



EB 2018/108

Resolución 133/2018, de 17 de octubre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DOLAREA HOTELA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión y explotación del palacio, molino, ferrería y ermita del conjunto monumental de Igartza”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de agosto de 2018, la mercantil DOLAREA HOTELA, S.L. (en adelante, DOLAREA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión y explotación del palacio, molino, ferrería y ermita del conjunto monumental de Igartza”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.

SEGUNDO: El mismo día 7 de agosto se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO los días 9 y 10 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de agosto, se han recibido, el día 20 de agosto, las alegaciones de ALDABE KOOPERATIBA ELKARTEA (en adelante, ALDABE, adjudicataria impugnada).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.I.M.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 C) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Beasain tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en un único motivo impugnatorio que, en síntesis, consiste en que la adjudicataria infringe el artículo 140.4 de la LCSP al no cumplir con la solvencia económica exigida por los pliegos al tiempo de vencimiento del plazo de presentación de ofertas.

En consecuencia, solicita la revocación del acuerdo de adjudicación y, previa la exclusión de la adjudicataria, se retrotraigan las actuaciones para proceder a una nueva adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ALDABE

ALDABE se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

- a) Tras la calificación del sobre A tanto la adjudicataria como la recurrente fueron conminadas por el poder adjudicador a subsanar o completar la documentación aportada, en concreto y respecto de ALDABE, un error observado en la descripción del contrato y el número de referencia dado por la entidad contratante al expediente, ambos en el documento europeo único de contratación (en adelante, DEUC); asimismo, se le requiere para que acredite la solvencia económica. Dicha subsanación se produjo en el plazo otorgado a tal efecto.
- b) La acreditación de la solvencia económica se hace con la integración de medios externos plenamente válidos.
- c) Finalmente, solicita que no se revoque la resolución de adjudicación impugnada.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el Ayuntamiento de Beasain alega lo siguiente en contra del recurso:

- a) Una vez calificada la documentación del sobre A, se observan omisiones y deficiencias en los DEUC presentados. De esta forma, la Mesa de Contratación otorga a los dos licitadores un plazo de 3 días hábiles para la subsanación.
- b) Vencido el plazo otorgado a los licitadores para la subsanación, se emite certificación de Secretaría de 4/6/18 en el que se deja constancia de que la recurrente no presenta toda la documentación requerida, y que ALDABE presenta un nuevo DEUC modificando su declaración anterior en el sentido de integrar su solvencia con medios externos.
- c) La Mesa de Contratación, siendo consciente de lo certificado por secretaría, acuerda admitir a ambas empresas a la licitación, por la necesidad de la contratación, por el principio antiformalista en aras de la concurrencia, porque la solvencia ha quedado acreditada y por los principios en materia de contratación pública de igualdad, transparencia y libre competencia.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El principal motivo de recurso es que la entidad adjudicataria no ha acreditado la solvencia económica requerida al tiempo de vencimiento del plazo de presentación de ofertas, y la que aporta en el plazo de subsanación no es válida por tres razones: la primera, porque los contratos aportados y suscritos entre ALDABE y las entidades externas están fechados el 30 de mayo de 2018, esto es, vencido el plazo de presentación de ofertas; la segunda, porque una comunidad de bienes no puede ser integradora de solvencia económica; y la tercera, porque no se justifica que los trabajos acreditativos de la solvencia de dichas entidades se haya realizado en el “ámbito al que se refiera el contrato”. A continuación se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre estas cuestiones.

a) Valor y alcance del DEUC

Este Órgano ya se ha pronunciado respecto al valor y alcance del DEUC (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018) y, conforme a esta doctrina, se debe señalar que este documento está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública,¹ y es, en síntesis, una forma de cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solvencia económica y financiera. El DEUC se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/7). Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes de esta normativa los siguientes:

- el DEUC debe ofrecer también la información pertinente sobre las entidades sobre las entidades de cuya capacidad depende el licitador, de modo que la verificación de esa información se pueda llevar a cabo simultáneamente a la verificación relativa a dicho licitador y en las mismas condiciones (Considerando 1 del Reglamento 2016/7).
- el poder adjudicador puede solicitar a los licitadores que presenten la totalidad o una parte de los certificados o documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento, si resulta necesario para el buen desarrollo del mismo (artículo 59.4 de la Directiva 2014/24 y Anexo I del Reglamento 2016/7).
- un operador económico que participe por su cuenta en el procedimiento de adjudicación y que no recurra a la capacidad de otras entidades para integrar su solvencia debe cumplimentar un único DEUC; por el

¹ Aplicable al procedimiento de adjudicación debatido en virtud del efecto directo de esta norma; ver, por ejemplo, la Resolución 40/2018 de este OARC / KEAO.

contrario, el que participe por su cuenta y sí recurra a la capacidad de una o varias entidades distintas de ella misma (como permite el artículo 75 de la LCSP) deberá garantizar que el poder adjudicador recibe su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que conste la información pertinente, por cada una de las entidades de que se trate.

b) Contenido del DEUC presentado por ALDABE

Para la resolución de la cuestión planteada se hace preciso analizar el contenido del DEUC presentado por ALDABE. En dicho documento constan los siguientes contenidos:

- en la Parte II, letra C, Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades, a la 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? el interesado responde No; además, no consta que el licitador presentara DEUCs referidos a empresas distintas de el mismo.
- en la Parte IV, la letra B se refiere a la solvencia económica y financiera y, en el mismo, la adjudicataria impugnada reflejó su volumen de negocios anual de los años 2015, 2016 y 2017.

