

Expediente: Expte. 2020/39013 (Plataforma HELP)

Resolución: 8/2020

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 29 de septiembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **Don C. P. S. en nombre y representación de TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN, S.L.** contra el decreto de exclusión de fecha de 28 de julio de 2020, en el que se adopta acuerdo de exclusión como licitador de Trazia Formación y Gestión, S.L. porque la documentación administrativa es incoherente -se presenta tres documentos DEUC en los que se afirma que se presentan a la licitación como operadores únicos y en ningún documento se desprende la intención de conformar una UTE, por lo que no se podrá subsanar al hacerse la declaración de intencionalidad con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de solicitudes- relación al procedimiento de licitación relativo a *“redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela de música y danza de San Pedro de Alcántara T.M. Marbella (Málaga)”* (SE 39/20), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 2 de marzo de 2020, el órgano de contratación, mediante Decreto nº 2737/2020, aprobó el expediente para la contratación del servicio de redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela municipal de música y danza de San Pedro Alcántara T.M. Marbella (Málaga) por procedimiento abierto, trámite ordinario y regulación no armonizada, si bien el día 25 de mayo de 2020 en virtud de decreto nº 5885/2020 acordó aprobar nuevos criterios de valoración, así como la modificación de la cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El valor estimado del contrato es de 134.000 euros, IVA excluido.

Los respectivos anuncios de licitación han sido publicitados el día 9 de marzo y el 2 de junio de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO. - Reunida la mesa de contratación el día 2 de julio de 2020 se procedió a la apertura y calificación administrativa de las proposiciones presentadas, acordando en relación a la que aquí nos ocupa excluir la presentada por TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN, S.L. motivada en que la *“documentación administrativa es incoherente. Se presenta tres documentos DEUC en los que se afirma que se presentan a la licitación como operadores únicos y en ningún documento se desprende la intención de conformar una UTE, por lo que no se podrá subsanar al hacerse la declaración de intencionalidad con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de solicitudes”*, exclusión que es reiterada por el órgano de contratación en virtud de Decreto nº 9165/2020 de fecha de 28 de julio de 2020 y notificada en la misma fecha a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. – El día 30 de julio de 2020, Don C. P. S., en nombre y representación de TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN, S.L. interpone recurso administrativo que califica como de “reposición” en relación al acuerdo de exclusión adoptado por la mesa y el órgano de contratación en relación a la licitación del contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando, en síntesis, el cambio de sentido de la decisión de exclusión para ser admitida en el proceso de licitación.

CUARTO. – En sesión celebrada el día 12 de agosto y el 2 de septiembre de 2020 este Tribunal, en relación al escrito que nos ocupa, y según lo expuesto y motivado en ambas actas, adoptó el acuerdo de que:

- Por la Secretaría del Tribunal se requiera al recurrente para que acredite la representación que dice ostentar por un plazo de 3 días hábiles desde el siguiente a la notificación, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de conformidad con lo establecido en el art. 51.2 LCSP.

- Que, en caso de que dicha representación sea subsanada en plazo, y una vez verificada por la Secretaría del Tribunal, se requiere al órgano de contratación para la remisión del expediente de contratación, junto con el correspondiente informe de conformidad con lo establecido en el art. 56.2 LCSP.

QUINTO. – Con fecha 4 de septiembre de 2020 ha sido presentada ante este Tribunal la documentación acreditativa de la representación dentro del plazo legalmente conferido al efecto.

SEXTO. – Con fecha 7 de septiembre de 2020 se interesó, del órgano de contratación, el informe en cuanto al fondo de la cuestión suscitada en el escrito de recurso. Debiendo indicarse que en relación al expediente administrativo ya había sido remitido a este Tribunal con ocasión de otro recurso especial pendiente de resolver ante el mismo, por lo que tan sólo se ha requerido a fin de una mayor agilidad que se incorporase diligencia acreditativa de no incorporación de nuevos documentos, la cual ha sido remitida por el órgano de contratación a este Tribunal con idéntica fecha.

Dicho requerimiento fue cumplimentado en el mismo día.

