

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 472/2016

Recurso nº 402/2016 C.A. Illes Balears 17/2016

Resolución nº 472/2016

En Madrid, a 17 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.C., actuando en nombre y representación de la mercantil TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., contra el acuerdo de exclusión de 27 de abril de 2016, adoptado en el procedimiento de licitación del contrato de "Servicio de mantenimiento de las instalaciones de protección contra incendios, intrusión, vigilancia mediante CCTV y del servicio de respuesta de las alarmas, de los edificios municipales (lote 1) y escuelas públicas (lote 2)", tramitado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Palma de Mallorca acordó la tramitación del expediente 2016-002-A, de licitación para la contratación del Servicio de mantenimiento de las instalaciones de protección contra incendios, intrusión, vigilancia mediante CCTV y del servicio de respuesta de las alarmas, de los edificios municipales (lote 1) y escuelas públicas (lote 2).

El procedimiento de licitación se publicó en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea el día 17 de febrero de 2016; el 29 de febrero de 2016 en el Boletín Oficial del Estado; y el 27 de febrero de 2016 en el Boletín Oficial de las Islas Baleares.

El contrato se divide en dos lotes. El valor estimado de los diferentes lotes, excluido el IVA, es el siguiente: Lote 1, 867.776 Euros; Lote 2, 506.419,20 Euros. Ello hace un valor estimado total del contrato de 1.374.195,20 Euros.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento, en sesión de día 30 de diciembre de 2015 aprobó los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, reguladores del contrato impugnado.

Una vez abierto el procedimiento de licitación, por la recurrente se presentó oferta en el mismo, con compromiso de constitución de UTE con la mercantil PREFOC COMERCIAL DE L'EXTINTOR S.L. Siendo las únicas empresas participantes en el procedimiento.

El día 8 de abril de 2016, se procedió a la apertura del sobre A (continente de la documentación administrativa) de la UTE, resultando que el representante de la empresa TRANSPORTES BLINDADOS S.A. (TRABLISA), el Sr. V.S.R, no tenía, a juicio de la mesa de contratación, poder suficiente para concurrir a esta licitación.

El hecho anterior se notificó a la empresa el día 12 de abril de 2016, a fin de que pudieran aportar documentación subsanatoria del defecto. En concreto, el requerimiento citado, de fecha 11 de abril de 2016, solicita la siguiente información, referida a TRANSPORTES BLINDADOS S.A. (TRABLISA):

– “El representante de la empresa, el Sr. Vicente Sarañana Ruiz, no tiene poder suficiente para concurrir a la licitación de este contrato. Hace falta que aportéis una escritura de apoderamiento a nombre del Sr. Sarañana con poder suficiente par concurrir a esta licitación”.

Pues bien, cumplimiento con el traslado evacuado, la mercantil recurrente presenta documentación adicional el día 14 de abril de 2016, consistiendo la documentación aportada en un acta de aclaración emitido por el Notario Víctor Alonso-Cuevillas Sayrol, de 13 de abril de 2016. En dicho acta, pretende el Notario realiza una aclaración sobre el poder conferido por él mismo, en fecha 12 de abril de 2012, a favor de D. V.S.R.

A pesar de ello, la Junta de Gobierno mantuvo la decisión de excluir a la recurrente mediante resolución de 20 de abril de 2016, al considerar que el representante de TRABLISA no disponía de poder suficiente para representar a la misma en el procedimiento de licitación.

Con tales antecedentes, la licitadora TRABLISA formuló recurso especial en materia de contratación administrativa.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.5 del TRLCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), en aplicación de la cláusula tercera, apartado 2, del Convenio de colaboración, suscrito el 29 de noviembre de 2012, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador en el procedimiento de contratación.

Tercero. El acto recurrido es el acuerdo de exclusión de 20 de abril de 2016, por el que excluye la oferta de TRABLISA en el procedimiento de licitación. Tal acto es susceptible de recurso conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP.

El contrato licitado lo es de servicios, con códigos CPV 50413200, 79710000 y 79714000 (servicios de reparación y mantenimiento de instalaciones contra incendios, servicios de seguridad y servicios de vigilancia); sujeto a regulación armonizada. Por todo ello, es susceptible de recurso especial en materia de contratación por aplicación del artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, y de los apartados 1 y 2 del artículo 19 del RPERMC; al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo y la presentación del recurso.

