



Exp. Junta Consultiva: RES 14/2021

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte reservat de concessió de serveis per a la gestió i explotació de dos aparcaments públics del parc natural de Mondragó, al terme municipal de Santanyí (CONTR 5125/2021)

Òrgan de contractació: Conselleria de Medi Ambient i Territori

Recurrent: Associació Estel de Llevant

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 d'octubre de 2021

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'associació Estel de Llevant, contra la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori per la qual s'adjudica el contracte reservat de concessió de serveis per a la gestió i explotació de dos aparcaments públics del parc natural de Mondragó, al terme municipal de Santanyí, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió 29 d'octubre de 2021 ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 5 de maig de 2021, el conseller de Medi Ambient i Territori (en endavant, l'òrgan de contractació), va aprovar els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT) per a la contractació, — pel procediment obert —, del contracte de concessió de serveis reservat de gestió i explotació dels aparcaments públics en el Parc Natural de Mondragó en el terme municipal de Santanyí.

L'anunci de licitació i els plecs es van publicar en la Plataforma de contractació del sector públic el 5 de maig.

2. Dins del termini atorgat a l'efecte varen presentar proposicions dues empreses:

- L'associació Estel de Llevant (en endavant Estel de Llevant), ara recurrent, i
- CEO Balcat d'Iniciativa Social, SLU (en endavant CEO BALCAT), la qual va resultar adjudicatària

3. El 2 de juny de 2021, la Mesa de Contractació, va obrir el sobre 1 i va procedir a examinar i qualificar la documentació general.

En aquesta Mesa es va admetre provisionalment ambdues entitats tot requerint-los per tal que esmenessin la documentació general en el termini de tres dies naturals.

4. El 16 de juny de 2021 es torna a reunir la Mesa de Contractació per tal d'analitzar la documentació presentada en el tràmit d'esmena de la documentació general i per tal d'obrir el sobre 2 relatiu als criteris avaluables de forma automàtica.

En aquesta sessió la Mesa acorda considerar correcta la documentació presentada per les dues licitadores en fase d'esmena de deficiències i admetre-les a la licitació. Així mateix se sol·licita informe de valoració al responsable del contracte en relació amb l'oferta econòmica i a la resta de documentació presentada pels licitadors relativa als criteris avaluables mitjançant fórmula.

5. El 23 de juny de 2021 es reuneix la Mesa de Contractació a fi d'analitzar l'informe relatiu als criteris avaluables mitjançant fórmula i procedir a la proposta d'adjudicació en el seu cas.

Una vegada efectuada la valoració dels criteris avaluables mitjançant fórmula la Mesa proposa l'adjudicació del contracte a favor de l'entitat CEO BALCAT. Així mateix, la Mesa acorda requerir a aquesta entitat proposada com a adjudicatària per tal que en el termini de deu dies hàbils presenti la documentació acreditativa del compliment dels requisits exigits en la licitació, així com la documentació que assenyalen les clàusules 19 i 20 del plec de clàusules administratives particulars.

6. En data 4 de juliol de 2021, es reuneix la Mesa de Contractació a fi de qualificar la documentació aportada per CEO BALCAT, proposada com a adjudicatària en la sessió anterior. En aquesta sessió es considera correcta la documentació aportada excepció feta del l'acreditació del compliment de les obligacions tributàries, en relació a l'Impost d'Activitats Econòmiques, i de la validació de l'escriptura acreditativa de la representació.

En aquesta sessió la Mesa faculta a la Unitat Administrativa de Contractació per tal d'esmenar les deficiències detectades. Consta a l'expedient tramès a aquesta Junta Consultiva una diligència de 14 de juliol de 2021 de la Unitat

Administrativa de Contractació de la Conselleria de Medi Ambient i Territori en la qual es donen per esmenades les deficiències.

7. El 22 de juliol de 2021 l'òrgan de contractació dicta resolució d'adjudicació del contracte reservat de concessió de serveis per a la gestió i explotació de dos aparcaments públics del Parc Natural de Mondragó al terme municipal de Santanyí a favor de CEO BALCAT. La resolució d'adjudicació es publica al perfil del contractant i es notifica a l'adjudicatari i al no adjudicatari el 23 de juliol.
8. En data 12 d'agost de 2021 se signa el contracte.
9. En data 28 de juliol de 2021 l'entitat no adjudicatària, Estel de Llevant, sol·licita a l'òrgan de contractació accés a l'expedient de contractació a l'empara de l'article 52 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant LCSP) .
10. El 20 d'agost de 2021, l'Associació Estel de Llevant presenta recurs especial en matèria de contractació contra la resolució d'adjudicació del contracte de 22 de juliol de 2021, per la qual s'adjudica el contracte a favor de CEO BALCAT i reitera en fase de recurs la sol·licitud d'accés a l'expedient.

