

**RECURSO 15/2020
RESOLUCIÓN 37/2020**

D. LUIS GRACIA ROMERO, SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN,

CERTIFICO: Que en el Recurso 15/2020 interpuesto ante este Tribunal se ha dictado el 20 de febrero la Resolución que a continuación se transcribe:

“Resolución 37/2020, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P. frente al acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente, de 20 de septiembre de 2019, por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato para la redacción de las Normas Urbanísticas Territoriales de Zamora, exp. A2020/000112.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de 20 de septiembre de 2019, se excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios para la redacción de las Normas Urbanísticas Territoriales de Zamora, a la empresa Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., a quien le fue comunicada la exclusión el 16 de enero de 2020.

El motivo de exclusión es el de que “En los respectivos DEUC de Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda a la pregunta ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? Contestan afirmativamente, cuando según el DEUC del licitador Planz, Planeamiento Urbanístico SLP, la contestación debiera haber sido NO ya que no licitan en UTE”.



Segundo.- El 24 de enero de 2020 D. Gregorio Vázquez Justel, en representación de Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., presenta un recurso especial en materia de contratación frente al referido acuerdo de exclusión, en el que muestra su disconformidad con él, al tratarse de una deficiencia formal que debió ser objeto de comprobación según habilita el DEUC o mediante una solicitud de aclaración de la contradicción o corrección del error detectado en el formulario.

El 26 de enero se presenta ante el Tribunal un escrito de la recurrente en el que indica que “en relación con el supuesto error referido como causa de la exclusión de la Mesa de contratación, la cumplimentación de un punto del DEUC de dos colaboradores, se constata que el propio requerimiento de subsanación recibido -plataforma de contratación- para presentar los DEUC, se induce a contestar un SÍ, al punto cuestionado por la Mesa. Siendo un aspecto determinante del supuesto error detectado y considerado invalidante, procede su consideración, en el Recurso formulado, para lo que se adjunta aquí como documentación complementaria dicho requerimiento”.

Tercero.- Se han recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 4 de febrero de 2020, en el que se opone a la estimación del recurso.

Cuarto.- El 7 de febrero se dio traslado del recurso a los licitadores, a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho, sin que conste que hayan hecho uso de este trámite.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación a tenor del artículo 48 de la LCSP y está acreditada la representación con la que actúa.

El recurso se ha interpuesto frente al acto de exclusión en un contrato de servicios cuyo valor estimado (165.289,26 euros) es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP, que considera como actos de trámite cualificados los acuerdos de la Mesa de exclusión de ofertas.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

3º.- La solución del recurso exige determinar si la exclusión de la oferta de la recurrente se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y en la normativa de desarrollo, así como en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato (PCAP).

De acuerdo con la cláusula 19.A) del PCAP, en el sobre nº 1 de “Documentación General”, “Los licitadores acreditarán el cumplimiento de los requisitos mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del DEUC, establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. La información e instrucciones para su cumplimentación figuran en el Anexo nº 3 del presente pliego”.

El DEUC es la declaración de una empresa interesada en participar en un procedimiento de licitación, cuya aportación sustituye la de la documentación acreditativa de los requisitos previos de capacidad y solvencia. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 140.1.a) de la LCSP, a cuyo tenor “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:

»1º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

»2º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

»3º Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley.

»4º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Por su parte, el artículo 141 de la LCSP dispone lo siguiente:

“1º 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.

»2º En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, ésta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

»Cuando ésta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

En este supuesto, en el acta nº 1 de la Mesa de contratación, de 10 de septiembre de 2019, se procede a la admisión provisional de la empresa Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., concediéndole un plazo de subsanación por el siguiente motivo, que consta también en el requerimiento practicado al efecto el 11 de septiembre: “En el DEUC presentado, a la pregunta ¿se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades? Contesta NO.

»No obstante, a la vista de la documentación presentada (acreditación de la solvencia técnica y económica) se deduce que Sí se basa en la capacidad de Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda, técnicos externos a la empresa.

»Por ello deberán subsanar el DEUC de Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., y a la pregunta ¿se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades... ? Contestar Sí.

»Asimismo, deberán aportar el DEUC y las declaraciones responsables (anexos IV y V) de Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda”.

Según consta en el acta nº 2 de la Mesa de contratación, de 20 de septiembre de 2019, a la vista de la documentación aportada se acuerda excluir a la empresa recurrente “porque en los respectivos DEUC de Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda a la pregunta ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? contestan afirmativamente, cuando, según el DEUC del licitador Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., la contestación debiera haber sido NO ya que no licitan en UTE”.

Expuesta la situación fáctica que origina la controversia objeto del recurso, conviene recordar que es doctrina unánime la que considera que la posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere principalmente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 140 de la LCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores. Así se deduce del artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), según el 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”. E igualmente del artículo 27.1 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. (En este sentido, entre otras, Resoluciones de este Tribunal -en adelante TARCCYL- 126/2019 y 127/2019, ambas de 29 de agosto).

La Resolución del TARCCYL 32/2018, de 4 de mayo, refiere que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en diversas resoluciones (por todas, Resoluciones 217/2016, de 1 de abril, 898/2016, de 4 de noviembre, 908/2017, de 5 de octubre, 8/2018, de 9 de enero, 155/2018, de 16 de febrero, 266/2018, de 16 de marzo; y en términos semejantes, Resoluciones 661/2017 de 21 de julio, 42/2018, de 19 de enero, o 113/2018, de 9 de febrero) ha señalado que “nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (...), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del [RGLCAP] sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que

dicho precepto no puede ser interpretado `sensu contrario´ vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los [que] se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (...).

»Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -Asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 -Asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012, Asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009, Asunto T-195/08)».

