

Recurso 352/2024
Resolución 371/2024
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FUNDACIÓN REAL BETIS BALOMPIÉ** contra el acuerdo de exclusión de 4 de septiembre de 2024 en el procedimiento de contratación denominado “Servicio de Escuelas Deportivas Municipales en el municipio de Espartinas para la temporada 2024/2025”, promovido por el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) (Expte. 1904/24), respecto del lote nº 3, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 980.376,96 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 5 de septiembre de 2024, se interpone recurso especial cuya firma corresponde con el presidente de dicha Fundación. No obstante, el escrito de recurso aparece firmado por parte del secretario de la entidad.

El recurso no se remite a este Tribunal hasta el día 10 de septiembre de 2024. Una vez cotejados los documentos de presentación del recurso especial, se observa, al no acompañarse los estatutos de la fundación ni una certificación completa de los cargos del registro de fundaciones donde se establezcan expresamente las facultades de presidente y secretario, que pudieran existir dudas sobre la capacidad para firmar el recurso el secretario de la entidad, por lo que ha sido necesario pedir subsanación a efectos de comprobar la representación, o bien para ratificar expresamente el escrito de recurso.

Otorgado el plazo de tres días para subsanar se ha cumplimentado y averado dicha capacidad.



No ha sido necesario que la Secretaría del Tribunal dé traslado del recurso al órgano de contratación, ni recabar la documentación necesaria para su tramitación y resolución, pues tuvo lugar su entrada en el Tribunal junto con el escrito de recurso.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; toda vez que el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de entidad licitadora, del lote 3 en el procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la exclusión de dicha entidad de un contrato de servicios con valor estimado superior a cien mil de euros, convocado por una Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1, letra a) y 2, letra b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el expediente, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones sobre el motivo de exclusión. Alegaciones de las partes.

El 27 de agosto de 2024, se celebra la primera sesión de la mesa de contratación del expediente para la apertura de la documentación administrativa y la comprobación del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud para contratar. Una de las ofertas que se examinan durante la sesión es la de la Fundación recurrente, que optaba al Lote 3 de la licitación, cuya documentación contiene un Documento Europeo Único de Contratación que debía subsanar, por distintos motivos: (no constar el lote/lotes a los que presentaba oferta, así como, los datos del representante del operador económico, en el apartado B del referido documento).



El documento originalmente remitido estaba firmado por R.G.V, presidente de dicha fundación, en la parte final del documento, quedando sin completar el apartado B relativa que tiene como contenido de la “Información sobre los representantes del operador económico” la siguiente:

“En su caso, indíquense el nombre y la dirección de la persona o personas habilitadas para representar al operador económico a efectos del presente procedimiento de contratación representante de la citada Fundación según el DEUC”.

Se acordó posteriormente por la mesa de contratación requerirle para que, en el plazo de tres días hábiles subsanara las deficiencias observadas en la documentación administrativa y que se mencionaban en la propia comunicación. La mesa de contratación el día 4 de septiembre la excluye por no subsanar. EL motivo de la misma es que, aunque incluye en el apartado correspondiente del DEUC como representante de la citada Fundación (operador económico) a R.M.P, en su calidad de gerente de la fundación, el DEUC viene suscrito por R.G.V. La mesa estima que existe insuficiente capacidad tras la posibilidad de subsanación otorgada.

1. Alegaciones de la fundación recurrente.

Expresa que ambas personas que figuran en el DEUC presentado con la subsanación, es decir, R.G.V, presidente de la fundación, que aparece como firmante del documento al final del mismo, tiene facultades suficientes para suscribir los documentos objeto del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y que R.M.P, gerente de la fundación, que figura como representante de la entidad en el apartado B de la parte II del DEUC, se encuentra también facultado para ser representante de la entidad a estos efectos.

Señala que esas facultades *“fueron otorgadas por el Patronato de la Fundación, y posteriormente elevadas a público mediante poder notarial el pasado 23 de octubre de 2020, así como debidamente inscrito el Cargo y los Poderes en el Protectorado de Fundaciones de Andalucía. A los efectos oportunos, se anejan al presente escrito como Documentos 2 y 3”.*

Se expresa que la figura del presidente es más que conocida.

Es decir, estima que la fundación ha cumplido con la cláusula 15ª del PCAP, que trata sobre el DEUC. Señala que el firmante de los documentos, que se identifica como persona habilitada para representar al operador económico a efectos del procedimiento de contratación son representantes legales de la entidad.

Incide además en que R.M.P está habilitado para representar a la “FUNDACIÓN REAL BETIS” en este procedimiento.

