

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RESOLUCIÓN 660/2014

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. L. M. B. G. y D. D. C. M. en representación de la empresa DCM ASESORES DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L. y D. F. V. F. en representación de VACIERO, S.A., todos ellos en representación de la UTE DCM ASESORES DE DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L. Y VACIERO, S.A., contra la Resolución de exclusión de la Mesa de Contratación del Instituto Gallego de Promoción Económica (IGAPE) de 7 de julio de 2014, decretada en el procedimiento abierto para la *“contratación de servicios de análisis del potencial competitivo, profesionalización y desarrollo estratégico para su realización en empresas gallegas, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en un 80% en el marco del programa operativo FEDER Galicia 2007-2013, eje 2, tema prioritario 09”* (trece lotes), con referencia PA1/14 y con un valor estimado de 3.652.990 €; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de 29 de abril de 2014, de la Dirección General del IGAPE se anunció la contratación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria para el contrato de servicios de análisis del potencial competitivo, profesionalización y desarrollo estratégico para su realización por empresas gallegas, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en un 80% en el marco del programa operativo FEDER Galicia 2007-2013, eje 2, tema prioritario 09. La convocatoria de este expediente de contratación se publicó en el DOUE el 17 de mayo de 2014; en el BOE nº 127 de 26 de mayo de 2014 y en el Diario Oficial de Galicia nº 102 de 30 de mayo de 2014.

Segundo. La referida convocatoria del contrato de servicios de análisis del potencial competitivo, profesionalización y desarrollo estratégico para su realización por empresas gallegas, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en un 80% en el marco del programa operativo FEDER Galicia 2007-2013, eje 2, tema prioritario 09 del expediente por procedimiento abierto nº 01/2014, se publicó con un valor estimado de 3.652.990 € y dividido en trece lotes de servicios. La fecha límite para la presentación de las ofertas o solicitudes de participación quedó señalada el día 25 de junio de 2014.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en las normas de desarrollo de la Ley.

Cuarto. Según consta en el certificado de la Oficina del Registro General del IGAPE se presentaron un total de 42 empresas, entre las que se hallan las recurrentes con el compromiso de su constitución en UTE.

Quinto. Con fecha de 1 de julio de 2014 se reunió la mesa para proceder a la apertura de la documentación administrativa y entre las incidencias presentadas, entre otras, destaca que la mercantil DCM ASESORES DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS no ha aportado poder suficiente a favor de su representante, D. D. C. M. por lo que acordó por unanimidad conceder un plazo de tres días hábiles para la subsanación.

Sexto. El 7 de julio de 2014 reunida nuevamente la mesa de contratación para el estudio de las subsanaciones presentadas por las empresas requeridas, en relación con la recurrente – DCM ASESORES

DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L.- decidió excluirla porque la persona firmante D. D. C. M. no disponía de poder de representación suficiente para firmar la oferta en nombre del poderdante.

Séptimo. Contra dicha exclusión, dos representantes de la excluida, D. L. M. B. y D. D. C. M. y el representante de VACIERO, S.A. anunciaron al órgano de contratación, el 21 de julio de 2014, su intención de acudir en recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El mismo día 21 de julio se formaliza en plazo el recurso especial ante este Tribunal y se insta la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 25 de agosto de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Concluido el plazo para tal fin no se han presentado alegaciones.

Noveno. Con fecha de 29 de agosto de 2014, este Tribunal resolvió la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Las empresas DCM ASESORES DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L. y VACIERO, S.A., concurrieron en UTE a la licitación del procedimiento abierto del contrato de servicio de análisis del potencial competitivo, profesionalización y desarrollo estratégico para su realización en empresas gallegas convocado por el IGAPE, por lo tanto, que están legitimadas para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la Resolución de exclusión de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con el artículo 40.1 del TRLCSP y lo impugnado es un acto de trámite cualificado, la exclusión del procedimiento de licitación al amparo del artículo 40.2 b) del referido cuerpo legal. Además se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en la distinción entre defectos formales y sustantivos y la posibilidad de subsanación de los primeros al amparo del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Con apoyo en varios informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo y otras de Tribunales Superiores de Justicia consideran que el defecto por el que ha sido excluida una de las empresas de la UTE es, en todo caso, subsanable. De esta forma literalmente afirma que *“De manera que la UTE se ve excluida de la licitación, no porque uno de sus miembros dejara de subsanar el defecto que le había sido indicado, sino por un defecto distinto, para cuya subsanación no ha sido requerida y que consistía en que las proposiciones debían venir firmadas por dos administradores mancomunados de DCM ASESORES y no sólo por uno de ellos, lo que genera a esta parte una situación de indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución y, en consecuencia, determinante de nulidad de todas las actuaciones subsiguientes y del acto que en el seno del presente procedimiento se puedan adoptar, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 30/1992”*.

