



Exp. Junta Consultiva: RES 14/2021

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato reservado de concesión de servicios para la gestión y explotación de dos aparcamientos públicos del parque natural de Mondragó, en el término municipal de Santanyí (CONTR 5125/2021)

Órgano de contratación: Consejería de Medio Ambiente y Territorio

Recurrente: Associació Estel de Llevant

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 29 de octubre de 2021

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la asociación Estel de Llevant, contra la Resolución de consejero de Medio Ambiente y Territorio por la cual se adjudica el contrato reservado de concesión de servicios para la gestión y explotación de dos aparcamientos públicos del parque natural de Mondragó, en el término municipal de Santanyí, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión 29 de octubre de 2021 ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 5 de mayo de 2021, consejero de Medio Ambiente y Territorio (en adelante, el órgano de contratación), aprobó los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) para la contratación, —por el procedimiento abierto—, del contrato de concesión de servicios reservado de gestión y explotación de los aparcamientos públicos en el Parque Natural de Mondragó en el término municipal de Santanyí.

El anuncio de licitación y los pliegos se publicaron en la Plataforma de contratación del sector público el 5 de mayo.

2. Dentro del plazo otorgado al efecto presentaron proposiciones dos empresas:

- La asociación Estel de Llevant (en adelante Estel de Llevant), ahora recurrente, y
- CEO Balcat de Iniciativa Social, SLU (en adelante CEO BALCAT), la cual resultó adjudicataria

3. El 2 de junio de 2021, la Mesa de contratación, abrió el sobre 1 y procedió a examinar y calificar la documentación general.

En esta Mesa se admitió provisionalmente a ambas entidades requiriéndoles para que subsanaran la documentación general en el plazo de tres días naturales.

4. El 16 de junio de 2021 se vuelve a reunir la Mesa de contratación para analizar la documentación presentada en el trámite de enmienda de la documentación general y para abrir el sobre 2 relativo a los criterios evaluables de forma automática.

En esta sesión Mesa acuerda considerar correcta la documentación presentada por las dos licitadoras en fase de enmienda de deficiencias y admitirlas a la licitación. Así mismo se solicita informe de valoración al responsable del contrato en relación a la oferta económica y al resto de documentación presentada por los licitadores relativa a los criterios evaluables mediante fórmula.

5. El 23 de junio de 2021 se reúne la Mesa de contratación con objeto de analizar el informe relativo en los criterios evaluables mediante fórmula y proceder a la propuesta de adjudicación en su caso.

Una vez efectuada la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula, la Mesa propone la adjudicación del contrato a favor de la entidad CEO BALCAT. Así mismo, la Mesa acuerda requerir a esta entidad propuesta como adjudicataria para que en el plazo de diez días hábiles presente la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en la licitación, así como la documentación que señalan las cláusulas 19 y 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

6. En fecha 4 de julio de 2021, se reúne la Mesa de contratación con objeto de calificar la documentación aportada por CEO BALCAT, propuesta como adjudicataria en la sesión anterior. En esta sesión se considera correcta la documentación aportada excepción hecha de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en relación al Impuesto de Actividades Económicas, y de la validación de la escritura acreditativa de la representación.

En esta sesión la Mesa faculta en la Unidad Administrativa de Contratación para subsanar las deficiencias detectadas. Consta al expediente enviado a

esta Junta Consultiva una diligencia de 14 de julio de 2021 de la Unidad Administrativa de Contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Territorio en la cual se dan por subsanadas las deficiencias.

7. El 22 de julio de 2021 el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación del contrato reservado de concesión de servicios para la gestión y explotación de dos aparcamientos públicos del Parque Natural de Mondragó en el término municipal de Santanyí a favor de CEO BALCAT. La resolución de adjudicación se publica al perfil del contratante y se notifica al adjudicatario y al no adjudicatario el 23 de julio.
8. En fecha 12 de agosto de 2021 se firma el contrato.
9. En fecha 28 de julio de 2021 la entidad no adjudicataria, Estel de Llevant, solicita al órgano de contratación acceso al expediente de contratación al amparo del artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (en adelante LCSP).
10. El 20 de agosto de 2021, la Asociación Estel de Llevant presenta recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato de 22 de julio de 2021, por la cual se adjudica el contrato a favor de CEO BALCAT y reitera en fase de recurso la solicitud de acceso al expediente.

