

Reclamación nº 202/2020**Resolución nº 217/2020**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 27 de agosto de 2020, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A (en adelante, Ortiz), contra el acuerdo de notificado en 27 de julio de 2020 por el que se acuerda excluir del procedimiento de adjudicación a la entidad Elecor, S.A.U, y notificado a Ortiz sucesora de Elecor del procedimiento “Acuerdo Marco para las obras de instalación, modernización y legalización de sistemas de protección contra incendios. Licitación 6011900396”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de octubre de 2019, Metro de Madrid, S.A. (en adelante, Metro) convocó, a través del Perfil de Contratante de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la licitación nº 6011900396 para la contratación, por procedimiento abierto, de un acuerdo marco para las obras de instalación, modernización y legalización de sistemas de protección contra incendios, a adjudicar, en función de criterios cualitativos, a las ofertas que igualen o superen el umbral de suficiencia técnica establecido en el apartado 27 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (en adelante, PCP). Dicha convocatoria fue publicada también en el DOUE de 11-10-2019, en el BOE de 12-10-2019, en el



BOCM de 11-10-2019. Conforme al apartado 16 del cuadro resumen del PCP, el plazo de presentación de ofertas finalizó a las 12:00 horas del día 20 de noviembre de 2019. Valor estimado del contrato: 12.000.000 euros.

En el plazo indicado presentaron oferta las siguientes empresas:

- SIEMENS, S.A.
- SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A.
- INDRA SISTEMAS, S.A.
- COFELY ESPAÑA, S.A.
- ELECNOR, S.A.
- ARNAOSAINZ, S.L.
- TECHCO SEGURIDAD, S.L.U.
- ELECOR, S.A.U.
- PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD ESPAÑA, S.L.

Segundo.- En lo que aquí interesa, el apartado 23 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares establece lo siguiente“. *¿Es necesario contar con una habilitación empresarial o profesional concreta para la ejecución de los contratos derivados del acuerdo marco? Sí. Deberá estar inscrita en el registro de la Comunidad de Madrid de Instalaciones de Prevención y Extinción Contra Incendios. Se deberá acreditar que se cumple este requisito de habilitación en fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas especificado en el apartado 16 de este pliego. [...] A los licitadores que cumplan con lo especificado en el apartado 8 del cuadro resumen de este pliego, se le requerirá la aportación de la documentación acreditativa de la vigencia y validez de la habilitación empresarial o profesional exigida.”.*

El referido apartado 16 del cuadro resumen del PCP establece como plazo de presentación de ofertas “Hasta las 12:00 horas del día 20 de noviembre de 2019. En relación con lo anterior, la condición “6.3. Documentación administrativa” del mismo Pliego establece: “[...] El momento decisivo para apreciar la concurrencia de



los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con Metro de Madrid será el de finalización del plazo de presentación de ofertas.”

Tercero.- ELECOR, S.A es requerida por el órgano de contratación sobre el cumplimiento del requisito consignado en el ordinal precedente.

En respuesta a este primer requerimiento , el licitador informa de una operación de fusión por absorción por la que ELECOR, S.A.U. (Sociedad Absorbida) quedó disuelta sin liquidación, quedando subrogada en todos sus derechos y obligaciones ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. (Sociedad Absorbente) -operación acreditada mediante la correspondiente escritura de fecha 21 de octubre 2019, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid el 19 de diciembre de 2019- y aporta en plazo, al objeto de acreditar los requisitos exigidos, documentación correspondiente a ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. que sería, en su caso, la adjudicataria del contrato.

Comprobado a través del ROLECE por Metro de Madrid que ninguna de ambas empresas disponía de la habilitación exigida, se vuelve a requerir y el licitador acredita documentalmente la habilitación exigida para la entidad ELECOR, S.A.U., pero con relación a ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. el documento aportado “declaración responsable de empresa de servicios en materia de seguridad industrial” cursando solicitud de “alta”(sin figurar en el propio documento a qué actividad concreta se refiere) con registro de entrada en el órgano competente de fecha 7 de enero de 2020 (posterior a la fecha de vencimiento del plazo para presentar oferta), no acredita que ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. disponga, con fecha 20 de noviembre de 2019, de la habilitación exigida. Habiendo quedado extinguida la empresa ELECOR, S.A.U. en el transcurso del procedimiento, y no reuniendo ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A., su potencial sucesora, las condiciones exigidas en el Pliego de Condiciones Particulares para poder participar en esta licitación (al no disponer de la habilitación exigida en el apartado 23 de su cuadro resumen) ni con ello las condiciones para



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 0926391906942903249732

suceder a la primera en este procedimiento de adjudicación conforme a lo previsto en el citado artículo 144 de la Ley 9/2017, la oferta presentada por ELECOR, S.A.U. quedó excluida de la presente licitación.

Cuarto. - El 18 de agosto 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). No se ha estimado necesario oír a ningún otro licitador en este procedimiento, conforme al artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero (en adelante RD-LCSE), 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. La preparación y adjudicación de este contrato se rigió por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y lo establecido por los apartados 2 y 3 de la disposición adicional octava de la LCSP. En cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato, éstos se regirán por lo establecido en el propio contrato, en la documentación contractual, en el Derecho privado y por aquellas normas a las que expresamente se refiere el artículo 319 de la LCSP.