Del contraste de la normativa aplicable con el DEUC de ALDABE se deduce que la empresa no manifestó en él la intención de integrar su solvencia económica y financiera con la de otras entidades; dicho de otro modo, declaró que el criterio de solvencia económica y financiera exigido por la cláusula 12 del PCAP se cumplía sin necesidad de integrar su solvencia con la de ninguna otra entidad. Sin embargo, de la mera lectura de las cantidades relativas al volumen de negocios de la mercantil recurrida de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, se desprende que ninguna de ellas satisfacía el requisito de alcanzar el importe de 455.000 € exigidos por el pliego. Ante ello, y ante la circunstancia de que el licitador había incurrido en error al describir el objeto del contrato y el número de expediente dado al mismo por

la entidad contratante, el poder adjudicador procedió a otorgar un plazo de subsanación de tres días.

c) Consideraciones sobre el DEUC de ALDABE

ALDABE declaró en el DEUC inicialmente presentado, por un lado, que no requería de la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV (entre ellos, la solvencia económica); y por otro lado, cuáles eran sus volúmenes de negocio de los ejercicios requeridos por el pliego (2015, 2016 y 2017). Debe señalarse que la incompatibilidad entre la declaración presentada y los términos del apartado 12 del PCAP es clara, y que lo procedente habría sido la exclusión del licitador, ya que no se trata de una acreditación insuficiente sino, por el contrario, de la acreditación de que el requisito no se cumple, por lo que no es posible acudir al trámite de subsanación establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) pensado para los defectos de la documentación acreditativa, no para suplir las carencias probatorias de documentos formalmente correctos. En el presente caso, y atendiendo a la cláusula 17 de PCAP, se habría podido acudir a dicho trámite únicamente para subsanar el error cometido por la licitadora en la descripción del objeto y número de expediente, ya que del resto del documento se desprende que esos concretos datos están incorrectamente cumplimentados.

Lo que no procede es que ALDABE, aprovechando el trámite de subsanación, acredite la solvencia económica y presente otro DEUC en el cuál manifiesta que para satisfacer los criterios de selección va a acudir a la capacidad de otras entidades, todo ello, además, una vez concluido el plazo de presentación de las ofertas. Este proceder es contrario a la misma esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles. Admitir una acreditación en estos términos sería ir en contra del principio de igualdad de trato de los licitadores, pues implicaría dar a uno de ellos la oportunidad de completar su proposición de forma extemporánea.

Además, la posibilidad de subsanación de los defectos documentales contenidos en una proposición no debe permitir aportar el cumplimiento de requisitos que no se cumplían en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y tampoco debe conceder al licitador la opción de aportar documentación que, aun existiendo en el momento de formular la oferta, pretende otorgar a la oferta presentada un significado diferente al expresado en la documentación inicialmente aportada. Por ello, no es aplicable a esta controversia ni el artículo 141 de la LCSP, ni el 81 del RGLCAP, ni la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 303/2017 invocada por el poder adjudicador, ya que el supuesto es distinto. En aquél caso, procedía la subsanación porque no se habían rellenado los datos correspondientes a la solvencia, pero en el presente supuesto sí que se han cumplimentado, y lo que ocurre es que no alcanzan el umbral mínimo exigido.

Finalmente, señalar que el art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la LCSP (ver su Disposición Final cuarta), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho. En este sentido, la sustitución de la declaración inicial del DEUC de no integración de la solvencia económica y financiera por una posterior en sentido contrario, ha de entenderse como de carácter esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 39.2 a) LCSP). Así, sería nulo de pleno derecho el contrato celebrado con quien no dispone de la solvencia económica exigida.

d) Momento en el que deben concurrir las circunstancias relativas a la solvencia

El artículo 140.4 de la LCSP, norma aplicable al contrato impugnado, dispone lo siguiente:

Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

Este precepto no admite duda interpretativa alguna sobre el momento en el que debe concurrir en el licitador, entre otras circunstancias, la solvencia económica, siendo la misma la fecha final de presentación de ofertas, en el presente supuesto, el 16 de mayo de 2018.

El incumplimiento del requisito del mínimo de solvencia económica es motivo de exclusión como le advertía a ALDABE la propia Secretaria del Ayuntamiento en el escrito de otorgamiento del trámite de subsanación (folio 106 del expediente administrativo), ya que la falta de solvencia implica la imposibilidad de contratar con la administración y la adjudicataria impugnada no ha acreditado que a fecha final de presentación de las proposiciones (16 de mayo de 2018) dispusiera de los compromisos firmados con las entidades a las que recurre para completar la solvencia exigida, pues dichos acuerdos son del 30 de mayo de 2018.

e) Conclusión

En virtud de lo expuesto, debe estimarse la pretensión del recurso con la consiguiente anulación de la adjudicación del contrato a ALADABE debiendo acordarse la retroacción del procedimiento a fin de que se excluya a la entidad adjudicataria de la licitación por no haber acreditado la solvencia económica en los términos exigidos en el PCAP y la retroacción de las actuaciones hasta la adjudicación del contrato a la siguiente empresa propuesta en el orden de clasificación previsto en el artículo 150 de la LCSP. Asimismo, la estimación de este motivo del recurso hace innecesario el examen del resto de motivos articulados en el escrito de impugnación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la

Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DOLAREA HOTELA, S.L. contra la adjudicación del contrato del “Servicio de gestión y explotación del palacio, molino, ferrería y ermita del conjunto monumental de Igartza”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain, de conformidad con lo establecido en el fundamento jurídico noveno, apartado e).

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de octubre de 2018