En recurso interpuesto se basa en las siguientes alegaciones:

Alegación primera. Que existe una discrepancia -no subsanada ni aclarada en el procedimiento- sobre la intención de la adjudicataria de subcontratar una parte del contrato con terceros.

Alegación segunda. Que la adjudicataria ha alterado, con motivo de la enmienda de deficiencias en el Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC) su forma de participación en el procedimiento.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se anule la resolución de adjudicación del contrato y se retrotraigan las actuaciones a efectos de que el órgano de contratación excluya la adjudicataria del procedimiento de licitación, continuando su tramitación hasta la adjudicación del contrato a favor de la recurrente.

11. En fecha 16 de septiembre de 2021 y dada la solicitud de la recurrente, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa otorga trámite de vista al expediente en fase de recurso al amparo del artículo 52.3 de la LCSP.
12. En fecha 27 de septiembre comparece en la sede de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el representante de la recurrente para consultar el expediente enviado a la Junta Consultiva por el órgano de contratación. Una vez transcurrido el plazo previsto la recurrente no ha presentado escrito de ampliación del recurso.
13. En la tramitación del recurso especial en materia de contratación, se ha dado audiencia a la adjudicataria, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, sin que haya presentado alegaciones.
14. El órgano de contratación, en cumplimiento del artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, ha enviado el expediente de contratación, junto con un informe de la unidad administrativa de contratación, que se opone al recurso interpuesto.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la resolución por la cual se adjudica un contrato de concesión de servicios, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente y Territorio.

Contra este acto se puede interponer el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolverlo corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. Estel de Llevant, se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación dado que se presentó a la licitación, lo ha interpuesto mediante representante acreditado, y dentro del plazo adecuado de un mes.

3. Para poder resolver el recurso interpuesto, resulta de interés tener en cuenta como se desarrolló la tramitación del procedimiento de licitación a través de las actas de la Mesa de contratación, especialmente las tres primeras sesiones que es donde se produjeron las deficiencias en la presentación de los DEUC y la subsanación correspondiente, que es básicamente lo que ha dado lugar al recurso.

En la primera sesión de Mesa, de día 2 de junio de 2021, se procedió a la apertura del sobre núm.1 y al examen y calificación de la documentación general presentada en este sobre.

En esta sesión se detectaron deficiencias en la documentación presentada por ambas licitadoras.

En cuanto a CEO BALCAT, y tal como consta en el acta,

el documento presentado a través de plataforma y revisado por la Mesa se observa que en cuanto en la forma de participación, la empresa declara que está participando en el procedimiento con otros operadores, si bien no indica que operador. Si se así deberá cumplimentar el resto de apartados a), b) y c) y presentar un DEUC por separado. En caso contrario deberá indicar que no está participado.

En este mismo documento en el apartado C del DEUC relativo a la información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades, se indica que la empresa licitadora se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección. Si es así deberá presentar un formulario DEUC separado por cada una de las entidades debidamente cumplimentado y firmado con las indicaciones, si resulta adecuado, sobre el personal técnico y capacidades técnicas en que se base el operador económico (12).

Se comprueba por los miembros de Mesa que falta presentar compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes (Anexo III).

El resto de la documentación es correcta.

En cuanto a la recurrente, Estel de Llevant, la Mesa observó las siguientes deficiencias según el acta,

En relación al documento DEUC presentado se observa una incongruencia entre el apartado D del DEUC: Información relativa a los subcontratistas, en el que el licitador manifiesta que no tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato con terceros y la declaración de adscripción de medios personales y materiales que según el apartado III declara que *"la ASOCIACIÓN ESTEL DE LLEVANT no tiene previsto la subcontratación de ninguna parte del contrato a excepción como indican los pliegos de la*

licitación, de las cabinas sanitarias, su limpieza y vaciado." Por lo que tal como indica se desprende que sí tiene intención de subcontratar. Se deberá aclarar tal circunstancia.

El resto de documentación se considera correcta

Dadas las deficiencias observadas la Mesa acordó que las entidades subsanaran la documentación aportada en el siguiente sentido:

En relación a la documentación presentada por las empresas, la Mesa considera que se ajusta a lo dispuesto en el pliego y en la LCSP, si bien la empresa CEO BALCAT de Iniciativa social, SLU, tiene que subsanar la siguiente documentación:

DEUC:

En relación al apartado A de información sobre el operador económico:

- En el caso que participe en la licitación con otros operadores deberá cumplimentar el resto de apartados a), b) y c) y presentar un DEUC por separado. En caso contrario deberá indicar que no está participado.

