

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

En Madrid, a 20 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.M., en representación de la empresa MM Cat S.L., contra la Resolución 39/2019 de la Presidenta de la Mancomunidad de Servicios Sociales de Torreldones, Hoyo de Manzanares, Alpedrete y Moralzarzal (THAM), de fecha, 19 de febrero de 2019, por la que se acuerda considerar retirada la oferta presentada por la recurrente al contrato de “Servicio de comedor para los programas de días no lectivos: días sin cole y escuela de verano” número de expediente 3812/2018 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha, 10 de agosto de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 146.645 euros y su plazo de duración será de un año más tres prorrogas anuales.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dos ofertas.

Tramitado el procedimiento de adjudicación resulto clasificada en primer lugar la propuesta de la recurrente, por lo que con fecha 10 de diciembre de 2018 y mediante sede electrónica el órgano de contratación requiere la documentación administrativa incluida en la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación.

Con fecha 2 de enero de 2019, la recurrente presenta la documentación requerida ante el órgano de contratación, quien tras su estudio considera que debe subsanar varios defectos. En consecuencia requiere nuevamente a MM Cat S.L., la presentación de:

- Escritura de constitución de la mercantil, debidamente inscrita en el Registro Mercantil.
- Alta en el impuesto de Actividades Económicas y código de identificación fiscal.
- Escritura acreditativa de la representación de la mercantil a favor de don J.M.M. debidamente bastantada por letrado en ejercicio en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
- Certificado relativo al cumplimiento de obligaciones fiscales.

Con fecha 14 de enero de 2019, MM Cat S.L. presenta ante el órgano de contratación la documentación requerida, que una vez analizada fue considerada insuficiente al no aportar el poder del representado.

Con fecha 19 de febrero de 2019, la Presidenta de la Mancomunidad de Servicios Sociales THAM, dicta resolución por la que considera retirada la oferta de MM Cat S.L., exige al licitador el importe del 3% del presupuesto base de licitación y requiere a la segunda clasificada la documentación recogida en la cláusula 26 del PCAP.

Tercero.- El 11 de marzo de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MM Cat S.L., en el que solicita se anule la exclusión de su oferta así como la penalidad impuesta y se considere que el poder solicitado se encuentra inserto en la propia escritura de constitución de la sociedad, por lo que fue aportada a requerimiento del órgano de contratación.

El 14 de marzo de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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).

Alega el órgano de contratación que tras el oportuno requerimiento de la documentación necesaria y previa a acordar la adjudicación del contrato y un segundo requerimiento de subsanación, no se ha aportado el bastanteo del poder de conformidad con lo establecido en el PCAP y en consecuencia procede considerar su oferta retirada e imponer la penalidad que establece el artículo 150.2 LCSP.

Cuarto.- 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 46.4 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 persona jurídica excluida de la licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (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 impugnado fue adoptado el 19 de febrero de 2019, practicada la notificación el 25 del mismo mes, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 11 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la consideración de una oferta como retirada y en consecuencia excluida en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto concretamente contra el incumplimiento de la cláusula 26 del PCAP en cuanto a la obligatoriedad de presentar el poder del representante de la licitadora clasificada en primer lugar debidamente bastantado.

El recurrente opone a su exclusión el haber presentado la documentación requerida venciendo las dificultades que el sistema electrónico de licitación de la mancomunidad ha experimentado durante todo el proceso y siguiendo las indicaciones que vía telefónica le refirieron.

Manifiesta que a fin de evitar el incumplimiento del requerimiento compulsivo ante Notario la copia de las escrituras de constitución de la sociedad, en las cuales se incluye el nombramiento de don J.M.M. como administrador único.

Invoca la Resolución de este Tribunal número 258/2017, de 19 de septiembre y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 472/2016, de 16 de junio que indica: *“(...) 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”*.

Considera en consecuencia que ha cumplido con los requisitos establecidos en la LCSP y en los PCAP que rigen esta contratación, por lo que no cabe considerar su oferta como retirada y aún menos la exigencia de penalidad alguna.

El órgano de contratación manifiesta que la aportación del bastanteo del poder por letrado en ejercicio dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid no se ha cumplido, por lo que a tenor de lo establecido en el artículo 150.2 LCSP la oferta de MM Cat S.L. debe considerarse retirada e imponer la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

Admite los problemas que se produjeron en la sede electrónica por cambio del servidor, pero manifiesta que se han ampliado los plazos a fin de contrarrestar este perjuicio.

Justifica que pese a la incompleta presentación de documentación inicial se requirió por segunda vez, en trámite de subsanación, a la licitadora. Pese a lo cual no ha aportado el bastanteo requerido.