Por ello, a su juicio, la insuficiencia del poder hecha en el escrito de requerimiento procedente de la mesa de contratación debió de ser reconducida a que se subsanara la falta de firma en la oferta presentada por DCM ASESORES, dado que en su estima es un defecto subsanable y concluye además esgrimiendo que, *“Eventualmente, esta empresa ha presentado con esta misma fecha (la de la formalización del recurso) ante el IGAPE un escrito, firmado por dos apoderados mancomunados de DCM, por medio del que se subsana el*

error padecido y se manifiesta que todas las ofertas suscritas por error por D. D. C. M., deben entenderse suscritas por D. L. M. B. G., que en prueba de conformidad firma dicho documento”.

Finalizan el escrito de formalización del recurso suplicando su estimación con la anulación de la resolución de exclusión y retroacción de actuaciones para que la mesa de contratación acuerde la subsanación de la falta de firma mancomunada en las ofertas presentadas en UTE con VACIERO, S.A.

Quinto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 29 de julio de 2014, suscrito por la Subdirectora General de los Servicios Jurídicos de la Junta de Galicia, solicita su desestimación por considerar que tras atender el requerimiento de subsanación, el poder a favor del representante de DCM ASESORES sigue siendo insuficiente.

Funda la oposición al recurso en la correcta actuación desarrollada por la mesa de contratación pues la oferta firmada por uno de los apoderados de la empresa recurrente es insuficiente, y que requerida la subsanación en este trámite, la mercantil presentó de nuevo el bastanteo del que resulta que el firmante es apoderado solidario hasta 40.000 € y mancomunado por importe superior, lo cual conduce a la exclusión del procedimiento de concurrencia.

De esta guisa literalmente contradice la tesis de las impugnantes afirmando que *“No aportó en ese momento la ratificación de la oferta por parte del otro apoderado, trámite que consideramos improcedente, pues tal como reconoce la jurisprudencia invocada en el recurso respecto de defectos subsanables e insubsanables, los requisitos de capacidad y apoderamiento deben concurrir en el fin del plazo de presentación de solicitudes, de forma que lo puede subsanarse es la falta de acreditación del poder, pero no la existencia del poder”.*

A juicio del órgano de contratación, la oferta debió ser presentada por quien ostentara poder suficiente al finalizar el plazo de presentación de solicitudes, de forma que no es válido en un procedimiento abierto que vencido el plazo de presentación de ofertas, se ratifique la oferta por otro apoderado para que el poder sea suficiente. En estos casos, el informe del órgano de contratación expresa que *“No se trata de un supuesto de subsanación de la forma de acreditación de la existencia del poder, sino de la inexistencia del poder del firmante, ya que el único firmante carecía de poder suficiente para suscribir la oferta individualmente”.* Y además matiza que *“Es engañosa la alegación del recurrente de que nos se les dio trámite de subsanación de firma por parte de otro apoderado. El requisito incumplido a subsanar está claro que era el mismo que es la falta de acreditación de poder suficiente, y en primer lugar se considera que no procede admitir la subsanación de firma por otro apoderado mancomunado, más con posterioridad al fin del plazo de presentación de ofertas, como se ha expuesto. Pero aún en el supuesto de que hubiera sido posible la subsanación, la empresa no aporta la ratificación de oferta en el trámite de subsanación conferido por defecto de representación, sino tras la exclusión de la licitación y precisamente con la propia interposición del recuso especial, por lo que no puede admitirse en ningún caso, pues la subsanación resultaría extemporánea”.*

Por todo ello, insta a este Tribunal a que desestime el recurso y confirme la legalidad de la decisión de exclusión decretada por la mesa de contratación.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes y, de forma previa al análisis de la documentación administrativa de la licitación, así como de las alegaciones esgrimidas por las licitadoras recurrentes, hemos de definir los contornos de los defectos subsanables y de la forma de dar cumplimiento a los requerimientos de subsanación.

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 de este Tribunal nº 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 nº 258/2013 de fecha 4 de julio de 2013 citada por la Resolución nº 554/2014: “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”.

