



EB 2022/131

Resolución 178/2022, de 15 de noviembre, 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 mercantil BILBAO DESIGN HUB, S.L. frente a la adjudicación del contrato de “Contratación del stand de Euskadi en FITUR y sus adaptaciones a otras posibles Ferias”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de agosto de 2022 se ha presentado 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 mercantil BILBAO DESIGN HUB, S.L. (en adelante, BDH) frente a la adjudicación del contrato de “Contratación del stand de Euskadi en FITUR y sus adaptaciones a otras posibles Ferias”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.

SEGUNDO: El día 17 del mismo mes 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 19 de agosto.



TERCERO: Con fecha 19 de agosto se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, recibiéndose el 5 de septiembre las alegaciones de INTERMEDIO MONTAJES, S.L. (en adelante, INTERMEDIO), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que 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 los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Basquetour- Turismoaren Euskal Agentzia- Agencia Vasca de Turismo, S.A. tiene la condición de poder

adjudicador, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP, aunque no de administración pública.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El adjudicatario es un operador económico cuyo representante legal ha sido condenado mediante sentencia firme por el delito de prevaricación administrativa en concurso con el delito de fraude, lo que significa una vulneración del artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE que establece los motivos de exclusión.
- b) El adjudicatario ha incurrido en falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión vulnerando el artículo 57.4.h) de la Directiva 2014/24/UE
- c) En consecuencia, solicita que (i) se declare contrario a derecho la resolución de adjudicación, (ii) se acuerde la exclusión de INTERMEDIO y (iii) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP se acuerde la adjudicación del contrato a BDH.

SÉPTIMO: Alegaciones de INTERMEDIO

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por lo siguiente:

- a) Inexistente vulneración del artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE:
 - a. El fraude al que hace referencia dicho precepto es en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, cuyo ámbito de aplicación objetivo se ciñe a los ingresos y gastos que forman parte del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por

su cuenta y que ha sido objeto de transposición a nuestro derecho interno a través de la tipificación en el Código Penal de unos delitos muy concretos (artículos 305.3, 306 y 308), únicos tipos de fraude susceptibles de llevar a la exclusión de un operador económico.

- b. La Sentencia 85/2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Orihuela, autos del procedimiento abreviado 802/2016, advierte que ni la empresa adjudicataria ni su administrador fueron condenados por ninguno de los citados delitos, esto es, por tipo alguno de los incluidos en el radio de acción del artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE.
 - c. Antes de la apertura del juicio oral se retiró la acusación frente a INTERMEDIO y su administrador, don I.A.G. cumplió la pena impuesta, que no conllevaba inhabilitación para contratar, extinguiéndose su responsabilidad penal en abril de 2022, mientras que la oferta se presenta en junio de 2022.
 - d. Contraría la exclusión la posibilidad de autocorrección prevista en el artículo 72.5 de la LCSP.
 - e. No existe declaración acerca de la prohibición para contratar, su duración y alcance.
- b) El DEUC presentado por la adjudicataria no adolece de falsedad alguna, pues ni INTERMEDIO ni don I.A.G. han sido condenados por ninguno de los delitos descritos en el artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE. Además, el artículo 57.4 h) de la Directiva 2014/24/UE no contempla una causa de exclusión automática, sino que exige como presupuesto de operatividad que el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que en el caso de que se estime la existencia de una prohibición de contratar según lo establecido en el Título II, Capítulo I, subsección 2^a, artículos 71, 72 y 73 de la LCSP que modifique la resolución de adjudicación, BASQUETOUR, S.A. procederá automáticamente a la exclusión

de la actual empresa adjudicataria y a la adjudicación del concurso de referencia a la segunda empresa clasificada.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión del recurso es el de la exclusión de la adjudicataria por entender que incurre en dos motivos de exclusión de los previstos en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE que ha sido traspuesto en el artículo 71 de la LCSP. El análisis de la cuestión planteada debe partir de los antecedentes de hecho en los que se basa el recurrente para entender que sobre el adjudicatario concurren dichos motivos.