SÉPTIMO.- Con fecha 8 de septiembre de 2020, por parte de la Secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se ha dado traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto por TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN, S.L., a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recabado certificado del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, en el cual se indica que dentro del plazo legalmente conferido no se ha presentado escrito de alegaciones en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

OCTAVO. - En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; y en lo que no se oponga a la misma por el 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; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por la Directiva 2014/24 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (DOUE L 3/16,

de 6 de enero de 20); por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. -En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO.- En el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se dice que podrán ser objeto de recurso especial las siguientes actuaciones:

“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”.

Asimismo, se trata de un contrato con un valor estimado de 134.000 euros, IVA excluido, y por superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO. – En relación al plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal en plazo ya que el acuerdo de exclusión fue objeto de notificación el día 28 de julio de 2020, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso fue presentado con fecha 30 de julio de 2020, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.c) LCSP.

Igualmente se ha cumplido con el requisito formal de la representación en los términos que ya han sido anteriormente referenciados.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, oponiéndose a la exclusión adoptada por la mesa de contratación y/o ratificada por el órgano de contratación, en torno a las siguientes consideraciones:

“La documentación presenta por LA LICITADORA, en relación a los DEUC que se nombran en la comunicación, consta de tres ficheros, a saber: DEUC_TRAZIA_f.pdf, DEUC_MONICA_f.pdf y DEUC_FPITARCH_F.pdf

En el fichero DEUC_TRAZIA_f.pdf, se expone claramente, que este DEUC corresponde al operador económico TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN S.L. En el mismo, en el apartado C: Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades, se contesta a la primera pregunta “¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?” se responde de manera AFIRMATIVA.

Se sigue con las indicaciones del propio DEUC, y dado que no existe ninguna casilla ni cuadro para añadir observaciones, “Facilite un formulario de DEUC aparte, que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y de la parte III, por cada una de las entidades de que se trate, debidamente cumplimentado y firmado por las entidades en cuestión.”

Como consecuencia de lo anterior, se presentan los DEUC de las entidades de que se trata, en este caso, se presentan DEUC_MONICA_f.pdf y DEUC_FPITARCH_F.pdf.

En ambos DEUC, se responde NEGATIVAMENTE a la misma pregunta, ya que ellos son los operadores en cuya capacidad se basa LA LICITADORA, y no al revés.”

De forma que a tal efecto viene a concluir la recurrente que:

“Por lo tanto, entendemos que no existe discrepancia en la documentación presentada ya que no se trata de una UTE sino de la recurrencia del licitador a la solvencia de medios externos para poder licitar al contrato.”

SEXTO. –Por su parte, frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, el órgano de contratación, en su informe y en base a los argumentos expuestos en él mismo, basados en la Resolución nº 409/2019 del TACRC, no se opone a lo alegado indicando que procedería estimar las alegaciones.

SÉPTIMO. - Vistas las alegaciones de las partes contendientes procede pronunciarse ahora sobre si la resolución de exclusión de la licitadora y ahora recurrente, por ser la documentación administrativa a valorar en el sobre nº 1 incoherente, al presentar tres documentos DEUC en los que se afirma que se presentan a la licitación como operadores únicos y en ningún documento se desprende la intención de conformar una UTE, por lo que no se podrá subsanar al hacerse la declaración de intencionalidad con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de solicitudes, resulta o no ajustada a Derecho.

Para determinar si la decisión del órgano de contratación de excluir al licitador fue o no conforme a derecho, debemos analizar la naturaleza y funcionalidad del documento DEUC y sus requisitos de formalización en las licitaciones.

De acuerdo con el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (DOUE L 3/16, de 6 de enero de 20), por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, el DEUC constituye una declaración de los operadores económicos interesados que sirve de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros, mediante la cual manifiestan formalmente que no se encuentran en alguna de las situaciones en las que hayan o puedan ser excluidos, que cumplen los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar. Su objetivo es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otra documentación relacionada con los criterios de exclusión y de selección en las licitaciones públicas.

