



EB 2024/087

Resolución 165/2024, de 13 de septiembre, 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 la empresa NEO INSTALACIONES DEPORTIVAS, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia, salvamento y asistencia en las playas de Itzurun y Santiago”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumaia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de mayo de 2024 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NEO INSTALACIONES DEPORTIVAS, S.L. (en lo sucesivo, NEO), contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia, salvamento y asistencia en las playas de Itzurun y Santiago”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumaia.

SEGUNDO: El mismo día 30 de mayo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 4 de junio.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 7 de junio, se han presentado alegaciones por la empresa BPXPORT XXI, S.L. (BPXPORT), adjudicataria impugnada, el día 14 de junio.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.J.B.J., que actúa en nombre y representación de NEO.

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 Zumaia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurrente

El recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) BPX no cumplió con lo dispuesto en las cláusulas 11 y 12.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), puesto que presentó su oferta con el certificado digital de una persona física ajena a la empresa y sin poder bastante para ello, y con la documentación firmada a mano por otra persona física distinta a la primera y, no obstante, al abrir los archivos “A”, la mesa de contratación admitió el 9 de abril de 2024 la proposición de BPX, sin apreciar la necesidad de requerirle la corrección de “defectos u omisiones subsanables”, conforme a la Cláusula 18 PCAP.

b) En lo que respecta a la Sra. T. se apreciaba una doble irregularidad, porque: (i) la proposición no se presentó con un certificado digital de BPX, y (ii) quien la presentó carecía de poderes para ello. Por lo que respecta al Sr. L, fue nombrado administrador día 4 de abril, pero no se elevó a público hasta el 17 de dicho mes y a fecha de este recurso aún no se ha inscrito en el Registro Mercantil. Lo cierto es que el día 8 de abril de 2024, fecha límite de presentación de las proposiciones, el acuerdo ni siquiera constaba en instrumento público y quienes figuraban como personas con facultades para contratar con la Administración en el Registro de Licitadores de Euskadi eran el Sr. B. junto a la Sra. A.

c) Finalmente, solicita que se anule la Resolución impugnada, se excluya a BPXPORT y ordene la adjudicación a favor de NEO INSTALACIONES DEPORTIVAS, S.L.

SÉPTIMO: Alegaciones de BPXPORT

BPXPORT, adjudicataria impugnada, se opone al recurso por las siguientes razones:

a) BPXPORT ha preparado y presentado su oferta de forma electrónica a través de la herramienta de la plataforma de licitación electrónica (Plataforma), dando

cumplimiento a lo dispuesto en el PCAP, por cuanto que la Sra. T dispone de un poder conferido a su favor por la sociedad BPXPORT y certificado digital profesional de abogada (se acompaña copia de su “Poder General para Pleitos”, que le habilita, entre otros asuntos, a presentar escritos), lo que es coherente con lo dispuesto en el art. 140.3 de la LCSP.

b) Mientras que la Sra. T estaba facultada para presentar el escrito, el Sr. L era quien estaba facultado para firmar la proposición propiamente dicha y acreditar la capacidad y solvencia para contratar como representante persona física de la Administradora Única (“JUSTBPXPORT, S.L.”) de BPXPORT, quien suscribió manuscritamente la declaración responsable por carecer del certificado digital debido a que había sido nombrado administrador de la sociedad el 4 de abril de 2024, tres días antes del plazo final de presentación de proposiciones. Se debe tener en cuenta que el art. 214.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) dispone que “El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación”, y conforme al artículo 19 en relación con el 16 del Código de Comercio el nombramiento y cese de los administradores no consta como inscripción constitutiva, sino que se encuentra inserta dentro de las denominadas inscripciones declarativas.

c) El apartado 5 de la cláusula 11ª del PCAP recoge expresamente que cabe prueba en contrario de lo recogido en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (en adelante, ROLECSP).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

a) La Sra. T acreditó disponer de un poder general para pleitos que le faculta para presentar escritos ante las administraciones públicas y el Sr. L, en el mismo archivo A de la oferta, declaró que ratifica la oferta presentada por ella. En

cualquier caso, se trataría de defectos formales subsanables que ya constan superados.

b) A la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas el Sr. L es quien tenía poder para firmar la oferta, esto es, para adquirir compromisos y obligaciones en nombre de BPXPORT en su condición de persona física representante de la administradora única JUSBPXPORT. Su nombramiento es anterior a la fecha de vencimiento del plazo y, de conformidad con el artículo 214.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación. Por tanto, la inscripción del nombramiento en los registros tiene carácter declarativo y no constitutivo.

c) En cuanto a la falta de firma digital de la oferta por parte del Sr. L, el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 31 de mayo de 2021 (rec. 6119L 2019), ha afirmado, en lo referente a supuestos de falta de la firma electrónica en el procedimiento administrativo "...el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio, en palabra del vigente art. 66.1.e) de la ley 39/2015..."