Quinto. Siendo la controversia jurídica relativamente sencilla, el debate se plantea del siguiente modo. El recurrente considera que el poder no era insuficiente para el negocio a celebrar; que en cualquier caso, sería subsanable, y así se hizo; que ante tales supuestos, ha de primar el antiformalismo, no siendo procedente un rigor excesivo que restrinja la concurrencia entre licitadores; y que además, cabe la ratificación posterior por el mandante -la empresa licitadora-.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe al recurso, ha manifestado en primer lugar, que el recurso ha de ser inadmitido, porque ha sido formulado sólo por una de las empresas que concurrían en la UTE licitadora, y que por ello, no goza de legitimación. Por otro lado, que verificado el poder presentado por la licitadora, el mismo es insuficiente, no ha sido subsanado con la posterior documentación presentada, y además, tampoco ha sido presentado al preceptivo bastanteo previo por los servicios jurídicos municipales.

Sexto. Vistos los antecedentes, con carácter previo, y para resolver cualquier hipotética duda sobre la legitimación de la mercantil recurrente, hay que reconocer la legitimación individual de cada una de las

empresas que suscribieron un compromiso de constitución de una Unión Temporal de Empresas para impugnar el acuerdo de exclusión. Esta legitimación ha sido reconocida por este Tribunal en Resoluciones 105/2011, 212/2011, 169/2012, 184/2012, 480/2013 y 916/2015, entre otras.

Y además, está hoy expresamente recogida en el artículo 24.2 del RPERMC, según el cual: “2. En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”

Séptimo. Entrando ya en el fondo del asunto, para dirimir la presente controversia podemos mencionar por ejemplo, la Resolución 554/2014, de 18 de julio de 2014, en la cual nos pronunciamos como sigue:

<< Por su parte, el artículo 72 TRLCSP establece: “1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”.

[...]

Señala el Informe número 53/2010 de 10 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de la Competencia: “En los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09 de 1 de febrero de 2010, en el que se señala como una regla aplicable por todos, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. Más adelante sostiene que “Por otra parte la abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de defectos subsanables viene a sentar un criterio claro a este respecto, además de indicar que dicho criterio general deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con

anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación..."

En el mismo sentido se pronuncia entre otras la Resolución del Tribunal número 177/2013 de fecha 14 de mayo de 2013: "En nuestra Resolución 296/2012 ya señalamos que la cuestión de la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones por parte de las empresas licitadoras en un procedimiento de contratación, con carácter general, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011, 16 de diciembre de 2004 o 6 de julio de 2004), habiéndose pronunciado igualmente sobre el particular tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal como este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Exponiendo de manera sintética las conclusiones alcanzadas por la doctrina jurisprudencial y administrativa sobre el tema planteado, cabe destacar lo siguiente:

I) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), conforme al cual: "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados .

Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación". Por tanto, la regla general es la concesión de la posibilidad de subsanar al licitador cuya oferta presente defectos u omisiones subsanables.

II) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo – y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables - se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos

(en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa)".

De igual modo, como se señala en la Resolución número 258/2013 de fecha 4 de julio de 2013: "la Resolución de este Tribunal 184/2011 declaró que la posibilidad de subsanación se contrae exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma", añadiendo que "la falta de poder, o lo que es lo mismo, el poder insuficiente en el momento de presentar la documentación, es defecto insubsanable y, por el contrario, la falta de acreditación de un poder existente, es un defecto subsanable". >>

Octavo. Centrados los términos de debate, hemos de pasar al examen concreto de los hechos. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), señala en su cláusula III.2.1:

"3. REPRESENTACIÓN. Cuando el licitador no actúe en nombre propio o se trate de sociedad o persona jurídica deberá presentar un documento fehaciente que acredite que quien firma la proposición económica tiene apoderamiento bastante para comparecer ante la corporación municipal y contratar en nombre y representación de la persona o entidad de que se trate. Si representa a una asociación deberá aportar la inscripción administrativa de la constitución de ésta, la inscripción administrativa del nombramiento de quien firma como presidente/a de la asociación y un certificado del acuerdo de la asociación de presentarse a la contratación. Si representa a una persona jurídica deberá presentar una escritura de poder, bastanteadada por los Servicios Jurídicos Municipales, debidamente inscrita en el Registro Mercantil."