Este Reglamento de ejecución, tras reiterar las consideraciones sobre la funcionalidad del DEUC en orden a "Reducir las cargas administrativas de los poderes y Entidades adjudicadoras y de los Operadores Económicos", "contribuir a una mayor simplificación" en beneficio de todos ellos y favorecer "un aumento de la participación transfronteriza en los Procedimientos de contratación pública", tomó en consideración, en la misma línea que la Directiva 2014/24 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que:

"(1) (...) de cara a este mismo objetivo, dicho formulario también debe ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el operador económico, de modo que la verificación de esa información pueda llevarse a cabo simultáneamente a la verificación relativa al principal operador económico y en las mismas condiciones."

Y en el anexo 1, en sede de las instrucciones a la hora de rellenar el formulario, fue tajante a la hora de establecer estas reglas (las negritas son originarias del Reglamento):

*"Un operador económico que participe **por su cuenta** y que **no recurra** a la capacidad de otras entidades para cumplir los criterios de selección deberá cumplimentar **un solo DEUC**.*

*Un operador económico que participe por su cuenta pero recurra a la capacidad de una o varias otras entidades deberá garantizar que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora reciban su propio DEUC junto con otro DEUC **separado**, en el que figure la información pertinente ⁽¹⁴⁾, por **cada una de las entidades de que se trate**.*

*Por último, cuando grupos de operadores económicos, incluidas asociaciones temporales, participen conjuntamente en el procedimiento de contratación, deberá presentarse **un DEUC separado**, en el que figure la información requerida en las partes II a V, por **cada** operador económico participante. "*

La "información pertinente" a que se refieren estas instrucciones y la nota al pie ⁽¹⁴⁾ del Reglamento es la que viene indicada en la parte II, sección C, del formulario normalizado:

Parte II: Información sobre el operador económico

C: INFORMACIÓN SOBRE EL RECURSO A LA CAPACIDAD DE OTRAS ENTIDADES

Recurso	Respuesta
¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?	<input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No
<p>En caso afirmativo, facilítese un formulario DEUC separado por cada una de las entidades consideradas que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y en la parte III, debidamente cumplimentado y firmado por dichas entidades.</p> <p>Se incluirán también el personal técnico o los organismos técnicos que no estén integrados directamente en la empresa del operador económico, especialmente los responsables del control de calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, el personal técnico o los organismos técnicos de los que disponga el operador económico para la ejecución de la obra.</p> <p>Siempre que resulte pertinente en lo que respecta a la capacidad o capacidades específicas en que se base el operador económico, se consignará la información exigida en las partes IV y V por cada una de las entidades de que se trate ⁽¹²⁾</p>	

Por último, indicar que este Reglamento de ejecución es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro y el formulario normalizado que establece y regula es de uso obligatorio en España a partir del 18 de abril de 2016, dado el transcurso del plazo de transposición de la Directiva 2014/24 / UE al derecho interno español sin que todavía se haya producido la plena transposición.

Así resulta de los artículos 1 y 2 del citado Reglamento de ejecución, según los cuales:

"Artículo 1

A partir del momento en que entran en vigor las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva 2014/24 / UE y, a más tardar, a partir del 18 de abril de 2016, se utilizará para los fines de la elaboración del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo 59 de la Directiva 2014/24 / UE el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del presente Reglamento. Las instrucciones para la utilización del mismo se establecen en el anexo 1 del presente Reglamento.

Artículo 2

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sobre Elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro. "

Igualmente, en el Artículo 140 de la LCSP, relativo a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, y para el caso de que el licitador recurra a la solvencia y medios de otras empresas, se establece que (siendo la negrita nuestra):

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

(...)

*c) En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, **cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.***

La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo.

(...)

3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la

vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

(...)”.

Y en el art. 141 de la LCSP sobre Declaración responsable y otra documentación, se indica que:

*“1. 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.*

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

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

Una vez expuesta la normativa de aplicación, en el caso examinado el PCAP que rige la licitación y que conforme a una inveterada doctrina y jurisprudencia se erige en “ley entre las partes contratantes” (sirva por todas a tal efecto la Resolución del TARC Central nº 585/2019) señala en su **cláusula 28.1** relativa a la **documentación a presentar por los licitadores en el Sobre núm. 1**, lo siguiente:

“28.1. Sobre número 1: Documentación administrativa.