En recurs interposat es basa en les següents al·legacions:

Al·legació primera. Que existeix una discrepància -no esmenada ni aclarida al procediment- sobre la intenció de l'adjudicatària de subcontractar una part del contracte amb tercers.

Al·legació segona. Que l'adjudicatària ha alterat, amb motiu de l'esmena de deficiències en el Document Europeu Únic de Contractació (en endavant DEUC) la seva forma de participació en el procediment.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que s'anul·li la resolució d'adjudicació del contracte i es retrotraiguin les actuacions a efectes de que l'òrgan de contractació exclougui l'adjudicatària del procediment de licitació, continuant la seva tramitació fins a l'adjudicació del contracte a favor de la recurrent.

11. En data 16 de setembre de 2021 i atesa la sol·licitud de la recurrent, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa atorga tràmit de vista a l'expedient en fase de recurs a l'empara de l'article 52.3 de la LCSP.

12. En data 27 de setembre compareix a la seu de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el representant de la recurrent per consultar l'expedient tramès a la Junta Consultiva per l'òrgan de contractació. Una vegada transcorregut el termini previst la recurrent no ha presentat escrit d'ampliació del recurs.
13. En la tramitació del recurs especial en matèria de contractació, s'ha donat audiència a l'adjudicatària, d'acord amb l'article 118 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, sense que hagi presentat al·legacions.
14. L'òrgan de contractació, en compliment de l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, ha tramès l'expedient de contractació, juntament amb un informe de la unitat administrativa de contractació, que s'oposa al recurs interposat.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la resolució per la qual s'adjudica un contracte de concessió de serveis, tramitat per la Conselleria de Medi Ambient i Territori.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre'l correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. Estel de Llevant, es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació atès que es va presentar a la licitació, l'ha interposat mitjançant representant acreditat, i dins el termini adequat d'un mes.
3. Per poder resoldre el recurs interposat, resulta d'interès tenir en compte com es va desenvolupar la tramitació del procediment de licitació a través de les actes de la Mesa de Contractació, especialment les tres primeres sessions que és on es varen produir les deficiències en la presentació dels

DEUC i l'esmena corresponent, que és bàsicament el que ha donat lloc al recurs.

En la primera sessió de la Mesa, de dia 2 de juny de 2021, es va procedir a l'obertura del sobre núm.1 i a l'examen i qualificació de la documentació general presentada en aquest sobre.

En aquesta sessió es varen detectar deficiències en la documentació presentada per ambdues licitadores.

Pel que fa a CEO BALCAT, i tal com consta a l'acta,

En el documento presentado a través de plataforma y revisado por la Mesa se observa que en cuanto a la forma de participación, la empresa declara que está participando en el procedimiento con otros operadores, si bien no indica que operador. Si es 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 la 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

Quant a la recurrent, Estel de Llevant, la Mesa va observar les següents deficiències segons l'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

Ateses les deficiències observades la Mesa va acordar que les entitats esmenessin la documentació aportada en el següent sentit:

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 d'Iniciativa social, SLU, ha de 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 ha de 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.

A més, l'entitat adjudicatària havia de presentar un DEUC en PDF signat, tancat i no modificable ja que el que havia presentat era un PDF obert i modificable.

La segona sessió de la Mesa de Contractació té lloc el 16 de juny de 2021, en aquesta sessió s'analitza la documentació aportada en fase d'esmena per les dues entitats licitadores, que la Mesa accepta. En concret a l'acta s'assenyala el següent:

La empresa CEO BALCAT d'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 d'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 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 la 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 continuació els membres de la Mesa van procedir a l'obertura dels arxius corresponents als criteris avaluable mitjançant fórmula continguts al sobre 2, i s'observa que l'entitat CEO BALCAT presenta una declaració sobre la intenció de subcontratar, quan al DEUC havia indicat la seva intenció de no fer-ho.

