

Recursos 253/2018, 254/2018 y 255/2018**Resolución 305/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de octubre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.** contra la resolución, de 25 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudican entre otros los Lotes 6, 21 y 23 del contrato denominado “Concesión del servicio público de comedor y del contrato administrativo especial para la prestación del refuerzo alimentario en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 0036/IS/2017/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental de la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 23 de febrero de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el



3 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado núm. 55.

El valor estimado del contrato asciende a 58.214.170,30 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. El 16 de julio de 2018 se presentaron en el Registro electrónico de este Tribunal tres escritos de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de 25 de junio de 2018 de adjudicación, respectivamente, de los Lotes 6, 21 y 23, en los tres casos interpuestos por la entidad ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U. (en adelante ARAMARK) y con idéntico contenido, relativos al procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dichos escritos de recurso fueron presentados el 17 de julio de 2018 en el Registro de este Órgano, sito en la calle Juan Antonio Vizarrón s/n de Sevilla.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 17 de julio de 2018 se da traslado al órgano de contratación de los tres escritos de interposición -a los que se les asignó los números de recurso 253/2018, 254/2018 y 255/2018- y se le solicita que remita la documentación necesaria para la resolución de los mismos, la cual tuvo entrada en este Órgano el 24 de julio de 2018.



Conforme a la documentación obrante en el expediente, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 26 de junio de 2018 y remitida a la entidad ahora recurrente mediante escrito fechado el día siguiente, sin que conste en el expediente ni la fecha efectiva de remisión ni la de notificación.

QUINTO. Mediante Resolución, de 2 de agosto de 2018, este Tribunal acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, respecto de los Lotes 6, 21 y 23, solicitado por la entidad recurrente en sus escritos de interposición de recurso.

SEXTO. El 17 de agosto de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los tres recursos al resto de entidades licitadoras que habían participado en los lotes impugnados, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado, respecto a los tres recursos, en el plazo señalado para ello la entidad SERVEI D'APATS, S.L.U. (en adelante SERVEI), actual adjudicataria de los tres lotes impugnados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 la recurrente para la interposición de los recursos dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los tres lotes impugnados, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si los recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El contrato objeto de licitación, conforme se pone de manifiesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, contiene prestaciones del de concesión de servicios y del administrativo especial, calificación que no es objeto de controversia, cuyo valor estimado asciende a 58.214.170,30 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido, en cualquier caso, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1 y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición de los recursos, el apartado d) del artículo 50.1 de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica,



siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En este sentido, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 26 de junio de 2018 y remitida a la entidad ahora recurrente mediante escrito fechado el día siguiente, sin que conste en el expediente ni la fecha efectiva de remisión ni la de notificación. No obstante, aun computando el inicio del plazo a partir de la fecha de publicación en el perfil de contratante, al haberse presentado los escritos de recurso en el Registro de este Órgano el 16 y 17 de julio de 2018, los mismos se han interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento), así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los tres recursos a los que se les ha asignado los números 253/2018, 254/2018 y 255/2018, al ser este Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de recurso, y al guardar los tres entre sí identidad sustancial e íntima conexión por haber sido interpuestos en el mismo procedimiento de licitación por la misma entidad recurrente y por fundarse en idéntico motivo, aun cuando se refieran a lotes distintos.

SEXTO. Analizados los requisitos de admisión de los recursos, procede examinar los motivos en que los mismos se sustentan.



La recurrente interpone los tres recursos contra la resolución, de 25 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación de los mismos, se acuerde su anulación respecto de los Lotes 6, 21 y 23. Subsidiariamente solicita, respecto de dichos lotes, que se retrotraigan las

actuaciones al momento inmediatamente posterior al de la publicación de la citada resolución de adjudicación para que el órgano de contratación dé vista del expediente y copia de la totalidad de la oferta presentada por la actual adjudicataria, y otorgue un nuevo plazo de interposición de recurso especial en materia de contratación.