Incluirá el DEUC y el Anexo I del presente Pliego.

■ *De acuerdo a lo establecido en la LCSP, se pondrá un enlace en la plataforma de contratación del sector público del modelo a seguir conforme al DEUC. En el caso de participación de Uniones Temporales de Empresas, cada empresa deberá cumplimentar su DEUC.*

En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante.

■ *Además, los licitadores presentarán declaración responsable, en la que éste declare, bajo su responsabilidad, que a fecha del último día de presentación de las proposiciones, cumple con todas las condiciones y requisitos exigidos para celebrar este contrato. A tales efectos, se adjunta*

a este Pliego, como Anexo I, el modelo de declaración responsable que ha de ser cumplimentado y suscrito por los licitadores para incluirlo en el sobre nº 1. Dicho Anexo recoge todos los extremos a incluir en el archivo nº 1 relativo a la documentación administrativa del artículo 140 LCSP.”.

No estableciéndose, en el PCAP ninguna previsión limitativa sobre el artículo 75 de la LCSP relativo a la Integración de la solvencia con medios externos, ni a la presentación de un documento de compromiso en el sobre núm. 1, posponiendo el momento de acreditarla al de la adjudicación previa (cláusula 30.7 del PCAP).

En el modelo de DEUC a cumplimentar por los licitadores se recoge en la Parte II relativa a Información sobre el operador económico, apartado C, lo siguiente:

C: Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades

¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?

☐ Sí

☐ No

- Facilite un formulario de DEUC aparte, que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y de la parte III, por cada una de las entidades de que se trate, debidamente cumplimentado y firmado por las entidades en cuestión.

Tenga en cuenta que debe incluir además el personal técnico u organismos técnicos que no estén integrados directamente en la empresa del operador económico, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, el personal técnico o los organismos técnicos de los que disponga el operador económico para la ejecución de la obra.

Siempre que resulte pertinente en lo que respecta a la capacidad o capacidades específicas a las que recurra el operador económico, incluya la información exigida en las partes IV y V por cada una de las entidades de que se trate.

Dichos preceptos han sido interpretados en su sentido literal en la Resolución nº 62/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, de 03 de abril de 2017 “Funcionalidad y condiciones de presentación del documento europeo único de contratación (DEUC). Falta de presentación de un DEUC separado relativo a la entidad con las capacidades de la que se basa la empresa licitadora principal.”:

“(…) habiendo quedado acreditado por este Tribunal que se han incumplido las reglas de presentación del DEUC que establecen el artículo 59.1 de la Directiva 2014/24 / UE y el Reglamento de ejecución (UE) 2016 / 7 (al haber pretendido EXCLUSIVAS -y admitido el órgano de contratación, la acreditación

de los requisitos de solvencia basándose en las capacidades de una tercera empresa a pesar de haber declarado inicialmente en su DEUC que no recurriría a esta posibilidad y, por tanto, sin haber presentado el correspondiente DEUC separado de la otra entidad debidamente cumplimentado y firmado), reflejadas también en la cláusula 8.1 del PCAP que rige este procedimiento de contratación y constituye la ley del contrato para todas las partes, empresas licitadoras ex artículo 145.1 del TRLCSP y órgano de contratación en virtud de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia consagrados en los artículos 1 y 139 de la LCSP, corresponde estimar el recurso interpuesto por MENARINI en el sentido de anular la resolución de adjudicación impugnada y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a fin de que se excluya la empresa EXCLUSIVAS por razón de dicho incumplimiento.”

OCTAVO. - Examinando el caso concreto para ver si la empresa recurrente estaba efectivamente acudiendo a estos medios externos para acreditar la solvencia y así puede entenderse con la documentación presentada por la misma, relativa al sobre 1 o si por el contrario estamos ante documentación administrativa incoherente e insubsanable, como dice el órgano de contratación, lo que determinaría sin más la exclusión.