En concret, l'acta de la Mesa de dia 16 de juny s'expressa en els següents termes:

A continuación los miembros de la Mesa observan que en la documentación presentada por CEO BALCAT d'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 la Mesa emplaza al Servicio Jurídico y al Servicio de Contratación para que aporten en la próxima sesión resoluciones o informes sobre la cuestión planteada.

És a la tercera sessió de la Mesa de Contractació, celebrada dia 23 de juny de 2021, quan es resol la incongruència detectada en la sessió anterior entre el DEUC i l'oferta relativa a la subcontractació i la Mesa entén que la intenció de subcontratar de CEO BALCAT és clara. En concret, en l'acta de 23 de juny s'assenyala el següent:

En relación a la cuestión planteada en la sesión anterior sobre la incongruencia detectada en la declaración de subcontratación de la empresa CEO BALCAT d'Iniciativa Social, S.L.U, contenida en el sobre 1 y la información contenida en el sobre 2, la secretaria de la 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 la Mesa consideran que esta clara la voluntad del licitador de subcontratar y por tanto se acepta su oferta.

Doncs bé, és aquesta consideració de la Mesa la que dóna origen a les alegacions presentades pel recurrent.

5. D'altra banda, pel que fa a la regulació legal, s'ha d'estar a la LCSP, que en relació amb el DEUC i la subcontractació disposa el següent:

El DEUC és una declaració responsable regulada a l'article 140 de la LCSP sota la rúbrica de la documentació acreditativa dels requisits previs. L'article 140.1 a) apartats primer, segon, tercer i quart assenyalen allò que ha de posar de manifest el licitador en aquesta declaració responsable i es centra especialment en els anomenats requisits d'aptitud per contractar, que són la capacitat, la representació, la solvència i l'acreditació de no estar incurs en prohibició de contractar.

Per la seva banda, la subcontractació, no és considerada un requisit d'aptitud per contractar, sinó que és una forma d'execució del contracte i en aquest sentit la subcontractació es regula a l'article 215 de la LCSP al llibre segon capítol primer i en concret a la Subsecció 6ena de la Secció 3^a que regula els efectes, compliment i extinció dels contractes.

L'article 215.2 apartats a) i b) assenyalen dues maneres d'acreditar la subcontractació, o bé en la oferta quan així s'indiqui al plec de clàusules administratives particulars, o bé, en tot cas, una vegada adjudicat el contracte.

6. En el PCAP que regeix la licitació, el DEUC es regula a la clàusula 14.1.1, assenyalant sota la rúbrica de *documentación general* que s'ha de presentar, el següent:

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 lletra Y del PCAP assenyalava la informació que s'havia d'emplenar del DEUC, la qual incloïa la part II del mateix. Aquesta part II del DEUC es desglossa en els següents apartats:

- A. INFORMACIÓ SOBRE L'OPERADOR ECONÒMIC
- B. INFORMACIÓ SOBRE ELS REPRESENTANTS DE L'OPERADOR ECONÒMIC
- C. INFORMACIÓ SOBRE EL RECURS A LA CAPACITAT D'ALTRES ENTITATS
- D. INFORMACIÓ RELATIVA ALS SUBCONTRACTISTES EN LA CAPACITAT DE LES QUALS NO ES BASA L'OPERADOR ECONÒMIC (Aquesta secció s'ha d'emplenar únicament si el poder adjudicador o l'entitat adjudicadora exigeixen expressament aquesta informació).

A la lletra Y del PCAP no es va indicar de forma expressa s'hi s'havia d'omplir o no l'apartat D de la part II del DEUC, limitant-se el plec de clàusules administratives particulars a assenyalar que s'havia d'omplir tota la part II del DEUC que inclou la declaració sobre la subcontractació.

Pel que fa a la subcontractació el PCAP havia establert l'obligació del licitador d'indicar en la seva oferta la part del contracte a subcontractar. Així la lletra Q del PCAP assenyalava el següent:

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 subcontractar 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 subcontractar, señalando su importe, nombre 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 subcontractar 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 vegada establert tot l'anterior, és procedent entrar a continuació en els motius del recurs interposat. Concretament la recurrent al·lega el següent:

- Al·legació primera. Que existeix una discrepància -no esmenada ni aclarida al procediment- sobre la intenció de l'adjudicatària de subcontractar una part del contracte amb tercers.