Sobre el alcance de la subsanación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, con cita de otros anteriores, señaló que, “sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables”, el artículo 81 del RGLCAP permite “considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos”. Y en su Informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de su Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, refiere que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en 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”. Y añade que “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”.

Como se expuso anteriormente, en este caso se practicó requerimiento de subsanación de la documentación administrativa conforme al artículo 81 del RGLCAP, trámite que puso de manifiesto, a la vista de la documentación aportada, una contradicción en los términos de la oferta que ponía en cuestión la identidad del licitador, en particular, si concurría individualmente o en unión temporal de empresas (UTE).

A ello se refiere también el informe al recurso del órgano de contratación según el cual “La Mesa de Contratación en sesión S-2 A2020/000112, celebrada el día 20 de septiembre de 2019, a la vista de la documentación aportada, acuerda excluir a la empresa recurrente porque en los respectivos DEUC de Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda a la pregunta ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? contestan afirmativamente, cuando, según el DEUC del licitador Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., la contestación debiera haber sido NO ya que no licitan en UTE.

»La Mesa de Contratación consideró que no se trataba de un defecto formal del DEUC de las entidades citadas, sino, al contrario de lo que afirma el recurrente se trata de un defecto sustancial, ya que al contestar afirmativamente a la pregunta ¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros? manifiestan que licitan en UTE, modificando así la titularidad del licitador, lo que se contradice con la documentación aportada por el licitador que como tal se

presentó en la PLACSP, es decir, la empresa Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P. (...)"

De este modo, no cabe apreciar un formalismo excesivo en la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de contratación, puesto que la debida acreditación por el licitador del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia es condición *sine qua non* para contratar con el sector público, de acuerdo con las previsiones de la LCSP, que considera nulos de pleno derecho los contratos en los que concurra "La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional" (artículo 39.2); que califica como prohibición de contratar el "haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia" (artículo 71.1.e); y que sanciona con la exclusión del procedimiento la modificación de la unión temporal de empresas que se produzca durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato (artículo 69.8).

La indicada decisión de la Mesa de contratación se adoptó previo requerimiento de subsanación practicado al amparo del artículo 81 del RGLCAP y de acuerdo con las previsiones del PCAP, cuyo anexo nº3 señala:

"Un operador económico (licitador) que participa por su cuenta, sin recurrir a la capacidad de otra/s empresa/s para cumplir los criterios de selección, deberá cumplimentar un solo DEUC.

»Un operador económico que participe por su cuenta pero que recurra a la capacidad de otra/s empresa/s, deberá presentar su propio DEUC más el DEUC de la entidad a cuya capacidad recurra.

»En el supuesto que los operadores económicos se presenten a la licitación en Unión Temporal de Empresas, cada una de las entidades que integran la UTE deberá presentar su DEUC por separado".

La contradicción de las declaraciones efectuadas por las empresas recurrente, Luis Santos Ganges y Ana Gavilán Rueda, impedía conocer si tales empresas concurrían o no en unión temporal, lo que determinó su exclusión, al no estar prevista en la LCSP, o en su desarrollo reglamentario, la práctica de sucesivos trámites de subsanación, como tampoco lo está en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (art. 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC). La Resolución del TACRC nº 470/2019, de 30 de abril, que trae a colación el informe al recurso, señala al respecto que la subsanabilidad de los defectos o errores en la documentación administrativa “no puede suponer, no obstante, que el trámite de subsanación deba repetirse una vez revisada la documentación presentada por la empresa. Como indica el informe del órgano de contratación, admitir la nueva declaración que se presenta con ocasión del recurso interpuesto, supondría permitir una doble subsanación (la primera para remediar el defecto advertido y la segunda para corregir un segundo defecto cometido con ocasión de la propia subsanación) pues ello conllevaría admitir en los licitadores la posibilidad ilimitada de subsanaciones encadenadas, contrario a la seguridad jurídica y al espíritu del trámite de subsanación”.

Junto a ello, la contradicción de términos que reflejaban las declaraciones de las indicadas empresas, no puede calificarse como error material o de hecho de posible rectificación en cualquier momento, al no adecuarse a los presupuestos que la jurisprudencia exige para la calificación del error de hecho, que debe concretarse a “aquel que verse sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación”; y queda excluido de su ámbito “todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas e interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse”. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1965, 5 de diciembre de 1977, 17 de junio de 1981, 6 de abril de 1988, 16 de junio de 1992 y 16 de enero de 1995, entre otras).

Abona esta conclusión el informe al recurso del órgano de contratación, cuando señala que la referida contradicción “induce a la Mesa de Contratación a no saber cuál es la voluntad de los licitadores, ya que, ante las contradicciones en la documentación aportada debe hacer un ejercicio de interpretación que extralimita sus competencias, cuyo resultado puede no ser acorde con la pretensión del licitador”.

Tampoco podía la Administración salvar las deficiencias apreciadas, como pretende la recurrente, con la simple aplicación de las “Declaraciones finales” que recoge la parte VI del DEUC, cuya finalidad se orienta a facilitar que el licitador no deba aportar documentación cuando “El poder adjudicador o la entidad adjudicadora tengan la posibilidad de obtener los documentos justificativos de que se trate directamente, accediendo a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro” o cuando “el poder adjudicatario o la entidad adjudicadora ya posean los documentos en cuestión”, pero que no permiten dar solución en este supuesto a la contradicción que resultó de la documentación aportada.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 15/2020 interpuesto por la empresa Planz Planeamiento Urbanístico, S.L.P., frente al acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de 20 de septiembre de 2019, por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato para la redacción de las Normas Urbanísticas Territoriales de Zamora, expediente nº A2020/000112.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA)”.

Y para que conste, expido la presente certificación en Zamora, a 20 de febrero de 2020.

(Documento firmado electrónicamente)