- a) Sobre los antecedentes de hecho en los que se basa el recurrente para afirmar que el adjudicatario incurre en un motivo de exclusión

INTERMEDIO, junto con las alegaciones de oposición al recurso, ha presentado la siguiente documentación:

- (i) Mediante Resolución de 22 de julio de 2022, del Director General de Basquetour, se acuerda adjudicar el contrato que nos ocupa a INTERMEDIO MONTAJES, S.L., cuyo representante es don I.A.G. como consta en el DEUC y en la documentación acreditativa aportada en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP.
- (ii) La Sentencia nº 85/2019 de 3 de abril de 2019, del Juzgado de lo penal número tres (antes uno bis) de Orihuela, en lo que al recurso que nos ocupa, se condena al acusado, don I.A.G, por el delito de prevaricación administrativa en concurso con el delito de fraude (letra A) conclusiones I y II de la sentencia), a la pena de 6 meses de prisión, accesorias legales, e inhabilitación especial para el desempeño del cargo público de alcalde, teniente alcalde y concejal por tiempo de 3 años. En el antecedente jurídico décimo de dicha Sentencia consta que es firme de conformidad con el artículo 789.2 LECrim.
- (iii) Auto de 12 de abril de 2019, del Juzgado de lo Penal número tres (antes uno bis) de Orihuela dictado en el procedimiento de ejecutoria

penal nº 000168/2019 (en adelante, la Sentencia), en la que se dispone que, siendo firme la sentencia, se proceda a su ejecución para lo cual se acuerda: (i) respecto a la pena privativa de libertad, estar a la suspensión acordada por dos años, (ii) respecto a la inhabilitación para desempeño de cargo público de alcalde, teniente de alcalde y concejal, que se practique la liquidación de condena y (iii) respecto a la responsabilidad civil, se tiene por abonada.

- (iv) Resolución de 15 de abril de 2019 del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal número 3 de Orihuela (antes uno bis) referente a la liquidación de la condena relativa a la pena de inhabilitación especial para cargo público de Alcalde, Teniente de alcalde y Concejal de 3 años impuesta a don I.A.G. en la que se especifica que comenzará a cumplir la pena el día 3 de abril de 2019 quedando extinguida la condena el 1 de abril de 2022, ambos días inclusive, salvo error u omisión.
- (v) Providencia del Magistrado Juez del Juzgado de lo penal número tres de Orihuela, de 5 de abril de 2019, por la que se archiva provisionalmente la Ejecutoria.

b) Sobre el motivo de prohibición de contratar que pudiera ser de aplicación

INTERMEDIO aduce que no le es de aplicación la causa de exclusión aducida por el recurrente (artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE), pues los delitos por el que ha sido condenado su representante no están relacionados con los intereses financieros de la Unión europea. Esta alegación no puede ser aceptada por las siguientes razones, si bien se adelanta que los efectos o alcance de la prohibición se analizarán en el apartado c) posterior:

- 1) A juicio de este OARC / KEAO el análisis de la concurrencia de la prohibición para contratar debe partir de los hechos referidos en el apartado a) y denunciados por la recurrente, y no tanto de la calificación jurídica que ha efectuado éste en su escrito. En este sentido, INTERMEDIO no niega, es más, aporta toda la documentación en la que consta que ha sido condenado como cooperador necesario del delito de

prevaricación administrativa (artículo 404 del Código Penal) en concurso con el delito de fraude (artículo 436 del Código Penal).

- 2) Nos hallamos ante dos de los llamados “delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública” que, si bien no son subsumibles en el artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE, sí que lo son en la letra b) del citado artículo que contempla como motivo de exclusión imperativo la corrupción tal y como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico.
 - 3) En cualquier caso, los diversos motivos de exclusión que contiene el artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE han sido traspuestos todos ellos en el apartado 1 del artículo 71 de la LCSP, donde figura, entre otros, la mención expresa a la prohibición para contratar si concurre la circunstancia de condena mediante sentencia firme por el delito de prevaricación o fraude.
- c) Sobre el alcance de la prohibición de contratar derivada de la Sentencia nº 802/2016.