Analizada la documentación administrativa que obra en el expediente por parte de la recurrente, vemos que constan los siguientes documentos:

- **Un único ANEXO I DECLARACIÓN A LOS EFECTOS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO** suscrito por TRAZIA FORMACION Y GESTIÓN, S.L. observando que **el apartado 14 relativo a la licitación en agrupación en unión temporal no está cumplimentado.**
- **DEUC de la recurrente** en el que se indica que **SI** se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V.
- **DEUC de D^a M. C. C.** en el que se indica que **NO** se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V.
- **DEUC de Don F. P. C.** en el que se indica que **NO** se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V.

Centrado el objeto de discusión y vista la normativa de aplicación, así como las previsiones del PCAP al respecto, en el caso examinado parece deducirse que la empresa excluida, TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN S.L., no quiso presentarse en forma UTE, sino que pretendía integrar su solvencia acudiendo a medios procedentes de otras entidades, ya que sólo se presentaba una Declaración Responsable – en caso de constitución de UTE se debía de presentar una declaración por cada empresa que la conforme, según lo dispuesto en la cláusula 28.1 del PCAP- y además no se indicaba en la misma la intención de constituirse en UTE.

Considerando, además, las reglas de presentación del DEUC que se establecen el artículo 59.1 de la Directiva 2014/24 / UE, el Reglamento de ejecución (UE) 2016 /7 y el art. 140.1.c) de la LCSP, no deja ningún margen de duda que, si concurría a la licitación valiéndose de las capacidades de otras empresas, así lo tenía que indicar expresamente en su DEUC y presentar un DEUC separado correspondiente a las empresas de que se tratara, tal y como hizo, cumpliendo, por tanto, con la normativa de aplicación.

Por otro lado, y a la vista de la documentación presentada por la recurrente, , si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba de forma correcta la capacidad de obrar y tenía dudas sobre si la misma concurría como UTE o por qué causa presentaba tres DEUC, debía haber concedido a la misma la posibilidad de aclarar la documentación presentada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), ya que la posibilidad de subsanar errores en la documentación presentada se refiere a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 140 del LCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad de obrar y solvencia de los licitadores.

En este sentido lo ha indicado posteriormente el órgano de contratación, en su informe emitido al efecto sobre las alegaciones presentadas TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN S.L. y remitido a este Tribunal con fecha de 7 de septiembre de 2020 al transcribir los Fundamentos de Derecho Octavo y Noveno de la Resolución nº 409/2019 del TACRC:

“Octavo. Continuando con la cuestión principal y creemos que antes de adoptar la decisión final, este Tribunal debe resolver si existe vulneración del principio de proporcionalidad y, si efectivamente debía haberse dado un trámite de aclaración al recurrente a efectos de aclarar la forma jurídica bajo la que se presentaba o las razones por las que presentó dos declaraciones responsables para una misma licitación sin constituirse como UTE o sin acreditar que lo hacía a modo de declaración compromiso efectivo de dichos medios externos.

Ha sido doctrina reiterada de este Tribunal el principio de inmodificabilidad de las ofertas presentadas por los licitadores, salvo que las mismas adolezcan de un error material o de hecho y no suponga una alteración sustancial de las ofertas presentadas.

En este sentido debemos destacar que este tribunal también se ha pronunciado sobre la posibilidad de modificar el DEUC ante un error subsanable y la necesidad de que el órgano de contratación ante las dudas que pudiera suscitarle el DEUC presentado pueda otorgar un trámite de aclaración o subsanación.

Este Tribunal considera que, en todo caso, ante cualquier duda, lo procedente hubiera sido otorgar trámite de subsanación, como pretende el recurrente. En efecto, es pacífico que se puede subsanar el DEUC (art. 81.2 RGLCAP, 27.1 del RD 817/2009, de Desarrollo Parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la JCCA de 26 de noviembre de 2013 citada por el recurrente), de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018. Por tanto, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba de forma correcta la capacidad de obrar y tenía dudas sobre si la recurrente concurría como UTE o por qué causa presentaba dos DEUC debía haber concedido al recurrente la posibilidad de aclarar la documentación presentada.

