



Recurso nº 216/2022

Resolución nº 381/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 24 de marzo de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. R. R. en representación de la sociedad IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., contra la resolución por la que se adjudica el Acuerdo Marco *“Suministro de gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad de Canarias”*, con número de expediente 02012022AM04 y convocado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Subdirección General de Planificación Económica convocó, mediante anuncio remitido al DOUE el 15 de noviembre de 2021, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el 17 de noviembre de 2021 y en el BOE de 22 de noviembre de 2021, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del acuerdo marco *“Suministro de gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad de Canarias”*, con número de expediente 02012022AM04 y un valor estimado de 337.349,70 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en 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). En lo que



respecta a dicho procedimiento, y por lo que aquí interesa, conviene destacar los siguientes hechos:

(i) De la documentación inicial presentada por la recurrente, cabe destacar las siguientes circunstancias (documento 13.A del expediente):

- No incluyó la declaración responsable, firmada por el representante, que certificase que dicha empresa se encuentra incluida dentro del listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica publicado en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

- En el DEUC inicial el representante de la empresa a las preguntas: ¿Figura el operador económico inscrito en una lista oficial de operadores económicos autorizados o tiene un certificado equivalente? ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? ¿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 contemplados en la parte V? ¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros? Contestó NO, a todas ellas.

- En el mismo DEUC el operador económico declaró que cumplía todos los criterios de selección requeridos, así como que la información comunicada es exacta y veraz.

- A su vez, en el Anexo 3 del Cuadro de Características, manifestó que NO recurría a la solvencia o medios de otras empresas y que tampoco se presentaba en UTE.

(ii) Con fecha 14 de diciembre de 2021 se acordó solicitar a IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. subsanación de la documentación presentada, requiriéndole la acreditación de estar incluida en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos, mediante la presentación de una declaración responsable, firmada por el representante, que certifique que dicha empresa se encuentra incluida en dicho listado.



(iii) Con fecha 21 de diciembre de 2021 la Mesa de contratación procede al examen de las subsanaciones presentadas. En este acto comprueba que la empresa IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., no presenta la declaración requerida de hallarse incluida en el preceptivo listado de operadores y, en su lugar, presenta dos DEUC (uno de IR MAXOINVERSIONES modificando el presentado inicialmente y otro de BP OIL ESPAÑA SAU) acompañados de un certificado del año 2000 de la Subdirección General de Hidrocarburos indicando las fechas en las que se inscribieron en el Registro de Operadores al por mayor BP OIL ESPAÑA y otras filiales, entre las que no se encontraba IR MAXOINVERSIONES.S.L.U.

(iv) Ante la ausencia de presentación de la declaración de inscripción solicitada, los miembros de la mesa comprueban directamente si la empresa IR MAXOINVERSIONES se encuentra en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica, confirmando que no se encuentra inscrita.

(v) Con fecha 22 de diciembre de 2021, se requiere a IR MAXOINVERSIONES la aportación de la documentación en los siguientes términos.

“Al objeto de calificación final de los requisitos previos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberá de presentar en el plazo indicado a través de la Plataforma de Contratación la siguiente documentación:

1.- Acreditación de solvencia económica, técnica y financiera de conformidad con lo dispuesto en los apartados 7.1 y 7.2 del Cuadro de Características del PCAP.

2.- Documentación acreditativa de su capacidad de obrar mediante escritura o documento de constitución o de modificación, los estatutos o el acto fundamental, debidamente inscritos en el Registro Público que corresponda.”

(vi) Con fecha 23 de diciembre de 2021, la interesada presentó la documentación que consideró conveniente.



(vii) Con fecha 4 de enero de 2022, la mesa de contratación constata que la empresa IR MAXOINVERSIONES, no cumple la habilitación requerida en los pliegos por lo que según establece el artículo 326.2 a) LCSP acuerda la exclusión a no haber cumplido el trámite de subsanación.

(viii) Con fecha 16 de febrero de 2022 se adjudica el acuerdo marco a la sociedad COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A CEPSA. El acuerdo se notifica a los licitadores el día 17 de febrero de 2022, incluyendo en la misma notificación la adjudicación del contrato y la exclusión a la empresa descartada, con indicación de los motivos. En la misma fecha se publica la adjudicación en la PCSP.

