

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de noviembre de 2014.

VISTOS los escritos presentados por don J.T.D., don J.T.M. y doña R.T.O., Consejeros Delegados de CODAN, S.A., contra los Acuerdos de la Mesa de Contratación de la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid de fechas 8, 14 y 23 de octubre de 2014, y contra la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2014, por la que se resuelve la Reclamación presentada por la empresa CODAN, S.A., ante la Mesa de contratación por su exclusión en el procedimiento para la adjudicación del “Acuerdo Marco para el suministro de bollería, repostería, cereales de desayuno, galletas, panes especiales y frutos secos, dividido en 11 lotes”, nº de expediente: 05-DT-00003.6/2013, tramitado por la Junta Central de Compras, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 24 de julio de 2014 fueron aprobados el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares que habían de regir la licitación. El valor estimado asciende a 2.700.800 euros.

Segundo.- Con fecha 8 de octubre de 2014 se reunió la Mesa de Contratación de la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid para proceder a la apertura de la documentación administrativa y al examen de la misma, aportada por las seis empresas que se habían presentado a la licitación. Habiéndose observado defectos u omisiones subsanables en la documentación de algunos licitadores, de conformidad con lo que establece el artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCPM), se concedió un plazo de 3 días hábiles para la subsanación de los mismos.

En el caso de la empresa CODAN, S.A. la documentación solicitada por la Secretaria de la Mesa de Contratación fue, entre otra, la siguiente:

“Original o copia compulsada, o cotejada, del BASTANTEO del poder de representación declarado por un letrado de la Comunidad de Madrid, acorde con la escritura de poder de fecha 14/04/2014”.

El requerimiento de documentación se realizó a la empresa vía correo electrónico el jueves día 9 de octubre de 2014, concediéndoles para ello de plazo hasta las 14:00 horas del lunes 13 de octubre de 2014, si bien la empresa comunicó su recepción el viernes día 10 de octubre.

El día 13 CODAN presenta escrito acompañando la documentación solicitada en fase de subsanación y en cuanto al bastanteo manifiesta que el mismo se está gestionando desde primera hora de la mañana si bien previamente ha de obtenerse la inscripción en el Registro Mercantil, lo que ya ha solicitado acompañando copia del resguardo y acreditación de haber intentado el bastanteo adjuntando documento de abono de la tasa por bastanteo de documentos.

La Mesa de contratación acordó en su reunión de 14 de octubre de 2014 la exclusión de la empresa CODAN, S.A., por no subsanar la documentación administrativa, ya que no aportó el bastanteo del poder de representación exigido en

tiempo y forma, poniéndose así de manifiesto en acto público celebrado al efecto, al que asistió un representante de dicha empresa.

Mediante sendos escritos de fecha 15 de octubre de 2014, con registro de entrada del 16 de octubre, la empresa CODAN, S.A., presenta, con el primero de ellos, reclamación a la Mesa de Contratación contra la decisión de excluirla, formulando alegaciones y solicitando la readmisión de la empresa nuevamente en el procedimiento y, con el segundo, anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación, contra la decisión adoptada por la Mesa de Contratación de excluirla de la licitación en el acuerdo marco.

Con fecha de registro de entrada 17 de octubre de 2014, la empresa remite nuevo escrito de fecha 15 de octubre de 2014 a la Mesa de Contratación, al que acompaña la solicitud de bastanteo presentado en el Servicio Jurídico en la Consejería de Economía y Hacienda el mismo día 17 de octubre de 2014 e interesa que se dé traslado del escrito en unión del expediente al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Posteriormente el 20 de octubre aporta el bastanteo firmado en la misma fecha por la letrada del Servicio Jurídico en la Consejería de Economía y Hacienda.

El 23 de octubre se reunió nuevamente la Mesa de Contratación de la Junta Central de Compras para proceder al examen de la reclamación presentada y acuerda elevar al órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 20.7 del RGPCPM, la propuesta de exclusión a la licitación en el Acuerdo marco. El 28 de octubre, se dicta Orden del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se resuelve la reclamación presentada por la empresa CODAN, S.A., disponiendo excluir del procedimiento a la misma.

La Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2014, es notificada a la empresa el mismo día 28, a través de correo electrónico, y por correo ordinario con acuse de recibo el 29 de octubre. En la misma se hace constar que la misma pone fin a la vía administrativa y contra la misma cabe con carácter

potestativo recurso especial en materia de contratación, anunciándolo previamente al órgano de contratación, en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se remita la notificación.

Tercero.- Mediante escrito de 29 de octubre de 2014, la empresa CODAN, S.A., interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión por la Mesa de contratación en el expediente de referencia, y con fecha de 3 de noviembre se procede a la interposición de nuevo recurso contra la Orden de 28 de octubre, por la que se resuelve la Reclamación presentada, por la que se excluye a CODAN del procedimiento, solicitando su acumulación al anterior o la ampliación del recurso presentado el 29 de octubre.

Cuarto.- La Junta Central de Compras el 3 de noviembre remite al Tribunal copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP respecto del recurso presentado el 29 de octubre y el 5 de noviembre respecto del presentado el día 3.

Quinto.- El 5 de noviembre el Tribunal acordó la acumulación de ambos recursos y la denegación de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Sexto.- El Tribunal dio traslado de ambos recursos a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Alidul, S.A.L. en que alega que ellos también tuvieron conocimiento de la notificación de subsanación el 10 de octubre, es decir solo contaron con el plazo de 1 día para realizar las gestiones correspondientes para en tiempo y fecha presentar la documentación subsanadora y así lo hicieron. Argumenta que el PCAP está a disposición de los licitadores desde el 3 de septiembre y en el mismo se exige el bastanteo de poderes salvo si el mismo estaba inscrito en el Registro de Licitadores, también el anuncio facilitaba los medios para ponerse en contacto para cualquier aclaración, por lo que todos los licitadores han

de tener los mismos derechos y obligaciones, y la fecha de presentación de proposiciones y de subsanación de defectos no tienen excepción habiendo plazo suficientemente amplio para realizar las gestiones para obtener la diferente documentación a presentar, por lo cual solicita que el licitador que no haya cumplido los tiempos, plazos y documentación exigida al resto de licitadores sea excluido del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora al acuerdo marco “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP). Asimismo queda acreditada la representación con que actúan los firmantes del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pues el acuerdo de exclusión fue adoptado el 14 de octubre y el recurso interpuesto el 29 de octubre, dentro del plazo de 15 días. Por otra parte el segundo recurso se interpone el 3 de noviembre contra la resolución de la Reclamación por la que el Consejero acuerda la exclusión de fecha 28 de octubre, también dentro de plazo.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto dictado en el procedimiento de licitación de un acuerdo marco de suministro, sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Los actos recurridos son, de una parte el escrito de solicitud de subsanación de la Mesa de contratación de 8 de octubre, el acuerdo de exclusión de la Mesa de fecha 14 de octubre, el acuerdo de 23 de octubre de la Mesa de proponer al órgano de contratación la exclusión y en el segundo recurso la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de octubre, por la que la excluye del procedimiento.

Según dispone el artículo 40.2 del TRLCSP podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación los siguientes actos:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”

El acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a un licitador es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial, desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión. En este caso el licitador asistió al acto de apertura de proposiciones y fue informado verbalmente de su exclusión y los motivos de la misma interponiendo Reclamación, tal como se le ofreció en dicho acto, y anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación, solicitando traslado del escrito en unión del expediente a este Tribunal, cosa que no se efectuó, procediendo la Mesa de contratación a emitir informe sobre la reclamación presentada y elevando al Consejero propuesta de exclusión.

En consecuencia, a partir del momento en que se facilita la información sobre la exclusión, y aun no siendo una notificación formal el interesado se da por notificado, es cuando el licitador puede considerarse en condiciones de interponer recurso fundado, por lo que es admisible la impugnación de la exclusión a través del recurso interpuesto.

Siendo admisible el recurso especial contra los actos de trámite cualificados y en concreto contra el acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de licitadores, cabe plantearse su compatibilidad con el artículo 20.7 del RGCPM, que se cita como fundamento de la Orden impugnada en el segundo recurso, tal como ya fue analizado en la Resolución 74/2012, de 18 de julio, en un recurso interpuesto también contra la resolución de una Reclamación por exclusión de un licitador en un expediente tramitado por la Junta Central de Compras.