Esto, es conforme al artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), ya que la posibilidad de subsanar errores en la documentación presentada se refiere a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 140 del LCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad de obrar y solvencia de los licitadores.

Dispone el artículo 81.2 del RGLCAP

“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.”

De otra parte, el artículo 27.1 del RD 817/2009 establece:

“A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo

130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.”

Al respecto ya se ha pronunciado numerosas veces la Junta Consultiva de Contratación (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros) indicando que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Dicho en palabras de la Junta, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

En el presente caso, del estudio de la documentación parece deducirse que el recurrente no quiso presentarse en forma UTE, sino que pretendía integrar su solvencia acudiendo a medios procedentes de otras empresas de su grupo y en concreto del CENTRO MARIO GALLEGO S.L. Así, se observan indicios como los reseñados anteriormente (en el correo electrónico aportado a efectos de notificaciones en el segundo DEUC, en el hecho de que la representante de ambas empresas declarantes sea el mismo. O incluso el domicilio a efectos de notificaciones...) por ello, se entiende por este Tribunal que no se trataba de integrar un requisito que no existía en el momento de presentar la documentación administrativa, sino en un error de los documentos acreditativos de la solvencia de modo que la empresa creyó que presentado el DEUC de la segunda empresa acreditaba con ello, la disponibilidad efectiva de los medios.

En cualquier caso, este Tribunal considera que debió permitirse a la empresa realizar aclaraciones pues como ha reiterado la reciente sentencia del a Audiencia Nacional en la sentencia de 20 de febrero de 2018, nº de recurso 627/2017,

<<Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos >>.

A mayor abundamiento, tal y como hemos expuesto ya anteriormente debe tenerse presente que incluso la Junta Consultiva en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó 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”.

Noveno. *En este caso, se observa que no se trata de subsanar un requisito o compromiso que debía existir en el momento de presentar ofertas, sino que se trataba de un grupo empresarial, que no pretende presentarse como UTE, pero si cumplir la solvencia exigida acudiendo a la integración con medios externos. Sin embargo y, en cualquier caso, ante las dudas que tal afirmación nos suscita creemos que lo procedente hubiera sido permitir y solicitar aclaraciones al recurrente por el órgano de contratación.*

Es por ello, que creemos que no se trata de crear una UTE cuando no se constituyó al presentar la oferta sino de subsanar el error de presentar dos DEUC y aclarar al órgano que lo que se pretende realmente es acudir a la integración de la solvencia con medios del mismo grupo empresarial. En realidad, y en palabras de la Junta consultiva no se trata de subsanar una realidad que no existía al tiempo de presentar la oferta.

A la vista de todo ello, 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 y 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 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 o de dudas en la documentación, creemos que debe permitirse la posibilidad de aclaraciones por el licitador y sólo en caso de que se trate de crear un requisito que debe concurrir al finalizar el plazo de presentación de ofertas requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador.”

Es por ello que puede concluirse que, en el presente caso, de acuerdo con la normativa y doctrina referenciada, si la recurrente concurría a la licitación valiéndose de las capacidades de otras empresas, así lo tenía que indicar expresamente en su DEUC y presentar un DEUC separado correspondiente a las empresas de que se tratara. Por otro lado, y a la vista de la documentación presentada, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba de forma correcta la capacidad de obrar y tenía dudas sobre si la recurrente concurría como UTE o por qué causa presentaba tres DEUC, debía haber concedido a la misma la posibilidad de aclarar la documentación presentada,

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don C. P. S., en representación de TRAZIA FORMACIÓN Y GESTIÓN, S.L. contra el acuerdo de exclusión como licitador en relación al procedimiento de licitación relativo a *“redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela de música y danza de San Pedro de Alcántara T.M. Marbella (Málaga)”* (SE 39/20), dictado por el órgano de contratación con fecha de 28 de julio de 2020, anulando dicho acuerdo, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al acuerdo impugnado, a fin de que se pueda conceder a la recurrente la posibilidad de aclarar o subsanar los defectos que pudieran existir en la documentación presentada.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.