

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

En Madrid, a 9 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don L.A.F. y don C.G.O., en nombre y representación de ThyssenKrupp Elevadores, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 24 de noviembre de 2015, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de “Prestación del servicio de mantenimiento y reparación de los aparatos elevadores de los edificios de la Universidad Autónoma de Madrid”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de septiembre y 13 de octubre de 2015 fue publicado respectivamente en el DOUE, BOE y la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 379.864,46 euros y el plazo de dos años.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece lo siguiente:

“Cláusula 35. Contenido del sobre B

El sobre B contendrá la documentación administrativa que incluirá, preceptivamente, los documentos que se determinan en los siguientes apartados:

1. Documentos relativos a la personalidad, capacidad de obrar y representación de la empresa

(...)

1.4. Documentos acreditativos del apoderamiento:

Los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro o de una persona jurídica, acreditarán su representación mediante poder al efecto, debidamente inscrito en el Registro Mercantil, adjuntando fotocopia legalizada o compulsada de su Documento Nacional de Identidad o del que, en su caso, le sustituya reglamentariamente”.

Tercero.- La Mesa de contratación se reunió del día 5 de noviembre para calificar a la documentación administrativa contenida en el sobre B y sobre la presentada por ThyssenKrupp Elevadores, S.L, acordó solicitar a dicha empresa que aportara la documentación acreditativa de que los firmantes de la proposición, don L.A.F. y don C.G.O., poseían poder suficiente para ello.

Este requerimiento fue notificado el mismo día 5 de noviembre.

El día 10 de noviembre la empresa presenta escrito firmado por otros dos apoderados de la empresa, don J.M.C. y doña M.M.C., en el que ratifican la proposición presentada inicialmente por los otros apoderados y aportan escritura de apoderamiento de fecha 18 de septiembre de 2015 en la que consta que ostentan poder para, de forma mancomunada, ejercer las facultades del apartado f), con un límite de 3.000.000 euros. En la escritura aportada no constan las facultades de dicho apartado, la misma finaliza en la página 10.

La Mesa se reúne el día 11 de noviembre de 2015, para proceder al examen de la documentación presentada en fase de subsanación y a la vista de la misma,

acuerda excluir la oferta de ThyssenKrupp Elevadores, S.L., dado que no aporta el poder suficiente de los firmantes de la proposición, que le había sido requerido.

La Mesa se reunió nuevamente del día 13 de noviembre para la apertura pública de ofertas y previamente, el presidente de la Mesa notifica a los asistentes al acto público, el acuerdo relativo a la fase de admisión de las empresas licitadoras.

El 16 de noviembre ThyssenKrupp Elevadores, S.L., presenta nuevo escrito en el que manifiesta que la escritura de apoderamiento de 18 de septiembre de 2015, fue aportada en el plazo otorgado al efecto, resultando de la misma que los firmantes originarios de la licitación ostentan facultades suficientes para concurrir a la misma, en nombre de ThyssenKrupp Elevadores, S.L y aportan copia de la escritura señalando los apartados correspondientes. En consecuencia, solicitan que se retrotraigan las actuaciones al momento de apertura de las ofertas y se admita la proposición presentada.

La Mesa ese mismo día 16 de noviembre procedió al examen del escrito presentado, ratificándose en el acuerdo adoptado el 11 de noviembre, por el que se declaraba excluida del procedimiento a la empresa ThyssenKrupp Elevadores, S.L., dado que la documentación aportada dentro del plazo concedido para su subsanación es incompleta, al no constar en ella las facultades de los dos apoderados firmantes de la proposición. Este Acuerdo fue notificado a la empresa con fecha 24 de noviembre.

Cuarto.- El 25 de noviembre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la recurrente presentó recurso especial en materia de contratación ante el propio órgano de contratación, que lo remitió al Tribunal, junto con el expediente administrativo y el preceptivo informe sobre el recurso, el día 30 de noviembre de 2015.