Alega INTERMEDIO que la pena ha sido cumplida y la responsabilidad penal extinguida y que, en cualquier caso, no ha existido ninguna declaración acerca de la prohibición para contratar, su duración y su alcance.

A este respecto, resulta relevante que la Sentencia impone a don I.A.G. las penas accesorias legales previstas para los delitos cometidos. Uno de dichos delitos, el de fraude del artículo 436 del Código penal, conlleva aparejada a la pena principal la de la inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público por un tiempo de dos a siete años, si bien la Sentencia no se pronuncia expresamente sobre su alcance y duración, tal y como lo exige el artículo 72.2 de la LCSP para su apreciación directa por el órgano de contratación. A este respecto y, en cualquier caso, (i) la sentencia ha sido ejecutada y extinguida la condena el 1 de abril de 2022, fecha anterior al plazo de presentación de ofertas y (ii) no consta que se haya sustanciado el

trámite previsto en el artículo 72.3 de la LCSP para poder apreciar su duración y alcance por lo que la prohibición no es ejecutiva (artículo 73.3 de la LCSP). Tal y como afirma la STS 3366/2021 de 14 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3366) las prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda.

Consecuentemente, se ha de deducir que sobre INTERMEDIO y, en particular, sobre su representante, no concurría el motivo de prohibición para contratar del artículo 71.1 de la LCSP en el momento de presentación de la oferta al contrato que nos ocupa ni en el de su adjudicación.

d) Sobre la falsedad de la declaración responsable

Alega el recurrente que, en cualquier caso, INTERMEDIO ha incurrido en falsedad al suscribir el DEUC.

d.1) Sobre el 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, y es, en síntesis, 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 económicos (como aquel cuya solvencia integra la del licitador) cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, que no se encuentra en ninguna de las prohibiciones para contratar y que cumple con los criterios de selección establecidos en los documentos contractuales. Tan sólo el

adjudicatario deberá presentar los certificados que constituyan la prueba, sin perjuicio de que a los demás se les pueda solicitar en cualquier momento alguno o todos los documentos. 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. 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).

d.2) Sobre la declaración responsable efectuada por INTERMEDIO

El formulario normalizado se divide en seis partes. La parte III se refiere a los criterios de exclusión, cuya primera subdivisión se refiere a “Motivos referidos a condenas penales”, en el que consta la siguiente pregunta a la que INTERMEDIO ha contestado “No”:

Parte III: Motivos de exclusión

A: Motivos referidos a condenas penales El artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE establece los siguientes motivos de exclusión:

(...)

Corrupción

¿Ha sido el propio operador económico, o cualquier persona que sea miembro de su órgano de administración, de dirección o de supervisión o que tenga poderes de representación, decisión o control en él, objeto, por corrupción, de una condena en sentencia firme que se haya dictado, como máximo, en los cinco años anteriores o en la que se haya establecido directamente un período de exclusión que siga siendo aplicable? Tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195 de 25.6.1997, p. 1) y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003, p. 54). Este motivo de exclusión abarca también la corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador (entidad adjudicadora) o del operador económico.

Indique la respuesta

Sí

No

Fecha de la condena

-

Motivo

-

¿Quién ha sido condenado?

-

Si está fijada directamente en la condena, duración del período de exclusión.

- ¿Se han adoptado medidas para demostrar su credibilidad («autocorrección»)?

Sí

No

Describalas

-

(...)