En aquest sentit la recurrent considera que la decisió de la Mesa vulnera els principis d'igualtat de tracte i no discriminació ja que a l'entitat Estel de Llevant sí se li va sol·licitar que esmenés el DEUC aclarint si tenia o no intenció de subcontractar. Aquesta esmena del DEUC a l'entitat Estel de Llevant que hagués suposat la seva exclusió en cas de no esmenar-se considera la recurrent que és el que ha suposat un tracte discriminatori.

Així mateix considera que la consideració de la Mesa de Contractació relativa a la voluntat de subcontractar per part de la CEO BALCAT no és la única interpretació possible per resoldre la discrepància entre el DEUC i l'oferta de CEO BALCAT pel que fa a la subcontractació, i que s'hauria d'haver exclòs a aquesta entitat.

Finalment basa la seva al·legació en què no és possible un segon tràmit d'esmena de nous defectes en la documentació administrativa presentada.

– Contestació a l'al·legació primera:

En primer lloc, en relació amb la vulneració dels principis d'igualtat de tracte i no discriminació, aquesta Junta considera que aquesta vulneració no s'ha produït atès que no es va apreciar la incongruència entre el DEUC i l'oferta de CEO BALCAT d'Iniciativa Social SLU fins que no es va obrir el sobre 2 que contenia la proposició relativa als criteris avaluable mitjançant fórmula de l'entitat.

Mentre que la incongruència que en matèria de subcontractació es va donar en la documentació aportada per part d'Estel de Llevant es va posar de manifest en la mateixa obertura del sobre 1 el que va donar lloc a l'esmena a l'empara de la clàusula 16.1 segon paràgraf del PCAP.

Per tant, la discrepància en relació amb la subcontractació d'ambdós licitadors es va donar en dos moments diferents que no poden ser tractats de la mateixa manera.

En segon lloc, pel que fa a què la voluntat de subcontractar no és la única interpretació possible, hem de tenir en compte que ens trobem davant d'una discrepància que no afecta l'aptitud per contractar pròpiament dita, sinó únicament la subcontractació, com a forma d'executar el contracte, de fet en el propi DEUC s'estableix que aquesta declaració és opcional quan ho exigeixi l'òrgan de contractació.

És en l'oferta en la qual segons la LCSP, en el seu article 215.2, i el plec de clàusules administratives particulars, a la seva lletra Q, on s'ha d'indicar la part del contracte que el licitador té previst subcontractar.

En aquest sentit, la Resolució 103/2020, de 12 de maig, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia, que cita tant l'informe de l'òrgan de contractació, com el propi recurrent, en un cas substancialment idèntic al que ens ocupa, assenyala el següent:

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 desubcontractar, 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 es 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 subcontractar por parte de la licitadora, y siendo así podemos decir que la mesa siguió un criterio razonable y acorde 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 cas similar en el qual la discrepància entre el DEUC i l'oferta no es produeix en els requisits d'aptitud per contractar sinó en altres elements com és la declaració errònia dels lots als quals es pretén presentar el licitador, la Resolució 60/2020, de 14 de febrer, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia diu el següent

El error cometido por la ahora recurrente es ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí 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 ha de 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 respecto 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 conclusió, en el cas que ens ocupa, i en casos similars on es produeix una discrepància entre el DEUC i l'oferta presentada, el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia considera que ha de primar l'oferta.

Finalment, pel que fa a l'argument de que no és possible un segon tràmit d'esmena de nous defectes en la documentació administrativa presentada, aquest motiu del recurrent decau amb l'argumentació anterior.

Atès tot l'exposat, consideram que la Mesa va actuar correctament al no haver exclòs a CEO BALCAT i al considerar, pel que fa a la incongruència

entre el DEUC i la declaració de subcontractació continguda en l'oferta, que havia de primar l'oferta considerant-se la declaració DEUC com un error involuntari.

Per això l'al·legació primera de la recurrent s'ha de desestimar.

– Al·legació segona.

La recurrent al·lega també que l'entitat CEO BALCAT amb motiu d'esmenar les deficiències del DEUC, va alterar la seva forma de participació en el procediment.