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria porque no ha acreditado debidamente la representación de quien actúa en su nombre, incumpliendo lo dispuesto en las cláusulas 11 y 12.2 del PCAP. El análisis del recurso debe partir de lo dispuesto en las cláusulas que el recurrente manifiesta que la adjudicataria incumple

PCAP

11.- CAPACIDAD Y SOLVENCIA PARA CONTRATAR

Podrán presentar proposiciones las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibiciones de contratar, y acrediten su

solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Asimismo, podrán hacerlo por sí o representadas por persona autorizada, mediante poder bastante otorgado al efecto. Cuando en representación de una persona jurídica concurre algún o alguna miembro de la misma, esa persona deberá justificar documentalmente que está facultada para ello. Tanto en uno como en otro caso, a la representante le afectan las citadas causas de incapacidad para contratar.

(...)

5.- La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

(...)

12.- PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES

(...)

12.2- Lugar y plazo de presentación de ofertas

La presente licitación tiene carácter electrónico. Las entidades licitadoras deberán preparar y presentar sus ofertas obligatoriamente de forma electrónica a través de la herramienta de preparación y presentación de ofertas de la plataforma de licitación electrónica www.contratacion.euskadi.eus. La utilización de estos servicios supone:

- La preparación y presentación de ofertas de forma telemática por el licitador.
- La custodia electrónica de ofertas por el sistema.
- La apertura y evaluación de la documentación a través de la plataforma.

Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva se presentarán, dentro del plazo que se indique en el anuncio de la licitación en el Perfil de contratante (plazo mínimo de 15 días naturales contados a partir del día siguiente al de publicación del anuncio de licitación en el Perfil de contratante), exclusivamente de forma electrónica a través de la Herramienta de Preparación y Presentación de ofertas que la Plataforma de licitación electrónica www.contratacion.euskadi.eus pone a disposición de candidatos y entidades licitadoras para tal fin. Por este motivo, para participar en esta licitación, es importante que los licitadores interesados se registren, en el supuesto de que no lo estén, en la Plataforma arriba referenciada. La oferta electrónica y cualquier otro documento que la acompañe deberán ajustarse a lo establecido en el Anexo I de este pliego. Para garantizar la confidencialidad del contenido de las ofertas hasta el momento de su apertura, la herramienta cifrará los archivos en el envío

Las consideraciones del OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

- 1) En lo que a capacidad para contratar de las personas jurídicas se refiere, la cláusula 11 del PCAP exige que la proposición se presente por persona

autorizada mediante poder bastante otorgado al efecto y que, cuando en representación de una persona jurídica concurre algún o alguna miembro de ésta, esa persona deberá justificar documentalmente que está facultada para ello y, a este efecto, la cláusula 12 del PCAP, dispone que esta acreditación se debe efectuar de forma electrónica a través de la herramienta de preparación y presentación de ofertas de la Plataforma de licitación electrónica www.contratacion.euskadi.eus.

- 2) En lo relativo a la aptitud para contratar, la cláusula 12.4. “Contenido de las proposiciones” del PCAP dispone que el archivo electrónico “A” identificado como “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA” contendrá, entre otros, “la Declaración Responsable de la parte licitadora indicativa del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. La declaración responsable se presentará conforme al Documento Europeo único de Contratación (DEUC)”. Este Órgano, en pronunciamientos anteriores sobre el alcance y valor del DEUC (ver, por todas, la Resolución 174/2019), ha manifestado que es una forma de acreditación 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 sirve de prueba preliminar en el procedimiento de contratación de que el licitador (u otros operadores que económicos si manifiesta integrar su solvencia con la de terceros) cumple con los requisitos de admisión al procedimiento. Tan sólo el propuesto como adjudicatario deberá presentar los certificados que constituyan la prueba, sin perjuicio de que se puedan solicitar en cualquier momento a cualquiera de los licitadores alguno o todos los documentos. Entre otros extremos, deberá acreditar que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición (artículo 140.1.a) 1ª de la LCSP).
- 3) BPXPORT presentó en el sobre A relativo a “Capacidad y solvencia” la siguiente documentación: (i) El documento DEUC, firmado manuscritamente, en cuyo apartado B de la Parte I relativo a “Información sobre los representantes del operador económico”, constan los datos del

Sr. L como la persona habilitada para representar al operador económico en el procedimiento de adjudicación impugnado alegando que es el representante persona física del administrador único (JUSTBPXPORT) de BPXPORT, (ii) una declaración en la que don L. manifiesta que, al carecer del certificado de firma digital con el que operar por la imposibilidad de obtenerlo debido al breve tiempo que ha mediado entre el nombramiento del administrador único (04/04/2024) y la fecha final de presentación de ofertas (08/04/2024), ha indicado a la apoderada y abogada de BPXPORT, doña T, que proceda a registrar electrónicamente la oferta y (iii) escritura pública de fecha 18/03/2024 de poder general para pleitos a favor de doña T.

