

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

En Madrid, a 18 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.B.S., en nombre y representación de Krka Farmacéutica, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 23 de noviembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Suministro de medicamentos antiinfecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Hospital Universitario 12 de Octubre procedió a la convocatoria del suministro de medicamentos antiinfecciosos con destino al Servicio de Farmacia, a adjudicar mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 35 lotes. El valor estimado asciende a 2.549.764,87 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su cláusula 12, regula la documentación a incluir en el sobre A, y en el punto 2 indica:

“Los que comparezcan o firmen proposiciones 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, todo ello en original o copia compulsada”, debiendo abonarse la tasa correspondiente regulada en la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, según lo establecido en la Orden 98/2002, de 29 de enero, de la Consejería de Presidencia, por la que se aprueban las normas de gestión, liquidación y recaudación de la tasa por bastanteo de documentos.

KRKA Farmacéutica, S.L. (en adelante KRKA) aportó bastanteo de poderes realizado por una letrada del Ayuntamiento de Madrid en el que consta que a la vista de escritura de apoderamiento la misma es bastante para que *“D. F.B.S., en su calidad de apoderado, ya actuando de forma solidaria, pueda tomar parte en todas las licitaciones incluidas en el objeto social, referidas a los contratos de cualquier naturaleza administrativa que celebre el Excmo. Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos”*.

La Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de Octubre, reunida en sesión del día 16 de noviembre de 2016, para la apertura de los sobres de documentación administrativa a la vista de los documentos aportados requirió a la empresa KRKA a fin de que subsanara la documentación administrativa que había presentado y aportara:

- Bastanteo de Poderes (de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid) de don F.B.S., según se exige en la Cláusula 12 A) 2, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, según modelo que figura en el ANEXO VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Los certificados de ejecución de suministros expedidos por entidad del sector público o comprador del sector privado de similares características al del contrato del expediente, siendo necesario que la suma de los importes certificados

sea igual o superior que el importe de licitación y que alguno de los certificados corresponda al último ejercicio. Todo ello según se exige en el punto 5 de la cláusula 1 del PCAP.

Dentro del plazo que se le concedió, KRKA presentó escrito acompañando declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad (modelo del Anexo VII del PCAP), así como certificados de ejecución de suministros expedidos por compradores del sector privado. Vuelve a aportar, el mismo Bastanteo de Poderes librado por una Letrada del Ayuntamiento de Madrid.

El 25 de noviembre el órgano de contratación resuelve excluir a la recurrente del procedimiento por no haber acreditado suficientemente su personalidad y capacidad de obrar para este procedimiento. La notificación fue recibida, según afirma, el 15 de diciembre de 2016. En particular se indica que *“Dentro del plazo que se le concedió, la licitadora requerida presentó escrito acompañando declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, así como certificados de ejecución de suministros expedidos por compradores del sector privado, pero no así el bastanteo de poderes autorizado por un Letrado de los Servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid, tal y como exige el PCAP rector de este procedimiento en su Cláusula 12, A), Opción b), número 2. Vuelve a aportar, en su lugar, Bastanteo de Poderes librado por una Letrada del Excmo. Ayuntamiento de Madrid con fecha 29 de agosto de 2016.”*

Tercero.- El 29 de diciembre de 2016 tuvo entrada en Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de KRK Farmacéutica, S.L. el cual lo remitió a este Tribunal el día 30.

El recurso alega la suficiencia del bastanteo de poderes aportado y solicita:

“se proceda a la retroacción del procedimiento a las actuaciones al momento anterior a la valoración de la documentación presentada por KRKA en el Escrito de

Subsanación y en el presente Recurso, y se reconsidere, considerando las alegaciones aquí expuestas, la subsanación por parte de KRKA de la documentación solicitada pudiendo ser valorada por la Mesa de Contratación la oferta económica presentada por KRKA en el sobre 3 y, consecuentemente, pudiendo obtener, teniendo en cuenta el principio de la oferta más ventajosa, la adjudicación del lote 27 del Expediente.”

El 12 de enero de 2017 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 excluida del procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

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 25 de noviembre de 2016, practicada la notificación el 1 de diciembre que fue recibida, según dice la recurrente sin que lo desvirtúe el órgano de contratación el 15, e interpuesto el recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 29 de diciembre y con entrada en este, que es el

competente para la resolución del recurso, el 30 de diciembre de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si es suficiente la acreditación del bastanteo de poderes requerido en el PCAP.