Tercero. Con fecha 9 de marzo de 2022, se recibió en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública escrito firmado por D. I. R. R., en representación de la sociedad IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., mediante el que interpone recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación del acuerdo marco.

Cuarto. En fecha 2 de marzo de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado a los interesados de la solicitud de medidas cautelares, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

Con fecha 10 de marzo de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado a los interesados del recurso interpuesto, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

Ha hecho uso de su derecho la sociedad COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA), mediante escrito firmado por D. J. E. P. M., que se recibió en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública el día 15 de marzo de 2022.

Quinto. Con fecha 18 de febrero de 2022 tiene entrada en el registro electrónico del ministerio de Hacienda y Función Pública escrito firmado por D. I. R. R. en representación de la sociedad IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. mediante el que, con carácter previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación, solicita que se proceda a la suspensión de la ejecución de la decisión adoptada por el órgano de contratación consistente en la adjudicación del acuerdo marco para el suministro de Gasóleo "A" a los



establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias a la entidad CEPESA, notificada el 17 de febrero de 2022.

La Secretaría del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución de 2 de marzo de 2022, mediante la que resuelve mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del citado texto legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento. Esta resolución es revocada el 8 de marzo de 2022.

Con fecha 8 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal –por delegación otra vez de éste– acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada, o bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.5 de la LCSP, se acuerde su decaimiento por el transcurso del plazo establecido para la interposición del recurso sin que el mismo se haya deducido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resultan de aplicación al procedimiento de recurso especial en materia de contratación, la LCSP, así como el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Tercero. La recurrente es una sociedad que ha intervenido en la licitación sin resultar adjudicataria de aquélla, no habiendo sido admitida su oferta. La licitadora ostenta un interés legítimo (el derivado de una eventual adjudicación del contrato licitado) que se ve



afectado por la resolución recurrida, su exclusión, notificada junto con dicha adjudicación. Por tanto, la recurrente ostenta un interés legítimo en la anulación de tal actuación.

Lo anterior determina que concurra la legitimación exigida por el artículo 48 de la LCSP para la impugnación efectuada.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto. En cuanto al procedimiento de contratación, se trata de un acuerdo marco para la homologación del suministro de gasóleo A, cuyo valor estimado es de 337.349,70 euros, cuya licitación ha sido convocada por una entidad que tiene la condición de poder adjudicador Administración. Se supera así el límite establecido en el artículo 44.1.b) de la LCSP.

Es objeto del recurso el acuerdo de exclusión de la mercantil actora, notificada junto con la adjudicación del acuerdo marco. Este acto es susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2.b) de dicha norma legal.

Sexto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente funda su recurso en dos motivos:

- i) Falta de motivación del acuerdo de su exclusión.
- ii) Improcedencia de su exclusión.

Séptimo. Con carácter previo a examinar los motivos de recurso aducidos por la recurrente, es necesario detenerse en el examen del acto objeto de impugnación.

Pese a que la recurrente -formalmente- impugna la adjudicación del acuerdo marco, toda su argumentación se centra en eventuales defectos de la resolución de su exclusión, lo que conduce a la conclusión de que es ésta la actuación impugnada desde un punto de vista material. El artículo 44.2.b) de la LCSP considera como actos de trámite cualificados, es decir, actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que estos deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o



intereses legítimos del licitador, los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 de dicha norma legal. Como tales actos de trámite cualificados, serán susceptibles de impugnación separada.

En el presente caso la posibilidad de impugnación autónoma del acto de exclusión viene motivada por el hecho de que imposibilita la continuación del procedimiento administrativo respecto del interesado, de forma que –al lesionar sus intereses legítimos– debe permitirse que el interesado recurra frente a él.