En este sentido, y como se ha expuesto anteriormente, los tres escritos de recurso se han interpuesto por la misma entidad recurrente y se fundan en idénticos motivos, con la diferencia de que se interponen el primero de ellos respecto del lote 6, el segundo del lote 21 y el tercero del lote 23, por lo que en el análisis de fondo se hará referencia a ellos en singular, siendo a la postre el contenido del fallo que se adopte común a los tres.

Al respecto, la recurrente funda su alegato principal en torno a dos pretensiones que serán analizadas en este y en los siguientes fundamentos de derecho. En ellas denuncia sendos incumplimientos de los requisitos previos de la oferta de la adjudicataria, por lo que entiende que la misma debe ser excluida de la licitación; por un lado, el relativo a la promoción de igualdad entre mujeres y hombres a través del correspondiente plan de igualdad, y por otro lado, el de contratación de personas con discapacidad en un porcentaje mínimo del dos por ciento.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los alegatos esgrimidos por la entidad recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad interesada SERVEI se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del recurso. Por razones metodológicas se va a examinar en primer lugar el segundo de los alegatos de la pretensión principal del recurso, en el que la recurrente denuncia incumplimiento del requisito previo de la oferta de la adjudicataria relativo a la



contratación de personas con discapacidad en un porcentaje mínimo del dos por ciento.

En este sentido, afirma la recurrente que la declaración de la entidad SERVEI relativa al número de personas trabajadoras con discapacidad, en la que manifiesta que el número global de personas trabajadoras de plantilla era 181 y el número particular de personas trabajadoras con discapacidad era de 4, no resulta ajustada a la realidad. Para reforzar su alegato, la recurrente, entre otras, realiza una serie de estimaciones basadas en unos contratos relativos a la gestión de comedores escolares, que según manifiesta le fueron adjudicados por el propio órgano de contratación a dicha entidad, con los que superaría con creces dicha cantidad global de 181 personas trabajadoras en plantilla.

Concluye la recurrente que al haber declarado un número global de personas trabajadoras que no se ajustaba a la realidad, no dando por ello cumplimiento a la cuota mínima de personas trabajadoras con discapacidad del dos por ciento, procede la exclusión de la empresa SERVEI de la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso en síntesis indica que la declaración contenida en el anexo III-B del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) -certificación de personas trabajadoras con discapacidad- es el único modo que el poder adjudicador tiene para conocer las personas trabajadoras con las que cuentan las empresas licitadoras, siendo el mismo medio para todas ellas, aceptándose por tanto como declaración válida, y en base a este número declarado se contabiliza el porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad. En este sentido, afirma que ni es autoridad laboral ni tiene forma de conocer el número exacto de personas trabajadoras que las empresas tienen en sus plantillas más allá del número que ellas mismas declaran a través del citado anexo III-B, donde en este caso la entidad SERVEI certifica que tiene 181 personas trabajadoras en plantilla.

Por último, la entidad SERVEI en su escrito de alegaciones al recurso señala que cumple el requisito relativo a la contratación de personas con discapacidad al



disponer de un número superior al dos por ciento, aspecto que según afirma quedó claro con la petición de información que la mesa de contratación le requirió con ocasión del empate en el procedimiento de adjudicación de los Lotes 6, 21 y 23. En este sentido, indica que aportó el 28 de mayo de 2018 la documentación acreditativa del número de personas trabajadoras que forman su plantilla, en total 512,83, y del número de personas trabajadoras discapacitadas, en total 11, lo que supone un 2,14 por ciento, y ello en el período comprendido entre el 23 de marzo de 2017 y el 23 de marzo de 2018. Según manifiesta SERVEI, el error que sufre la recurrente proviene seguramente del dato de que “del total de 521,83 trabajadores para las patronales de Cádiz, Huelva, Málaga, Sevilla, Barcelona, Lleida, Tarragona y Valencia, 179,29 corresponden tan solo a las patronales de Cádiz, Huelva, Málaga y Sevilla”.

