



Recursos nº 299/2011 y 302/2011

Resolución nº 331/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de diciembre de 2011.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D. G.P.M, como apoderado de AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A contra el acuerdo adoptado por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el 3 de noviembre de 2011, por cuya virtud se declaró la exclusión de la proposición presentada en el expediente de contratación J11.048.12, para la adjudicación por el procedimiento abierto, del servicio de seguimiento y control de la difusión de servicios de comunicación audiovisual, por las sociedades AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., TECNOLOGÍAS DIGITALES AUDIVIOSUALES, S.L. y ACCESO GROUP S.L., que comprometían su constitución en Unión Temporal de Empresas en caso de resultar adjudicatarias, así como, en segundo lugar, contra el acuerdo adoptado por la referida Junta de Contratación el 16 de noviembre, por el que se declaraba desierta dicha licitación, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 26 de septiembre de 2011, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el “servicio de seguimiento y control de la difusión de servicios de comunicación audiovisual” (expediente J11.048.12), con un presupuesto máximo de licitación de 2.519.000 euros.

A dicha licitación presentaron oferta, agrupadas en Unión Temporal de Empresas, las sociedades AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., TECNOLOGÍAS DIGITALES AUDIVIOSUALES, S.L. y ACCESO GROUP S.L., acompañando una declaración de compromiso de efectiva constitución de tal Unión en caso de resultar

adjudicatarias. Dicha oferta y declaración, en la que se designaba como representante único de la Unión a D. G.P.M, aparecía suscrita, en nombre de la sociedad ACCESO GROUP S.L., por D. Joan Marimón Alfaro, indicándose que, sin perjuicio de su ulterior y definitiva fijación en la escritura de constitución de la Unión Temporal de Empresas, la respectiva participación de cada entidad sería del 33%.

Segundo. El 26 de octubre de 2011 fue examinada y calificada por Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la documentación administrativa presentada por los licitadores.

En concreto, y por lo que se refiere a la mercantil ACCESO GROUP S.L. se apreció la necesidad de subsanar la documentación presentada con aportación de los siguientes documentos: “DNI de D. JOAN MARIMON ALFARO, representante de la empresa. Escritura de constitución y/o modificación, inscrita en el Registro Mercantil, que acredite que el objeto social tiene su finalidad o actividad en relación directa con el objeto del contrato .Poder notarial del representante del licitador acreditando su inscripción en el Registro Mercantil.”

Tercero.- A tal fin, la Secretaria de la citada Comisión Permanente notificó a la licitadora interesada, ese mismo día, el correspondiente requerimiento de subsanación, en los términos ya indicados, cuyo requerimiento expresaba que la documentación podría ser aportada hasta las 14 horas del día 31 de octubre.

La mercantil ACCESO GROUP S.L. presentó, en tiempo y forma, la documentación con la que, pretendidamente, daba respuesta suficiente al requerimiento de subsanación formulado, entre la que figuraba el poder otorgado a favor de D. Joan Marimón Alfaro el 14 de junio de 2002 ante el notario del Ilustre Colegio de Barcelona, con dicha residencia, D. Javier García Ruíz, custodiada al número 2379 de su protocolo, así como otro poder otorgado a favor de D. Sergi Guillot Pichot.

Cuarto.- La Comisión Permanente de la Junta de Contratación examinó, el 2 de noviembre de 2011, la documentación aportada, acordando la exclusión de la oferta presentada por las empresas AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., TECNOLOGÍAS DIGITALES AUDIVIOSUALES, S.L. y ACCESO GROUP S.L. bajo el compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas, al entender que no había sido debidamente atendido, en lo que concernía al “poder notarial del representante del

licitador”, el requerimiento de subsanación documental formulado a ACCESO GROUP S.L.

