



Recurso nº 604/2013

Resolución nº 568/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de noviembre de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. M.J.M.A., en representación de la mercantil MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN, S.L., contra la Resolución de 23 de septiembre de 2013 decretada por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) de exclusión del procedimiento de un Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración, con los Servicios Públicos de Empleo, en la inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas (expediente nº 17/2013); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, el día 13 de agosto de 2013, con corrección de errores publicada en el BOE el día 14, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas. El valor estimado del contrato, según consta en la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas (PCP), se cifra en 200.000.000 €.

Segundo. Con fecha 30 de agosto de 2013, el Jefe de Registro certificó la presentación en plazo de un total de 209 proposiciones, procediéndose a la convocatoria de la Mesa Central de Contratación para el día 10 de septiembre de 2013.

Tercero. En septiembre de 2013 (día 10 según consta en el encabezamiento del acta y 12 según el pie de firma), se reunió la Mesa Central de Contratación del SEPE, procedió a la apertura de la documentación administrativa de las empresas y redujo a 204 las proposiciones válidas, acordando la admisión sin subsanación de 86, la admisión con trámite de subsanación o mejora de 88 empresas y la exclusión de 30. Todo ello quedó debidamente expuesto en el acta levantada con la mencionada fecha.

Cuarto. La parte segunda del acta citada de la Mesa Central de Contratación del SEPE, relacionó las empresas a las que se solicitaba subsanación de documentación; y, por lo que respecta a la recurrente con el nº 91, literalmente se le requería para la presentación de original o fotocopia debidamente compulsada de tres documentos y la aclaración de la vinculación existente entre el objeto social de la mercantil y las prestaciones contractuales descritas en la cláusula 5 del PCAP.

El requerimiento de subsanación fue cursado por correo electrónico, señalado a tal efecto por la interesada, con fecha de 12 de septiembre de 2013, concediéndole un plazo de tres días hábiles para su subsanación.

Quinto. Con fecha de 19 de septiembre de 2013, reunida la Mesa Central de Contratación del SEPE, ésta dio por subsanados los defectos advertidos en la documentación personal presentada por las empresas que en el acta se relacionan. Por otro lado, en la misma acta, levantada el día 19 de septiembre, se acordó la exclusión de varias empresas, entre ellas, la recurrente con el nº 91 con el siguiente motivo: *“No ha aportado la documentación que le fue requerida tras el examen por los miembros de la mismas sobre el Sobre nº 1 (original o fotocopia debidamente compulsada del DNI del representante, así como de las escrituras de constitución y de otorgamiento de poder y aclaración de la vinculación existente entre el objeto social que consta en sus Estatutos debidamente inscritos con el dispuesto en la Cláusula V del Pliego)”*.

Sexto. Con fecha de registro de entrada en el SEPE de 19 de septiembre consta la entrada de la subsanación requerida suscrita por la representante legal de MAINFOR, dando respuesta a un segundo correo electrónico de requerimiento de mejora de fecha de 18 de septiembre de 2013, recibido en el mismo día a las 13.25 horas.

Séptimo. El 23 de septiembre de 2013, la Dirección General del SEPE dictó la resolución de exclusión del procedimiento, procediéndose a su notificación a la empresa ahora recurrente, frente a la cual la representante de la mercantil excluida, con fecha de 1 de octubre, anunció su voluntad de interponer recurso especial en materia de contratación.

El mismo día formalizó en plazo el recurso especial ante este Tribunal, solicitando la anulación de la exclusión e instando además la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras, otorgándoles un plazo común de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

Noveno. Con fecha de 10 de octubre de 2013, este Tribunal acordó suspender el procedimiento de licitación, al abrigo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41 del TRLCSP.