No obstante, a tenor de la disposición final decimosexta y transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea



en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, la reclamación se rige por esta última ley, dado que la exclusión se produce transcurridos más de veinte días de la publicación de la misma.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador que quedó excluido y eventual adjudicatario según la propia comunicación de Metro de Madrid de 14 de mayo de 2020, y por ello *“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.- La reclamación se presenta dentro del plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la exclusión el 6 de agosto.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Cuarto.- La reclamación se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de obras de importe superior a 5.350.000 euros, cabiendo la reclamación a tenor de los artículos 119.2. b) y 1 del RD-LCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo de la reclamación, esta se basa en el incumplimiento por Ortiz de las condiciones para la sucesión en el procedimiento previstas en el artículo 144 de la LCSP, a tenor del cual: *“Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el*



procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”

Alega que ORTIZ no reunía a fecha límite de presentación de proposiciones las condiciones para licitar en el procedimiento y en particular no tenía la habilitación requerida de estar inscrita en el registro de la Comunidad de Madrid de Instalaciones de Prevención y Extinción Contra Incendios, y, por ende, no podía suceder en el procedimiento a ELECNOR según el artículo transcrito.

Añade que la fusión por absorción no se inscribió en el Registro Mercantil hasta el 19 de diciembre de 2019 y, por ello, hasta entonces no tuvo efectos jurídicos ante terceros, encontrándose pues fuera del plazo de presentación de ofertas, el 20 de noviembre de 2020. De esta forma, ninguna de las dos entidades podría resultar adjudicataria: ELECNOR porque se ha extinguido y ORTIZ, porque no tenía la habilitación necesaria a fecha de finalización de plazo de presentación de proposiciones.

ORTIZ alega que se beneficia de la habilitación de ELECNOR, conforme a la doctrina que cita.

El Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en su Resolución de fecha 3 de marzo de 2017 (Resolución nº 240/2017) cuyo objeto era determinar si la capacidad y solvencia de una entidad absorbida se transmite a la absorbente, afirma lo siguiente: *“Conforme a ello de la normativa mercantil resultaría corroborada la versión del órgano de contratación conforme a la cual la capacidad y clasificación de DUAL INSTALACIONES Y MANTENIMIENTOS se entiende transmitida a LÍNEAS Y CABLES por efecto de la fusión de una y otra sociedad.*



Procede, pues, examinar si en la normativa de contratación del Sector Público se observa alguna limitación. Ni el TRLCSP ni el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, regulan los efectos que tiene sobre un licitador una fusión previa a la licitación, limitándose a regular la fusión que se produce durante una litación o una vez adjudicado el contrato.

Conforme al art. 85 TRLCSP “En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo” Esto es: la normativa de contratación del Sector Público no exceptúa lo establecido por el Derecho Mercantil y conforme a la naturaleza de fusión universal de la fusión subroga al absorbente en la misma situación en la que se encontraba el absorbido. Por tanto la capacidad y clasificación de éste se entiende transmitidas a aquel.

Así, dicho obliga a la entidad resultante de la absorción a acreditar la capacidad y solvencia exigida por los pliegos, circunstancia que concurre en el presente caso en el que la licitadora al haberse subrogado en el lugar de la entidad absorbida ha ocupado su lugar también tanto respecto de las certificaciones como respecto de la clasificación.

De todo lo anterior se colige que la normativa sobre Contratación Pública no enmienda la configuración que el Derecho Mercantil hace de la fusión como una sucesión universal, de tal modo que la sociedad absorbente se subroga en todos los derechos y obligaciones del absorbido lo que implica que pase a aquel la capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar.”

Lo manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales fue ratificado por la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 16 de enero de 2019.



A juicio de este Tribunal Administrativo, Metro de Madrid interpreta incorrectamente la exigencia de la habilitación previa a ORTIZ para poder suceder en el procedimiento a ELECNOR, en concreto la frase *“siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”*

Precisamente como consecuencia de la absorción, la sociedad absorbente se subroga en todo el patrimonio de la absorbida, incluida en el caso la habilitación requerida, tal y como recoge el artículo 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que dice:

“Artículo 23. Clases de fusión.

1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.”

Como resultado de la fusión ORTIZ acrece la habilitación de ELECNOR, le sucede en la misma, y eso *ope iuris*, sin perjuicio del cambio de titularidad formal a efectuar en el Registro, tal y como contempla la propia Orden 3619/2005, de 24 de junio, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, por la que se establece el procedimiento para el Registro de Instalaciones de Prevención y Extinción contra Incendios, en su artículo 3.10:



“10. En caso de que se solicite un cambio de titularidad, se deberá presentar una copia de la autorización o registro antiguo de la instalación y una copia del contrato de compra-venta (o escrituras, etcétera) que justifique aquél”

La capacidad o solvencia requerida para hacer posible la sucesión en el procedimiento se predica de la entidad resultante de la fusión, no de la absorbente.

Por todo ello, procede la estimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RD-LCSE 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.- Estimar la reclamación especial en materia de contratación de la representación de Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A, contra el acuerdo de notificado en 27 de julio de 2020 por el que se acuerda excluir del procedimiento de adjudicación a la entidad Elecor, S.A.U, y notificado a ORTIZ sucesora de Elecor del procedimiento “Acuerdo Marco para las obras de instalación, modernización y legalización de sistemas de protección contra incendios. Licitación 6011900396, con retroacción de actuaciones.

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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL POR SUSTITUCIÓN



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 0926391906942903249732