

**Recurso 57/2017****Resolución 78/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de abril de 2017

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUAN JOSÉ SOLA RICCA, S.A.** contra la resolución, de 20 de marzo de 2017, de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Cádiz por la que se adjudica el contrato denominado “*Suministro de productos alimenticios para la residencia de personas mayores de Algeciras (Cádiz)*”, respecto a los lotes 1, 3 y 4 (Expte. SUM- ALG 01/16), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 24 de diciembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 2 de enero de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 1 y el 3 de enero de 2017, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 1.

El valor estimado del contrato asciende a 809.678,45 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.



**SEGUNDO.** La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** En la sesión de la mesa de contratación de 20 de febrero de 2017, se acordó excluir de la licitación a la entidad JUAN JOSÉ SOLA RICCA, S.A. por no haber subsanado adecuadamente la documentación del sobre nº1 en el plazo concedido.

El 20 de marzo de 2017, se dictó resolución de adjudicación del contrato, haciéndose constar en la misma la anterior exclusión y su causa. Esta resolución fue publicada en el perfil de contratante el 21 de marzo.

**CUARTO.** El 28 de marzo de 2017, se presentó en el Registro de la Consejería de Hacienda y Administración Pública escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JUAN JOSÉ SOLA RICCA, S.A. (SOLA RICCA, en adelante) contra la resolución de adjudicación del contrato. En el citado recurso se combate sustantivamente su exclusión de la licitación.

**QUINTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 29 de marzo de 2017, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión instado por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 4 de abril de 2017, recibándose con posterioridad documentación complementaria a



solicitud de este Órgano.

**SEXTO.** El 6 de abril de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**SÉPTIMO.** Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 7 de abril de 2017, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades PLATAFORMA FEMAR, S.L. y COMERCIAL ASTORGA, S.L.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** En cuanto a la procedencia del recurso especial y aun cuando el acto sustantivamente impugnado es la exclusión de la licitación, como quiera que la recurrente ha tenido conocimiento de su exclusión a través de la adjudicación de contrato, es este último acto el formalmente impugnado y al que debe atenderse para analizar los requisitos de admisión del recurso.

En tal sentido, el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del



sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue dictada el 20 de marzo de 2017 y publicada en el perfil de contratante el 21 de marzo, por lo que el recurso especial presentado en el Registro de este Tribunal el 28 de marzo se ha interpuesto dentro del plazo legal y ello aun cuando no conste la fecha de remisión del acto impugnado a la entidad recurrente, pues incluso computando el plazo de interposición desde la fecha del dictado de aquel, el recurso estaría formalizado en plazo.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta donde la recurrente insta la anulación de su exclusión con reconocimiento del derecho a ser adjudicataria del contrato, y subsidiariamente, la anulación de la licitación e inicio de una nueva convocatoria.

Al respecto, hemos de indicar que el acto sustantivamente recurrido es la exclusión, si bien se ha impugnado formalmente la adjudicación al haber tenido la recurrente conocimiento de aquella a través de esta. Asimismo, aun cuando en el recurso no se hace mención a lotes de la contratación, en la medida que consta en el expediente que la exclusión de SOLA RICCA opera respecto de los lotes 1, 3 y 4, hemos de circunscribir los efectos de la impugnación a la adjudicación de los citados lotes.



Con carácter previo, procede señalar los siguientes antecedentes de interés para la resolución de la controversia suscitada en el recurso:

1. En la sesión de la mesa de contratación de 7 de febrero de 2017, se acuerda conceder un plazo de subsanación a SOLA RICCA al haberse advertido varios defectos en la documentación administrativa; entre ellos se le indica que “*No presenta certificación de no estar incurso en incompatibilidad para contratar (ANEXO IV-E). Esta certificación solo podrá ser expedida por uno de los siguientes órganos de dirección o representación competentes: Administrador/a único/a. Administradoras/es solidarias/os. Administradoras/es mancomunadas/os. Consejo de Administración: firma del/la Secretario/a y VºBº de la Presidencia. **No siendo válida la firma del apoderado**”.*

2. En el plazo concedido, SOLA RICCA aporta documentación relativa a la subsanación solicitada. Entre la misma y, en lo que aquí interesa, presenta:

- Anexo IV-E (Certificación de no estar incurso en incompatibilidad para contratar). La certificación indica que solo podrá ser expedida por uno de los siguientes órganos de dirección o representación competente: administrador único, administradores solidarios, administradores mancomunados y consejo de administración donde firma el Secretario con el VºBº de la Presidencia, si bien el modelo no exige mención concreta al cargo de representación ostentado por el firmante.

En este caso, el certificado está suscrito y firmado por F.J.S.N quien no indica, por no exigirlo el modelo, el cargo en función del que interviene al suscribir el documento.