Segundo. La empresa MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN, S.L., concurrió a la licitación del procedimiento abierto del Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración, con los Servicios Públicos de Empleo, en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la Resolución de exclusión dictada por la Mesa Central de Contratación del SEPE, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con el 40.2, b) del TRLCSP al tratarse de un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, teniendo este carácter *“los actos de la Mesa de Contratación*

por los que se acuerde la exclusión de los candidatos". Se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente, MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN, S.L., basa su recurso en la vulneración de algunas de las cláusulas del PCAP, así como de la normativa contractual y de los preceptos que sobre las notificaciones contiene la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1. Por lo que respecta a las notificaciones y la presentación dentro del plazo concedido al efecto de la mejora o subsanación de los defectos advertidos en la documentación administrativa, la representante de la mercantil considera que la Resolución de exclusión por no aportar la documentación no resulta ajustada a lo contenido en la cláusula 9ª del PCAP, estimando que se envió un segundo correo electrónico con fecha de 18 de septiembre y que al día siguiente tuvo entrada en el registro del SEPE toda la documentación instada. A tal efecto afirma que la Mesa Central de Contratación ha infringido la cláusula 9ª del PCAP, pues en su último párrafo establece que la notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por parte del destinatario y no existe constancia de la misma en ninguno de los dos correos electrónicos remitidos. Por ello considera que, *"En el marco de la buena fe contractual, en tanto el licitador acusa recibo telefónicamente, motivo que convierte en a esta notificación en válida y determina que deba incorporarse al expediente"*. Y prosigue afirmando que, *"dentro de la buena fe contractual, se considera válida la notificación hecha el día 18 de septiembre en tanto se acusó recibo de la recepción en conversación telefónica"*. En definitiva, considera que se presentó la subsanación dentro del plazo, dando respuesta al segundo correo electrónico del día 18 de septiembre, y fue presentada la documentación complementaria el día siguiente, si bien, con posterioridad a la reunión de la Mesa Central de Contratación.
2. En lo tocante a su objeto social y su correlación con las prestaciones propias del Acuerdo Marco, la representante de la mercantil insiste que para tal fin fue ampliado el objeto social y aporta la escritura notarial de modificación del mismo.

En virtud de tales alegaciones, la mercantil que ha formalizado este recurso suplica que se declare la nulidad de pleno Derecho de la Resolución impugnada, ordenado a la Mesa Central de Contratación del SPEE que retrotraiga el procedimiento, incluyendo a MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN S.L y en consecuencia, se proceda a valorar el contenido de los sobres 2 y 3 en el marco de dicho procedimiento.

Quinto. El órgano de contratación, la Dirección General del SEPE, en el informe emitido el 11 de octubre de 2013, viene a contradecir lo expresado por la recurrente con los siguientes motivos:

1. Aprecia que se dio correctamente el trámite de subsanación, siguiendo lo preceptuado por el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, y expresa que hay que estar a la primera notificación enviada por correo electrónico el día 12 de septiembre y que no fue atendido. En cuanto a su no recepción y el envío de una segunda notificación, también por e-mail el día 18 de septiembre de 2013, que sí fue atendido, el informe elevado por el órgano de contratación insiste en que, *“Este nuevo requerimiento se trató de un error en el procedimiento de contratación ya que no se debería haber realizado, si bien, puedo ser consecuencia del elevado número de proposiciones recibidas (204) y el elevado número de subsanaciones (88). En todo caso, conviene observar que el recibí del correo del día 12 de septiembre de 2013 es del día 18 de septiembre de 2013 a las 11:54 horas, y la remisión del nuevo correo es del día 18 de septiembre de 2013 a las 13:24 horas, ambos correos fueron remitidos a la misma dirección del correo electrónico, por lo que se descarta un error en la misma”*.
2. Aun admitiendo el órgano de contratación validez al segundo correo electrónico, considera que la empresa recurrente ha quedado bien excluida, para ello se apoya en la cláusula 13ª del PCAP que señala que, *“Si los licitadores fueran personas jurídicas españolas, deberán acompañar la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil cuando fuera requisito conforme a la legislación mercantil que les sea aplicable”*. La inscripción de la modificación o ampliación del objeto social, realizada en escritura pública, fue inscrita en el Registro Mercantil con fecha de 3 de septiembre, esto es, fuera de la