Así se reflejó en el Acta de la sesión, en la que se motivó la exclusión por “indicar el poder de representación concedido a D. Joan Marimón Alfaro por la empresa ACCESO GROUP, S.L., de fecha 14 de junio de 2002, un límite para presentar ofertas a concursos públicos de 300.506,05€ anuales, inferior a la cantidad resultante de aplicar al presupuesto máximo de licitación del contrato, la participación del 33% que la empresa ACCESO GROUP S.L. indica en la Declaración de Compromiso de Constitución de Unión Temporal”, todo ello en aplicación de la interpretación más favorable del art. 48.2 de la LCSP”.

El 7 de noviembre de 2011 fue notificada dicha exclusión, incorporando la motivación antes reproducida, a las mercantiles que concurrían agrupadas en la referida Unión Temporal de Empresas.

Quinto.- El 24 de noviembre de 2011, D. G.P.M, como apoderado de AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A y en representación de las tres licitadoras que concurrían agrupadas bajo el compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo de exclusión, asignándose a tal expediente el número 299/ 2011.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del citado recurso a la otra empresa que había participado en la licitación, KANTAR MEDIA S.A., otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que, finalmente, aquélla hiciera uso de tal facultad.

Sexto. Habiendo continuado el procedimiento de licitación el curso que le era propio, el 16 de noviembre de 2011 la Comisión Permanente de la Junta de Contratación procedió a la apertura del sobre número 3, “criterios cuantificables automáticamente”, tras haber aprobado previamente el correspondiente informe sobre los criterios susceptibles de un juicio de valor. En dicho acto, se puso de manifiesto que la oferta económica presentada por la otra licitadora, KANTAR MEDIA S.L., superaba el presupuesto máximo de licitación, por lo que se declaró su exclusión y se acordó elevar al Pleno propuesta a fin de declarar desierta la licitación, como así lo hizo la Junta de Contratación mediante acuerdo de igual fecha.

Séptimo. El 29 de noviembre de 2011, D. G.P.M, como apoderado de AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A y en representación de las tres licitadoras que concurrían agrupadas bajo el compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo por el que se declaraba desierta la licitación, asignándose a tal expediente el número 302/2011.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que así lo hiciera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 316.1 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 299/2011 y 302/2011 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al haber sido interpuestos por la misma recurrente, referirse a actos integrantes de un mismo procedimiento que están causalmente vinculados y fundar en ambos casos sus pretensiones en la improcedencia de la exclusión referida en el antecedente de hecho cuarto (que es objeto del recurso 299/2011), sin la que no podría haber sido declarada desierta la licitación (cuya declaración es objeto del recurso 302/2011).

Segundo. Los tales recursos se interponen, como se ha dicho, contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en sesión de 2 de noviembre de 2011, así como contra la declaración como desierta de la licitación acordada por dicha Junta de Contratación el 16 de noviembre de 2011, todo ello en el expediente de contratación J11.048.12, para la adjudicación, por el procedimiento abierto, del servicio de seguimiento y control de la difusión de servicios de comunicación audiovisual, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, correspondiente al 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo del día 14 de noviembre de 2011, al estar integrada la citada Junta de Contratación en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. Debe entenderse que los recursos acumulados han sido interpuestos por persona legitimada al efecto y dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución en cada caso recurrida y dicha interposición más de los quince días hábiles a que se alude en el artículo 314.2, de la Ley de Contratos del Sector Público, actual artículo 44.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la afirmación de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de impugnación por dicho cauce, atendido lo dispuesto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público, correspondiente al artículo 40 del citado texto refundido.

Cuarto. La recurrente fundamenta, como ya se ha dicho, sus recursos en unos mismos argumentos, a saber, que la exclusión acordada el 2 de noviembre de 2011 carece de justificación, en tanto fue oportunamente aportado poder bastante del representante de la licitadora ACCESO GROUP S.L.

En efecto, se alega que, con independencia del poder referido en el antecedente de hecho tercero y otorgado a favor de D. Joan Marimón Alfaro (cuya insuficiencia no se discute), fue aportado poder bastante otorgado por dicha mercantil a nombre de D. Sergi Guillot Pinchot, con el que se considera debe tenerse por cumplido el requerimiento de subsanación a tal fin dirigido, aunque no fuera debidamente valorado por la Comisión Permanente.