- Anexo IV-I (Declaración responsable sobre correo electrónico) suscrito y firmado por F.J.S.N quien dice actuar en calidad de Administrador solidario, porque en este caso el modelo de Anexo sí exige la mención al cargo que ostenta el firmante.

3. En la sesión de la mesa de contratación de 20 de febrero de 2017 se acuerda “*Excluir de la licitación a la empresa JUAN JOSÉ SOLA RICCA, S.A., por no subsanar*



*conforme a lo solicitado.*

*Pese a lo explícito del anuncio de subsanación sobre la expedición de la certificación de no estar incurso en incompatibilidad para contratar (Anexo IV-E del PCAP), donde se le subraya que no es válida la firma de apoderado, dicho anexo se presenta manuscrito y rubricado por J.S.N. con DNI.... La documentación aportada en el sobre nº1 correspondiente a la documentación administrativa viene firmada por F.J.S.N en calidad de apoderado” .*

4. En la resolución de adjudicación de 20 de marzo de 2017, se hace constar la exclusión de la recurrente, mencionando literalmente el acuerdo de exclusión de la mesa reproducido en el anterior párrafo.

Pues bien, alega la recurrente que, a la fecha del requerimiento de subsanación, ya constaba la inscripción en el registro mercantil del cambio de órgano de administración que deja de ser el consejo de administración para pasar a ser un administrador único, cargo que recae en F.J.S.N. Por ello, SOLA RICCA aduce que quien firma el certificado en fase de subsanación es la persona que debía hacerlo, es decir el administrador único de la entidad.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que, según la documentación obrante en el expediente, F.J.S.N. tenía la condición de apoderado de la empresa, siendo el órgano de administración de la misma un consejo de administración.

Finalmente, PLATAFORMA FEMAR, S.L., como entidad interesada en el procedimiento, formula alegaciones oponiéndose al recurso. En tal sentido, manifiesta que la recurrente no subsanó correctamente el defecto advertido en la cumplimentación del Anexo IV-E y que no cabe otorgar un segundo plazo de subsanación de errores, ni efectuar tal subsanación ante el Tribunal.

Asimismo, COMERCIAL ASTORGA S.L. se opone al recurso considerando correcta la decisión de exclusión al no haber aclarado formalmente la recurrente la nueva situación durante la licitación.



**SEXTO.** Expuestos los antecedentes necesarios y las alegaciones de las partes, procede examinar si fue o no ajustado a derecho el acuerdo de la mesa relativo a la exclusión de SOLA RICCA, al considerar que el certificado (Anexo IV-E) estaba firmado por apoderado y no por el órgano de dirección o representación competente (administrador único, administrador solidario, administradores mancomunados y consejo de administración).

Pues bien, es un dato cierto e incuestionable que, en el plazo de subsanación concedido, la recurrente presentó el certificado de no estar incurso en incompatibilidad para contratar (Anexo IV-E) firmado por F.J.S.N., persona que figuraba en el DEUC aportado en el sobre nº1 como apoderado, siendo el consejo de administración el órgano de dirección y representación de la empresa conforme al certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público obrante también en el citado sobre nº1.

Por tanto, existían razones para entender que el Anexo IV-E aportado en el plazo de subsanación, al estar suscrito por F.J.S.N, incumplía el requisito establecido en el apartado 9.2.1.2.2 del PCAP y en el propio Anexo relativo a que la certificación debía estar firmada por el órgano de dirección o representación competente que, según los datos disponibles en la licitación, era el consejo de administración.

Quiere decirse, pues, que en atención a los documentos señalados, la decisión de exclusión de la mesa parecía ser correcta. No obstante, hemos de tener en cuenta que, entre la documentación aportada por SOLA RICCA en fase de subsanación y que ha podido examinar este Tribunal al formar parte del expediente remitido por el órgano de contratación, también figuraba un Anexo IV-I (declaración responsable sobre correo electrónico) donde F.J.S.N. señalaba expresamente que actuaba en calidad de Administrador solidario.



Es decir, existía contradicción entre el DEUC -donde F.J.S.N aparecía como apoderado- y el citado Anexo IV-I -donde esa misma persona figuraba como Administrador solidario-. Por ello, teniendo en cuenta que el Anexo IV-D debía estar suscrito por el órgano de dirección o representación de la empresa y que el administrador solidario tiene la condición de tal, la mesa, antes de excluir a la recurrente, debió darle la posibilidad de aclarar aquella contradicción haciendo uso para ello de la facultad que le confiere el artículo 82 del TRLCSP *“El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores [capacidad y solvencia del empresario] o requerirle para la presentación de otros complementarios.”*

Como ya indicábamos en nuestra Resolución 117/2015, de 17 de marzo, son compatibles los plazos previstos en los artículos 81.2 del RGLCAP y 82 del TRLCSP, siendo el precedente normativo inmediato de este último precepto el artículo 22 del RGLCAP *“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la Ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días, sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”*.