En concret, la recurrent assenyala que:

Quan la Mesa de Contractació va requerir a CEO BALCAT d'Iniciativa Social SLU per corregir les tres deficiències, donant-li l'alternativa de, o bé facilitar la informació sobre aquests altres operadors econòmics o entitats, aportant un DEUC particular per cadascun d'ells, o bé respondre de manera negativa a la casella respectiva del DEUC, l'empresa va optar per corregir les respostes en el segon formulari, contestant ara de manera negativa. Però amb motiu de l'esmena de les deficiències detectades, s'estava alterant realment la previsió o idea inicial, quant a la seva forma de participar en el procediment, així com a la seva intenció de recórrer a la capacitat de tercers. Encara que s'hagués produït a requeriment de la Mesa de Contractació per aclarir la situació de l'empresa licitadora, la rectificació anava més enllà d'una simple correcció de deficiències, ja que la forma de participació era una qüestió rellevant, no alterable o reversible a voluntat de la part. No hem d'oblidar que estem davant un contracte reservat, en què la participació en el procediment d'adjudicació està reservada a centres especials d'ocupació i empreses d'inserció, de conformitat amb el previst a la Disposició Addicional quarta de la Llei 9/2017, de Contractes del Sector Públic. Per tant, és especialment important conèixer la forma de participació dels tercers en l'execució del contracte. I en aquest cas –com hem dit– no podem conèixer la previsió inicial en què l'empresa va concórrer a la licitació (abans que es rectificassin les respostes del DEUC).

– Contestació a l'al·legació segona:

Cal recordar que segons l'acta de 2 de juny de 2021 els elements a esmenar per part de l'entitat, que finalment va resultar adjudicatària, foren els següents:

(...) la empresa CEO BALCAT d'Iniciativa social, SLU, ha de 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 possibilitat d'esmenar el DEUC està previst tant a l'article 141.2 segon paràgraf de la LCSP, com a la clàusula 16.1 segon paràgraf del plec de clàusules administratives particulars. L'esmena de la documentació general es pot considerar com una de les funcions de la Mesa de Contractació, de fet l'article 326.2 a) quan fa menció a les funcions de la Mesa de Contractació cita de forma expressa l'article 141.

S'ha de tenir en compte, a més, que l'esmena de documentació administrativa no es configura com una facultat discrecional de la mesa de contractació sinó com una obligació pel tal de complir els principis que regeixen la contractació com són el de proporcionalitat o la lliure concurrència. Com assenyala la Resolució 497/2017, de 8 de juny, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals

(...) 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 es 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, en 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.

Per tant, la Mesa va exercir correctament les seves funcions.

D'altra banda, d'acord amb la descripció del contracte del PCAP ens trobem davant d'un contracte reservat a centres especials d'ocupació i empreses d'inserció d'acord amb la disposició addicional quarta de la LCSP i el punt 4 de l'acord de Consell de Govern de 29 d'abril de 2016 per la qual s'estableixen les directrius d'inclusió de clàusules de caràcter social en la contractació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 54, de 30 d'abril).

En aquest punt s'ha de tenir en compte que ens trobem davant d'un requisit de personalitat o capacitat de la licitadora tal com posa de manifest la clàusula 20.2 a) del PCAP quan sota la rúbrica *acreditación de la personalidad del empresario* assenyala 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.

Certament les deficiències que presentava el DEUC de CEO BALCAT tenien a veure amb la participació de tercers en la licitació, bé pel que fa a la participació amb altres operadors econòmics a la licitació, com pot ser el cas de constitució d'una UTE, bé per a la integració de la seva solvència amb tercers.

De tota manera s'ha de tenir en compte que en el DEUC de CEO BALCAT es respon amb un SI a la següent pregunta: *L'operador econòmic és un taller protegit o una empresa social o preveu que el contracte s'executi en el marc de programes d'ocupació protegit?*

Per tant la capacitat declarada al DEUC de CEO BALCAT incloïa la possibilitat de poder executar el contracte reservat, sense perjudici de que posteriorment s'hagués d'acreditar aquesta circumstància d'acord amb l'article 150.2 de la LCSP.

Atès l'exposat, la segona al·legació també s'ha de desestimar.

Per tot això,

Resolc

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'entitat ESTEL DE LLEVANT contra la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori per la qual s'adjudica el contracte reservat de concessió de serveis per a la gestió i explotació de dos aparcaments públics del parc natural de Mondragó, al terme municipal de Santanyí.
2. Notificar aquesta Resolució a les persones interessades i a la Conselleria de Medi Ambient i Territori.

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.