4) Posteriormente, tras ser propuesta como adjudicataria del contrato y requerida para la presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos a que hace referencia el artículo 140.1 de la LCSP (cláusula 19 del PCAP), BPXPORT presentó entre otras, la escritura pública de cese y nombramiento de administrador único otorgada ante la notario de Madrid A.R.R por la sociedad “BPXPORT XXI, S.L.U.” con fecha 17/04/2024 y número de su protocolo 1.149, donde consta que, en la Junta General de 04/04/2024, el socio único decide nombrar Administrador Único de la Sociedad, por tiempo indefinido, al propio socio único, esto es, la mercantil “JUSTBPXPORT, S.L.”, que designa como persona física representante para el ejercicio de dicho cargo a don L.

5) A la vista de todo ello, los reproches de la recurrente no pueden prosperar porque:

a. Quien firma la solicitud (doña. T) acredita disponer de un poder otorgado por BPXPORT que le faculta para poder personarse ante la autoridad municipal y presentar escritos (facultad 2 de la escritura pública otorgada ante el notario de Lasarte – Oria, del Ilmo. Colegio Notarial del País Vasco, de fecha 18/03/2024, que se aporta junto con las alegaciones) que, en definitiva, es en lo que

consiste la solicitud firmada. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la propia plataforma de contratación diferencia entre la persona que legalmente tiene que firmar la oferta, esto es, los documentos que componen propiamente la proposición, que no se firman a través de la Plataforma, sino que la empresa licitadora lo hace previamente, y la persona que firma el envío de la oferta¹. Por otro lado, ni los pliegos, ni la Guía de licitación electrónica exigen que quien presente la solicitud deba disponer en todo caso de un certificado electrónico cualificado de representante.

- b. En lo relativo a la representación de don L., en el expediente obran las escrituras públicas en las que consta que es la persona física para el ejercicio de la condición de administrador único (JUSTBPXPORT) de la sociedad BPXPORT. Debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 233.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste. El cargo de administrador único presenta un singular perfil jurídico y organizativo, desde el momento que dicho cargo implica que convergen en una sola y la misma persona las facultades de administrador y representante legal de la empresa, desde el momento que en las empresas con administrador único la administración no está atribuida a un órgano colegiado sino a una sola persona que, además de estar investida de la facultad de administrar, ostenta de forma necesaria la competencia para representar a la sociedad en las relaciones jurídicas externas (en este sentido la STS 759/2017, de 04 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1673). Sentado lo anterior, procede analizar si don L, nombrado administrador único el 04/04/2024 por la Junta, podía firmar la oferta el 08/04/2024 cuando su

¹ [Acceso a la licitación electrónica en la plataforma KontratazioA \(Empresas\) - Licitación electrónica \(euskadi.eus\)](#)

nombramiento como administrador único no había sido elevado aún a escritura pública. El nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación (artículo 214.3. de la LSC), lo que supone que éste es el momento a partir del cual ostenta las funciones representativas de la sociedad. La obligación de presentar el nombramiento a inscripción en el Registro Mercantil, para lo que se dispone de un plazo de diez días a contar desde la aceptación (artículo 215 de la LSC), no supone que los actos efectuados por los administradores antes de la inscripción o a elevar a instrumento público su nombramiento no sean válidos, por lo que su omisión no afecta a la validez y eficacia del acto. En cualquier caso, BPXSPORT ha presentado en la fase del artículo 150.2 de la LCSP la documentación que acredita la representación del Sr. L y la remisión al registro mercantil de su nombramiento, por lo que las deficiencias documentales han sido debidamente subsanadas. Por último, la circunstancia de que en el momento de la presentación de la oferta (04/04/2024) el nombramiento no constara en escritura pública carece de relevancia, pues el instrumento público se remite al certificado del acuerdo adoptado en la Junta General.

- c. En lo que respecta a la falta de firma digital en el DEUC, este OARC ha interpretado de una forma amplia la posibilidad de subsanar el DEUC, teniendo en cuenta que se trata de una declaración formal, por lo que la presentación de un documento incompleto, e incluso no cumplimentado, ha de ser considerado un defecto igualmente formal, que puede ser subsanado siempre que el requerimiento se refiera a información o datos cuyo origen anterior respecto a la finalización del plazo de finalización de ofertas sea objetivamente verificable y que los pliegos no sancionen dicha omisión con la pena de exclusión (ver, en este sentido las Resoluciones 120/2023 y 68/2021 de este OARC / KEAO). En el supuesto que nos ocupa, el recurrente no alega estipulación alguna que incluya la sanción de exclusión por esta razón y BPX ha aportado la documentación

que acredita que don L disponía del poder de representación de la sociedad en el momento de la presentación de la oferta.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa NEO INSTALACIONES DEPORTIVAS, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia, salvamento y asistencia en las playas de Itzurun y Santiago”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumaia.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko irailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2024