Sin embargo, el acto de exclusión no le fue notificado individualmente, sino que lo fue con ocasión de la notificación del acto de adjudicación, por lo que el interesado no pudo reaccionar previamente frente a aquél. De esta forma, al notificarse conjuntamente con la resolución que pone fin al procedimiento, debe admitirse frente al acto de trámite cualificado el mismo tratamiento que respecto al resto de los actos de trámite, a saber, cuestionar la regularidad de tales actos de trámite a través de la impugnación de la legalidad del acto administrativo definitivo o resolución final mediante la interposición del respectivo recurso administrativo o demanda judicial. Esta solución, por otra parte, es la más conforme con el “principio *pro actione*”.

Lo expuesto conduce a la admisión del cuestionamiento de la resolución de exclusión, a pesar de no haber sido objeto de impugnación expresa en el recurso interpuesto.

Octavo. El primer motivo de recurso esgrimido por la recurrente es la falta de motivación, el cual -cabe adelantar- no puede ser estimado.

Como bien pone de manifiesto la recurrente en su escrito de recurso, y así lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, la motivación tiene como finalidad llevar al interesado la información pertinente para que éste pueda interponer un recurso debidamente fundado en derecho frente a la resolución notificada. Es, por otra parte, doctrina reiterada que la notificación no es necesario que sea extensa, bastando con que se cumpla la finalidad a la que se ha hecho mención.



En el supuesto aquí planteado, el motivo de exclusión queda reflejado en la notificación de la resolución adjudicación del acuerdo marco, en la que también se notifica la exclusión de la recurrente, se indica:

“Así mismo se informa que su empresa ha sido excluida por resolución de la mesa de contratación de fecha 04/01/2022, por los siguientes motivos:

- Revisada toda la documentación requerida de conformidad con el art. 140.3 LCSP, se constata que la empresa no cuenta con la habilitación exigida en los pliegos”.

La motivación es, efectivamente, sucinta, pero indica suficientemente el motivo de exclusión. A este respecto, no resulta admisible la alegación de la recurrente en el sentido de que no se precisa *“qué documento concreto de todos los presentados es considerado insuficiente a fin de entender que no se dispone de la habilitación exigida”* (página 14 del recurso). No se trata de que haya un documento que no resulte suficiente. Lo que se indica en la notificación trascrita es que, considerada toda la documentación presentada, no ha quedado acreditado que la recurrente ostente la habilitación profesional requerida para la ejecución del contrato. Y el recurso interpuesto tiende, precisamente, a acreditar que la recurrente ostentaba tal acreditación.

Y ello porque, como ha tenido ocasión de concluir este Tribunal en su Resolución nº 434/2021, de 23 de abril: *“Para estimar que existe una motivación suficiente, al menos se habrá debido facilitar la información suficiente que permita al licitador conocer las razones determinantes de la adjudicación del contrato a otra empresa, a fin de que pueda contradecirlas mediante la interposición del correspondiente recurso o reclamación adecuadamente fundado. Hay que matizar que, con carácter general, la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo”.*



Siendo preciso el motivo de la exclusión (falta de acreditación de la habilitación profesional requerida), siendo claro el concepto a que se refiere (estar incluido en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio para la Transición Ecológica en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos) y habiendo permitido ello que la ahora recurrente haya ejercido –adecuadamente- la acción administrativa que aquí se dilucida, realizando las alegaciones que ha tenido por conveniente para acreditar el cumplimiento de tal requisito, no puede admitirse que no haya contado con la información suficiente para poder interponer un recurso debidamente fundado en Derecho.

De ahí que este motivo no pueda ser acogido.

Noveno. El segundo motivo de recurso formulado por la recurrente es que cuenta con la habilitación profesional necesaria, al disponer de certificado de inscripción en el listado de operadores al por mayor a través de BP OIL ESPAÑA.

Para acreditar que cuenta con la referida acreditación, la recurrente alega que ha hecho uso de la posibilidad, contenida en el artículo 75 de la LCSP, conforme al cual el empresario puede acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado basándose en la solvencia y medios de otras entidades, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios y la entidad a la que recurra no esté incurso en prohibición de contratar.

Entiende la recurrente que esta circunstancia quedó debidamente acreditada con ocasión de la subsanación de documentación presentada a requerimiento de la mesa de contratación.

Sin perjuicio de que la subsanación practicada es objeto de análisis más adelante, antes de ello es necesario referirse a la reiterada alegación de la recurrente en el sentido de que la admisión de la documentación presentada suponía que la falta de habilitación profesional había sido adecuadamente subsanada, generando a IR MAXOINVERSIONES confianza legítima respecto de que la documentación aportada había sido considerada suficiente.

Sin embargo, este razonamiento no puede ser admitido.

Conforme al apartado 10.2.b) del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares la inclusión en el estar incluido en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos debería acreditarse: *“mediante la presentación de una declaración responsable, firmada por el representante, que certifique de que dicha empresa se encuentra incluida dentro del Listado de listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica publicado en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”*.

La recurrente no presentó la referida declaración responsable, sino que presentó, como se ha indicado, dos DEUC, uno propio y otro de la sociedad BP OIL ESPAÑA.

Esta documentación fue admitida por la Mesa de contratación, de forma que la subsanación ha de entenderse bien realizada. Ello no significa que el contenido de los documentos presentados como subsanatorios acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por los pliegos.

El DEUC es una declaración responsable. Así resulta del artículo 140.1.a) de la LCSP:

“1. En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

a) *Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:*

(...)”

La declaración responsable se encuentra definida en el artículo 69.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de la siguiente forma:

“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla”.

Por tanto, el DEUC es un documento en el que el licitador declara, bajo su responsabilidad determinados extremos. En lo que aquí interesa, que ostenta la habilitación profesional requerida para ejecutar el contrato. Ello no supone que con la presentación del DEUC quede acreditado este extremo. Al contrario, el contenido de la declaración deberá ser acreditado por el licitador mejor clasificado *a posteriori* con ocasión de la verificación del trámite a que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP y, en caso de no dar cumplida atención al mismo, se entenderá que ha retirado su oferta.

En buena lógica, la presentación del DEUC no puede crear en el licitador la confianza legítima de que cumple con los requisitos exigidos para tomar parte en la licitación. De la mera admisión del DEUC presentado, no puede deducir el licitador que el órgano de contratación entiende que reúne todos los requisitos exigidos en los pliegos. Ello se contradice por la propia previsión, con carácter general, del aludido trámite previsto ex artículo 150.2 de la LCSP. En la práctica es justo al revés, es decir, la presentación del DEUC hace que el citado órgano prosiga la tramitación del procedimiento en la confianza

de que los participantes en la licitación reúnen los requisitos exigidos para tomar parte en la misma.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada, puede albergar dudas acerca de las afirmaciones vertidas en el DEUC. En tal caso, el artículo 140.3 de la LCSP permite que el órgano o la Mesa de contratación puedan pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento.

Por tanto, requerida a la recurrente la subsanación de la documentación presentada inicialmente, ésta presentó la documentación que consideró conveniente. La subsanación presentada no consistió en la presentación del documento acreditativo de estar inscrita la licitadora en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio para la Transición Ecológica en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos, sino que consistió en presentar dos declaraciones responsables (dos DEUC). De esta forma, quedó formalmente subsanada la documentación presentada. Sin embargo, al tratarse de declaraciones responsables, su presentación no supone que hubiera quedado acreditado que efectivamente la licitadora cumpliera con el requisito exigido en los pliegos, quedando pendiente esta acreditación para el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

Ahora bien, el contenido de las declaraciones presentadas ofreció dudas a la Mesa de contratación, por lo que hizo uso de la facultad contemplada en el artículo 140.3 de dicha norma legal.

Por tanto, ni la presentación de la documentación subsanatoria supuso que quedara acreditado el cumplimiento del requisito controvertido, ni su aceptación supuso declaración de la Mesa de contratación a tal efecto, ni pudo crearse confianza legítima en ese sentido, ni el uso de la facultad prevista en el artículo 140.3 de la LCSP supone que la Mesa vaya contra sus propios actos ni vulnere una presunta confianza creada legítimamente (que, cabe insistir, no llegó a producirse).

Décimo. La recurrente aduce que el requisito concerniente a la aportación del Certificado de Inscripción en el Listado de Operadores al por Mayor nunca puede ser considerado



como un requisito de habilitación profesional en sentido estricto, es decir, no puede ser considerado como un requisito que acredite la aptitud legal para el ejercicio de la profesión del objeto del contrato licitado, sino como una “habilitación adicional” (o solvencia técnica).

El cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares recoge los requisitos de solvencia en el apartado 7 “REQUISITOS DE SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA”.

El apartado 10 se rubrica como “SINGULARIDADES EN LA CELEBRACIÓN DE LA LICITACIÓN. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR Y NÚMERO DE SOBRES”, de forma que recoge requisitos distintos a los requisitos de solvencia.

El apartado 10.2.b) de este cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares establece:

“Acreditación de estar incluido en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos.

Se acreditará mediante la presentación de una declaración responsable, firmada por el representante, que certifique de que dicha empresa se encuentra incluida dentro del Listado de listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica publicado en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”.

Por tanto, la necesidad de estar incluido en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica, en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos, aparece claramente diferenciada de los requisitos de solvencia exigidos para la participación en la licitación. Se trata de un requisito de habilitación profesional. Conforme a él, el contrato deberá ser ejecutado por quienes sean operadores al por mayor, quedando recogido este requisito en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Conforme al artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de la proposición por el licitador supone *“la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

El interesado pudo impugnar los pliegos, conforme a lo establecido en el artículo 44.2.a) de la LCSP. Al no hacerlo así, el contenido de los pliegos queda consentido, de forma que la presentación de la oferta supone su aceptación incondicionada, sin que sea posible la impugnación de su contenido con ocasión de la impugnación de la adjudicación del contrato.

En consecuencia, la alegación referida no puede ser estimada.

Undécimo. Queda por examinar si la recurrente cumple efectivamente con el requisito de habilitación profesional exigido en los pliegos.

La documentación inicialmente presentada por la recurrente contenía un DEUC, en el que, como se ha señalado en el punto segundo del expositivo de antecedentes, a las preguntas: ¿Figura el operador económico inscrito en una lista oficial de operadores económicos autorizados o tiene un certificado equivalente? ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? ¿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 contemplados en la parte V? ¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros? Contestó NO a todas ellas. Asimismo, manifestó que NO recurría a la solvencia o medios de otras empresas y que tampoco se presentaba en UTE.

En el DEUC correspondiente a la sociedad recurrente presentado como documentación subsanatoria, a las preguntas ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? ¿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, más abajo? Contestó SÍ a ambas.

Esa modificación va más allá de una mera subsanación, constituyendo una alteración de la declaración inicialmente formulada. Es decir, en lugar de subsanar la omisión de presentación de un documento (conforme al apartado 10.2.b) de este cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas, el documento debería haber sido declaración responsable, firmada por el representante, que certifique que dicha empresa se encuentra incluida dentro del Listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, GLP y comercializadores al por menor de GLP a granel del Ministerio de Transición Ecológica publicado en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), realizó una modificación de la declaración presentada, modificación que afecta a aspectos sustanciales de aquélla.

Por otra parte, como muy bien señala la recurrente en su recurso, con cita del informe 1/09 de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa: “[l]a *habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata*”. Así queda adverbado por el tenor literal del artículo 79.2 de la LCSP.

Y añade el referido informe:

“En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43¹ citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”.

De ello cabe deducir que, para la realización efectiva de la prestación que constituye el objeto del contrato, quien haya de realizarla ha de estar en posesión de la correspondiente habilitación profesional.

En el mismo sentido se manifestó este Tribunal en Resolución 1165/2021, de 15 de septiembre, en cuyo Fundamento de Derecho Octavo, se razona:



“... la habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de los operadores económicos, contenido dentro del art. 65. 2 LCSP, relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial. Es un requisito de aptitud distinto a la solvencia y que, al contrario que esta, no cabe integrarlo con medios externos, siendo un requisito personalísimo, que únicamente puede exigirse respecto a aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato”.

Pues bien, en los dos DEUC aportados por la mercantil actora en el seno del procedimiento de contratación y a que se ha hecho referencia anteriormente, a las preguntas: ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? ¿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 contemplados en la parte V? Contestó, sucesivamente, NO –en el incluido inicialmente en su oferta– y SÍ –en el cumplimentado a raíz del requerimiento para subsanar cursado por el órgano de contratación.

Como se afirma en la Resolución 146/2022, de 3 de febrero, de este Tribunal, que invoca el órgano de contratación:

“Para la resolución del presente recurso conviene aclarar que el licitador que se valga de la habilitación especial de un tercero para ejecutar parte de su oferta completando así su capacidad debe indicar en el Archivo o Sobre nº 1 al rellenar el formulario DEUC, que tiene intención de subcontratar parte de la prestación. 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. Partiendo de lo anterior, el DEUC presentado por la adjudicataria no se ajusta a las reglas sobre presentación de ofertas aplicables a la presente licitación. Ello es así porque la ahora recurrente formuló su proposición sin indicar que recurriría a la subcontratación para poder ejecutar la prestación objeto del contrato y cumplir la habilitación exigida en los pliegos, relativo a la inscripción de la misma en registro que la habilite para el cumplimiento de lo



exigido en el PPT respecto de las prestaciones de los servicios de desinfección, desinsectación y desratización. Esta subcontratación es un dato de gran relevancia puesto que a través de la misma se integra la habilitación para concurrir al procedimiento con medios ajenos, requisito de aptitud para contratar y se posibilita la ejecución del contrato conforme a lo exigido en los pliegos. Así, la prestación del servicio de desinfección, desinsectación y desratización en centros, edificios y embarcaciones se desarrolla ampliamente en el PPT, a cuyo efecto el contratista debe presentar un plan de lucha contra plagas dentro del plan de trabajo, realizando operaciones de mantenimiento en los edificios y embarcaciones, con las frecuencias indicadas en el Anexo I. Este Tribunal ha indicado en reiteradas ocasiones que la presentación de ofertas que no se ajustan a los Pliegos, o como en este caso a la normativa reguladora del DEUC puesta en relación con la LCSP, imponen la exclusión del licitador.

(...)

La recurrente, en el DEUC presentado, página 5, declara que no tiene intención de subcontratar con un tercero parte alguna de las prestaciones del contrato, sin embargo, posteriormente, en el trámite del 150.2 LCSP se presenta la documentación relativa a la subcontratación con un tercero. Hemos mantenido en nuestra Resolución nº 995/2019, de 6 de septiembre, que si bien la declaración responsable sustituye la documentación acreditativa de los requisitos de aptitud para contratar, verificándose la concurrencia de tales requisitos mediante la presentación del licitador propuesto como adjudicatario de la documentación acreditativa de aquellos, «Dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista, no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevancia jurídica.

(...)

Por la declaración responsable conforme al DEUC, o por este directamente, el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable –no solo en nombre de su empresa sino también personalmente– ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la



declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de aptitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (artículo 140.4 LCSP).

(...)

Por tanto, no queda acreditada en el expediente la existencia error alguno en el DEUC de FISSA que fuera susceptible de subsanación, y ha de concluirse que ésta no disponía de la capacidad necesaria para ejecutar el contrato en el momento de presentar la oferta, pues la recurrente en tal fecha no estaba inscrita en el citado registro (hecho no controvertido), de forma y manera que la subsanación pretendida por ésta es inadmisibile, por suponer en verdad la alteración de la oferta presentada, con quiebra de los principios de igualdad y no discriminación entre los licitadores”.

Así pues, la recurrente, con independencia de que ostente -o no- la habilitación profesional requerida o de que vaya a subcontratar -o no- la ejecución del contrato, lo que pretende es alterar su proposición al igual que en el supuesto analizado en la Resolución recién extractada, pretensión que resulta inadmisibile con arreglo al principio de inmodificabilidad de las ofertas, además de los de igualdad y no discriminación entre los licitadores a que se alude en la misma.

Consecuencia de ello es que la recurrente fue excluida de la licitación correctamente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I. R. R. en representación de la sociedad IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., contra la resolución por la que se adjudica el Acuerdo Marco “Suministro de gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios



dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad de Canarias”, con número de expediente 02012022AM04 y convocado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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.

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.