El poder presentado por la mercantil DMC ASESORES DIRECCION Y CONSULTORÍA, S.L. dentro del plazo anunciado para participar en el procedimiento de contratación lo era a favor de D. D. C. M. como apoderado solidario con un límite de 50.000 € y a partir de dicha cantidad ha de actuar mancomunadamente con otros apoderados. Literalmente del contenido de la escritura notarial de apoderamiento aportada en la documentación administrativa reza así: “B) Asimismo apoderan al Director General, es decir a D. D. C. M., al Presidente del Consejo de Administración, D. J. L. L. V., y al Secretario de dicho Consejo, D. L. M. B. G. para que actuando mancomunadamente dos cualquiera de ellos, pueden ejercitar en nombre de la entidad DCM ASESORES DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L., todas y cada una de las facultades que se enumeran en la letra A) anterior que superen el límite de los CINCUENTA MIL (50.000 €) EUROS, en aquellas facultades relacionadas en las cuales la cuantía sea elemento determinante”.

Ante tal tenor la actuación de la mesa de contratación resultó ajustada a Derecho pues al abrigo del artículo 81.2 del RGLCAP le requirieron por insuficiencia de poder, exigiéndole que aportase poder bastante a favor de D. D. C. M. – firmante de la proposición-, pues el bastanteo de fecha de 23 de agosto de 2014 lo es con el límite de 50.000 € para actuar de forma solidaria.

No hemos de olvidar el rigor con que el artículo 145 del TRLCSP preceptúa la forma de presentación de proposiciones de los interesados de tal suerte que el párrafo 1º impone que: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, 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”.

Acudiendo al PCAP de este procedimiento la cláusula 6.2.3 referida a la exigencia de poder bastante expresa lo siguiente: ***“Poder bastante al efecto a favor de las personas que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro. Si el licitador fuese persona jurídica, este poder deberá figurar inscrito en el Registro Mercantil. Si se trata de un poder para acto concreto no es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil, de acuerdo con el artículo 94.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil. El poder deberá presentarse debidamente bastanteado por Letrado de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia”.***

Lo cierto es que, abiertos los sobres A y por lo que respecta a la licitadora DCM ASESORES DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L., la proposición se firma por un apoderado con **poder insuficiente** pues sólo puede solidariamente comprometerse para actos con un límite de 50.000 €. Esta apreciación hubiera sido bastante para decretar la exclusión del procedimiento, si bien, la mesa de contratación consideró que esta insuficiencia podría ser subsanada si se aportase otro poder con fecha anterior al vencimiento del plazo para la presentación de proposiciones, debidamente bastanteada por los Letrados de la Junta de Galicia, confiriendo representación bastante a favor del firmante.

Por todo ello y reiterando nuestra doctrina sobre la **insuficiencia de poder como defecto insubsanable** este Tribunal considera que la presentación en el trámite de subsanación del mismo poder, intentando ahora cumplimentar la firma de la proposición con la de otro de los apoderados, contraviene tanto las prescripciones del pliego como la seriedad de las ofertas exigidas en el artículo 145 del TRLCSP. En efecto, la oferta debió ser presentada por quien ostentaba poder suficiente al finalizar el plazo de presentación de solicitudes, de forma que no es válido en un procedimiento abierto que vencido el plazo de presentación de ofertas, se ratifique la oferta por otro apoderado para que el poder se cumplimente y resulte suficiente.

Lógico corolario de todo lo expuesto nos conduce sin más a la desestimación del recurso por considerar que la exclusión por insuficiencia de poder es ajustada a Derecho.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L. M. B. G. y D. D. C. M. en representación de la empresa DCM ASESORES DIRECCION Y CONSULTORIA DE MERCADOS, S.L. y D. F. V. F. en representación de VACIERO, S.A., todos ellos en representación de la UTE DCM ASESORES DE DIRECCIÓN Y CONSULTORÍA DE MERCADOS, S.L. Y VACIERO, S.A., contra la Resolución de exclusión de la Mesa de Contratación del Instituto Gallego de Promoción Económica (IGAPE) de 7 de julio de 2014, decretada en el procedimiento abierto para la *“contratación de servicios de análisis del potencial competitivo, profesionalización y desarrollo estratégico para su realización en empresas gallegas, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en un 80% en el marco del programa operativo FEDER Galicia 2007-2013, eje 2, tema prioritario 09”*, confirmando su legalidad por resultar dicha exclusión conforme a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

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 Galicia, 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.