postura claramente antiformalista, tal y como reflejamos, entre otras, en la Resolución nº 1722/2021, de 25 de noviembre de 2021, en relación con lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

“El art. 81.2 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 establece, «Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación».

Este Tribunal viene manteniendo una postura marcadamente antiformalista en lo referido a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, en línea, por otro lado, con la legislación sobre contratos públicos, cuya evolución se ha orientado a la simplificación de este trámite. En nuestra Resolución 351/2020 de 5 de marzo señalamos, «Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo respecto a la posibilidad de subsanar las proposiciones (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que “se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al



aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia”.

En reiteradas ocasiones este Tribunal se ha manifestado sobre los defectos que tienen naturaleza subsanable, así en la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señalamos: “En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:

i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir



al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

iii) 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, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de 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 (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)”.

En el presente caso, la falta de aportación de un documento como la declaración responsable debe considerarse como un defecto subsanable, siempre y cuando el elemento acreditativo a que se refiere (la adhesión al Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales) se cumpla en el momento de presentación de la proposición.

A ello, debe añadirse, en efecto, que el artículo 141 de la Ley de Contratos del Sector Público recoge que:

“Artículo 141. Declaración responsable y otra documentación.

1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.

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”.

En este sentido, el PCAP incorpora como Anexo V el Modelo de Declaración Responsable a aportar en el presente procedimiento, con diez declaraciones exigidas en los pliegos, faltando precisamente la ahora analizada, siendo obligación del órgano de contratación incluir



correctamente el modelo al que debe ajustarse la declaración responsable que sea exigida en el Pliego.

Por último, la posibilidad de subsanar este requisito no altera ni afecta al contenido contractual de los pliegos, puesto que, como se ha dicho, aunque dicha declaración responsable se exija en el Sobre 2, no deja de ser un documento relativo a una condición exigida a todo licitador para tomar parte de la licitación, y su subsanación no supone ninguna alteración o modificación no permitida de las ofertas.

Séptimo. La ilegalidad del acto recurrido determina su anulación, aunque, según es doctrina constante de este Tribunal, el hecho de que hayan sido abiertas y valoradas las ofertas de los licitadores no excluidos en lo que corresponde a los criterios evaluables mediante fórmulas, nos obliga a anular el procedimiento de licitación en su totalidad. Como dijimos en nuestra Resolución 1578/2023 de 14 de diciembre, que compendia nuestra doctrina al respecto:

“Pues bien, por lo que respecta a posibilidad de retrotraer el procedimiento, no puede aceptarse ésta por cuanto que la anulación del acuerdo de adjudicación –en el presente supuesto– también determina la anulación del procedimiento de contratación, habida cuenta de que, una vez efectuada la valoración de las proposiciones en lo tocante a los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor y conocidas las respectivas valoraciones de los criterios de adjudicación automáticos o sometidos a fórmulas, sería inviable volver a valorar las ofertas –de la actora o de cualquier otro licitador– sin que quedase seriamente comprometida la obligada y necesaria objetividad de la Mesa de contratación y, en este sentido, se incumpliría lo regulado a tal fin, tanto en los artículos 146.2.b) de la LCSP como 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que exigen valorar primero los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor antes que los automáticos o sometidos a fórmula, sin conocer, lógicamente, el contenido de las proposiciones de estos últimos.”

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. M. M. A. en representación de ISS FACILITY SERVICES S.A., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 10 de octubre de 2023, de exclusión del procedimiento de contratación del contrato de “*servicio de limpieza en las dependencias de ENAIRE región canaria*”, con expediente CAN-152/2023, convocado por ENAIRE, E.P.E., y anularlo, anulando, además, el procedimiento de licitación, de acuerdo con lo considerado en el Fundamento de Derecho Séptimo.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES