

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

En Madrid, a 11 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Helitrans Pyrinees S.L.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 10 de junio por la que se excluye su oferta a la licitación del contrato de “Servicio de helicópteros con funciones de coordinación, rescate, extinción de incendios, observación y patrullaje en la Comunidad de Madrid” número de expediente A/SER-045447/2023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 26 de abril de 2024 en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 39.980.621,12 euros y su plazo de duración será de 2 años.

A la presente licitación se han presentado cuatro propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso el apartado 23 de la cláusula 1 del PCAP que establece:

...23.- Subcontratación.

Prestaciones no susceptibles de subcontratación: Ninguna.

El contratista sólo puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación

Indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar: Sí. Dado que el contrato requiere el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del centro directivo promotor como responsable del tratamiento, indicarán en la oferta si tienen previsto subcontratar los servidores o servicios asociados a ellos, el nombre o 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, conforme al modelo de declaración responsable múltiple que figura como anexo III al presente pliego...

Por su parte el Anexo III al PCAP establece un cuestionario donde se pregunta por la intención general de subcontratar en un primer aspecto y complementariamente si la ejecución del contrato llevará tratamiento de datos personales; sobre si se tiene previsto contratar los servidores o servicios asociados a ellos para su tratamiento.

Tercero. - El 3 de julio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Helytrans Pyrinees S.L.U., en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta al entender que las declaraciones solicitadas están presentadas.

El 3 de julio de 2024 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 (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 persona jurídica excluida "*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 adoptado el 10 de junio y publicado en el perfil del contratante el día 12 de junio, habiéndose considerado notificado el recurrente en dicha fecha e interponiendo el recurso, en este Tribunal, el 3 de julio de 2024, 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. - En cuanto al fondo del recurso se trata de dilucidar si las declaraciones aportadas por la recurrente son suficientes a la vista de lo establecido en el PCAP.

Manifiesta la recurrente que ya en el DEUC indico su intención de no subcontratar ninguno de los servicios que componen el objeto del contrato, de forma general y que abarca la totalidad de sus apartados que puedan derivarse del resto del texto del PCAP.

Posteriormente fue concedido un plazo de subsanación para que presentara el Anexo III al PCAP, donde se recoge de forma más pormenorizada la intención de subcontratación de parte de los servicios objeto del contrato.

En dicho anexo volvió a declarar que no tenía intención de subcontratar ningún servicio.

Notificada su exclusión por no detallar los servicios que pretende subcontratar, considera que habiendo negado la subcontratación en dos documentos de forma general carece de fundamento una exclusión por no haber declarado la no subcontratación especializada, pues esta queda subsumida en la declaración general.

Argumenta, asimismo que en el caso de que la duda fuera tan importante para la mesa de contratación podría haber solicitado una aclaración a la documentación presentada en el trámite de subsanación.

Por su parte el órgano de contratación se opone a la pretensión de la recurrente basándose en que una vez detectado que no se había incorporado el Anexo III al archivo número 1, fue concedido un trámite de subsanación, en el que tampoco la recurrente declaró conforme a modelo la intención o no de subcontratación especializada, esto es la que afecta a los servidores en los que se trataran los datos personales que dimanen de la ejecución del contrato.

Considera que no estamos ante una aclaración sino ante una nueva subsanación, por lo que siguiendo la doctrina unánime de Tribunales de Contratación y de la Jurisprudencia no procede subsanar lo subsanado, restando solamente la exclusión de la oferta.

A la vista de las posiciones de las partes es necesario transcribir el contenido del anexo III presentado por la licitadora:

Subcontratación

- Si en la cláusula 1 del PCAP se requiere que los licitadores indiquen la parte del contrato que tengan previsto subcontratar:

Que no tiene prevista ninguna subcontratación.

Que tiene previsto subcontratar:

- La siguiente parte del contrato (o del lote nº ...):

- Por importe de:

- Con (*nombre o perfil empresarial del/de los subcontratista/s*):

(En caso de división en lotes, indiquense esos datos tantas veces como lotes estén afectados por la subcontratación)

- Si la ejecución del contrato conlleva que el contratista trate datos personales por cuenta del centro directivo promotor como responsable del tratamiento:

Que no tiene previsto subcontratar los servidores ni los servicios asociados a ellos.

Que tiene previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a ellos con (*nombre o perfil empresarial del/de los subcontratista/s*):

Podemos apreciar como el órgano de contratación distingue dos tipos de subcontratación por un lado una general y por otro lado una particular, que tiene también su descripción en la cláusula 1 del PACP apartados 23 y 30.

Efectivamente el recurrente emite su declaración sobre la generalidad marcando la casilla de no intención de subcontratar, que bien podría entenderse

general sobre todas las actividades que conlleve la ejecución del contrato, pero en el mismo nivel se encuentra la segunda declaración que no podemos entender incluida en la primera y que no ha sido rellenada por el recurrente, sabedor además de la distinción que la letra del PCAP efectúa entre ambas tareas de la ejecución del contrato.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los servicios objeto del contrato corresponde determinarlos al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP o el conocimiento de la participación de empresas subcontratadas tal como consta en el artículo 215.2 del mismo cuerpo legal.

No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

A mayor abundamiento el artículo 122.2 apartado e) se establece: *“La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, 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”.*

En el caso que nos ocupa es claro y diáfano que la información sobre la subcontratación reviste especial importancia y así lo manifiesta tanto en el texto del PCAP como en el Anexo III.

La recurrente inicialmente omitió la presentación del Anexo III, en trámite de subsanación le presenta mal cumplimentado. No se trata de aclarar el contenido del Anexo III como pretende, sino de volver a subsanar dicho documento.

Es doctrina de este Tribunal compartida con el resto de los Tribunales de Contratación la imposibilidad de permitir una doble subsanación. Valga por todas la Resolución 565/2021, de 16 de diciembre: *“Este Tribunal se pronunció, entre otras en su Resolución 319/2018, de 10 de octubre, en la que manifestábamos “Especial mención a este supuesto efectúa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 793/2016, donde dice: “Como este Tribunal afirmó en su Resolución 78/2013, de 14 de febrero, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (por todas, Resoluciones de este Tribunal 237/2012, de 31 de octubre, y 271/2012, de 30 de noviembre, e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio, 13/92, de 7 de mayo, y 1/94, de 3 de febrero, entre otros muchos), tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP), habiendo declarado este Tribunal en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero de 2011 que ‘parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los*

errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno". Más recientemente y en los mismos términos la Resolución 102/2023 de 16 de marzo.

En consecuencia, no puede admitirse una subsanación de lo subsanado, siendo el acto que se pretende en el recurso que nos ocupa.

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 legal de Helitrans Pyrinees S.L.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 10 de junio por la que se excluye su oferta a la licitación del contrato de "Servicio de helicópteros con funciones de coordinación, rescate, extinción de incendios, observación y patrullaje en la Comunidad de Madrid" número de expediente A/SER-045447/2023

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.