Apartado C de información sobre el recurso de la capacidad de otras entidades:

- En el caso que se base en la capacidad de otras entidades para satisfacer criterios de selección deberá presentar DEUC separado por cada una de las entidades debidamente cumplimentado y firmado con las indicaciones, si resulta adecuado, sobre el personal técnico y capacidades técnicas en que se base el operador económico (12).

- Falta presentar compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes (Anexo III).

La Asociación Estel de Llevant tiene que subsanar la siguiente documentación:
DEUC:

- Apartado D: Información relativa a los subcontratistas. Deberá aclarar la incongruencia observada entre este apartado en el que manifiesta que no tiene intención de subcontratar y la declaración de adscripción de medios personales y materiales en que en el apartado III declara que sí tiene intención de subcontratar. En caso que tenga intención de subcontratar deberá marcar en el DEUC la casilla correspondiente.

Además, la entidad adjudicataria tenía que presentar un DEUC en PDF firmado, cerrado y no modificable puesto que el que había presentado era un PDF abierto y modificable.

La segunda sesión de la Mesa de contratación tiene lugar el 16 de junio de 2021, en esta sesión se analiza la documentación aportada en fase de subsanación por las dos entidades licitadoras, que la Mesa acepta. En concreto en el acta se señala lo siguiente:

La empresa CEO BALCAT de Iniciativa Social SLU, ha presentado en plazo, según justificante de presentación de la plataforma de contratación del sector público que consta en el expediente, el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

Declara en dicho documento (apartado A) que la empresa CEO BALCAT de Iniciativa Social, SLU no se presenta al procedimiento participado con otros operadores. En este mismo documento declara que tampoco se presenta a la licitación basándose en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección.

Se comprueba que ha presentado compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes según anexo III del PCAP.

ESTEL DE LLEVANT, ha presentado en plazo, según justificante de presentación de la plataforma de contratación del sector público que consta en el expediente, el DEUC con la indicación de que sí tiene previsto subcontratar de acuerdo con la declaración presentada en este sentido. Así mismo se comprueba por parte de los miembros de Mesa que se ha incluido en el DEUC información relativa a la solvencia económica y técnica que no se valora por no ser el momento oportuno.

Los miembros de la Mesa dan por subsanadas las deficiencias detectadas en la documentación administrativa y consideran correcta la documentación presentada por las empresas requeridas.

A continuación los miembros de Mesa procedieron a la apertura de los archivos correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula contenidos en el sobre 2, y se observa que la entidad CEO BALCAT presenta una declaración sobre la intención de subcontratar, cuando en el DEUC había indicado su intención de no hacerlo.

En concreto, el acta de Mesa de día 16 de junio se expresa en los siguientes términos:

A continuación los miembros de la Mesa observan que en la documentación presentada por CEO BALCAT de Iniciativa Social, SLU, se ha producido una incongruencia entre la declaración efectuada en el DEUC sobre su intención de no subcontratar y la presentación en el sobre 2 de una declaración sobre su intención de subcontratar con indicación de la parte que va a subcontratar, la empresa subcontratista y el importe de la parte de la prestación que se va a subcontratar.

Respecto a este aspecto el presidente de Mesa emplaza al Servicio Jurídico y al Servicio de Contratación para que aporten en la próxima sesión resoluciones o informes sobre la cuestión planteada.

Es a la tercera sesión de la Mesa de contratación, celebrada día 23 de junio de 2021, cuando se resuelve la incongruencia detectada en la sesión anterior entre el DEUC y la oferta relativa a la subcontratación y Mesa entiende que la intención de subcontratar de CEO BALCAT es clara. En concreto, en el acta de 23 de junio se señala lo siguiente:

En relación a la cuestión planteada en la sesión anterior sobre la incongruencia detectada en la declaración de subcontratación de la empresa CEO BALCAT de Iniciativa Social, S.L.U, contenida en el sobre 1 y la información contenida en el sobre 2, la secretaria de Mesa expone que de acuerdo con las resoluciones consultadas por el Servicio Jurídico y el Servicio de Contratación, cítese por ejemplo Resolución 103/2020 y 254/2020 del TARC de la Junta de Andalucía y la Resolución 995/2019 de TACRC, determinan que este tipo de incongruencia no responde a un propósito intencionado de ocultar la verdad, ni se puede calificar como declaración falsa grave. Se trata de un error involuntario, que no le coloca en posición de ventaja, ni supone vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Vistas las resoluciones los miembros de Mesa consideran que esta clara la voluntad del licitador de subcontratar y por tanto se acepta su oferta.

Pues bien, es esta consideración de Mesa la que da origen a las alegaciones presentadas por el recurrente.

5. Por otro lado, en cuanto a la regulación legal, se tiene que estar a la LCSP, que en relación con el DEUC y la subcontratación dispone lo siguiente:

El DEUC es una declaración responsable regulada al artículo 140 de la LCSP bajo la rúbrica de la documentación acreditativa de los requisitos previos. El artículo 140.1 a) apartados primero, segundo, tercero y cuarto señalan aquello que tiene que poner de manifiesto el licitador en esta declaración responsable y se centra especialmente en los llamados requisitos de aptitud para contratar, que son la capacidad, la representación, la solvencia y la acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar.

Por su parte, la subcontratación, no se considerada un requisito de aptitud para contratar, sino que es una forma de ejecución del contrato y en este sentido la subcontratación se regula al artículo 215 de la LCSP al libro segundo capítulo primero y en concreto en la Subsección 6a de la Sección 3ª que regula los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.

El artículo 215.2 apartados a) y b) señalan dos maneras de acreditar la subcontratación, o bien en la oferta cuando así se indique en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien, en todo caso, una vez adjudicado el contrato.

6. En el PCAP que rige la licitación, el DEUC se regula en la cláusula 14.1.1, señalando bajo la rúbrica de *documentación general* que se tiene que presentar, lo siguiente:

a) Declaración responsable presentada conforme al modelo del Documento Europeo Único de Contratación establecido por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016.

El licitador debe presentar el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), que consiste en una declaración formal por la que declara que no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido de participar en el presente procedimiento de contratación, que cumple los criterios de selección establecidos en este Pliego y que se compromete a presentar la documentación pertinente

La letra Y del PCAP señala la información que se tenía que rellenar del DEUC, la cual incluía la parte II del mismo. Esta parte II del DEUC se desglosa en los siguientes apartados:

- A. INFORMACIÓN SOBRE EL OPERADOR ECONÓMICO
- B. INFORMACIÓN SOBRE LOS REPRESENTANTES DEL OPERADOR ECONÓMICO
- C. INFORMACIÓN SOBRE EL RECURSO A LA CAPACIDAD OTRAS ENTIDADES
- D. INFORMACIÓN RELATIVA A LOS SUBCONTRATISTAS EN LA CAPACIDAD DE LAS CUALES NO SE BASA EL OPERADOR ECONÓMICO (Esta sección se tiene que rellenar únicamente si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora exigen expresamente esta información).

A la letra Y del PCAP no se indicó de forma expresa se se tenía que cumplimentar o no el apartado D de la parte II del DEUC, limitándose el pliego de cláusulas administrativas particulares en señalar que se tenía que cumplimentar toda la parte II del DEUC que incluye la declaración sobre la subcontratación.

En cuanto a la subcontratación el PCAP había establecido la obligación del licitador de indicar en su oferta la parte del contrato a subcontratar. Así la letra Q del PCAP señala lo siguiente:

Q. SUBCONTRATACIÓN. Art. 215 LCSP

Condiciones de la subcontratación: Se permite la subcontratación de las cabinas sanitarias, limpieza y vaciado.

(...)

Se exige la presentación de una declaración sobre la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar en los términos del artículo 215.2.a) de la LCSP:

SÍ

El licitador deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, señalando su importe, número o el perfil empresarial. El contratista deberá comunicar por escrito, después de la adjudicación del contrato y en todo caso antes del inicio de la ejecución del contrato, al órgano de contratación la intención de suscribir los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, los datos del contrato y el representante o representantes legales del subcontratista, y deberá justificar suficientemente la aptitud de este para ejecutar por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su

experiencia, debiendo acreditar que este no está incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el art. 71 de la LCSP

7. Una vez establecido todo el anterior, es procedente entrar a continuación en los motivos del recurso interpuesto. Concretamente la recurrente alega lo siguiente:

– Alegación primera. Que existe una discrepancia -no subsanada ni aclarada en el procedimiento- sobre la intención de la adjudicataria de subcontratar una parte del contrato con terceros.