Visto el valor y alcance del DEUC señalado en el apartado d.1) anterior y las circunstancias concurrentes, a juicio de este OARC / KEAO la pretensión de la recurrente ha de ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) La pregunta del DEUC ha de ponerse en relación con el artículo 71.1.e) de la LCSP, que dispone como circunstancia que impide contratar el haber incurrido en falsedad, entre otras, al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. Por su parte, este artículo, referido a la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, dispone en su aparato 1, letra a) apartado 3º que en el procedimiento abierto las proposiciones irán acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación en la que el licitador ponga de manifiesto, “Que no está incursa en prohibición para contratar por si misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de este Ley”. La consecuencia que se desprende de ello es que la prohibición opera en el supuesto de que el licitador efectúe una declaración responsable que no se corresponde con la realidad.
- 2) Cabe excluir a un operador económico de la participación en un contrato público cuando sea considerado responsable de proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia determinante sobre las decisiones relativas a la exclusión, selección o

adjudicación de un contrato público (ver, artículo 57.4.i) de la Directiva 2014/24/UE y la STJUE, de 4 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:338, apartado 78). No obstante, en el supuesto que nos ocupa la información facilitada se corresponde con la realidad del licitador tanto en el momento de la presentación de su oferta como en el de la adjudicación del contrato a su favor. Dicho con otras palabras, en el momento de presentación de la oferta y la adjudicación del contrato INTERMEDIO no está incursa en ninguna prohibición para contratar. A este respecto, este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver la Resolución 204/2019) que las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

- 3) Por todo lo anterior, no puede considerarse que el DEUC contenga una afirmación que no se ajusta a la realidad. Debe señalarse que, en todo caso, incluso en el supuesto de que se observara alguna discordancia u omisión entre lo declarado y dicha realidad, tal diferencia sería irrelevante para el desarrollo del procedimiento de adjudicación, habida cuenta de la inexistencia efectiva de causa de prohibición. En este sentido, las naturalezas de medidas limitadoras de derechos de las prohibiciones de contratar imponen su interpretación restrictiva; en la misma línea, el tercer párrafo del Considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE establece que la aplicación del principio de proporcionalidad implica que las irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. A ello se ha de sumar que, de apreciarse una hipotética concurrencia de la circunstancia del artículo 57.4.i) de la Directiva 2014/24/UE, la exclusión no sería automática, pues conforme al artículo 56.4 de la Directiva 2014/24/UE, cuya eficacia directa ha sido declarada por el TJUE en su sentencia de fecha 14 de enero de 2021, asunto C387/19, ECLI:EU:C:2021:13, un operador económico no puede ser excluido del procedimiento de contratación si logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte.

e) Conclusión

La consecuencia de todo lo anterior es que el recurso debe ser desestimado debido a que

- (i) La Sentencia nº 85/2019 de 3 de abril de 2019, del Juzgado de lo penal número tres (antes uno bis) de Orihuela, en lo que se refiere al recurso que nos ocupa, por la que se condena al acusado, don I.A.G, por el delito de prevaricación administrativa en concurso con el delito de fraude (letra A) conclusiones I y II de la sentencia), a la pena de 6 meses de prisión, accesorias legales, e inhabilitación especial para el desempeño del cargo público de alcalde, teniente alcalde y concejal por tiempo de 3 años, ha sido ejecutada y extinguida la condena el 1 de abril de 2022, fecha anterior al plazo de presentación de ofertas y, en cualquier caso, no consta que se haya sustanciado el trámite previsto en el artículo 72.3 de la LCSP para poder apreciar la duración y alcance de la pena accesoria de inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público.
- (ii) En el momento de presentación de la oferta y la adjudicación del contrato INTERMEDIO no está incursa en ninguna prohibición para contratar por lo que no hay discordancia entre lo demostrado en el DEUC y la realidad fáctica.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil BILBAO DESIGN HUB, S.L. frente a la adjudicación del contrato de “Contratación del stand de Euskadi en FITUR y sus adaptaciones a otras posibles Ferias”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este 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 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko azaroaren 15

Vitoria-Gasteiz, 15 de noviembre de 2022