Pues bien, una vez vistas las alegaciones de las partes se ha de poner de manifiesto que conforme al expediente remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, en el sobre 1, de documentación acreditativa de los requisitos previos, de la entidad SERVEI consta aportado el anexo III-B del PCAP -certificación de personas trabajadoras con discapacidad-, objeto de controversia, en el que la citada entidad certifica que el número global de personas trabajadoras de plantilla es de 181, que el número particular de personas trabajadoras con discapacidad es de 4 y que el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad es del 2,21 por ciento, tal y como afirma la recurrente y el órgano de contratación en su informe al recurso, no así la entidad interesada SERVEI cuyo alegato de que la recurrente seguramente incurre en un error no puede admitirse. En este sentido, sorprende que la misma persona representante de la entidad SERVEI, por un lado, declare en el citado anexo III-B -incluido en su sobre 1- lo expuesto anteriormente, y por otro lado, en las alegaciones al recurso indique que seguramente yerra la recurrente cuando afirma que el total de personas trabajadoras que certifica SERVEI en dicha anexo III-B es de 181.

Asimismo, ha de indicarse que en el expediente remitido consta el acta de la mesa de contratación, de 6 de abril de 2018, de calificación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, en el que la entidad SERVEI fue requerida para subsanar



determinada documentación contenida en el sobre 1, entre la que no se encontraba el mencionado anexo III-B del PCAP, objeto de controversia.

En definitiva, se constata, como afirma la recurrente, que la declaración de la entidad SERVEI relativa al número de personas trabajadoras con discapacidad, en la que manifiesta que el número global de personas trabajadoras de plantilla era 181 y el número particular de personas trabajadoras con discapacidad era de 4, no resulta ajustada a la realidad, tal y como la propia entidad SERVEI en su escrito de alegaciones al recurso señala pues afirma, como se ha expuesto, que el número de personas trabajadoras que formaban en ese momento su plantilla era de 512,83, y que el número de personas trabajadoras discapacitadas era de 11.

Asimismo, este Tribunal ha de poner de manifiesto que no comparte la afirmación del órgano de contratación en su informe al recurso cuando indica que no tiene forma de conocer el número exacto de personas trabajadoras que las empresas licitadoras tienen en sus plantillas más allá del número que ellas mismas declaran a través del anexo III-B del PCAP. En este sentido, se ha de hacer constar que el propio órgano de contratación ha exigido expresamente dentro del sobre 1, como documentación acreditativa de los requisitos previos, ex cláusula 9.2.1.d) del PCAP, que *“Las personas licitadoras que tengan un número de 50 o más trabajadoras en su plantilla estarán obligadas a contar con, al menos, un dos por ciento de personas trabajadoras con discapacidad o a adoptar las medidas alternativas (...) A tal efecto, deberán aportar, en todo caso, un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de personas trabajadoras de plantilla como el número particular de personas trabajadoras con discapacidad en la misma (...). Las referidas certificaciones se acreditarán conforme al modelo establecido en el anexo III-B”*. Esa exigencia prevista en dicho pliego, permite al órgano de contratación, en los supuestos en los que tenga dudas razonables sobre su veracidad, comprobar lo declarado por las empresas licitadoras por cualquier medio admisible en derecho.



Procede, pues, dar la razón a la entidad recurrente cuando manifiesta que la declaración de la entidad SERVEI relativa al número total de personas trabajadoras y al número de ellas con discapacidad, no resulta ajustada a la realidad.