fecha tope de presentación de las proposiciones, que finalizaba el 30 de agosto de 2013. A tal fin, el informe del órgano de contratación, con cita de la Resolución nº 270/2011 de este Tribunal, concluye que, *“El plazo de subsanación no admite la subsanación de cualquier documentación, sino únicamente permite aportar documentación existente con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones que por error, olvido o mala interpretación no se aportaron en su momento, pero no permite corregir un error o deficiencia en la documentación”*. E insiste en que, *“En el caso que nos ocupa, el objeto social de la empresa recurrente no era válido el 30 de agosto de 2013, ya que la modificación del objeto social es posterior a esta fecha, por lo tanto, no es posible la subsanación, y la empresa recurrente, en todo caso, hubiese quedado excluida por incumplimiento de la cláusula 13ª del PCAP ya que la modificación del objeto social es posterior a esta fecha, por lo tanto, no es posible su subsanación, y la empresa recurrente, en todo caso, hubiese sido excluida por incumplimiento de la cláusula 13ª del PCAP, en relación con el artículo 57 del TRLCSP que señala 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”*.

Por todo ello, solicita de este Tribunal la desestimación del recurso y la confirmación de la legalidad de la resolución de exclusión.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, hemos de comenzar analizando el carácter extemporáneo o no de la documentación presentada por la recurrente el día 19 de septiembre, dando respuesta a un segundo correo electrónico, pues asegura que del primero no tuvo constancia.

Dado el carácter preceptivo y vinculante de los PCAP “lex contractus”, hemos de acudir en primer término a lo previsto en la **cláusula 9ª**, que permite la comunicación con los licitadores a través del correo electrónico y del telefax que éstos hayan designado expresamente en su proposición, de acuerdo con lo establecido en el **artículo 146.d) del TRLCSP**.

Es preciso analizar, en primer término, el régimen jurídico que resulta de aplicación comenzando por la **Disposición Adicional decimosexta del TRLCSP**, relativa al uso de

medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, que se refiere en sus números 1 e) y 4 a esta cuestión:

“1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes:

e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.

4. Las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios.”

La remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe entenderse efectuada al **artículo 59.1**: *“1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.”*

Ahora bien, debe tenerse en consideración la **Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos**, más específica en la materia.

De hecho, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) en su Sentencia de 25 noviembre 2011(RJCA 2011\909) ya señaló: *“Pero no debe olvidarse la vigencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio (RCL 2007, 1222 y 1293), de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Se trata, además, ésta de una Ley especial que, en su eventual confluencia normativa y concursal, debe prevalecer sobre aquella otra 30/1992, más general (y básica), en razón de la misma especialidad de la primera. “La Ley 11/2007 dispone en su artículo 27.3º: “Las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas.” Y en el artículo 28. 2º: “El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.”*

Por su parte, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, regula, en su artículo 39, la notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico: *“Se podrá acordar la práctica de notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que se genere automáticamente y con independencia de la voluntad del destinatario un acuse de recibo que deje constancia de su recepción y que se origine en el momento del acceso al contenido de la notificación.”*

Expuestas las líneas generales del régimen jurídico de aplicación, se extrae como conclusión que la notificación por medios electrónicos requiere del cumplimiento de requisitos técnicos y formales por ambas partes intervinientes, tanto el emisor debe tener constancia de la recepción, como el receptor debe emitir esa confirmación de la recepción.

El **artículo 28.2 de la Ley 11/2007**, exige que quede constancia tanto de la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, *así como la de acceso a su contenido* y es este último inciso del precepto el que ha generado mucho debate doctrinal. Podemos citar, entre otros, el análisis, que efectúa

Eduardo Gamero Casado en “Las notificaciones electrónicas de la Administración. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)”. Editorial Aranzadi, SA, Abril de 2011: “A. *Momento en que debe entenderse practicada la notificación. El artículo 28.2 LAE dispone: «El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales».* Este párrafo determina el dies a quo de la notificación, que se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso del interesado a su contenido. No es sencillo determinar el sentido de este precepto.