Tal alegato, así debe anticiparse, no puede prosperar, por las diversas razones que ahora se expondrán.

Quinto. En primer término, debe ponerse de manifiesto que el requerimiento de subsanación formulado por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación indicaba, claramente, que el poder a aportar debía referirse al representante de la empresa ACCESO GROUP S.L. en la oferta presentada, a saber, D. Joan Marimón Alfaro. Partiendo de este hecho, es lo cierto que, a sus resultas, fue aportada la escritura

de apoderamiento referida en el antecedente de hecho tercero de esta resolución, otorgada a favor del citado D. Joan Marimón Alfaro el 14 de junio de 2002 ante el notario del Ilustre Colegio de Barcelona, con dicha residencia, D. Javier García Ruíz y custodiada al número 2379 de su protocolo.

Dicha escritura de poder no era, como acertadamente apreció la Comisión Permanente, bastante a los efectos de la licitación que nos ocupa, toda vez que en ella, bajo la letra C, se indica claramente que la facultad de “presentar ofertas en concursos públicos” solo podrá ejercerse “hasta el límite máximo de TRESCIENTOS MIL QUINIENTOS SEIS EUROS CON CINCO CÉNTIMOS anuales”, cantidad notoriamente inferior al presupuesto máximo de licitación (que ascendía a 2. 519.000 euros).

En este sentido, si bien no es relevante en lo que al sentido de la resolución atañe (toda vez que, incluso bajo tal interpretación, el poder seguiría siendo insuficiente), cumple destacar que la Comisión Permanente dio al requisito de apoderamiento la interpretación más favorable al interesado de entre todas las posibles, al considerar que el importe que debía cubrir el poder no era el total del contrato, sino únicamente el equivalente a la participación de la empresa en la Unión Temporal de Empresas en la que figuraba agrupada.

Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal, en la resolución 184/2011, ha declarado que el poder del representante de cada una de las sociedades participantes en una Unión Temporal de Empresas debe ser bastante para comprometerla por el total importe del contrato, que no solo en la proporción correspondiente a su participación, y ello sobre la base de los siguientes argumentos, que ahora procede reiterar:

“En cuanto al primer motivo aducido, el artículo 48 de la Ley de Contratos del Sector público señala en su apartado 2, que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente. Por su parte los artículos 21 y 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, disponen en primer lugar que los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro acompañarán también poder bastante al efecto, y en segundo que en las uniones temporales de empresarios, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia.

La proposición formulada por los licitadores se realiza sobre un contrato que es único y es por ello que de resultar adjudicataria la Unión Temporal de Empresas sus miembros responden solidaria y no mancomunadamente de la ejecución del contrato, con independencia de cual sea la participación en la Unión. Así la voluntad de cada uno de los integrantes de la Unión debe abarcar la totalidad de la oferta, de modo que si el poder del representante de una empresa no es suficiente para comprometerla respecto de la totalidad del contrato, como es el caso, debe entenderse insuficiente el apoderamiento de una de las empresas participantes en la Unión Temporal de Empresas y por ende viciada su oferta.”

Sexto. Hecha esta observación y asumido que no se presentó poder bastante a nombre del señor Marimón Alfaro, debe rechazarse que, como señala la recurrente, dicho requerimiento de subsanación pudiera entenderse cumplimentado con la escritura de apoderamiento a favor de D.Sergi Guillot Pichot, que el órgano de contratación, en el informe emitido en el recurso 302/2011, acepta como aportada en tiempo y forma a sus resultados (con implícita aplicación, cabe entender, de lo dispuesto en el artículo 27.1, in fine, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo).

En este punto cabe recordar la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en interpretación del artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a la que también se hace referencia en la ya citada resolución 184/2011 de este Tribunal.