En este sentido la recurrente considera que la decisión de Mesa vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación puesto que a la entidad Estel de Llevant sí se le solicitó que subsanara el DEUC aclarando si tenía o no intención de subcontratar. Esta subsanación del DEUC a la entidad Estel de Llevant que hubiera supuesto su exclusión en caso de no subsanarse considera la recurrente que es el que ha supuesto un trato discriminatorio.

Así mismo considera que la consideración de la Mesa de contratación relativa a la voluntad de subcontratar por parte de la CEO BALCAT no es la única interpretación posible para resolver la discrepancia entre el DEUC y la oferta de CEO BALCAT en cuanto a la subcontratación, y que se tendría que haber excluido a esta entidad.

Finalmente basa su alegación en que no es posible un segundo trámite de subsanación de nuevos defectos en la documentación administrativa presentada.

– Contestación a la alegación primera:

En primer lugar, en relación con la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, esta Junta considera que esta vulneración no se ha producido dado que no se apreció la incongruencia entre el DEUC y la oferta de CEO BALCAT de Iniciativa Social SLU hasta que no se abrió el sobre 2 que contenía la proposición relativa a los criterios evaluables mediante fórmula de la entidad.

Mientras que la incongruencia que en materia de subcontratación se dio en la documentación aportada por parte de Estel de Llevant se puso de manifiesto en la misma apertura del sobre 1 el que dio lugar a la subsanación al amparo de la cláusula 16.1 segundo párrafo del PCAP.

Por lo tanto, la discrepancia en relación con la subcontratación de ambos licitadores se dio en dos momentos diferentes que no pueden ser tratados del mismo modo.

En segundo lugar, en cuanto a que la voluntad de subcontratar no es la única interpretación posible, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una discrepancia que no afecta la aptitud para contratar propiamente dicha, sino únicamente la subcontratación, como forma de ejecutar el contrato, de hecho en el propio DEUC se establece que esta declaración es opcional cuando lo exija el órgano de contratación.

Es en la oferta dónde según la LCSP, en su artículo 215.2, y el pliego de cláusulas administrativas particulares, en su letra Q, donde se tiene que indicar la parte del contrato que el licitador tiene previsto subcontratar.

En este sentido, la Resolución 103/2020, de 12 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Junta de Andalucía, que cita tanto el informe del órgano de contratación, como el propio recurrente, en un caso sustancialmente idéntico al que nos ocupa, señala lo siguiente:

En el supuesto que analizamos, no se observa que la incongruencia entre el contenido del DEUC y la documentación técnica responda a un propósito intencionado de ocultar la verdad, ni se puede calificar como declaración falsa de carácter grave. Se trata de 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 cuanto la documentación técnica fue aportada al mismo tiempo que el resto de documentación (...)

Así las cosas, del conjunto de la oferta de la adjudicataria puede deducirse claramente su voluntad de subcontratar, por lo que a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, permite admitir la proposición sin proceder a su exclusión pese a no ajustarse con carácter estricto a lo consignado en el DEUC, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad.(...)

(...)

Por otra parte, este Tribunal entiende que no se reprochable al órgano de contratación que no solicitara la subsanación del defecto advertido a la adjudicataria, pues en el momento del procedimiento de licitación en que éste se advirtió, estaba clara la voluntad inequívoca de subcontratar por parte de la licitadora, y siendo así podemos decir que la mesa siguió un criterio razonable y acuerde a la búsqueda de la máxima concurrencia y la salvaguarda del interés público.

(...)

Es por ello que cabe calificar como razonable el criterio adoptado por la mesa, puesto que en ningún caso supuso sustituir la voluntad de la adjudicataria o ejercer juicio valorativo alguno, sino que se trató de la única interpretación posible dentro del marco legal.”

Es el criterio seguido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado- en la actualidad, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado- en su informe 23/2008, de 29 de septiembre, que ha sido acogido en supuestos similares al que aquí analizamos por otros órganos de resolución de recursos, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 283/2012, de 14 de diciembre, o el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en las Resoluciones 70/2014, de 23 de octubre y 78/2015, de 10 de septiembre.

