

Recurso 99/2012.
Resolución 108/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 5 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SENDAL, S.A** contra la resolución, de 23 de agosto de 2012, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material de hematología” (Expte. 236/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de mayo de 2012, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de la licitación del contrato denominado “Suministro de material de hematología”. Asimismo, el citado anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de mayo de 2012, y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 28 de mayo de 2012.

El valor estimado del contrato asciende a 511.251,90 euros.

SEGUNDO. En la sesión de la mesa de contratación de 5 de julio de 2012, se procedió a la apertura de los sobres n°1 relativos a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de los licitadores.

Tras el examen de la documentación presentada por la empresa SENDAL, S.A., la mesa acordó que esta entidad debía subsanar, en el plazo de 3 días hábiles, aportando el Anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), consistente en un certificado de 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, firmado por el Secretario del Consejo de Administración con el VºBº del Presidente, o en su caso, por el Administrador único, Administrador solidario o Administradores mancomunados, ya que el presentado estaba firmado por el apoderado de la empresa.

En el plazo de subsanación, SENDAL, S.A presentó nuevamente el Anexo V del PCAP firmado por el apoderado de la empresa.

En la sesión de la mesa de contratación de 12 de julio de 2012 se acordó la exclusión de la citada empresa por no haber subsanado en los términos acordados, ya que el Anexo V seguía estando firmado únicamente por persona apoderada.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 23 de agosto de 2012, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En la citada resolución no consta la causa de exclusión de la licitación respecto a la recurrente

El 30 de agosto de 2012, tuvo salida del Hospital Universitario Virgen del Rocío la notificación de la resolución de adjudicación dirigida a la empresa recurrente. En el texto de la notificación no consta tampoco la anterior causa de exclusión.

El 3 de septiembre de 2012, se remitió nueva notificación a la empresa indicándole el motivo de exclusión en los siguientes términos: *“Notificado con fecha 6 de julio de 2012 las causas de subsanación, transcurrido el plazo de presentación y examinada nuevamente la citada documentación, los miembros de la Mesa de Contratación de la Plataforma Provincial de Contratación Administrativa, acordaron excluir a la empresa SENDAL, S.A , por no haber podido subsanar la acreditación del Anexo V del PCAP sobre declaración de incompatibilidades para contratar (ley 3/2005, de 8 de abril), al seguir estando firmado por el apoderado en lugar del Secretario del Consejo de Administración con el VºBº del Presidente del Consejo, o en su caso, por el Administrador único, Administrador solidario o Administradores mancomunados.”*

El mismo día 3 de septiembre de 2012 dicha notificación se comunicó a la empresa mediante fax y correo electrónico.

CUARTO. El 18 de septiembre de 2012, tuvo entrada en el Registro del Hospital Universitario Virgen del Rocío escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por SENDAL, S.A contra la resolución de adjudicación del contrato.

QUINTO. El 28 de septiembre de 2012, se recibió en el Registro de este Tribunal escrito del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto, junto con el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de licitadores con los datos precisos a efectos de notificaciones.

El 9 de octubre de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición de recurso a todos los interesados, concediéndoles cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la empresa OIARSO, SOCIEDAD COOPERATIVA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, ostentando el Servicio Andaluz de

Salud la condición de poder adjudicador y Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 apartados 2 y 3 del TRLCSP.

Por tanto, es procedente el recurso especial contra la citada resolución.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

El artículo 151.4 del citado texto legal dispone que *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante (...)”*

Asimismo, el artículo 44.3 del TRLCSP dispone que *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en del órgano competente para la resolución del recurso”*

En el expediente de contratación consta que la notificación de la exclusión de la licitación a la empresa recurrente se produjo con posterioridad a la notificación de la resolución de adjudicación, la cual nada decía sobre la exclusión de licitadores. Es por ello, que la primera vez que la recurrente tuvo conocimiento de su exclusión fue mediante la notificación realizada por fax y correo electrónico, el día 3 de septiembre de 2012. Por tanto, ha de ser esta fecha la que se tome en consideración para iniciar el cómputo del plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

En consecuencia, habiéndose presentado el recurso especial en materia de contratación en el Registro del órgano de contratación el 18 de septiembre de 2012, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

Finalmente, no consta el anuncio previo del recurso conforme a lo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP. No obstante, la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada. **El recurso** se sustenta en los argumentos siguientes:

- Que, según consta en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con número de inscripción 1039, L.F.C. ostenta poder suficiente para concurrir en subastas, concursos y licitaciones aceptando las adjudicaciones y firmando los documentos que se precisen ante el Servicio Andaluz de Salud, en el ámbito territorial de toda la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Que L.F.C., aparte de ser apoderado, es Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración de SENDAL, S.A según los poderes que obran en el Registro de licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con el número de inscripción 1039.
- Que, en consecuencia, se declare nula la adjudicación de los lotes 9 y 10 del contrato y se reúna una nueva mesa de contratación para su valoración.

Por su parte, **el órgano de contratación** en el informe sobre el recurso manifiesta que:

- 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 establece la obligatoriedad, para las empresas que tomen parte en licitaciones públicas, de acreditar, mediante certificación de su órgano de dirección o representación, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración ninguna persona a la que se refiere la disposición, aclarando que serán rechazadas las proposiciones que no acompañen dicha certificación.

La duda acerca de si la certificación a que alude el precepto podía ser firmada por un apoderado de las entidades licitadoras fue objeto del informe 12/2007, de 24 de septiembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se concluía que los apoderados no están legitimados para expedir la certificación al no tener la consideración legal de órgano de representación competente para ello.

- En la ficha del Registro de Licitadores no consta expresamente la condición de Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración de L.F.C., a lo que hay que añadir que tanto en el Anexo V inicialmente aportado con la documentación como en el presentado tras la subsanación, dicha persona firma en calidad de apoderado. Por otro lado, con la documentación que se adjunta al recurso, la empresa aporta una escritura en la que consta el nombramiento de L.F.C. como Consejero Delegado, pero dicha escritura no se aportó en ningún momento en la licitación.

Una vez expuestas las argumentaciones de las partes en el recurso, procede analizar la cuestión de fondo planteada, a saber, si fue o no ajustada a Derecho la exclusión de la recurrente al aportar, inicialmente y tras el plazo de subsanación concedido, el Anexo V del PCAP firmado por una persona en calidad de apoderada de la empresa licitadora.

En efecto, 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. 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 ejercerá 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 forma parte de la estructura orgánica de la empresa y cuya representación es de carácter voluntario, hallándose limitada a aquellos actos para los que se encuentra expresamente habilitado de acuerdo con el poder conferido.

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.

Ante tal conclusión, la cuestión objeto del presente recurso se simplifica, pues sólo queda determinar si la empresa recurrente subsanó en los términos exigidos por la mesa de contratación.

En la documentación presentada por la recurrente en el sobre nº 1 figuraba el Anexo V - relativo a la certificación de los extremos previstos en el art 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril- firmado por un apoderado de la empresa. Al constatarse este extremo por la mesa de contratación, se le confirió un plazo de subsanación y se indicó a la empresa quién debía firmar el referido Anexo, pese a lo cual éste volvió a aportarse a la licitación suscrito por el mismo apoderado, todo lo cual evidencia que la recurrente no subsanó en plazo la documentación en los términos requeridos.

Asimismo, alega la empresa recurrente que el apoderado que suscribe el Anexo V es, además, Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración de SENDAL, S.A según los poderes que obran en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía. A tales efectos, adjunta al recurso escritura pública en la que efectivamente consta que L.F.C., según certificación unida, es designado Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad y nombrado Consejero Delegado para que pueda ejercer todas las facultades del Consejo de Administración, salvo las legal o estatutariamente indelegables.

Ahora bien, este dato no pudo ser conocido por la mesa de contratación porque en los datos escriturales y registrales del certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía no se especifica aquella

designación y nombramiento. Al contrario, lo único que consta es la condición de apoderado de aquella persona. Además, lo cierto e incuestionable es que en el Anexo V que se presenta en el plazo de subsanación, L.F.C. suscribe el documento actuando en calidad de apoderado y no de Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado.

Por consiguiente, no es posible admitir que la empresa recurrente hubiera subsanado en plazo el defecto apreciado por la mesa de contratación, resultando ajustado a Derecho el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por aquélla.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SENDAL, S.A** contra la resolución, de 23 de agosto de 2012, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material de hematología”.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO. 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.

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.

LA PRESIDENTA