Al respecto, es preciso analizar si dicha declaración obedece o no a un error originado por una falta de diligencia de dicha empresa en la redacción de la misma. En este sentido, alega la entidad interesada que tras requerimiento de petición de información de la mesa de contratación, con ocasión del empate en el procedimiento de adjudicación del Lote 21, aportó el 28 de mayo de 2018 -circunstancia que ha podido comprobar este Tribunal- la documentación que a su juicio acredita el número de personas trabajadoras que forman su plantilla, en total 512,83, y el número de personas trabajadoras discapacitadas, en total 11, lo que supone un 2,14 por ciento, y ello en el período comprendido entre el 23 de marzo de 2017 y el 23 de marzo de 2018. Así pues, ningún beneficio obtiene en principio la entidad SERVEI con la declaración de personas con discapacidad efectuada en el sobre 1, pues según manifiesta en el citado escrito de 28 de mayo de 2018 la misma cumplía con el dos por ciento de personas con discapacidad.

Visto que la mencionada declaración de la entidad SERVEI relativa a las personas con discapacidad pudo ser debida a una falta de diligencia procede analizar los efectos de la misma, lo que tendrá lugar en el fundamento de derecho siguiente.

OCTAVO. En el otro de los alegatos de la pretensión principal del recurso, la recurrente denuncia incumplimiento del requisito previo de la oferta de la adjudicataria relativo a la promoción de igualdad entre mujeres y hombres a través del correspondiente plan de igualdad.

En este sentido, al igual que en el alegato anterior, afirma la recurrente que la declaración de la entidad SERVEI relativa al número total de personas trabajadoras y al número de ellas con discapacidad, no resulta ajustada a la realidad; cuestión que ha sido analizada y estimada en el fundamento anterior.



Alega la recurrente que una vez establecido en el PCAP, como criterio de admisión, la obligación de presentar un plan de igualdad para aquellas empresas, como la actual adjudicataria, con más de 250 personas trabajadoras, el no presentar dicho plan o que el mismo no cumpla con los requisitos mínimos exigibles, trae como consecuencia jurídica ante tal incumplimiento la exclusión del procedimiento de adjudicación.

Por último, indica la recurrente que la entidad SERVEI incluyó en el sobre 1 un documento calificado como plan de igualdad; sin embargo, únicamente recogía un decálogo de intenciones o de objetivos genéricos en materia de igualdad sin establecer ni las medidas concretas a adoptar para la consecución de dichos objetivos genéricos, ni sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados, lo que impide a su juicio que pueda ser considerado como un verdadero plan de igualdad por falta de contenido mínimo e indispensable. En este sentido, indica la recurrente que conviene recordar que la cláusula 9.2.1.j) del PCAP establecía que en el plan de igualdad debían fijarse *“los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”*, recogiendo así el contenido mínimo previsto en el artículo 46.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Asimismo, se afirma en el recurso que en dicho documento aportado por la entidad SERVEI no constaba una fecha concreta de su adopción, únicamente se mencionaba enero 2016, y ni tan siquiera estaba firmado, lo que evidentemente impide otorgar validez al referido documento.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la empresa SERVEI presentó una declaración en la que certificaba que contaba con una plantilla de 181 personas trabajadoras a la hora de concurrir a la licitación, por lo que no procedía la exigencia del plan de igualdad en virtud de la cláusula 9.2.1.j) del PCAP que lo requiere para aquellas entidades licitadoras que tengan más de doscientas cincuenta personas trabajadoras.



Por último, la entidad SERVEI en su escrito de alegaciones al recurso señala que cumple con las prescripciones del PCAP al haber incorporado el plan de igualdad en la documentación presentada al órgano de contratación, conforme a la obligación existente en dicho pliego y contar su empresa con más de 250 personas trabajadoras, en lo que aquí interesa un total de 512,83, como quedó expuesto en el alegato anterior.

Así las cosas, una vez vistas las alegaciones de las partes se ha de poner de manifiesto que el PCAP en su cláusula 9.2.1.j) dispone lo siguiente:

«j) Promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

Las personas licitadoras que tengan más de doscientos cincuenta personas trabajadoras deberán acreditar la elaboración y aplicación efectiva del Plan de Igualdad previsto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En dicho Plan se fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

A tal efecto, las personas licitadoras deberán aportar dicho Plan, así como los acuerdos adoptados en relación al mismo.