En el presente caso, ante la discordancia entre ambos documentos, es razonable que prime lo manifestado en la oferta, por su carácter específico, sobre lo señalado en el DEUC.

(...)

En un caso similar donde la discrepancia entre el DEUC y la oferta no se produce en los requisitos de aptitud para contratar sino en otros elementos como es la declaración errónea de los lotes a los que se pretende presentar el licitador, la Resolución 60/2020, de 14 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Junta de Andalucía dice lo siguiente

El error cometido por la ahora recurrente es ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por si sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y, apreciándose teniendo en cuenta exclusivamente los datos contenidos en su oferta, pues el mismo se ha cometido por la ahora recurrente al no indicar en los sobres los lotes a los que licitaba, y al indicar en el DEUC su participación en la licitación al lote 1, al tiempo que presentaba oferta para los cuatro.

En definitiva, la incorrección en la proposición de la recurrente tiene que ser calificada como un error material o de carácter puramente formal, pues no altera la oferta al poderse deducir claramente del contenido de la misma cual era su voluntad.

Por tanto, a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, que hubiera permitido admitir la proposición íntegramente respeto a todos los lotes pese a no ajustarse con carácter estricto al único lote consignado en el DEUC, habría resultado ajustada a derecho, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad y en la existencia de un error material en la cumplimentación del DEUC, que se desprende de modo evidente y claro de la documentación obrante en el expediente, al ser inequívoca la voluntad de la recurrente de licitar a los cuatro lotes.

(...)

En conclusión, en el supuesto de que nos ocupa, y en casos similares donde se produce una discrepancia entre el DEUC y la oferta presentada, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía considera que tiene que primar la oferta.

Finalmente, en cuanto al argumento de que no es posible un segundo trámite de subsanación de nuevos defectos en la documentación administrativa presentada, este motivo del recurrente decae con la argumentación anterior.

Dado todo el expuesto, consideramos que la Mesa actuó correctamente al no haber excluido a CEO BALCAT y al considerar, en cuanto a la incongruencia entre el DEUC y la declaración de subcontratación contenida en la oferta, que tenía que primar la oferta considerándose la declaración DEUC como un error involuntario.

Por eso la alegación primera de la recurrente se tiene que desestimar.

– Alegación segunda.

La recurrente alega también que la entidad CEO BALCAT con motivo de enmendar las deficiencias del DEUC, alteró su forma de participación en el procedimiento.

En concreto, la recurrente señala que:

Cuando la Mesa de contratación requirió a CEO BALCAT de Iniciativa Social SLU para corregir las tres deficiencias, dándole la alternativa de, o bien facilitar la información sobre estos otros operadores económicos o entidades, aportando un DEUC particular por cada uno de ellos, o bien responder de manera negativa a la casilla respectiva del DEUC, la empresa optó para corregir las respuestas en el segundo formulario, contestando ahora de manera negativa. Pero con motivo de la enmienda de las deficiencias detectadas, se estaba alterando realmente la previsión o idea inicial, en cuanto a su forma de participar en el procedimiento, así como a su intención de recurrir a la capacidad de terceros. Aunque se hubiera producido a requerimiento de la Mesa de contratación para aclarar la situación de la empresa licitadora, la rectificación iba más allá de una simple corrección de deficiencias, puesto que la forma de participación era una cuestión relevante, no alterable o reversible a voluntad de la parte. No tenemos que olvidar que estamos ante un contrato reservado, en que la participación en el procedimiento de adjudicación está reservada a centros especiales de ocupación y empresas de inserción, en conformidad con el previsto en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Por tanto, es especialmente importante conocer la forma de participación de los terceros en el ejecución del contrato. Y en este caso –como hemos dicho– no podemos conocer

la previsión inicial en que la empresa concurrió a la licitación (antes de que se rectificaran las respuestas del DEUC).

– Contestación a la alegación segunda:

Hay que recordar que según el acta de 2 de junio de 2021 los elementos a subsanar por parte de la entidad, que finalmente resultó adjudicataria, serían los siguientes:

(...) la empresa CEO BALCAT de Iniciativa social, SLU, tiene que subsanar la siguiente documentación:
DEUC:

En relación al apartado A de información sobre el operador económico:

- En el caso que participe en la licitación con otros operadores deberá cumplimentar el resto de apartados a), b) y c) y presentar un DEUC por separado. En caso contrario deberá indicar que no está participado.