El citado artículo 20.7 dispone que *“finalizada la apertura de las proposiciones, se invitará nuevamente a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la Mesa de contratación, resolverá sobre las mismas.”*

En el mismo sentido el artículo 87.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) dispone que *“determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato”*.

Lo dispuesto en el artículo 87 del RGLCAP, según la Disposición final primera del mismo, no tiene carácter básico, por lo que la Comunidad de Madrid puede realizar el desarrollo reglamentario sobre el mismo aspecto.

El sistema de exposición de observaciones o reservas regulado en ambas normas examinadas es el desarrollo reglamentario de una normativa de contratación ya derogada, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Asimismo la Ley 34/2010, modifica la regulación del recurso especial en materia de contratación atribuyendo su resolución a un órgano independiente.

Según la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público *“quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente ley”*. Habiéndose establecido en el TRLCSP un régimen de impugnación que responde a la exigencia de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, de que se instaure un medio de resolución de controversias rápido y eficaz ante un órgano independiente, con anterioridad a la perfección del contrato, el recurso especial no es compatible con un sistema que atribuye al órgano de contratación la resolución de Reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso y en cuanto incompatible con la regulación del recurso ha de considerarse tácitamente derogado.

Menos aún se acomodaría con el recurso especial, considerar aplicable un procedimiento más complejo que exigiría, en primer término, formular una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de contratación ante el órgano de contratación y, una vez resuelta esta reclamación, en su caso, interponer el verdadero recurso, como si de una carga previa de éste se tratase.

Tal como establece el artículo 40.1 del TRLCSP contra los actos enumerados en el apartado 2 procede la interposición del recurso especial en materia de contratación y los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1 serán susceptibles de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (art.40.3 del TRLCSP). Solo en el ámbito de estos defectos de tramitación que afecten a actos no susceptibles de recurso administrativo, ni ordinario ni especial, tendría su ámbito de aplicación la reclamación regulada en el citado artículo 20.7 del RGPCPM.

El propio artículo 40 del TRLCSP, en su apartado 5, regula el carácter especial del recurso excluyendo de manera clara y expresa la compatibilidad con los recursos administrativos ordinarios en los supuestos en que sea procedente el recurso especial contra los actos de los contratos enumerados en sus apartados 1 y 2, salvo las excepciones que puedan establecer las Comunidades Autónomas en su normativa, con carácter previo a la interposición del recurso especial. De lo que cabe concluir también la incompatibilidad del recurso especial con la intervención de otros órganos en la resolución de las pretensiones contra dichos actos, cualquiera que sea su denominación.

La Comunidad de Madrid, en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, ha regulado el ámbito de actuación, competencia y procedimiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Los

supuestos y actos recurribles, así como el régimen de legitimación, interposición, tramitación, resolución, efectos y consecuencias jurídicas del recurso especial en materia de contratación, serán los establecidos en el TRLCSP, sin que se haya previsto la necesidad de interposición de recurso administrativo con carácter previo, ni en base de lo hasta aquí expuesto pueda darse a lo previsto en el artículo 20.7 del RGPCPM tal carácter.

Por lo tanto, puede concluirse que el sistema de recursos previsto en el TRLCSP establece que contra los actos enumerados en el apartado 2 de su artículo 40, únicamente cabe interponer el citado recurso especial, excluyendo otros recursos administrativos, cuya resolución corresponde a un órgano independiente, en este caso al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del artículo 40.1 del TRLCSP procederá la interposición de los recursos administrativos ordinarios y los defectos de tramitación no susceptibles de recurso únicamente podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

El artículo 20.7 del RGPCPM, está en contradicción con el artículo 40 del TRLCSP, cuando las observaciones o reservas se refieran a actos de trámite cualificados, susceptibles de ser recurridos mediante el recurso especial regulado en el citado artículo 40, por lo que por aplicación del principio jurídico *lex posterior derogat anterior* y el de jerarquía normativa y prevalencia de la ley sobre el reglamento (artículo 9.3 de la Constitución), hay que mantener que el contenido de los preceptos del TRLCSP han de aplicarse con preferencia sobre el precepto reglamentario, y por tanto considerarlo implícitamente derogado en cuanto se opone, por incompatibilidad, a dicho texto legal.