Este Tribunal ha revisado y analizado la documentación presentada por la recurrente comprobando que en la propia escritura de constitución de la sociedad,

inscrita en el Registro Mercantil, figura en su punto IV el nombramiento por las socias como administrador único a don J.M.M. *“quien representará a la sociedad en todos los actos comprendidos en el objeto social”*.

Vistas las alegaciones de ambas partes y la documentación aportada el motivo del recurso se concreta en la ausencia de bastanteo del poder presentado y sus consecuencias.

Esta disquisición la podemos analizar desde distintos puntos de partida por un lado la fuerza vinculante de los pliegos de condiciones, por otro lado las teorías antiformalistas y por último el principio rector de la contratación pública de facilitar el acceso de las PYMES a la contratación.

Es evidente que la cláusula 26 del PCAP exige la aportación de poder bastanteado antes de adjudicar el contrato al primer clasificado. Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

No obstante lo anterior no es conveniente convertir a los licitadores en revisores de los pliegos de condiciones hasta sus últimas expresiones.

Se ha de destacar que el órgano de contratación admite la ausencia de un letrado propio de la Mancomunidad que pueda realizar este trámite, remitiendo a los servicios de cualquier otro letrado, con un límite territorial que solo obedece a la

confusión del propio órgano de contratación en la redacción de la cláusula. No se aportan ni en el pliego ni en los requerimientos de documentación instrucción alguna a los licitadores, PYMES todos ellos por razón del tipo de contrato, objeto y cuantía, necesarias para el cumplimiento de lo requerido, como por ejemplo podría haber sido acudir a los Ayuntamientos que conforman la mancomunidad y a través de sus servicios jurídicos obtener el bastanteo requerido, dejándoles en una situación de desconocimiento y desamparo.

El considerar competente para efectuar el bastanteo de poderes a cualquier letrado lleva al licitador, en un intento de subsanar el defecto advertido, a acudir a un Notario quien le expide copia autorizada de la escritura, confundiendo de esta forma la compulsión de documentos con el bastanteo de poderes.

En el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables o puedan considerarse innecesarios.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha, 25 de mayo de 2015, considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

Conviene destacar que el principio rector de la nueva ley de contratos de

apoyo y facilitación a las PYMES el acceso a la licitación pública debe materializarse en acciones como la presente, es decir, no excluir a un licitador por el incumplimiento de determinadas formalidades que no han sido debidamente requeridas para lograr su cumplimiento.

Se ha de recordar que en el caso concreto que nos ocupa estamos ante la figura de un administrador único que engloba en aquella persona todas las facultades de representación, siendo la forma habitual de apoderamiento de las pequeñas y medianas empresas.

Como manifestara este Tribunal en sus Resoluciones 3/2017, de 18 de enero y 258/2017 de 19 de septiembre: *“El bastanteo de poderes exigido con carácter general por los órganos de contratación, es el documento en el que se acredita la comprobación por parte de la Administración de que las facultades o poderes de una o varias personas físicas son suficientes para actuar en nombre y representación de una determinada persona jurídica en la realización de determinadas actuaciones ante aquella”*.

Se ha de advertir, que la ausencia de letrado adscrito a la Mancomunidad no es óbice para que el Secretario de ésta proceda al bastanteo de poderes, toda vez que los Secretarios de las Entidades Locales tiene competencia en materia de asesoramiento legal preceptivo, siendo el bastanteo de poderes uno de los actos más frecuentes realizados por aquellos en las entidades que carecen de cuerpo de letrados propio.

Por ello y considerando que el Secretario de la Mancomunidad es miembro nato de su Mesa de contratación, esta podía por sus propios medios llegar a valorar que la figura de administrador único es plenipotenciaria, fin último del bastanteo de poderes, evitando de esta forma la exclusión de la oferta y la consecuencia de imposición de penalidades, todo ello en aplicación de las teorías antiformalistas consagradas por el Tribunal Supremo y en cumplimiento del principio rector de la

LCSP de facilitar el acceso a la contratación a las PYMES.

En base a todo lo expuesto se estima el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.M., en representación de la empresa MM Cat S.L., contra la Resolución 39/2019 de la Presidenta de la Mancomunidad de Servicios Sociales THAM de fecha, 19 de febrero de 2019, por la que se acuerda considerar retirada la oferta presentada por la recurrente al contrato de “Servicio de comedor para los programas de días no lectivos: días sin cole y escuela de verano” número de expediente 3812/2018, anulando dicha resolución y considerando innecesario el bastanteo de un apoderado como administrador único de una sociedad.

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.- 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.