Se señalaba allí, en efecto, que la Junta Consultiva tiene declarado que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que consagran los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público (correspondientes a los artículos 1 y 139 del mencionado Texto Refundido). Por ello, el reconocimiento de un plazo adicional a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

De este modo, la posibilidad de subsanación se contraería, exclusivamente, a los defectos y omisiones padecidos en la propia documentación, que no en el contenido

material de la misma. Es decir, el requisito (en este caso el poder del representante de la mercantil en la oferta presentada) debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sino que únicamente lo es su acreditación (informes de 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 de octubre de 2000, 17 de diciembre de 2002, 28 de febrero de 2003, y de 1 de febrero y 24 de noviembre de 2010)

En concreto, aplicando la doctrina transcrita respecto del requisito de la representación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y este propio Tribunal, en la citada resolución 184/2011, ha señalado 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 defecto subsanable (por todos Informe de 7 de junio de 2004).

Pues bien, partiendo de lo dicho y asumido, como se ha dicho, que la mercantil ACCESO GROUP S.L. no acreditó oportunamente que, en el momento de presentar su oferta, quien en ella aparecía como su representante, a saber, D. Joan Miramón Alfaro, tuviera poder bastante al efecto, resulta irrelevante el que, en virtud del requerimiento de subsanación formulado, haya presentado también escritura de poder a nombre del señor Guillot Pichot.

En efecto, aún si dicho apoderamiento no tiene las limitaciones cuantitativas del otorgado a favor del señor Marimón Alfaro, lo cierto y evidente es que el señor Guillot Pichot no fue quien suscribió la oferta presentada por la mercantil ACCESO GROUP S.L. Por tanto, si se admitiera que mediante la ulterior aportación del poder a su favor otorgado pudiera subsanarse el defecto de acreditación de la representación objeto del requerimiento dirigido el 26 de octubre de 2011, se estaría aceptando, implícita e indebidamente, la sobrevenida sustitución de la oferta originariamente presentada por otra nueva, en la que tanto la proposición como la declaración de compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas se considerarían firmadas no ya por el señor Marimón Alfaro, sino por el señor Guillot Pichot. Ello sería, en rigor, tanto como ampliar a la citada mercantil el plazo para la presentación de su oferta, en términos que, debe reiterarse, son incompatibles con los principios de no discriminación y de igualdad de trato que

consagran los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público (correspondientes a los artículos 1 y 139 del mencionado Texto Refundido).

Debe, en consecuencia, confirmarse, por reputarse ajustada a derecho, la exclusión acordada por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el 2 de noviembre de 2011, desestimando el recurso contra ella interpuesto.

Séptimo. La desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión determina, sin necesidad de argumentación adicional, la forzosa desestimación del hecho valer contra el acuerdo por el que se declaraba desierta la licitación, que se revela como ajustado a derecho al no existir, como señala, sensu contrario, el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, correspondiente al artículo 151.3 del citado Texto Refundido, ninguna proposición que resultase admisible de acuerdo con los criterios que figuraban en el pliego aplicable.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos acumulados interpuestos por D. G.P.M, como apoderado de AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A contra, en primer lugar, el acuerdo adoptado por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el 3 de noviembre de 2011, por cuya virtud se declaró la exclusión de la proposición presentada, en el expediente de contratación J11.048.12, para la adjudicación, por el procedimiento abierto, del servicio de seguimiento y control de la difusión de servicios de comunicación audiovisual, por las sociedades AXIÓN RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., TECNOLOGÍAS DIGITALES AUDIVIOSUALES, S.L. y ACCESO GROUP S.L., que comprometían su constitución en Unión Temporal de Empresas en caso de resultar adjudicatarias, así como, en segundo lugar, contra el acuerdo adoptado por la referida Junta de Contratación el 16 de noviembre, por el que se declaraba desierta la licitación

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, (artículo 47.5 del Texto Refundido).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.