(...)».

Por su parte, el citado artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en lo que aquí interesa dispone:

«Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.

(...).

2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

(...)».



Queda, pues, claro que las entidades licitadoras que tengan más de doscientas cincuenta personas trabajadoras, para poder ser admitidas a la presente licitación, deberán aportar el plan de igualdad previsto en el citado artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (v.g. Resolución 15/2018, 22 de enero, entre otras).

En cuanto a la acreditación de la elaboración, aplicación y vigencia efectiva del citado plan de igualdad, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, en su Recomendación 7/2008, de 28 de abril, dispone que *«A la vista de las consideraciones expuestas, y con el fin de establecer una propuesta de ordenación jurídica uniforme de los procedimientos y formas de adjudicación, así como la ejecución de los contratos, que respete, en todo caso, la competencia de cada órgano de contratación para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la Comisión recomienda a todos los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía, sus Organismos Autónomos y demás entidades de derecho público, la utilización de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la contratación de obras, suministros y servicios por los procedimientos abiertos, restringido y negociado elaborados por la Dirección General de Patrimonio, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en razón del organismo contratante y las peculiaridades del expediente de contratación en concreto»*.

En este sentido, en los PCAP elaborados por la citada Dirección General del Patrimonio, relativos a los contratos de servicios, actualizados a fecha 28 de julio de 2017, de aplicación por tanto al de la presente licitación que fue aprobada por el órgano de contratación el 21 de febrero de 2018, se recogen en su cláusula 9.2.1.2.d), entre otros, los siguientes medios de acreditación:

«- Copia, que tenga carácter de auténtica o autenticada conforme a la legislación vigente, del texto original del Plan de Igualdad firmado por los componentes de la comisión negociadora.

- Copia, que tenga carácter de auténtica o autenticada conforme a la legislación vigente, del Acta de la comisión negociadora por la que se aprueba el Plan de Igualdad, con expresión de las partes que lo suscriban.



- *Declaración del representante de la empresa indicando la referencia de publicación del Plan de Igualdad o del Convenio en que aquél se inserte en el boletín oficial correspondiente.*
- *Poseer la persona licitadora el distintivo “Igualdad en la Empresa” y encontrarse el mismo vigente. Uno de los requisitos generales de las entidades candidatas a obtener el distintivo “Igualdad en la Empresa” es, según lo dispuesto en el artículo 4.2. f) del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, “Haber implantado un plan de igualdad, en aquellos supuestos en que la empresa esté obligada a su implantación por imperativo legal o convencional. En los demás supuestos, haber implantado un plan de igualdad o políticas de igualdad”.*
- *Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto que la vigencia o aplicación efectiva de un Plan de Igualdad ofrezca dudas a la mesa de contratación (por ejemplo, no consta el período de vigencia o éste ha transcurrido ya sin que se conozca si se ha prorrogado o no) también podría solicitarse a la persona licitadora que presente una declaración relativa a que la misma aplica efectivamente el Plan de Igualdad firmada por la representación de la empresa y de los trabajadores y trabajadoras.»*

Pues bien, a lo largo de la presente resolución ha quedado acreditado que la entidad SERVEI estaba obligada a presentar un plan de igualdad en los términos descritos, asimismo queda acreditado que la citada entidad presentó un documento denominado plan de igualdad, circunstancia que ha podido comprobar este Órgano en el expediente remitido, y por último, también se ha acreditado conforme manifiesta el órgano de contratación que según la declaración de dicha entidad ésta no estaba obligada a presentar un plan de igualdad al no superar las 250 personas trabajadoras, por lo que no evaluó si el plan de igualdad aportado en el sobre 1 cumplía las requisitos exigidos en la antes citada cláusula 9.2.1.j) del PCAP.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede dar la razón a la entidad recurrente cuando manifiesta que la empresa SERVEI, actual adjudicataria, al contar en su plantilla con más de 250 personas trabajadoras estaba obligada a aportar un plan de igualdad en los términos previstos en la cláusula 9.2.1.j) del PCAP, circunstancia que tuvo que haber evaluado el órgano de contratación de haber conocido que dicha empresa contaba con una plantilla superior a 250 personas trabajadoras.