Expresa que lo expuesto *“no afecta a la capacidad de obrar de la FUNDACIÓN REAL BETIS ni mucho menos constituye un defecto esencial que justifique la exclusión del procedimiento”.*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que el artículo 140 en su apartado 1.a). 1º establece:



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

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

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

Expresa que “el DEUC que se presenta inicialmente y el Anexo II referido al Compromiso de Adscripción de Medios, aparecen firmados por D. R.G.V, en calidad de representante legal del operador económico, sin embargo, en el DEUC presentado para cumplimentar el requerimiento de subsanación, aparece como representante el Gerente, D. R.M.P, si n que se acredite quién ostenta la debida representación de la Fundación”.

Señala a su vez que el pliego de cláusulas administrativas particulares en la cláusula 15.1.A expresa que: “Deberá presentarse debidamente cumplimentado y firmado por el licitador o persona que lo represente, a efectos del cumplimiento de su aptitud para contratar, no prohibición de contratar y cumplimiento de requisitos de solvencia y otros que se exijan en el pliego.”

Justifica la entidad licitadora en su recurso que: “Es público y notorio que D. R.G.V, es el Presidente de la Fundación y tiene facultades suficientes para suscribir los documentos objeto del presente pliego, pero es que D. R.M.P, Gerente de la Fundación, se encuentra también facultado para ser representante de la entidad a estos efectos”

Señala que “el criterio anti formalista que debe presidir la contratación pública, no puede amparar una actuación de la mesa de contratación, en la que se arrogue la facultad de convalidar los defectos de la documentación presentada por los licitadores.

Efectuado el requerimiento de subsanación previsto en el art. 141.2 de la LCSP, el DEUC presentado, con el que pretendían dar respuesta al requerimiento, aparece firmado por otra persona diferente al que figura en el mismo como representante del operador económico, por lo que la Mesa de Contratación, consideró ajustado a derecho, proceder a la exclusión definitiva de la FUNDACIÓN REAL BETIS BALOMPIÉ, al no coincidir la información del representante del operador económico que aparece en el DEUC con el firmante de todos los documentos, que es otra persona distinta, incluido el propio DEUC”.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Señala el artículo 139 de la LCSP, que dispone en su primer apartado que: “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al Órgano de Contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

En virtud del artículo 140.1 de la LCSP, para acreditar la capacidad de obrar, su solvencia económica, financiera y técnica, inicialmente, cada licitador únicamente presentará una declaración responsable firmada y con la



correspondiente identificación, que se ajustará al formulario normalizado de documento europeo único de contratación aprobado por Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016.

Esta señala que

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

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

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

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

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

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

Particularmente en relación con la declaración responsable, el artículo 141.2 de la LCSP añade que:

“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”

Con arreglo a ello, la mesa de contratación, apreciados los defectos aludidos en el fundamento de Derecho anterior, acordó requerir su subsanación en la forma que determina el PCAP, consignándose en el acta, y de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 y 83.6 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP):

“Art. 81.2. 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.

Art. 83.6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento”

Así, se requirió a la empresa recurrente para que subsanase no la firma del DEUC por el representante de la fundación, sino si bien el documento originalmente remitido estaba firmado por R.G.V, presidente de dicha



Fundación, en la parte final del documento, sino que había quedado sin completar el apartado B de la parte II que tiene como contenido de la “Información sobre los representantes del operador económico”, el siguiente tenor:

“En su caso, indíquense el nombre y la dirección de la persona o personas habilitadas para representar al operador económico a efectos del presente procedimiento de contratación representante de la citada Fundación según el DEUC”.

Pues bien, interesa poner de manifiesto que con la ocasión de la presentación del presente recurso, además, y aunque no era necesario, se ha acreditado la condición de presidente de la fundación de R.G.V, que conforme a sus estatutos puede representar a la misma y por tanto firmar la presentación del DEUC como el Anexo II.

La cláusula 9 del PCAP señala en cuanto a la aptitud para contratar que *“solo podrán ser adjudicatarias de este contrato las empresas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes de la LCSP, reúnan los requisitos de aptitud que se enumeran en los siguientes apartados, que deberán cumplirse en la fecha final de presentación de ofertas y en el momento de formalizar”.*

A su vez, la cláusula 15ª expresa que el archivo electrónico uno, relativo a la *“documentación administrativa para el contrato de servicios de escuelas deportivas municipales”*, que *“deberá presentarse debidamente cumplimentado y firmado por el licitador o persona que lo represente, a efectos del cumplimiento de su aptitud para contratar, no prohibición de contratar y cumplimiento de requisitos de solvencia y otros que se exijan en el pliego”.*

Las instrucciones para su cumplimentación se encuentran disponibles en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de Enero de 2016, por la que se establece el formulario normalizado del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 6 de enero de 2016, y en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre utilización del DEUC, aprobada por Resolución de 6 de abril de 2016 (BOE n.º 85, de 8 de abril de 2016).

