

Recurso 8/2017**Resolución 34/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de febrero de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **WALDEMAR LINK ESPAÑA, S.A.** contra el acuerdo de exclusión de la citada empresa adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 391/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de septiembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 14 de octubre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 249.



El valor estimado del contrato asciende a 7.803.882,24 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.

SEGUNDO. La presenta licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación de 21 de diciembre de 2016 se acordó excluir de la licitación, tras el plazo de subsanación concedido al efecto, a la empresa WALDEMAR LINK ESPAÑA, S.A porque *«Aporta la documentación solicitada subsanando todos los apartados a excepción del Anexo V, por no estar cumplimentado y firmado de conformidad con el apartado 6.3.1 (B1.g) del pliego de cláusulas administrativas particulares, puesto que lo aporta firmado por apoderado y no por administrador único, administrador solidario, administradores mancomunados o Secretario del Consejo de Administración -en este último caso se exigirá además Visto Bueno del Presidente del Consejo- tal y como se refiere en el modelo del citado Anexo al PCAP».*

El citado acuerdo de exclusión fue comunicado por correo electrónico a la entidad ahora recurrente el 4 de enero de 2017.

CUARTO. El 16 de enero de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por WALDEMAR LINK ESPAÑA, S.A. (WALDEMAR, en adelante) contra el anterior acuerdo de exclusión.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 17 de enero de



2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, solicitándole el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión instada por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 23 de enero de 2017, a excepción del listado de licitadores que fue remitido por correo electrónico al día siguiente.

SEXTO. El 26 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados y les concedió un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A.

SÉPTIMO. El 1 de febrero de 2017, este Tribunal comunicó a la entidad recurrente que mediante Resolución de 31 de enero de 2017 se acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.



TERCERO. El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la licitación, adoptado por la mesa de contratación, en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 letra b) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando (el recurso) se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión impugnado fue notificado a la entidad WALDEMAR por correo electrónico el 4 de enero de 2017, presentándose el recurso especial en el Registro de este Tribunal el 16 de enero de 2017, por lo que el mismo se ha presentado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente solicita la anulación de la decisión de la mesa por la que se acuerda su exclusión de la licitación con retroacción de las actuaciones al momento previo a la misma, a fin de que sea admitida y continúe el procedimiento.

Antes de analizar los alegatos de la recurrente, hemos de exponer las actuaciones acaecidas en el procedimiento de adjudicación hasta el dictado del acuerdo impugnado:



- El apartado 6.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación se refiere a la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia (sobre nº1) previendo, para aquellos contratos cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral comunitario -como ocurre en el supuesto examinado-, la posibilidad de que los licitadores opten por presentar bien una declaración responsable normalizada en el formato del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), bien los documentos acreditativos de su capacidad y solvencia y entre ellos, en lo que aquí interesa, *«Certificación expedida por el órgano de dirección o representante de la persona licitadora, relativa a que no forma parte de los órganos de gobierno o administración, ningún alto cargo incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 3/2005 de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, conforme al modelo Anexo V»*.

Asimismo, el citado Anexo V prevé el modelo de certificación expresando que el mismo debe ser emitido y firmado por un representante o representantes de la empresa actuando en calidad de administrador único, administrador solidario, administradores mancomunados o Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno del Presidente del Consejo.

-WALDEMAR, según se constata en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación, optó por presentar en el sobre nº1 la documentación exigida en el PCAP para acreditar la capacidad y solvencia. Entre la citada documentación no se encontraba el Anexo V del PCAP.

-La mesa de contratación, en sesión celebrada el 30 de noviembre de 2016, acordó que WALDEMAR debía *«aportar el Anexo V, debidamente cumplimentado y firmado de conformidad con el apartado 6.3.1 (B1.g) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)»*.

- Mediante escrito del Secretario de la mesa de contratación de 2 de diciembre de 2016, notificado por correo electrónico a WALDEMAR el mismo día, se le



comunicó que debía «*aportar el Anexo V, debidamente cumplimentado y firmado de conformidad con el apartado 6.3.1 (B1. g) del pliego de cláusulas administrativas particulares*»

-WALDEMAR presentó, tras la subsanación requerida, el Anexo V firmado por persona apoderada de la empresa.

- En la sesión de la mesa de contratación de 21 de diciembre de 2016 se acordó la exclusión de la recurrente por presentar en fase de subsanación el Anexo V firmado por apoderado y no por administrador único, administrador solidario, administradores mancomunados o Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno del Presidente del Consejo. Tal acuerdo se notificó en sus propios términos a la recurrente mediante escrito de 3 de enero de 2017 que fue remitido por correo electrónico al día siguiente.