Para corregir las infracciones legales cometidas, tanto la relativa a la declaración de personas con discapacidad como a la del plan de igualdad, es necesario anular la resolución de adjudicación impugnada, respecto de los Lotes 6, 21 y 23, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la evaluación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, para que por la mesa de contratación se proceda a solicitar a la entidad SERVEI la subsanación del plan de igualdad aportado en su sobre 1, solo si dicha mesa entiende que el plan de igualdad presentado inicialmente no reúne los requisitos exigidos en el citado PCAP, con continuación en su caso del procedimiento de licitación.

En cuanto a la declaración relativa a las personas con discapacidad contenida en el anexo III-B del PCAP, se ha de tener en cuenta que, aun cuando en un momento posterior al sobre 1 -28 de mayo de 2018-, dicha entidad declara que su plantilla es de 512,83 personas trabajadoras, de las cuales 11 son discapacitadas, lo que supone un porcentaje superior al dos por ciento, no siendo por tanto necesario que vuelva a aportar la misma una vez que se retrotraigan las actuaciones. En todo caso, si la mesa o el órgano de contratación de forma razonable no tienen por ciertos alguno de los datos aportados por la entidad SERVEI relativos a las personas con discapacidad, puede solicitar que la misma los acredite.

No es posible atender las peticiones de la recurrente de exclusión de la proposición presentada por la empresa SERVEI, pues los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 230/2017, de 3 de noviembre). En este sentido, en el supuesto examinado, la exclusión de la proposición de la citada empresa solo puede ser acordada por la mesa de contratación previa constatación de que no reúne los requisitos exigidos y una vez que le haya concedido, como se ha expuesto en el párrafo anterior, trámite de subsanación.

Asimismo, tampoco puede accederse a la petición de la entidad interesada -SERVEI-, en la que solicita que se le tenga por admitida a la licitación, pues este Tribunal tiene



exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de licitación, en este caso la mesa de contratación, único al que como se ha expresado corresponde dictar el acto solicitado por la interesada.

NOVENO. Subsidiariamente, solicita la recurrente que, respecto de los Lotes 6, 21 y 23, se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de la publicación de la citada resolución de adjudicación para que el órgano de contratación dé vista de expediente y copia de la totalidad de la oferta presentada por la actual adjudicataria, y otorgue un nuevo plazo de interposición de recurso especial en materia de contratación.

Como se ha expuesto, en el alegato principal del recurso la recurrente solicita como consecuencia de determinados incumplimientos que se excluya la proposición de la entidad SERVEI. En este sentido, y en la medida que este Tribunal no ha acordado que la misma se lleva a cabo por la mesa o el órgano de contratación, procede examinar la citada alegación subsidiaria.

Al respecto, denuncia que en la vista de expediente que tuvo lugar ante el órgano de contratación el 6 de julio de 2018 se le ha limitado su derecho de acceso al expediente de contratación y, en particular, a la oferta presentada por la entidad SERVEI, en la medida que no ha podido ni consultar su oferta técnica ni obtener copia de la documentación integrante de la misma. En este sentido, señala que el órgano de contratación le negó lo anterior pese a que dicha documentación no había sido declarada por la entidad SERVEI como confidencial.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica en síntesis que en aras de intentar encontrar un equilibrio de todas las empresas licitadoras, poder facilitar a una la posibilidad de ejercitar su defensa y no divulgar secretos de la otra, se mostró en la vista de expediente el documento calificado como plan de igualdad para que la ahora recurrente pudiera examinarlo, a lo único que se le negó el acceso



fue a aquellos documentos que contenían relación de trabajos con clientes de la empresa y que reflejan cantidades económicas, entendiéndose que esto en nada proporcionaba un mejor derecho de defensa para la entidad ARAMARK y sí podría suministrar una información sensible respecto a datos confidenciales de la otra empresa.