Como se ha recogido en los antecedentes de hecho la cláusula 12 del PCAP establece la obligación de incluir en el sobre A el bastanteo de poderes del firmante de la proposición y que este debe venir realizado por un letrado de la Comunidad de Madrid.

Tal como señala el artículo 145 del TRLCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP 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.

El artículo 146 de esta Ley sobre *“Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos”*, dispone que las proposiciones deberán ir acompañadas, entre otros, de los documentos que *“acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.”*

Como ya se indicó en los antecedentes de hecho, tanto en la documentación inicial como en el periodo de subsanación, KRKA presentó el escrito de suficiencia de poder bastante librado por una Letrada del Ayuntamiento de Madrid. Alega la recurrente que este tiene exactamente la misma validez legal que un escrito de suficiencia de poder bastante firmado por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y que dicho bastanteo tiene la misma validez ante cualquier

proceso de licitación. Dicho escrito era el único que se poseía hasta ahora y es el que se presenta en el presente recurso como justificante.

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 aquélla. De esta forma lo que afirma el bastanteo aportado es que a fecha 29 de agosto de 2016, si con posterioridad no se han producido modificaciones, en virtud de la escritura de apoderamiento vista, don F.B.S. tiene facultades para tomar parte en las licitaciones del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, pero ni ha sido realizado por un letrado de la Comunidad de Madrid, tal como exige el PCAP, ni da por suficientes las facultades para licitar ante esta Comunidad Autónoma sino que lo limita al Ayuntamiento y organismos autónomos.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo de 15 enero 1999, RJ 1999\1312, dice que: *“El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 Y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) Sentencia de 3 marzo 2010. F.J. cuarto, STS 26 de enero de 2.005 (R.J 2005\1452)”*.

Si bien la actuación de la Administración no debe ser contraria al principio de libre concurrencia aplicando criterios formalistas que conduzcan a la no admisión de proposiciones por defectos fácilmente subsanables, la misma jurisprudencia añade: *“así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias”*.

En este supuesto no puede considerarse vulnerado el principio de proporcionalidad ya que el efecto que conlleva la no presentación de lo requerido por la Mesa para subsanar en el plazo concedido, viene establecido en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP que en su artículo 22 sobre funciones de la Mesa de contratación, entre otras, le atribuye la de calificar las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación y determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP. La solicitud de subsanación fue clara cuando en negrita subraya la insuficiencia del documento aportado indicando entre paréntesis que lo que se debe aportar es *“Bastanteo de Poderes (de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid) de D. F.B.S.”*

Ni el TRLCSP, ni la normativa de desarrollo, prevén la concesión de un segundo plazo de subsanación por lo que su concesión en este caso sería contraria al principio de igualdad de trato al permitir aportaciones documentales no conocidas por los restantes licitadores y en plazo no contemplado en la normativa contractual ni en el PCAP.

Se trata de un requisito de la aportación de un documento que venía exigido y definido en la cláusula 12 del PCAP.

El documento es de fácil obtención durante el plazo de licitación y es preceptivo para tomar parte en el procedimiento de contratación. Además a la empresa se le concedió plazo para subsanar durante un plazo adicional suficiente para obtenerlo de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

El licitador debe cumplir todos los requisitos exigidos en los pliegos en la fecha final del plazo de presentación de ofertas, y por tanto debe acreditar documentalmente dichos requisitos. Esto es así en aras al principio de igualdad de trato de todos los licitadores, ya que todos han de cumplir y acreditar dicho cumplimiento a una misma fecha.

Este Tribunal tiene en consideración la Jurisprudencia existente contraria a la restricción participativa en la contratación pública y la defensa del carácter antiformalista con que debe actuar la Administración para evitar la limitación de la concurrencia. Igualmente ha ponderado que la admisión de la documentación, que fue requerida en subsanación y no aportada, concediendo un segundo plazo de subsanación vulneraría el principio de igualdad de trato con respecto a los licitadores que han presentado la documentación en los plazos establecidos en la normativa reguladora.

En consecuencia, considerando que la mercantil recurrente no acreditó suficientemente su personalidad y capacidad de obrar en los términos exigidos por PCAP que rige este procedimiento y en los que fue requerida de subsanación, procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 don F.B.S., en nombre y representación de Krka Farmacéutica, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 23 de noviembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Suministro de medicamentos antiinfecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141.

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 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.