Pues bien, frente al citado acuerdo de exclusión se alza la recurrente en su escrito de recurso exponiendo una serie de alegatos que se resumen a continuación.

En primer lugar, aduce que presentó una declaración responsable normalizada en el formato del DEUC, lo que le eximía de presentar el citado Anexo V. Por ello, al requerirle el órgano de contratación la subsanación del Anexo, el mismo estaba en realidad ejerciendo la facultad prevista en el pliego de recabar a los licitadores determinada documentación y no confiriéndole un plazo de subsanación. Siendo ello así, si el órgano de contratación estimó que el Anexo estaba incompleto o era insuficiente, debió entonces concederle la posibilidad de subsanar.

En todo caso, alega que, antes de tomar la decisión trascendente de excluirle, el órgano de contratación debió permitirle, bien subsanar el defecto apreciado en virtud del artículo 82 del TRLCSP, bien aclarar los términos de Anexo.



En segundo lugar, aduce que la certificación presentada es válida a todos los efectos ya que la persona firmante del Anexo V es representante de la empresa con facultades para licitar y firmar cuantos documentos sean necesarios a tal fin. A su juicio, los términos del Anexo al referirse a los Administradores o Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno del Presidente no deben entenderse como exhaustivos, puesto que el apartado 6.3.1 (B1. g) del PCAP admite la posibilidad de que el certificado sea expedido por un órgano de representación de la sociedad y aunque, a su juicio, ello es contradictorio con la previsión del Anexo V, la ambigüedad de los pliegos no debe perjudicar a los licitadores.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación solicita la desestimación del mismo, esgrimiendo que la mesa de contratación debe exigir a los licitadores el cumplimiento del PCAP, cuyo clausulado ha sido además aceptado por la recurrente al haber licitado y no haber interpuesto ningún recurso contra aquel.

Además, señala que WALDEMAR no presentó la declaración normalizada en el formato del DEUC -como alega en su escrito-, sino que optó por aportar la documentación acreditativa de su capacidad y solvencia y pese a que se le concedió la posibilidad de subsanar el Anexo V, presentó el documento firmado por una persona en calidad de apoderado de la empresa y no como administrador o secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno de su Presidente. En consecuencia, sostiene el órgano de contratación que la recurrente ha incumplido el PCAP, pues un apoderado no tiene la condición de órgano de representación de la empresa con legitimación para expedir certificaciones.

Finalmente, en fase de alegaciones al recurso, JOHNSON & JOHNSON, S.A. se opone al mismo señalando que la recurrente no ha subsanado el Anexo V en los términos exigidos en el PCAP que es ley entre las partes. Asimismo, sostiene que la actuación del órgano de contratación ha sido respetuosa con los principios de



igualdad de trato y transparencia.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si fue correcta la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación al haber aportado la recurrente, tras el plazo de subsanación concedido, el Anexo V firmado por un apoderado de la empresa.

Ya hemos expuesto que WALDEMAR se opone a tal decisión y funda su pretensión en dos alegatos. En primer lugar, señala que presentó en el sobre nº1 una declaración responsable normalizada en el formato del DEUC, que le eximía de presentar el citado Anexo V. No obstante, como señala el órgano de contratación, del contenido de las actas de la mesa de contratación, se desprende que la recurrente, haciendo uso de la opción prevista en el PCAP, no presentó el DEUC sino la documentación acreditativa de su capacidad y solvencia mencionada en el apartado 6.3.1 (B1) del citado pliego. Prueba de ello es que la subsanación requerida no quedó circunscrita al Anexo V, sino que se extendió a otros documentos. Además, obra en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, la documentación del sobre nº1 que WALDEMAR aportó a la licitación consistente en certificación de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, documentos relativos a la solvencia económica y técnica y demás exigidos en el PCAP para el caso de que los licitadores no optaran por presentar en el sobre nº1 una declaración responsable en el formato del DEUC.

Así pues, al haber hecho aquella opción, WALDEMAR tenía que presentar en el sobre nº1 el Anexo V debidamente cumplimentado, y como no consta que lo aportara, la mesa de contratación, en su sesión de 30 de noviembre de 2016, actuó correctamente al determinar que tenía que presentar el referido Anexo V debidamente cumplimentado y firmado de conformidad con el apartado 6.3.1 (B1. g) del PCAP.



En segundo lugar, WALDEMAR aduce que presentó correctamente el citado Anexo V firmado por apoderado, ya que el apartado 6.3.1 (B1 g) del PCAP se refiere a un certificado expedido por el órgano de dirección o representación de la empresa, siendo así que el apoderado es un representante de la empresa.