Si interpretamos la expresión en sentido literal, la notificación solo sería válida cuando quede probado que el interesado ha llegado a acceder materialmente al contenido de la notificación misma. Si atendemos a la secuencia anteriormente descrita, cuando la notificación se contiene en un fichero adjunto a un mensaje electrónico, esto supone que debemos disponer de algún medio probatorio del momento en el que el destinatario abrió ese fichero adjunto al mensaje electrónico. Esta consecuencia resulta sencillamente absurda, y supondría una inexplicable diferencia respecto del régimen de las notificaciones postales, en las que basta la entrega al destinatario o persona habilitada para que se entienda practicado el trámite, sin necesidad de que el cartero deje constancia de que el destinatario abrió el sobre para conocer el contenido de la notificación.

Por esta razón entiendo que, cuando la notificación se articula en los términos expuestos, debe entenderse practicada cuando el destinatario se descargue en un equipo terminal el mensaje electrónico con el que se procede a la notificación (es decir, el «tercer momento» de la relación anterior), ya sea incorporándose directamente a dicho mensaje los contenidos propios de las notificaciones administrativas, ya sirviendo tan sólo para adjuntar un fichero en el que se contiene realmente la notificación. En la misma posición, ÁLAMO GONZÁLEZ, N. «La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos (en particular, registros telemáticos y notificaciones telemáticas)», REDA, nº 133, 2007, p. 128; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. Administración pública electrónica, op. cit., p. 553. Ésta no es la opinión doctrinal mayoritaria: en general, se entiende que es preciso que el destinatario acceda verdaderamente al contenido de la notificación, aunque existen diferentes variantes de

esta postura. Por ejemplo, VALERO TORRIJOS, J., El régimen..., op. cit., pp. 171 y ss., parece dar a entender que comparte la misma opinión que defiende en el texto, aunque prefiere que una reforma legal declare que se entenderá practicada la notificación en el momento en que el destinatario acceda al buzón o dirección electrónica (el momento 2 de la secuencia indicada) aunque no llegue siquiera a descargarse el mensaje. Por su parte, MARTÍN DELGADO, I., Las notificaciones... , pp. 98 y ss., es categórico al sostener la exigencia de que se demuestre que el destinatario accede materialmente al contenido de la notificación, extendiéndose en pormenorizar sus razones. También REGO BLANCO, M. D., «Registros...», op. cit., p. 403, parece compartir esta última posición”.

Estas posiciones han sido expuestas por este Tribunal en la Resolución nº 26/2013, de 6 de febrero. Se observa, por tanto, que la doctrina no está de acuerdo en la interpretación del precepto ni existen todavía pronunciamientos jurisprudenciales que permitan acoger una u otra tesis.

En cualquier caso, en este supuesto, lo que ha quedado acreditado es que la Mesa de Contratación del SPEE envió un segundo correo electrónico que implica la re-apertura del plazo de subsanación concedido por el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, por lo que, advertida su recepción el día 18 de septiembre y presentada la mejora de la documentación al día siguiente, nos obliga a reconsiderar la extemporaneidad esgrimida como motivo de exclusión.

En efecto, en aras al principio de buena fe y confianza legítima (artículo 3 de la Ley 30/1992 introducido por la Ley 4/1999, de 13 de enero), este Tribunal estima que se ha de considerar presentados dentro de plazo los documentos aportados el día 19 de septiembre de 2013 como mejora o subsanación de los errores advertidos en la documentación administrativa de la licitadora, MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN, S.L.”.

Séptimo. La consideración jurídica anterior, nos obliga a analizar si la documentación aportada cumple con la subsanación, gozando de especial transcendencia el análisis del objeto social de la mercantil, pues actúa como requisito de capacidad al amparo del artículo 57 cuyo párrafo 1º reza así: “*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”.

Entre la documentación aportada por la licitadora con el fin de subsanar lo requerido por la Mesa Central de Contratación del SEPE, hallamos una escritura pública de modificación parcial de estatutos sociales otorgada ante Notario de Málaga con fecha de 28 de agosto de 2013. Esta escritura formaliza el acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria y Universal de socios celebrada el mismo día 28 de agosto en la que se acordó, por unanimidad: “Ampliar el objeto social de la compañía”, donde se contempla expresamente la prestación de servicios como agencia de colocación y recolocación de empleo a entidades públicas, empresas y todo tipo de organizaciones.

