

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

En Madrid, a 24 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Europa Gestión Geriátrica, S.L, contra la Resolución de 8 de marzo de 2022, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el Acuerdo Marco “Atención residencial a personas mayores dependientes, modalidad financiación total y financiación parcial año 2021”, convocado por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fechas 6 y 8 de septiembre de 2021, respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 854.286.503,10 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 17 de diciembre de 2021, se notifica requerimiento de documentación en relación a la adjudicación de uno de los contratos del Acuerdo

Marco mencionado. El requerimiento dispone que como adjudicatario de 85 plazas, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, deben presentar la documentación contemplada en la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP). A tal efecto se le concedía un plazo de 10 días hábiles.

Con fecha 4 de febrero de 2022, la Mesa de contratación acuerda requerir a Europa Gestión Geriátrica, S.L, (en adelante Europa Gestión) la subsanación de diversa documentación presentada, concediéndole al efecto un plazo de tres días. El acuerdo fue notificado de 7 de febrero.

Con fecha 17 de febrero de 2022, la Mesa de contratación acordó la exclusión de la licitación del recurrente por presentar la documentación requerida, el día 15 de febrero de 2022, fuera del plazo concedido de tres días naturales que finalizó el 10 de febrero.

El acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente el día 21 de febrero de 2022.

Con fecha 8 de marzo de 2022, recae resolución definitiva de adjudicación que incluye la exclusión de la recurrente.

El día 14 de marzo de 2022, Europa Gestión presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el acuerdo de la Mesa de contratación por el que decide su exclusión.

Tercero.- El 22 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, así como el recurso, a 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 transpone 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).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido en base a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo fue notificado el 8 de marzo del 2022, interponiéndose el recurso el 14 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la licitación de un Acuerdo Marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

La recurrente apela, en primer lugar a la doctrina del TACRC que permite la posibilidad de subsanar los errores sufridos por el licitador en la documentación a presentar tras la propuesta de adjudicación. Según dicha doctrina, debe limitarse la exclusión (es decir, a tener por desistido de su oferta al licitador mejor clasificado) solamente en aquellos casos en que se advierta una voluntad rebelde al cumplimiento de las obligaciones, ya que la norma está pensada esencialmente para penalizar aquellas tácticas huidizas de licitadores que realmente no querían ser adjudicatarios. Tal criterio, que habilita a la concesión general de un trámite de subsanación de la documentación presentada en cumplimiento del artículo 150.2 de la LCSP, como efectivamente se hizo con ella y con otras adjudicatarias, debe también presidir la interpretación de la validez y suficiencia de la documentación presentada y los posibles problemas de cumplimiento del plazo de subsanación concedido.

Señala que, a lo anterior se une el hecho de que la propia exigencia de la subsanación era improcedente respecto de cada uno de los documentos, puesto que la documentación originalmente presentada era válida para tener por acreditados los requisitos exigibles al momento de concurrir a la licitación y al presentarse en diciembre de 2021.

A continuación desarrolla los argumentos referentes a cada uno de los documentos presentados:

a) Firma electrónica de la documentación.

A este respecto señala que la Mesa de contratación exigió subsanar (por no haberse presentado todos y cada uno de los documentos firmados electrónicamente) la declaración relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad y plan de igualdad, junto con la declaración de la ubicación de los servidores. A su juicio, se trata de una exigencia exorbitante, teniendo en cuenta el criterio reciente del Tribunal Supremo acerca de lo que implica la presentación de solicitudes y sus documentos mediante certificados digitales.

Trae a colación la sentencia 67/2022 del Tribunal Supremo que se ha manifestado muy en el sentido de no exigir la acreditación de la representación societaria a quien ha hecho uso del certificado digital de la persona jurídica, ya que la mera utilización de dicho certificado implica la representación de la sociedad.

Señala que esta causa afecta a los siguientes documentos presentados originariamente:

- Declaración relativa la cifra de negocio.
- Declaración relativa a los servidores.
- Declaración relativa a los trabajadores con discapacidad y al Plan de igualdad.

Por todo lo cual, a su juicio, deberían considerarse válidos en su formato original, sin perjuicio de que han sido aportados al órgano de contratación perfectamente formalizados conforme a las exigencias de la Mesa, con un mínimo retraso.

b) Bastanteo de poderes para concurrir y contratar.