No obstante, asiste razón al órgano de contratación cuando argumenta que una persona apoderada no es un órgano de representación de la empresa que es lo que se exige en el PCAP para la expedición del certificado, extremo este que ya fue analizado en nuestra Resolución 108/2012, de 5 de noviembre, y que expondremos a continuación.

El artículo 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, bajo el título “Acreditación de no incompatibilidad en licitaciones públicas”, dispone que *“Las empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta de Andalucía o a través de sus entes instrumentales, deberán acreditar, mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración persona alguna a los que se refiere esta disposición, rechazándose aquellas proposiciones que no acompañen dicha certificación, junto a los documentos requeridos en cada caso.”*

La cuestión estriba, por tanto, en qué se entiende por órgano de dirección o representación competente a efectos de expedir la certificación que señala el precepto y reproduce el PCAP. Al respecto, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, dispone lo siguiente:



“1. En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

- a) A un administrador único.*
- b) A varios administradores que actúen solidariamente.*
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.*
- d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros.*

2. En los estatutos se hará constar también a qué administradores se confiere el poder de representación así como su régimen de actuación, de conformidad con las siguientes reglas:

- a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*
- b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.*
- c) En el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente.*
- d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (...)*”

En definitiva, el órgano de administración de la sociedad es el que ostenta la representación de carácter necesario de la persona jurídica, en contraposición a la representación voluntaria ostentada por un tercero en virtud de un acto de voluntad del representado.

Pues bien, el órgano de dirección o representación competente a que se refiere el artículo 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, no puede ser otro que el órgano que ostenta el poder de representación de la empresa conforme a los estatutos sociales, pero nunca un apoderado que no tiene por qué formar parte de la



estructura orgánica de la empresa y cuya representación es de carácter voluntario, encontrándose limitada a aquellos actos para los que se halla expresamente habilitado de acuerdo con el poder conferido.

Como ya indicamos en nuestra Resolución 108/2012, de 5 de noviembre, se comparte, en este sentido, el criterio seguido en el informe 12/2007, de 24 de septiembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa al que alude el órgano de contratación, y en el que se concluye, tras un análisis detallado de la cuestión, que los apoderados no están legitimados para expedir la certificación a que se refiere la Ley 3/2005, de 8 de abril, al no tener la consideración legal de órgano de representación competente para ello.

Llegados a este punto, en el supuesto analizado en la presente resolución debemos concluir que el Anexo V -que la recurrente no aportó inicialmente en el sobre nº1- presentado en fase de subsanación no se ajusta, ni a las exigencias de la Ley 3/2005, de 8 de abril, ni a lo previsto en el PCAP, pues viene firmado por persona apoderada de la empresa y no por el órgano que legalmente ostenta la representación de la entidad.

En tal sentido, procede recordar que la recurrente, al presentar su oferta, aceptó incondicionalmente las cláusulas del PCAP, pliego que tampoco ha sido impugnado por aquella y constituye «*lex inter partes*» conforme a reiterada doctrina jurisprudencial y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, siendo evidente y claro que tanto el apartado 6.3.1 (B1 g) como el Anexo V del PCAP disponen quién debe emitir el certificado a que se refiere la Ley 3/2005, de 8 de abril.

Todo ello refuerza el argumento de que, al presentarse en fase de subsanación el Anexo V firmado por persona apoderada, no podía concederse nuevo plazo a la recurrente para que subsanara el error, como de hecho pretende en su escrito de recurso invocando el artículo 82 del TRLCSP.



En este extremo, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación.

Ciertamente, el artículo 82 del TRLCSP prevé que el órgano de contratación o el órgano auxiliar del mismo podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en relación con la capacidad y solvencia o requerirle la presentación de otros complementarios, habiendo sostenido este Tribunal en algún supuesto, con apoyo en la Recomendación 2/2002, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que este plazo del artículo 82 del TRLCSP y el general del artículo 81.2 del RGLCAP no son excluyentes, pudiendo presentarse supuestos en que hayan de aplicarse ambos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva.

No obstante, en el caso examinado, la recurrente no aportó el Anexo V en su documentación inicial y fue requerida, al amparo del artículo 81.2 del RGLCAP, para que lo aportase debidamente cumplimentado en los términos exigidos en el PCAP. Por tanto, al haberlo presentado firmado por una persona apoderada incumplió el PCAP, razón por la que procedía su exclusión sin tener que otorgarle nuevo plazo de aclaración o complemento conforme al artículo 82 del TRLCSP, y ello, por cuanto no procedía aclarar ni complementar nada; simplemente no había subsanado en los términos exigidos.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **WALDEMAR LINK ESPAÑA, S.A.** contra el acuerdo de exclusión de la citada empresa adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 391/2016).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

