

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

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SAFY SEGURIDAD, S.L., (en adelante SAFY) contra la exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Mantenimiento integral de los equipos de protección respiratoria, botellas de aire respirable y cascos del Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid”, A/SER-011312/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2019, y en el BOCM de fecha 10 de enero de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 2.539.226,96 euros y su duración es de 4 años.

Segundo.- La Mesa de contratación en su reunión de fecha 25 de Febrero de 2020, acordó declarar como mejor oferta la presentada por SAFY, acompañando como anexo al Acta el informe con la puntuación obtenida por los tres licitadores, después de que los técnicos de la Comunidad de Madrid hubieran analizado si las espalderas propuestas por los licitadores cumplían los requisitos exigidos.

Con fecha 4 de mayo de 2020, la Mesa de contratación se reúne con el objeto de calificar la documentación presentada por el mejor licitador SAFY, emitiendo Acta en la que se recoge la documentación que, a su juicio, no había aportado, dándole traslado de la misma para su subsanación.

El 28 de mayo de 2020, se reúne la Mesa de contratación para calificar la documentación presentada por la recurrente, acordando, a la vista del informe emitido por la Dirección General de Emergencias del día anterior 27 de mayo, no tener por subsanados todos los defectos que fueron señalados en la reunión anterior de 4 de mayo de 2020, excluyéndole de la licitación.

Tercero.- El 19 de junio de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SAFY en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión por no considerarlo ajustado a Derecho.

Cuarto.- El 26 de junio de 2020, 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 ha planteado contra la exclusión de la licitación, que fue notificada el 1 de junio de 2020, presentando el recurso el 19 de junio, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un licitador 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.b) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del asunto el recurrente sostiene en primer lugar que la reunión de la Mesa de Contratación de fecha 28 de Mayo de 2020 y el acuerdo de excluir a SAFY de la licitación por no haber subsanado, en su opinión, los defectos señalados en la reunión de 4 de Mayo de 2020 en el plazo de los 3 días concedidos, es nula de pleno derecho, por cuanto se halla dentro de los supuestos contemplados en el apartado 2 del artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual

establece que: “2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, dado que cuando se reunió la Mesa el 28 de mayo de 2020, el plazo para subsanar, si fuese válido, que tampoco lo era, no hubiera comenzado a correr. Considera que la Mesa de Contratación se celebró, en ausencia del licitador o licitadores, que no pudieron acudir a la reunión de la Mesa para hacer valer sus derechos, por no haber sido notificados de su celebración y aunque lo hubiera sido por hallarse imposibilitados por la obligación de confinamiento establecida por el Real Decreto 463/2020. Tampoco se dice en el acta levantada la forma en la que se llevó a efecto la reunión de la Mesa de Contratación, dado que sus miembros también se hallaban en situación de confinamiento y, en todo caso, el acuerdo tomado en la reunión de conceder a SAFY un plazo de tres días para subsanar los defectos encontrados, no entró en vigor hasta el día 1 de junio de 2020 y finalizó el plazo el día 4 de Junio de 2020, y ello en base a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020.

A este respecto, el órgano de contratación sostiene que estas reuniones de las Mesas donde se analiza documentación administrativa no se celebran en acto público y, en consecuencia, no se les tenía que convocar. Considera que las mesas de contratación, como órganos colegiados que son, pueden celebrar sus sesiones de forma presencial o a distancia, tal como prevé la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 17.1. Por otro lado, es cierto que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que entró en vigor en la misma fecha (el 14 de marzo de 2020), en su disposición adicional tercera (suspensión de plazos administrativos), que fue modificada por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, establece en primer lugar, en sus apartados 1 y 2, una suspensión automática de todos los

procedimientos que tramiten las entidades del sector público, entre los que hay que entender incluidos los de contratación pública. Sin embargo, esa misma disposición, en sus apartados 3 y 4 establece algunas excepciones. En este sentido, tal y como indicó la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda y Función Pública, si el procedimiento de contratación se encuentra en la fase de subsanación de defectos u omisiones de la documentación presentada por los licitadores, también quedará suspendido el plazo para ello. No obstante, si todos los que se encuentran en esa situación cumplimentan voluntariamente lo requerido, se podrá continuar con la tramitación. Tal fue el presente caso. La unidad promotora del contrato se puso en contacto por correo electrónico con la empresa recurrente que no puso reparos a la aportación de la documentación, como hizo dentro del plazo. En el caso de que hubiera manifestado su falta de disposición o de medios para presentar la documentación, no se hubiera continuado la tramitación. Pero no fue este el caso, sino que la empresa aceptó la continuación del procedimiento y no puede impugnar el acuerdo de la Mesa por este motivo, solo porque la decisión no le ha sido favorable. A mayor abundamiento, aun en el caso de declarar nula la reunión de la Mesa, no tendría ningún sentido, a su juicio, retrotraer las actuaciones, que sería la consecuencia de dicha nulidad, pues se volvería a requerir la misma documentación a la recurrente y los motivos de exclusión persistirían.

Vista las alegaciones de las partes, este Tribunal está de acuerdo con las alegaciones del órgano de contratación, ya que las mesas de contratación donde se analiza la documentación administrativa no son públicas, sin perjuicio de la publicidad de sus acuerdos. Las reuniones de la mesa de contratación, como acertadamente señala el órgano de contratación pueden celebrarse de modo presencial o a distancia, tal como prevé la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 17.1. *“Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento*

interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario”, por lo que la mesa puesta en cuestión por el recurrente cumple las exigencias legales.