Por último, la entidad interesada SERVEI en su escrito de alegaciones al recurso señala fundamentalmente tras una larga exposición que el órgano de contratación no está obligado a permitir el acceso a la totalidad del expediente de contratación y que el TRLCSP no establece la obligatoriedad de entregar copias.

Vista las alegaciones de las partes procede su análisis. En este sentido, respecto a la denuncia de la recurrente de que no ha podido obtener copia de la documentación integrante de la proposición de la entidad SERVEI, se ha de poner de manifiesto que el TRLCSP no impone al órgano de contratación la obligación de facilitar copia, cuando en los casos que proceda, concede vista del expediente a las entidades licitadoras (v.g. entre otras, Resolución 328/2016, de 22 de diciembre, de este Tribunal y Resolución 221/2016, de 31 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En cuanto al alegato de la recurrente en el que denuncia que se ha limitado su derecho de acceso al expediente de contratación y, en particular, a la oferta presentada por la entidad SERVEI, en la medida que no ha podido consultar su oferta técnica, y ello a pesar de que dicha entidad no había declarado dicha documentación como confidencial, para su análisis se han de efectuar algunas consideraciones a propósito de la confidencialidad de las ofertas y del derecho de acceso al expediente para la interposición de un recurso fundado.

La vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, al igual que lo hiciera la anterior, reconoce y salvaguarda en su artículo 21 el derecho a la confidencialidad de la información facilitada por los operadores económicos en una licitación pública.



Asimismo, el TRLCSP impone a los órganos de contratación y también a los órganos competentes para la resolución del recurso especial el deber de garantizar la confidencialidad de las ofertas, en particular, en aquellos aspectos que afecten a los secretos técnicos y comerciales. Así, el artículo 140.1 del citado cuerpo legal establece, respecto a los órganos de contratación, que *“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.”*

Y como ya se ha manifestado en la Resolución 95/2017, de 12 de mayo, de este Tribunal y se confirmaba en la 118/2017, de 31 de mayo, no es esta una cuestión fácil de conciliar en muchos casos con el derecho de acceso de las partes interesadas al expediente y en particular, a la oferta adjudicataria, derecho que cada vez es ejercido con más frecuencia para la interposición del recurso especial o para la ampliación del mismo una vez formalizado. En tal sentido, al tratarse de derechos que pueden colisionar, ya ha habido pronunciamientos tanto de Órganos consultivos en materia de contratación pública (v.g. Informe 46/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado e Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón), como del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Sentencia de 14 de febrero de 2008. Asunto C-450/06), de Órganos judiciales y también de los Tribunales administrativos de recursos contractuales -como ahora se verá-, que han insistido en que ha de encontrarse un equilibrio adecuado entre el derecho de defensa y el de protección de los intereses comerciales de las empresas licitadoras de forma que ninguna de ellas se vea perjudicada; y es que ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta, ni la publicidad y transparencia pueden implicar el acceso incondicionado e indiscriminado al expediente de contratación y a las ofertas de las restantes entidades licitadoras.

Así, este Tribunal en sus Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre y 90/2016, de



28 de abril, entre otras, ha venido sosteniendo que *«debe buscarse el necesario equilibrio entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, sin que la obligación de confidencialidad a que se refiere el artículo 140.1 del TRLCSP pueda afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. Por tanto, en el caso de que el adjudicatario califique como confidencial de manera indiscriminada toda la documentación incluida en su proposición, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecte a secretos técnicos o comerciales y pueda ser examinada por los demás licitadores»*.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales da un paso más, que este Órgano comparte, señalando en su Resolución 196/2016, de 11 de marzo, que *«(...) será menester acudir al caso concreto y a la documentación declarada confidencial por el licitador para determinar si se ha guardado un prudente equilibrio en la fijación de la documentación cuyo acceso estará vedado para el resto de los licitadores (...) si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente»*.