El apoderamiento otorgado ante el Notario de Palma de Mallorca, D. Víctor Alonso-Cuevillas Sayrol, el 12 de abril de 2012, número 1.118 de su protocolo, que consta en el sobre A de la propuesta de la UTE licitante, otorgaba por parte de TRABLISA a D. V.S.R las siguientes facultades: "1. Suscribir contratos para la instalación de sistemas de seguridad, conexión a Central de Alarmas y Mantenimiento; contratos para efectuar instalaciones de Seguridad y contra incendios, mantenimiento y receptora Central Alarmas, con quien tenga por conveniente y bajo las condiciones que crea oportuno." Además, se añade una facultad cuarta, según la cual: "4. A los mencionados efectos, otorgar y firmar cuantos documentos públicos y privados sean menester."

Para verificar si las facultades otorgadas al apoderado son suficientes, hemos de tener en cuenta también, cual sea el objeto del contrato licitado. El mismo se define en el contrato como “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de protección contra incendios, intrusión, vigilancia mediante CCTV y del servicio de respuesta de las alarmas.”

Ha de convenirse que, en lo referente al objeto del contrato a suscribir, el apoderamiento ha de entenderse suficiente, pues los ámbitos son coincidentes. La controversia provendría por el hecho, según plantea la Administración, de que el mero poder de suscribir contratos, sin mayor especificación, pueda o no incluir la participación en licitaciones públicas. Dicho esto, no podemos compartir la tesis del órgano de contratación, que si bien no resulta ningún desatino jurídico, es excesivamente rigurosa en cuanto a la forma, siendo maximalista en los requisitos meramente formales que se exigen a los licitadores.

El hecho de que no se especifique que el apoderado tenga facultades para comparecer ante un órgano administrativo, o participar en un procedimiento de licitación, o presentar proposiciones de licitación, o expresiones similares, no elimina el poder que tiene el apoderado de comparecer en nombre y representación de la mandante. Y es que, si se otorga el poder para suscribir un contrato (sin especificar si es público o privado), y además se tiene poder para otorgar todos los documentos públicos o privados que resulten necesarios, no puede sustraer el órgano de contratación al apoderado las facultades que el poder no le resta.

No cabe ninguna duda de que el poder no es un ejemplo de precisión y técnica; pero ello no es óbice para que allí donde el poder no restringe las facultades del apoderado, tampoco lo haga la Administración. Entender que el poder de suscribir contratos se refiere a la mera firma es excesivo, pues nada hace pensar que ese sea el sentido del apoderamiento. En cambio, sí puede lícitamente entenderse, que para llegar a la conclusión del negocio encomendado (la firma), pueda el apoderado realizar todos los pasos que resulten necesarios dentro del procedimiento negocial correspondiente, sea éste público o privado.

No debe perderse de vista por último, que el bastanteo de los apoderamientos blinda al órgano de contratación frente a posibles personas que pretendan suscribir un contrato en nombre de terceros sin tener poder para ello. Sin embargo, desde el momento en que el tercero interesado ratifica el poder, la Administración queda exonerada de responsabilidad. Sin que con ello valoremos las cuestiones relativas a subsanación, pues en el presente caso, consideramos que el tenor del documento inicialmente presentado es suficiente para colmar las exigencias de los pliegos.

Y a mayor abundamiento, siendo el apoderamiento un negocio jurídico, debemos tener en cuenta el artículo 1282 del Código Civil, según el cual: “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.” Por tanto, ratificado incluso el apoderamiento por el poderdante (que llega hasta el extremo de formular recurso contractual), sin que se haya introducido ninguna novedad en la documentación inicial, entiende este Tribunal que el mismo es suficiente para los fines del contrato.

Noveno. Por último, se discute la omisión del bastateo que exige el PCAP. Efectivamente, dicho bastateo no ha sido realizado, pues nada ha justificado al respecto la recurrente.