Señala que otra de las subsanaciones exigidas por la Mesa de contratación, deriva de la exigencia de otorgar bastanteo de poderes para concurrir y contratar por parte de su administradora única, ya que el primer bastanteo relativo del endoso de efectos ante la Comunidad de Madrid se considera insuficiente.

Apela a la sentencia del TS nº 67/2022, transcribiendo su fundamento jurídico cuarto:

“El artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 209 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, debe interpretarse en el sentido de que el administrador único de una sociedad anónima ostenta la representación externa de la misma, por lo que puede actuar como representante de dicha entidad ante la Administración Pública sin necesidad de disponer de un poder específico”

para ello, dado que su representación la ostenta ex lege mientras esté vigente su nombramiento”.

En base a lo anterior, considera que la exigencia de subsanación fundamentada en la acreditación de poder para concurrir y contratar resulta completamente intrascendente e inútil, ya que se sobreentiende que, al tratarse de una administradora única, como ya resulta del bastanteo primitivo, ha de entenderse que la misma ostenta los poderes para concurrir y contratar, sin ser necesario un bastanteo específico.

c) Certificado original sobre seguro de responsabilidad civil.

A este respecto señala que resulta absolutamente desproporcionada la exigencia de acreditar el pago cuando, como se reconoce por la propia Mesa, acreditó en la primera documentación presentada que la póliza estaba vigente por el período de 3 de septiembre de 2021 a 2 de septiembre de 2022, y estaba al corriente de pago según certificado de la propia compañía de seguros hasta el primer trimestre de ese período, según certificado emitido el 22 de diciembre de 2021. Es comprensible que por procedimientos internos, aun no pudiera certificarse que el segundo trimestre que empezaba el 3 de diciembre estaba al corriente de pago, pero no queda duda alguna de vigencia de la póliza cuando se nos requiere al efecto del artículo 150.2 LCSP. En cualquier caso, nuevamente la exigencia de subsanación no encuentra justificación, puesto que el propio requerimiento a los efectos del artículo 150.2 no exige que se acredite que la póliza se encuentra al corriente de pago al momento de dicho requerimiento, sino que literalmente lo que dice es que debe constar: “*indicación expresa de que el seguro está al corriente de pago y hasta qué fecha*”.

d) Justificante de abono del coste de inserción de anuncios en el BOCM.

Alega que la acreditación del abono del coste de inserción de anuncios en el boletín, que se aportó en el requerimiento original. Se achaca que no consta la fecha de inserción ni el número del boletín, pero coincidiendo el importe de 11,97 euros y

siendo la fecha de abono precisamente el 22 de diciembre de 2021, 4 días después del requerimiento del artículo 150.2 LCSP, es evidente que se refieren a los BOCM que publicaron los anuncios de la licitación, tal y como se ha acreditado finalmente con el certificado de tercero como es el Banco Santander.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la exclusión se acordó por no presentar la documentación requerida en subsanación en plazo, presentándola posteriormente en fecha de 15 de febrero de 2022, siendo, por tanto, extemporánea.

Respecto a la alegación de la recurrente de que se dio un plazo extraordinariamente breve (tres días) y que en la medida en que su cumplimiento dependa de terceros como es el caso, sitúa al adjudicatario en una “*auténtica encrucijada*”, señala que el requerimiento se realizó con estricto cumplimiento de la cláusula 16 del PCAP, mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y, además, mediante una comunicación individualizada no prevista como obligatoria en el citado PCAP a través de la aplicación telemática notificaciones electrónicas (NOTE), con el objetivo de evitar que por desconocimiento o por retraso en el conocimiento de los defectos a corregir, se desvirtúe el trámite de subsanación de documentación.