No obstante, siendo cierto todo lo anterior, también lo es que el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora. Así lo ha declarado este Tribunal en su Resolución 329/2016, de 22 de diciembre, y el Tribunal



Administrativo Central en la Resolución 710/2016, de 16 de septiembre, entre otras.

Asimismo, se ha de indicar como se ha expuesto que las prevenciones legales para la protección de los secretos técnicos y comerciales de las empresas licitadoras parten de la premisa de que estas hayan declarado la confidencialidad de la información facilitada al poder adjudicador. En tal sentido, el artículo 21 de la citada Directiva 2014/24/UE dispone que «(...) *el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas*» y el mencionada artículo 140.1 del TRLCSP establece que «(...) *los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial (...)*».

Así pues, no ha querido el legislador imponer al órgano de contratación cautelas en la salvaguarda de la confidencialidad de las ofertas, cuando esta no ha sido pretendida ni buscada por las propias entidades licitadoras, como ocurre en el supuesto examinado en el que la recurrente alega que la entidad SERVEI no ha declarado su documentación como confidencial, circunstancia que no combaten ni el órgano de contratación en su informe al recurso ni dicha entidad en su escrito de alegaciones al mismo, y ha podido comprobar este Tribunal en el expediente remitido.

En definitiva, el órgano de contratación no debe ser garante de la confidencialidad al margen del interés de la entidad licitadora afectada, sino solo cuando existe una razón legítima para hacerlo y un derecho que preservar, circunstancias éstas últimos que no acontecen en el supuesto analizado. La razón es obvia, toda vez que la protección de un derecho conlleva el sacrificio de otro, careciendo de sentido limitar los derechos de acceso y de defensa cuando la propia entidad interesada en salvaguardar los aspectos confidenciales que pudieran concurrir en su oferta no lo ha hecho (v.g. Resoluciones 95/2017, de 12 de mayo y 118/2017, de 31 de mayo, de este Tribunal).

Por último, en cuanto al procedimiento para solicitar el derecho de acceso al



expediente, el artículo 52 de la LCSP -en términos similares a los artículos 16 y 29.3 del Reglamento- dispone lo siguiente:

«Artículo 52. Acceso al expediente.

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.»

En el supuesto examinado, consta que la entidad ARAMARK solicitó vista de expediente al órgano de contratación la cual tuvo lugar el 6 de julio de 2018, según acta al efecto, sin embargo no consta que dicha entidad, que alega que en la citada vista no se le permitió el acceso a determinada documentación de la adjudicataria, solicitase a este Tribunal acceso al expediente en sus oficinas para proceder a completar el recurso, en su caso, como preceptúa el citado artículo 52 de la LCSP, sin que este Tribunal pueda suplir tal ausencia, y ello aun cuando en los términos expuestos el órgano de contratación no puede ser garante de la confidencialidad al



margen del interés de la entidad licitadora afectada.

Procede, pues, desestimar la pretensión subsidiaria de la recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.** contra la resolución, de 25 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudican entre otros los Lotes 6, 21 y 23 del contrato denominado “Concesión del servicio público de comedor y del contrato administrativo especial para la prestación del refuerzo alimentario en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 0036/IS/2017/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental de la Consejería de Educación y, en consecuencia, anular el acto impugnado, procediéndose en los términos expuestos en los fundamentos de derecho de la presente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de los Lotes 6, 21 y 23, cuyo mantenimiento fue adoptado por Resolución, de 2 de agosto de 2018, de este Tribunal.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en 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 la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