Recientemente, nos hemos pronunciado sobre la misma problemática, por ejemplo en la Resolución 281/2016, de 15 de abril de 2016, en la cual señalábamos:

<< No obstante, si bien es cierto que no se aportó el bastateo de poderes del representante de la empresa licitadora, también lo es que el licitador presentó toda la documentación oportuna a fin de acreditar la existencia de la representación y del ámbito de sus facultades para licitar.

En efecto, si bien la aportación del bastateo de los poderes del representante justificaría el que se tuviera por acreditada la representación y facultades para licitar del representante del licitador, su ausencia no determina per se el incumplimiento de este requisito. Cabe su acreditación por cualquier otro medio de prueba válido en derecho.

En efecto, tal y como se establece en la Instrucción 4/2006, de 21 de junio, de la Abogacía General del Estado, sobre bastateos, puede definirse éste como “la comprobación de que el documento justificativo de la personalidad del administrado y el poder conferido al representante o representantes de una persona física o jurídica para la realización de determinados actos es suficiente para acreditar dicha personalidad o para realizar el acto de que se trate”. Y en el apartado IV.2, bajo la rúbrica “requisitos formales”, se añade que “el bastateo ha de efectuarse, como no podía ser de otra forma, mediante el examen del instrumento en que se hubiera formalizado el poder”, indicando que, en consecuencia, la Abogacía del Estado competente deberá “exigir copia autorizada del instrumento público (...) o copia debidamente compulsada”. Y si bien se realizan en dicha Instrucción extensas consideraciones sobre la eventual necesidad de inscripción del poder en distintos supuestos (que no son de interés para el supuesto analizado), ninguna mención se contiene, salvo

error u omisión, a la exigencia de que se aportara para ello las escrituras originales de constitución y modificación de la mercantil que pretende otorgar el poder.

Así las cosas, la mercantil recurrente aportó certificación literal del Registro Mercantil de Valencia de la inscripción en el mismo de la sociedad ahora actora en el que se hace constar la constitución, las sucesivas modificaciones así como el nombramiento del actual administrador de la sociedad con facultades que se deben entender suficientes para poder participar en la licitación que nos ocupa. De igual forma, adjunta la recurrente con su escrito de interposición copia simple de la elevación a escritura pública de los acuerdos de nombramiento y cese de administrador de la mercantil recurrente en el que aparece el actual administrador.

En consecuencia, este Tribunal entiende que se cumplió sobradamente la exigencia de acreditar la representación y las facultades para licitar y es que asiste la razón al recurrente cuando afirma que “la acreditación de las facultades para licitar mediante documento fehaciente que se exige, no tiene necesariamente que consistir en una escritura pública notarial, pues no lo exige así expresamente las bases de la contratación, sino que puede tener lugar por cualquier medio o documento ‘fehaciente’ permitido en Derecho, cual es la certificación literal del Registro Mercantil actualizada que se aportó” ya que de acuerdo con el artículo 77.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, “La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro”. >>

En el presente supuesto, hemos de inclinarnos por adoptar la misma solución. Y es que, la ausencia de bastanteo, aunque supone stricto sensu un incumplimiento del tenor literal de los pliegos, no ha impedido el cumplimiento del requisito exigido, que es la justificación veraz del poder del representante. Máxime, cuando la mesa de contratación puede y debe llevar a cabo las labores mismas de bastanteo; y a mayor abundamiento, con más razón aún cuando como señala el informe del órgano de contratación, se integra un Letrado de los Servicios Jurídicos Municipales en la misma mesa de contratación.

En conclusión, consideramos que asiste la razón a la mercantil recurrente, por lo que ha de ser revocado el acto recurrido, debiendo continuar la tramitación del procedimiento de licitación con la UTE integrada por PREFOC COMERCIAL DE L'EXTINTOR S.L. y TRANSPORTES BLINDADOS S.A.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.A.C., actuando en nombre y representación de la mercantil TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., contra el acuerdo de exclusión de la recurrente de 27 de abril de 2016, adoptado en el procedimiento de licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de protección contra incendios, intrusión, vigilancia mediante CCTV y del servicio de respuesta de las alarmas, de los edificios municipales (lote 1) y escuelas públicas (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca; ordenando que se retrotraiga el procedimiento, a fin de continuar el mismo con el licitador recurrente.

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 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.