Si bien, tras la ampliación del objeto social, éste resulta afín a las prestaciones contractuales estipuladas en la cláusula 1ª del Acuerdo Marco (artículo 57.1 del TRLCSP), hemos de interrogarnos cuándo queda perfeccionado el acuerdo de la Junta General Extraordinaria, pues la normativa mercantil exige que dichos acuerdos que implican la reforma de Estatutos se formalicen en escritura pública y se inscriban en el Registro Mercantil.

En efecto, la publicidad registral en esta materia goza de eficacia constitutiva y no basta con que el acuerdo adoptado por el órgano de gobierno de la mercantil se protocolice en escritura notarial sino que además el **principio de publicidad registral** exige que dicha modificación estatutaria quede inscrita en el Registro Mercantil. Baste con mencionar lo dispuesto por el artículo 290 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y del mismo modo el artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

De esta suerte, si bien el acuerdo societario y su formalización es anterior al plazo de vencimiento para la presentación de las proposiciones (28 de agosto versus 30 de agosto), en la documentación remitida consta que la inscripción de la escritura notarial de modificación de Estatutos se realizó el 3 de septiembre.

Por ello, nos hallamos, no ya ante la subsanación de un mero defecto formal de la documentación inicialmente aportada, producida dentro del plazo común establecido para

la presentación de las ofertas, sino ante la presentación de una nueva documentación inscrita en el Registro Mercantil con posterioridad a dicho plazo que, en realidad, supondría una ampliación del plazo concedido a uno de los licitadores que no resulta admisible a la luz de la reiterada doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 9/06; Informe 36/04; Informe 27/04; Informe 6/00; Informe 48/02; Informe 47/09), doctrina según la cual **“puede subsanarse lo que afecta a la acreditación de un requisito, pero no lo que afecta a su existencia”**.

En este sentido, se pronunció también inequívocamente la citada JCCA en su Informe 18/2010: “Respecto de la segunda cuestión, de contenido netamente jurídico, cabe indicar 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 e igualdad de trato que, recogiendo el Derecho de la Unión Europea, consagran de forma explícita los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público. El reconocimiento de un plazo extra a favor de uno 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. Si bien es cierto que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas acepta en su artículo 81.2 que *“si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores”*, también lo es que esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos u omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma..., indicando que **la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación**.

Dicho en otras palabras, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de Contratos, del requisito del que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación”.

Pues bien, de acuerdo con esta contundente doctrina de la JCCA, que hace suya este Tribunal, es evidente que no puede admitirse la escritura de ampliación del objeto social otorgada e inscrita en el Registro Mercantil por la sociedad recurrente, con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, en la que sí se incluye en su nuevo objeto social la prestación de servicios como agencia de colocación y recolocación de empleo a entidades públicas, empresas y todo tipo de organizaciones, porque ello supondría, no la subsanación de un defecto formal en la documentación acreditativa de la capacidad de la sociedad, sino la del contenido material de esta capacidad, subsanación prohibida por la legislación y doctrina transcrita, pues **“la existencia de la capacidad no es subsanable, sólo lo es su acreditación”**.

Todo esta doctrina ha sido expuesta recientemente por este Tribunal en la Resolución nº 201/2013, de 29 de mayo dictada en el recurso nº 231/2013.

En conclusión, si bien se ha de advertir que la documentación está presentada dentro de plazo, hemos de confirmar la legalidad de la exclusión dado que la modificación estatutaria para la ampliación del objeto social y su inscripción en el Registro Mercantil es de fecha posterior al vencimiento del plazo de presentación de proposiciones, el día 30 de agosto de 2013 a las 17:30 (según se constata en el anuncio publicado en el BOE de 13 de agosto de 2013).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.J.M.A., en representación de la mercantil MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN, S.L., contra la Resolución de 23 de septiembre de 2013 decretada por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) de exclusión del procedimiento de un Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración, con los Servicios Públicos de Empleo, en la inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas, confirmando íntegramente su legalidad.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.