El órgano de contratación en su informe realiza un resumen de la tramitación del expediente que se ha hecho constar en los antecedentes de hecho y en relación con la documentación aportada por la empresa, hace constar que la escritura de 18 de septiembre de 2015, no es la que se aportó en un primer momento, que era de fecha 23 de marzo de 2012 y en la que se establecía que los firmantes poseían poder para participar en licitaciones de forma mancomunada con un límite de 100.000 euros. Añade que la Mesa analizó la documentación aportada por la recurrente durante el plazo de subsanación concedido, comprobando que la misma era incompleta, no figurando en la escritura las facultades que ostentaban los firmantes de la proposición. En consecuencia, no habiendo subsanado la documentación en plazo, la Mesa actuó conforme a derecho al excluirla de la licitación. Cita en apoyo de su argumentación diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 182/2011, 236/2011 y 26/2012.

Quinto.- Con fecha 2 de diciembre de 2015, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Sexto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones ya que no se van a tener en cuenta otros hechos y ni otras alegaciones que las que ha realizado la recurrente o constan en el expediente administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de ThyssenKrupp Elevadores, S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado en la reunión de la Mesa de contratación del día 16 de noviembre de 2015, notificado el 24 de noviembre e interpuesto el recurso el día 25 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la exclusión, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de la exclusión adoptado por la Mesa de contratación, de un contrato de servicios de categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente alega que *“en orden a lo solicitado el mismo día 10 de noviembre de 2015, y con anterioridad a la hora límite marcada, mi representada aportó escritura de fecha 18 de septiembre de 2015. Otorgada ante el Notario de Madrid, don L.N.S., al nº 1417 de orden de su Protocolo, acompañada la misma de escrito en el que otros dos apoderados de la proponente, también con facultades, suscribían dicha entrega documental y realizaban otras manifestaciones, que en ningún caso modificaban el objeto del escrito, la aportación del documento solicitado por la Mesa de contratación. Estamos ante un defecto u omisión de carácter fáctico que, a requerimiento de la Mesa es subsanado y, ante la falta de disponibilidad de los firmantes iniciales, dos apoderados incluidos también en el mismo poder, con facultades más amplias que los inicialmente firmantes (hasta tres millones de euros) aportan la escritura y ratifican en todos sus extremos la documentación suscrita por los firmantes iniciales de la propuesta”*.

Además explica que, en el posterior escrito, presentado el día 16 de noviembre, se indicaba que la escritura de apoderamiento de fecha 18 de septiembre de 2015 fue aportada en el plazo otorgado al efecto, resultando de la misma que los firmantes originarios de la licitación ostentan facultades suficientes para concurrir la misma en nombre de la empresa. No obstante, se explicaba que la escritura se acompañó de un escrito en el que, por una cuestión de disponibilidad de los firmantes, otros dos apoderados con más amplias facultades ratificaban todos los actos suscritos por los firmantes iniciales, *“acto innecesario que ha podido inducir a error a la Mesa”*. Y argumentan que *“como quiera que los firmantes iniciales de la licitación cuentan con facultades suficientes para concurrir, en orden a la escritura de poder aportada, entendemos deben retrotraerse las actuaciones al momento de la apertura de ofertas y admitir la proposición de mi representada”*.

Invoca también la recurrente, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 27/04, de 7 de junio de 2004, que establece el criterio fijado por el Tribunal Supremo, relativo a la subsanación de defectos que considera subsanables, en aras de evitar la falta de concurrencia: *“De las diversas sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión de la suficiencia o insuficiencia de poderes, en el primer aspecto reseñado -la posibilidad de subsanación- deben citarse la Sentencia de 22 de noviembre de 1973, que con cita de otra anterior de 3 de enero de 1949, declara que si bien las formas de contratación administrativa constituyen obligaciones indeclinables y los vicios de procedimiento originan la nulidad del mismo, ‘de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez, que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato’ y la Sentencia de 17 de febrero de 1984 expresiva de que ‘en principio, la representación se presume y, de existir dudas (...) la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables”*.