Con relación a la alegación de la recurrente referida a que la documentación deba presentarse firmada electrónicamente como una “*exigencia exorbitante*”, en concreto que debía presentar nuevamente firmados digitalmente por su representante legal la declaración relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad y plan de igualdad, la declaración de ubicación de los servicios, así como la declaración de la cifra del volumen anual de negocios acreditativa de la solvencia económica, señala que su argumentación se basa en una STS Sala de lo Social, acerca del uso de la herramienta LEXNET, que viene a asimilar la firma electrónica de los documentos remitidos a la tramitación mediante dicha herramienta, ya que para acceder a la misma es necesario haberse acreditado previamente. Sin embargo, a juicio del órgano de contratación no es el caso, ya que el sistema de envío de la documentación no va indisolublemente unido a la representación de la entidad licitadora, por lo que no se puede admitir el

razonamiento de la recurrente, ya que el envío de la documentación podría realizarse a través de la firma electrónica de otra persona que no tuviera la condición de representante legal de la entidad. Además, hay que señalar que otro de los puntos a subsanar era precisamente el poder del representante de la licitadora, ya que el aportado no se consideraba adecuado, por lo que, en ausencia de un poder bastanteado válido para licitar, no podría ser admitida la documentación remitida sin más.

Respecto a la alegación de la recurrente sobre la improcedencia de requerir el bastanteo de su representante legal, ya que, al tratarse de una administradora única, como resulta del bastanteo primitivo, ha de entenderse que la misma ostenta los poderes para concurrir y contratar, y no resulta necesario un bastanteo específico, señala que la entidad presentó un bastanteo de 4 de junio de 2017, en el que don J.F.S.M. (apoderado) y doña O.B.T.C. (administradora única), persona que firma la documentación obrante en este expediente de contratación, pueden, solidariamente cada uno de ellos, en nombre y representación de la expresada sociedad y mientras subsistan las facultades conferidas en las correspondientes escrituras, endosar facturas, certificaciones de pago y demás documentos de pago o giro mercantil, expedidas por la Comunidad de Madrid y sus Organismos. En este sentido, debemos nuevamente acudir al PCAP que regula esta licitación, para comprobar que se trata de uno de los requisitos exigidos, conocidos y aceptados por todos los licitadores, en cuanto que el apartado 2 de la cláusula 15 (Acreditación de la capacidad para contratar), establece lo siguiente:

“2.-Apoderamiento.

Los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro o representen a una persona jurídica, deberán acompañar también poder acreditativo de su representación declarado bastante para concurrir y contratar por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid”.

Respecto a la alegación de la recurrente que califica de desproporcionada la exigencia de acreditar el pago de la póliza del seguro de responsabilidad civil, sostiene que sólo se justifica el abono del primer trimestre de la póliza, y lo que se está solicitando es confirmación de que dicha póliza se encuentra en vigor, ya que

su falta de pago invalida la vigencia del seguro y, de conformidad con lo originalmente aportado, sólo se tiene constancia de su vigencia hasta el 3 de diciembre de 2021, y no en el momento en el que la Mesa de contratación comprueba la validez de la documentación del licitador como adjudicatario propuesto, en fecha 4 de febrero de 2022.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación la cláusula 16 (Propuesta de adjudicación) del PCAP establece lo siguiente:

“La Mesa de contratación calificará, cuando proceda, la documentación aportada y, si observa defectos u omisiones subsanables, se lo comunicará al interesado a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que el licitador los corrija o subsane o para que presente aclaraciones o documentos complementarios, siempre por medios electrónicos.

Si un licitador no presenta la documentación requerida en la cláusula 15, en la forma señalada y en el plazo indicado, si no la subsana de la forma y en el plazo indicados en el párrafo anterior, o si del examen de la documentación aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del acuerdo marco a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 71.2 a) de la LCSP, asimismo, se le exigirá el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”.

El requerimiento realizado por el órgano de contratación se ajustó plenamente al contenido de los pliegos, tanto en el plazo de subsanación como en la documentación requerida, debiendo acogerse plenamente las alegaciones realizadas por el órgano de contratación.

En este momento, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la vinculación de los licitadores al contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, doctrina conforme en todo caso con lo expuesto también por una reiterada jurisprudencia que manifiesta que los pliegos constituyen la ley del contrato, y que se expone, entre otros preceptos, en el artículo 139.1 de la

LCSP relativo a las proposiciones de los interesados, cuyo apartado 1, señala que: “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)*”.

Por todo lo anterior, debe considerarse que la exclusión del licitador fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Europa Gestión Geriátrica, S.L., contra la Resolución de 8 de marzo de 2022, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el Acuerdo Marco “*Atención residencial a personas mayores dependientes, modalidad financiación total y financiación parcial, año 2021*”, convocado por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.