En tal sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, concluye que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos estos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y de no estar incursos en



prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado.

En el supuesto analizado, no debe olvidarse que, como ha podido constatar este Tribunal a través de la escritura pública aportada por la recurrente con el anuncio del recurso y que obra en el expediente remitido por el órgano de contratación, el 3 de febrero de 2017, es decir, con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas (27 de enero de 2017) se inscribió en el Registro Mercantil de Sevilla el documento de modificación del órgano de representación en el que se nombra a F.J.S.N. administrador único por plazo de seis años.

Ciertamente este documento no se aportó en la subsanación, razón por la que la mesa de contratación no pudo detectar el cambio del órgano de dirección y siguió en la creencia de que F.J.S.N. era un apoderado y no un administrador único, pero lo cierto es que, en el momento de presentar la subsanación, esta persona, en su nueva condición de administrador, era la única competente para suscribir el Anexo IV-E que ha determinado la exclusión.

Y si bien la recurrente no acreditó ante la mesa de contratación este cambio en el órgano de dirección, lo cierto es que ni el pliego ni el Anexo IV-E exigen que el firmante de este último indique en el modelo el cargo que ostenta con su respectiva acreditación documental, a lo que se une que la mesa, a quien compete examinar toda la documentación aportada por los licitadores, debió advertir que F.J.S.N. figuraba como administrador solidario en otro Anexo igualmente aportado por la recurrente en el plazo de subsanación.

Por ello, el citado órgano colegiado, en aplicación de lo estipulado en el artículo 82 del TRLCSP, debió aclarar tal contradicción en la documentación aportada por la empresa y en definitiva, comprobar si el firmante del anexo tenía la condición exigida para hacerlo, antes de acordar la exclusión.



Esta opción hubiera sido más acorde con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo conforme a la cual debe evitarse la exclusión de los licitadores por simples defectos formales fácilmente subsanables (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de doctrina. Recurso 265/2003), máxime cuando solo se trataba de aclarar un extremo contradictorio en la documentación presentada sin infracción alguna del principio de igualdad de trato.

En el sentido expuesto, aquella aclaración, de haberse solicitado al amparo del precepto legal antes citado, en modo alguno hubiera sido equiparable a una segunda subsanación -proscrita por nuestra legislación contractual y por la doctrina de los tribunales de recursos contractuales- y ello por cuanto, insistimos, el Anexo IV-E presentado en fase de subsanación estaba correctamente firmado por el Administrador Único de la empresa, no previendo el citado modelo que su firmante tuviera que especificar ni acreditar el cargo ostentado. Antes al contrario, el modelo da por cierto que el certificado será expedido por alguna de las personas que se citan en el mismo, por lo que una aclaración solicitada a la empresa acerca de la condición de la persona firmante del anexo hubiera sido procedente antes de acordar de plano la exclusión, solución esta que debe considerarse desproporcionada a la vista de los extremos aquí analizados.

Como venimos señalando en nuestras resoluciones (v.g. Resolución 289/2016, de 11 de noviembre), en aplicación del principio de proporcionalidad propugnado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.



Es por ello que procede la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento previo al acuerdo de exclusión de la recurrente que también se anula, debiendo procederse en los términos previstos en esta resolución concediendo a la recurrente la posibilidad de aclarar la condición de administrador único de la persona firmante del Anexo IV-E del PCAP. No obstante, si ya consta acreditado ante el órgano de contratación tal condición con base en la documentación aportada junto al anuncio del recurso especial, podrá dicho órgano prescindir del citado trámite de aclaración y proceder directamente, por razones de economía procesal, a la admisión de la recurrente a la licitación.

Asimismo, la retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción, todo ello en los términos previstos en el artículo 36.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por otro lado, no puede reconocerse a la recurrente el derecho a ser adjudicataria del contrato, pues este Tribunal tiene una función exclusivamente revisora de los actos dictados en materia contractual, siendo el órgano de contratación el competente para determinar si la oferta de la recurrente es o no la proposición económicamente más ventajosa, tras su oportuna valoración con arreglo a los criterios de adjudicación.

Finalmente, como quiera que se ha estimado la pretensión principal de anulación de la exclusión, resulta improcedente pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de anulación de la licitación e inicio de una nueva convocatoria.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUAN JOSÉ SOLA RICCA, S.A.** contra la resolución, de 20 de marzo de 2017, de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Cádiz por la que se adjudica el contrato denominado “*Suministro de productos alimenticios para la residencia de personas mayores de Algeciras (Cádiz)*”, respecto a los lotes 1, 3 y 4 (Expte. SUM- ALG 01/16), y en consecuencia, anular el acto impugnado con retroacción de las actuaciones en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue acordado por resolución de este Tribunal de 6 de abril de 2017.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