En el expediente que estamos analizando la recurrente presentó escrito de reclamación solicitando expresamente la rectificación del acuerdo de exclusión del procedimiento, por lo que cabe calificarlo como recurso y así debió ser tramitado por la Junta Central de Compras y por la Mesa de contratación, absteniéndose de su resolución, procediendo a la recalificación del escrito tal como establece el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y tal como solicitó también la recurrente en su escrito registrado el 17 de octubre. La actuación de la Mesa de contratación elevando al Consejero propuesta de ratificación de exclusión de CODAN no se ajusta a la interpretación expuesta y es contraria a Derecho.

Antes que proceder a resolver el recurso debería haberse dado traslado del escrito de interposición, del expediente y del informe del órgano de contratación a este Tribunal para su tramitación y resolución tal como dispone el artículo 46.2 del TRLCSP. Pero lo cierto es que tal como afirma la recurrente y consta en el expediente ya se ha dictado resolución del mismo, por la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de fecha 28 de octubre, en sentido desestimatorio, sin la previa remisión del expediente y sin esperar al pronunciamiento del Tribunal, tanto en cuanto a los requisitos procedimentales como de fondo, en su caso.

El segundo acto recurrido, la Orden de 28 de octubre, por la que se resuelve la reclamación presentada y se excluye a CODAN no es sino un acto confirmatorio del acto de exclusión, acto de trámite cualificado, expresamente reconocido por el TRLCSP como susceptible de recurso especial en materia de contratación

Quinto.- A pesar de haberse resuelto la petición del escrito presentado solicitando la admisión de CODAN por el órgano de contratación como una Reclamación del artículo 20.7 del RGPCM y haber conocido sobre el fondo del asunto, el Tribunal considera que la determinación de su competencia es una cuestión de orden público que no puede venir condicionada por la actuación de otros órganos. La inadecuada tramitación del escrito presentado como Reclamación en lugar de como recurso

especial no puede suponer una renuncia a la propia competencia para conocer el fondo del asunto, pues supondría que a través de una calificación incorrecta o a través del ofrecimiento de un recurso inadecuado se obviaría el control por los órganos independientes que tienen encomendada la resolución del recurso especial.

El efecto útil y el carácter precontractual que atribuye al recurso especial la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, supone que un órgano independiente pueda adoptar una resolución sobre el acto recurrido con anterioridad a la perfección del contrato. Por eso el Tribunal puede conocer el asunto sin verse condicionado por otras calificaciones o actuaciones inadecuadas cuando se trata de actos recurribles que afectan a los contratos o acuerdos marco enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Analizando el fondo del asunto, este se centra en la solicitud de anulación del Acuerdo de la Mesa de contratación, y de la Orden del Consejero de Economía y Hacienda, de exclusión de la licitación de CODAN, por no haber aportado el bastanteo de los poderes del firmante de la proposición durante el plazo de subsanación de defectos de la documentación administrativa.

Como establece el artículo 145 del TRLCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. El artículo 146 de esta Ley sobre "*Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos*", dispone que las proposiciones deberán ir acompañadas, entre otros, de los documentos que "*acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.*"

En el apartado A) sobre N° 1 “documentación administrativa” de la cláusula 14 del PCAP del acuerdo marco para el suministro objeto del recurso, se indica:

“Los que comparezcan o firmen Propositiones en nombre de otro o representen a una persona jurídica, deberán aportar el poder acreditativo de su representación declarado bastante por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid todo ello en original o copia compulsada. Igualmente deberá presentar fotocopia compulsada del NIF de la persona a cuyo favor se otorgó el apoderamiento o representación, o bien autorización al órgano gestor del procedimiento para su consulta o verificación electrónica on-line, mediante la aplicación ICDA (Intercambio de Datos entre Administraciones). Si el documento acreditativo de la representación contuviese delegación permanente de facultades, deberá figurar inscrito en el Registro Mercantil”.

El bastanteo de los poderes es un documento de fácil obtención por parte de los licitadores durante el plazo de licitación y es preceptivo para tomar parte en el procedimiento de licitación según el PCAP.

Los licitadores han de aportar la documentación acreditativa de los requisitos previos dentro del plazo de presentación de ofertas o dentro del plazo de subsanación para garantizar los principios de igualdad y transparencia ya que todos han de acreditar el cumplimiento de los requisitos previos en la misma fecha.