Respecto al plazo de subsanación de deficiencias acordada en la Mesa de contratación de 4 de mayo de 2020, efectivamente nada obligaba al recurrente a subsanar la documentación requerida en el plazo concedido, ya que los plazos se encontraban suspendidos hasta el 7 de mayo de 2020, en base a la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, siendo, a partir de esa fecha, cuando comenzarían a computar el plazo de tres días para la subsanación. No obstante, no existe ningún obstáculo para que voluntariamente se presente la documentación requerida con anterioridad al levantamiento de la suspensión, como en el caso que nos ocupa.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Respecto al resto de motivos, el recurrente desglosa cada uno de los apartados del informe que sirvió de base para su exclusión.

El primero de ellos, se refiere al objeto social. En este sentido, el informe señala que dado la especificidad técnica de los servicios objeto de la contratación hacen exigible que su objeto social sea: *“la fabricación, comercialización y prestación de servicios a personas o entidades que utilicen equipos autónomos de aire comprimido para respiración, tanto en tierra, como bajo el agua; la recogida y efectucción de pruebas periódicas de presión en equipos de seguridad autónoma en tierra e inmersión submarina”*.

El recurrente sostiene que, no sólo ha acreditado que dispone de la licencia para ejercitar el objeto social que se le exige, sino que también cumplió, en su día, con el objeto social demandado, en concreto en la escritura pública de fecha 26 de noviembre de 2019, el objeto social actual desde dicha fecha es el siguiente:

“(…)

La fabricación, comercialización y prestación de servicios a personas o entidades que utilicen equipos autónomos de aire comprimido para respiración tanto en tierra como bajo el agua; la recogida y efectucción de pruebas periódicas de presión en equipos de seguridad autónoma en tierra e inmersión submarina; la fabricación y montaje de aparatos autónomos de emergencia para respiración en presión positiva y a demanda”.

Por su parte, el órgano de contratación señala que aun cuando la empresa presentó escritura de ampliación del objeto social en la cual constaba el objeto social requerido para este contrato, dicha escritura no estaba inscrita en el Registro Mercantil y no resultaba posible pedirle más subsanaciones a la empresa.

Procede, por tanto, analizar las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la falta de inscripción de la ampliación del objeto social en el Registro Mercantil. A este respecto, hay que señalar que a la empresa recurrente, como S.L., le es de aplicación el régimen jurídico previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo artículo 1 establece *“Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”.*

En su Artículo 290, respecto a la modificación estatutaria, establece:

“Escritura e inscripción registral de la modificación.

- 1. En todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.*

Por tanto, los requisitos formales de todo acuerdo de modificación estatutaria se cumplen con la constancia del mismo en escritura pública, su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME.

Parece claro que la expresión, “*en todo caso*” que recoge el citado artículo 290, contribuye a reafirmar la obligatoriedad del cumplimiento de estos presupuestos para que el acuerdo de modificación tenga plena eficacia.

Por otro lado, la cláusula 15 del PCAP establece:

“Capacidad de obrar.

1.1.- Si la empresa fuera persona jurídica, la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional en los que consten las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial. Estos documentos deberán recoger el exacto régimen jurídico del licitador en el momento de la presentación de la proposición y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación”.

Por su parte, el artículo 66.1 de la LCSP establece que “*Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios*”.

En la documentación inicial presentada por el recurrente cuando le fue requerida al ser propuesto como adjudicatario del contrato, no constaba la escritura de constitución. En el periodo de subsanación concedido presentó la escritura de constitución de 2003, inscrita en el Registro Mercantil, acompañándola de una escritura de modificación estatutaria en 2019, en la que se ampliaba su objeto social, en los términos exigidos por la licitación, si bien esta escritura no constaba inscrita

en el Registro Mercantil. Por tanto, en los términos señalados anteriormente, aun cuando el acuerdo societario sea válido, carece de eficacia frente a terceros.

No procedía conceder un segundo plazo de subsanación, que implicaría una indeterminada solicitud de subsanaciones que dilatarían la adjudicación del contrato en contra del interés general en el inicio de su ejecución, por lo que la exclusión fue conforme a Derecho, y el recurso debe ser desestimado.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado, lo que lleva aparejada la desestimación del recurso, sin que sea necesario el análisis del resto de motivos.

No obstante, a mayor abundamiento, se comprueba que tampoco cumple con la habilitación empresarial exigida en la Cláusula 1.6 del PCAP *“Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.*

Procede: Sí

De acuerdo con la ITC-EP5 del RD2060/2008, de 13 de diciembre, se exigirá que la empresa esté inscrita en los correspondientes Registros autonómicos de Centros de Recarga de botellas de equipos respiratorios autónomos para actividades subacuáticas y trabajos de superficie y en el Registro de Centros de Inspección periódica de botellas de equipos respiratorios autónomos para actividades subacuáticas y trabajos en superficie.

Se deberán aportar certificados de inscripción en los registros señalados, con la indicación de empresa reparadora de equipos a presión de categoría ERP-2, como documentación”.

El plazo para la presentación de ofertas en la presente licitación, finalizó el 20 de enero de 2020. Sin embargo, las fechas de presentación de las solicitudes de SAFY en la Dirección General de Industria, Energía y Minas fueron:

- _ Centro de inspección periódica: 16/03/2020.
- _ Centro de recarga: 16/03/2020.

_ Acta de registro industrial como empresa reparadora de equipos a presión: 10 de marzo.

Por tanto, en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, no cumplía ninguno de los tres requisitos exigidos en la habilitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SAFY SEGURIDAD, S.L., contra la exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Mantenimiento integral de los equipos de protección respiratoria, botellas de aire respirable y cascos del Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid”.

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.