Cotejadas estas, no supone que lo ocurrido no pueda ser considerado conforme al PCAP publicado, pues en este supuesto consta la firma electrónica para el acceso a la plataforma y envío de la oferta, que se realizó en forma y plazo, y con ella se debió tener por manifestada la voluntad de la mercantil y de la persona que la representa según sus estatutos, el presidente de la fundación, sin que el hecho de indicar como firmante en el DEUC a una persona distinta para representar al operador económico a efectos del procedimiento de contratación representante de la citada fundación según el DEUC suponga una causa suficiente para considerar la falta de capacidad.

En este sentido, existen de la documentación que se acompaña no sólo al recurso, sino la que el propio órgano de contratación ha dispuesto para considerar que, a efectos de presentación de la oferta, puede existir más de un representante de la fundación, sin perjuicio de que durante el procedimiento de contratación una vez adjudicado deba existir según el DEUC, perfectamente identificados, un representante o bien más de uno como bien expresa el apartado B de la parte II del DEUC.

A mayor abundamiento, en la presentación del DEUC que se acompaña con ocasión de la subsanación aparece escritura de poder a favor del gerente de la fundación con amplias facultades de representación, en la que también aparece citado a R.G.V. como presidente de la fundación, del cual, si bien en dicha escritura no aparecen las facultades, las mismas podían haber sido solicitadas en la subsanación requiriéndose los estatutos. De este modo según la documentación que consta en este Tribunal, en sus estatutos en el artículo 14 se establece que *“corresponde a la presidencia ostentar la representación de la Fundación ante toda clase de personas, autoridades y entidades públicas o privadas, convocar las reuniones del Patronato, presidirlas, dirigir sus debates y, en su caso, ejecutar los acuerdos, pudiendo para ello realizar toda clase de actos y firmar los documentos necesarios a tal fin”.*



Es decir, el hecho de firmar el DEUC un determinado representante de una entidad y fijar a otra u otras personas como representantes en el apartado B de la parte II del DEUC, no debe llevar a la exclusión, sino en su caso, si se estima necesario a solicitar una subsanación no de la forma realizada, sino en el sentido de poder advenir si ambos pueden considerarse representantes a efectos de la licitación si llegan a ser adjudicatarios.

A juicio del Tribunal tal actuación debe considerarse vulneradora del principio de proporcionalidad pues la subsanación podía haber sido realizada en un sentido más amplio que como se llevó a cabo por la mesa.

Por otro lado, incluso aun considerando que fuera correcta la interpretación que había realizado la mesa, debería haberse advertido, que según su interpretación debería haberse incluido en el dato del representante del apartado B de la parte II, el efecto que conllevaría la no presentación de lo requerido por la mesa. Es decir, el requerimiento tampoco fue concreto conforme a su interpretación.

Por lo cual teniendo en consideración la jurisprudencia existente contraria a la restricción participativa en la contratación pública y la defensa del carácter antiformalista con que debe actuar la Administración para evitar la limitación de la concurrencia, considerando que la fundación puede en ese momento tener más de un representante, como además así permite el DEUC en el apartado B de la parte II, no cabe sino considerar que la discordancia de firmas constituye una posibilidad, cuya suficiencia de capacidad deberá ser advenida en el momento procedimental del artículo 150.2 de la LCSP llegado el caso, más aun teniendo en cuenta que en la documentación presentada, que aunque no otorga fe de veracidad por su soporte documental, si permite sostener que las personas firmantes a priori tienen suficiente capacidad.

Por la declaración responsable conforme al DEUC, el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable -no solo en nombre de su empresa sino también personalmente- ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación. No puede olvidarse que esta declaración responsable es sustitutiva de la presentación de la documentación, pero no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma para concurrir a una licitación, los cuales deberán acreditarse, en su caso, en el momento procedimentalmente oportuno.

Por todo ello debe anularse el acuerdo de exclusión y con ello estimarse el recurso especial.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de exclusión respecto de la fundación recurrente, a efectos de retrotraerse el procedimiento y seguir con esta su participación en el lote nº 3.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FUNDACIÓN REAL BETIS BALOMPIÉ** contra el acuerdo de exclusión de 4 de septiembre de 2014 en el procedimiento de contratación



denominado “Servicio de Escuelas Deportivas Municipales en el municipio de Espartinas para la temporada 2024/2025”, promovido por el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) (Expte. 1904/24), respecto del lote nº 3, y en consecuencia anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá 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.