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso Administrativo de 15 enero 1999, RJ 1999\1312, señala que: *“El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que,*

como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) Sentencia de 3 marzo 2010. F.J. cuarto, STS 26 de enero de 2.005 (RJ 2005\1452)”.

En este caso, efectivamente el defecto de omisión del bastanteo tiene carácter subsanable en la medida en que acredita la representación de la persona que firma en nombre de otra jurídica, y así se consideró por la Mesa que concedió plazo para subsanación. En el sentido de admitir la subsanabilidad del bastanteo de poderes se manifestó también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en su informe 6/00, de 11 de abril de 2000, “interpretación del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado en la relativo a conceder un plazo no superior a tres días para que los licitadores subsanen defectos consistentes en la falta de bastanteo de poderes”.

La subsanación pretende admitir el mayor número de licitadores evitando exclusiones por cuestiones meramente formales. Pero ampliar el plazo supondría que licitadores poco diligentes dejasen de aportar la documentación necesaria y el periodo de espera de la Mesa de contratación a fin de decidir sobre los admitidos o excluidos se dilatase por un tiempo indeterminado.

Con esta premisa, de manera objetiva CODAN no cumplió el trámite de subsanación dentro del plazo concedido para subsanación de defectos u omisiones.

El establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación e igualdad de trato que consagran los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público. El reconocimiento de un plazo adicional a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

Este Tribunal tiene 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. Igualmente ha ponderado que la admisión de la documentación, que fue requerida en subsanación y no aportada, concediendo un segundo plazo de subsanación o ampliándolo para alguno de los licitadores, vulnera el principio de igualdad de trato a los que han presentado la documentación en los plazos establecidos en la normativa reguladora. Sobre la necesidad de aportación del bastanteo de poderes en el plazo de presentación de ofertas o dentro del plazo concedido para subsanación ya se pronunció este Tribunal en la Resolución 13/2014, de 22 de enero.

En cuanto al plazo concedido cabe recordar que el artículo 19 del RGCCPM establece que *“Si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados a que afecten, mediante telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado, de la fecha en que se reciba y del contenido de la comunicación, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. Sin perjuicio de lo anterior, la Mesa podrá disponer que las circunstancias indicadas se hagan públicas por el medio que a este efecto se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. De lo actuado conforme a este apartado se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”*.

El Acuerdo de la Mesa de contratación fue conceder tres días hábiles para subsanar los defectos y omisiones detectados. Si la notificación se recibió el día 10, viernes, el plazo finalizaba el día 14 y no el 13 como se hacía constar en la misma. Aún así en dicha fecha no se había aportado el bastanteo solicitado sino el justificante de abono de la tasa y escrito alegando la negativa de los servicios jurídicos a realizarlo si no estaba inscrito el poder en el Registro Mercantil. Es decir,

el día 13 estaba en condiciones de obtener el bastanteo si no fuera porque aparece una nueva causa: el poder no está inscrito en el Registro Mercantil.

La normativa de contratación pública exige que se conceda un plazo de subsanación para los defectos u omisiones que sean subsanables en la documentación presentada por los licitadores. Pero una vez vencido dicho plazo la Mesa de contratación decide su admisión o no al procedimiento de licitación en función de la documentación recibida y procede a dar paso a la siguiente fase del procedimiento. No cabe requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos.

El artículo 20.5 del RGCCPM y su correlativo 83.6 del RGLCAP, establece que la Mesa no puede hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o el, en su caso, concedido para corrección de defectos u omisiones y aclaraciones o aportación de documentos complementarios. *A sensu contrario*, es claro que el reglamento considera correctamente presentados y admisibles los documentos aportados por los licitadores durante el plazo de presentación de proposiciones e igualmente los que se pudieran aportar durante el plazo de subsanación cuando la Mesa lo hubiera concedido.

En el supuesto analizado, la subsanación del bastanteo del apoderamiento fue presentada por el licitador el 20 de octubre, es decir superado el plazo concedido seis o siete días, según su fecha sea el 3 ó el 4 de octubre. El informe 1/2008, de 4 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, “sobre subsanación de defectos en el resguardo acreditativo de la garantía provisional”, concluye que *“los plazos de admisión de documentación en los procedimientos de adjudicación son los previstos para la presentación de proposiciones y, en su caso, los concedidos por la Mesa de contratación para la subsanación de defectos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20.5 del RGCCPM y su correlativo 83.6 del RGLCAP”*.