Analizadas las actuaciones seguidas y los documentos del expediente, el Tribunal aprecia lo siguiente:

Los firmantes iniciales de la proposición presentada no acreditaron ostentar poder suficiente para concurrir a la licitación, de acuerdo con la escritura aportada.

En este caso, efectivamente, el defecto tiene carácter subsanable y así se consideró por la Mesa, que concedió plazo de cinco días para subsanación. Se indicaba en el requerimiento de subsanación que debía aportar *“documentación acreditativa de que los firmantes de la proposición, don L.A.F. y don C.G.O., poseían poder suficiente para ello”*, sin embargo la empresa optó, según indican, por motivos de celeridad, por ratificar la proposición realizada, por otros dos apoderados, don M.C.R. y doña G.M.C., aportando una escritura distinta, de fecha 18 de septiembre de 2015, en la que como se ha indicado no se incluyeron las páginas que hubieran permitido a la Mesa comprobar la existencia de ese apoderamiento. En consecuencia, hay que concluir que la documentación acreditativa requerida, no se ha presentado en el plazo concedido.

La Jurisprudencia que invoca la recurrente, emanada del Tribunal Supremo y la doctrina, consideran que la actuación de la Administración no debe ser contraria al principio de libre concurrencia aplicando criterios formalistas que conduzcan a la no admisión de proposiciones por defectos fácilmente subsanables, pero en la misma jurisprudencia que invoca la recurrente, se añade: *“así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias”*.

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 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.

El RGLCAP en vigor, en cuanto no se oponga al TRLCSP y su normativa de desarrollo parcial, en su artículo 81 se refiere a los defectos subsanables y los plazos para su subsanación, estableciendo que si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada se comunicará los interesados concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios.

Ni el TRLCSP, ni la normativa de desarrollo, prevén la concesión de un segundo plazo de subsanación, por lo que su concesión o la admisión de documentos presentados fuera del plazo concedido, 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.

En cuanto a la alegación realizada en el escrito de 16 de noviembre y también en sede de recurso, de que en realidad los iniciales firmantes tenían poder de representación, según la escritura de 18 de septiembre de 2015, aportada en el plazo de subsanación, no puede admitirse, puesto que lo que se persigue con el trámite de subsanación, es permitir que la Mesa verifique y llegue a la convicción de que las personas firmantes representan a la empresa y tienen poder suficiente para obligarla en el procedimiento de licitación concreto. Si la recurrente señaló en ese momento otros apoderados, que ratificaron la actuación de los primeros y aportó para acreditar su representación, una determinada escritura, la Mesa debe

comprobar el apoderamiento respecto de éstos y no de los anteriores, puesto que no se puede exigir de la actuación de Mesa, que compruebe todos y cada uno de los representantes de la empresa, a fin de averiguar qué personas estarían facultadas, en su caso, para firmar una proposición.

A mayor abundamiento, incluso admitiendo la alegación, no se habría subsanado la documentación puesto que la escritura estaba incompleta respecto de todos los apoderados, al faltar la página referente a las facultades otorgadas en materia de contratación.

En consecuencia, 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, pero igualmente ha ponderado que la admisión de la documentación, que fue requerida en subsanación y no aportada, concediendo un segundo plazo de subsanación vulnera el principio de igualdad de trato a los licitadores que han presentado la documentación en los plazos establecidos en la normativa reguladora.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 el recurso especial, interpuesto por don L.A.F. y don C.G.O., en nombre y representación de ThyssenKrupp Elevadores, S.L., contra el Acuerdo

de la Mesa de contratación de fecha 24 de noviembre de 2015, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Prestación del servicio de mantenimiento y reparación de los aparatos elevadores de los edificios de la Universidad Autónoma de Madrid.”

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal el día 2 de diciembre de 2015.

Cuarto.- 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.