Apartado C de información sobre el recurso de la capacidad de otras entidades:

- En el caso que se base en la capacidad de otras entidades para satisfacer criterios de selección deberá presentar DEUC separado por cada una de las entidades debidamente cumplimentado y firmado con las indicaciones, si resulta adecuado, sobre el personal técnico y capacidades técnicas en que se base el operador económico (12).

- Falta presentar compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes (Anexo III).

La posibilidad de subsanar el DEUC está previsto tanto en el artículo 141.2 segundo párrafo de la LCSP, como a la cláusula 16.1 segundo párrafo del pliego de cláusulas administrativas particulares. La subsanación de la documentación general se puede considerar como una de las funciones de la Mesa de contratación, de hecho el artículo 326.2 a) cuando hace mención a las funciones de la Mesa de contratación cita de forma expresa el artículo 141.

Se tiene que tener en cuenta, además, que la enmienda de documentación administrativa no se configura como una facultad discrecional de la mesa de contratación sino como una obligación por tal de cumplir los principios que rigen la contratación como son el de proporcionalidad o la libre concurrencia. Cómo señala la Resolución 497/2017, de 8 de junio, del Tribunal Admministrativo Central de Recursos Contractuales

(...) la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura en la legislación contractual como una facultad de la que la mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario, lejos de eso la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

Sólo cuando de la documentación presentada, ya en el sobre cerrado ya tras el requerimiento de subsanación, resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 del TRLCSP), cabe excluir al licitador. Ello se así porque la mesa debe garantizar el cumplimiento, no sólo de las normas, sino también de los principios que rigen la contratación pública, singularmente los de igualdad, en su vertiente de no discriminación, y de libre concurrencia, e interpretar el PCAP del modo que esos principios tengan realización efectiva. Así, el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, por lo que debe concederse la posibilidad de subsanación, y sólo a la vista de la no presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador.

Por lo tanto, Mesa ejerció correctamente sus funciones.

Por otro lado, de acuerdo con la descripción del contrato del PCAP nos encontramos ante un contrato reservado a centros especiales de ocupación y empresas de inserción de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la LCSP y el punto 4 del acuerdo de Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2016 por la cual se establecen las directrices de inclusión de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 54, de 30 de abril).

En este punto se tiene que tener en cuenta que nos encontramos ante un requisito de personalidad o capacidad de la licitadora tal y cómo pone de manifiesto la cláusula 20.2 a) del PCAP cuando bajo la rúbrica *acreditación de la personalidad del empresario* señala que:

En el caso de que en la Portada de este Pliego se haya indicado que se trata de un contrato reservado, el licitador deberá acreditar, según cada caso, que se trata de un Centro Especial de Empleo de iniciativa social o una empresa de inserción o una organización que cumpla los requisitos de la Disposición Adicional 48 de la LCSP, o que el contrato se ejecutará efectivamente en el marco de programas de empleo protegido, mediante la presentación de los documentos acreditativos correspondientes.

Ciertamente las deficiencias que presentaba el DEUC de CEO BALCAT tenían que ver con la participación de terceros en la licitación, bien en cuanto a la participación con otros operadores económicos a la licitación, como puede ser el caso de constitución de una UTE, bien para la integración de su solvencia con terceros.

De todas maneras se tiene que tener en cuenta que en el DEUC de CEO BALCAT se responde con uno SI a la siguiente pregunta: *El operador económico es un taller protegido o una empresa social o prevé que el contrato se ejecute en el marco de programas de ocupación protegido?*

Por lo tanto la capacidad declarada al DEUC de CEO BALCAT incluía la posibilidad de poder ejecutar el contrato reservado, sin perjuicio de que posteriormente se tuviera que acreditar esta circunstancia de acuerdo con el artículo 150.2 de la LCSP.

Dado lo expuesto, la segunda alegación también se tiene que desestimar.

Por todo esto,

Resuelvo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ESTEL DE LLEVANT contra la Resolución de consejero de Medio Ambiente y Territorio por la cual se adjudica el contrato reservado de concesión de servicios para la gestión y explotación de dos aparcamientos públicos del parque natural de Mondragó, en el término municipal de Santanyí.
2. Notificar esta Resolución a las personas interesadas y a la Consejería de Medio Ambiente y Territorio.

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —que agota la vía administrativa— se puede interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses contadores desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.