La Mesa de contratación ha de continuar el procedimiento establecido y no puede esperar a que licitadores que no han preparado adecuadamente sus ofertas durante el plazo de presentación ni en el periodo de subsanación, completen la documentación, pues aún tratándose de circunstancias que ya existían antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas y sean susceptibles de subsanación, en principio se deben acreditar dentro de dicho plazo o en el de subsanación de defectos y omisiones, pero no se puede demorar el procedimiento esperando a que consigan la documentación acreditativa soportando las incidencias o inconvenientes que puedan surgir al licitador.

En este caso el poder, efectivamente, ya existía con anterioridad a finalizar el plazo de presentación de ofertas y durante el plazo de subsanación, en circunstancias normales, debería haber sido posible obtener el bastanteo solicitado.

Ni el TRLCSP, ni la normativa de desarrollo, prevén la concesión de un segundo plazo de subsanación por lo que su concesión en este caso sería contraria al principio de igualdad de trato al permitir aportaciones documentales no conocidas por los restantes licitadores y en plazo no contemplado en la normativa contractual ni en el PCAP.

No procede en este momento valorar si se trata de un poder especial o general o analizar las diferencias entre apoderamiento y delegación de facultades cuya consecuencia sería la necesidad o no de previa inscripción en el Registro Mercantil.

Sí cabe constatar que en el artículo 94.1.5º del Reglamento del Registro Mercantil se establece que en la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente *“los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos par la realización de actos concretos”*. Asimismo, según el artículo 82 del mismo Reglamento los notarios que autoricen documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil advertirán a lo

otorgantes, en el propio documento y de manera específica, acerca de la obligatoriedad de la inscripción. En la escritura de otorgamiento de poderes al firmante de la proposición no se hizo constar la advertencia notarial de obligación de inscripción. Tampoco la Mesa de contratación hizo constar este defecto en la notificación concediendo plazo para subsanación.

Por tanto, lo único que se debía de aportar en el plazo de tres días hábiles era el bastanteo que normalmente hubiera sido posible aportar en plazo si no fuera por este incidente no advertido previamente al licitador. Pero el Tribunal no puede admitir una subsanación claramente extemporánea justificada en imprevistos o en causas justificadas cuando el licitador lo hubo de tener en cuenta en el momento de preparación de la oferta.

Alega la recurrente levedad del defecto, pues entiende que no tiene relevancia práctica no haber atendido de forma absoluta y con la presentación física del papel de bastanteo en el plazo otorgado para la subsanación y que esta se cumplimentó unos días más tarde toda vez que dentro de ese plazo, es decir el 13 de octubre estaba abonada la tasa y presentada su copia a la Mesa de contratación y en cualquier caso antes de la segunda reunión de la Mesa para analizar la reclamación presentada.

Considera el Tribunal que en este supuesto no puede considerarse vulnerado el principio de proporcionalidad ya que el efecto que conlleva la no presentación de lo requerido por la Mesa para subsanar en el plazo concedido, viene establecido en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP que en su artículo 22.a) sobre funciones de la Mesa de contratación, entre otras, le atribuye la de calificar las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación y determinará los licitadores que

deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En conclusión, el Tribunal considera que el acuerdo de exclusión dictado por la Mesa de contratación es conforme a Derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar los recursos formulados por don J.T.D., don J.T.M. y doña R.T.O., Consejeros Delegados de CODAN, S.A., contra los Acuerdos de la Mesa de Contratación de la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid de fechas 8, 14 y 23 de octubre de 2014, y contra la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2014, por la que se resuelve la Reclamación presentada por la empresa CODAN, S.A., ante la Mesa de contratación por su exclusión en el procedimiento para la adjudicación del “Acuerdo Marco para el suministro de bollería, repostería, cereales de desayuno, galletas, panes especiales y frutos secos, dividido en 11 lotes”, nº de expediente: 05-DT-00003.6/2013, tramitado por la Junta Central de Compras.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.