

Recurso 440/2018**Resolución 119/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **SERVEI D´APATS, S.L.** contra el acuerdo, de 22 de noviembre de 2018, de la mesa de contratación por el que se excluye a aquella entidad del procedimiento de adjudicación, respecto a 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. 00366/ISE/2017/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental de la Consejería de Educación y Deporte, 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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. 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. El 31 de octubre de 2018, este Tribunal dicta Resolución núm. 305/2018 por la que se acuerda estimar parcialmente los mencionados recursos, con anulación del acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la evaluación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, para que por la mesa de contratación se procediera a solicitar a la entidad SERVEI D'APATS, S.L. -a cuyo favor se había adjudicado el contrato- la subsanación del plan de igualdad aportado en el sobre 1 de su propuesta, solo si este órgano de asistencia técnica entendía que dicho plan no reunía los requisitos exigidos en el pliego de cláusulas



administrativas particulares (en adelante, PCAP).

QUINTO. En ejecución de la citada Resolución 305/2018, la mesa de contratación envía a SERVEI D'APATS, S.L., el 8 de noviembre de 2018, requerimiento de subsanación de documentación. Examinada la documentación presentada, en sesión de 22 de noviembre de 2018 la mesa acuerda excluir a aquella entidad del procedimiento de adjudicación del contrato respecto a los lotes 6, 21 y 23.

El acuerdo de exclusión fue publicado en el perfil de contratante el 22 de noviembre de 2018, constando entre la documentación obrante en el expediente la carátula de fax de un supuesto envío de tal acuerdo a la recurrente, pero sin que sea posible acreditar conforme a la misma su efectiva remisión.

SEXTO. El 14 de diciembre de 2018 tiene entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por SERVEI D'APATS, S.L. (en adelante, SERVEI), contra el citado acuerdo de exclusión.

SÉPTIMO. Por la Secretaría de este Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, que remitió la documentación pertinente para su resolución. Asimismo se cumplimentó el trámite de alegaciones a los interesados, no habiendo sido formulada ninguna en el plazo otorgado para ello.

OCTAVO. Mediante Resolución, de 2 de enero de 2018, este Tribunal acuerda denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los Lotes 6, 21 y 23, solicitado por SERVEI en su escrito de interposición de recurso.

NOVENO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la 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 del recurso 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 el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno 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 objeto de la 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 exclusión de la entidad ahora recurrente adoptado por la mesa de contratación, 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. b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*



c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, en sesión de 22 de noviembre de 2018, le fue notificado a la entidad recurrente sin que conste en el expediente de contratación ni la fecha de remisión ni la de notificación; no obstante, dicha entidad en su escrito de recurso manifiesta haberlo recibido el mismo 22 de noviembre de 2018. Por tanto, el recurso presentado en el Registro electrónico del Tribunal el 14 de diciembre de 2018 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el recurso contra el acuerdo, de 22 de noviembre de 2018, de la mesa de contratación por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato respecto de los lotes 6, 21 y 23, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde su anulación y se ordene la retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración de la documentación acreditativa de los requisitos previos.

Funda su pretensión en que la mesa de contratación le excluyó del procedimiento de licitación de manera injustificada -entiende que quizá debido a una posible redacción desafortunada de su plan de igualdad en el apartado 3, dedicado al ámbito de aplicación-, y para ello alega que, con la documentación que presentó tras el requerimiento de subsanación de requisitos previos que le remitió la mesa el 8 de noviembre, quedó acreditada la vigencia y aplicación de un plan de igualdad para el conjunto de la empresa. Por otra parte, estima que se ha producido una infracción del principio de proporcionalidad, puesto que la mesa de contratación procedió a su exclusión del procedimiento sin solicitar aclaración o alguna otra documentación acreditativa sobre el verdadero ámbito de aplicación del plan de igualdad.



A tales alegatos se opone el órgano de contratación por las razones que constan en su informe y que, obrando en el procedimiento, damos por reproducidas.

Debemos, pues, analizar si resultó ajustada a derecho la actuación de la mesa de contratación acordando la exclusión de SERVEI.

Con carácter previo, procede exponer los siguientes datos de interés para la resolución de la controversia:

1. En la cláusula 9.2.1, “Sobre n.º 1, documentación acreditativa de los requisitos previos”, del PCAP se establece que “*Los documentos a incorporar en este sobre se aportarán ordenados tal como se indica a continuación:*

(...)

j) Promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.

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.”

2. En ejecución de la citada Resolución 305/2018 de este Tribunal, la mesa de contratación, en sesión de fecha 8 de noviembre de 2018, procedió al examen y calificación de la documentación contenida en el sobre 1 de la propuesta de SERVEI y, apreciando deficiencias u omisiones, requirió subsanación de la misma a dicho licitador.

3. Presentada por la ahora recurrente la documentación demandada por la mesa de contratación, esta procede a examinarla en su sesión de fecha 22 de noviembre de 2018 y acuerda lo siguiente:



«Analizada la documentación presentada en sede de subsanación se pone en su conocimiento que se acuerda por la misma declarar EXCLUIDA del mencionado procedimiento de adjudicación de los lotes 6, 21 y 23 a (B58703240) – SERVEI D APATS, S.L. por los motivos que a continuación se expresan:

No subsana correctamente la documentación requerida puesto que la licitadora SERVEI D APATS, S.L. presenta un Plan de Igualdad en el que en su punto 3 “ÁMBITO DE APLICACIÓN” indica “Este Plan de Igualdad es de aplicación en todos los centros escolares y comedores de la empresa por toda Cataluña y Valencia” por lo que no queda acreditada la cobertura territorial del Plan de Igualdad para el ámbito de los lotes 6, 21 y 23 del expediente 00366/ISE/2017/SC.»

Pues bien, expuestos los antecedentes de interés para la resolución de la controversia, debemos concretar, en primer lugar, de manera más precisa los argumentos en los que basa la recurrente su alegato relativo al ámbito de aplicación del plan de igualdad. Al respecto, manifiesta esta entidad que el citado plan resulta de aplicación para el conjunto de la empresa y la totalidad de sus trabajadores con independencia de la ubicación del concreto centro de trabajo. Considera quizá poco afortunada la redacción del apartado 3 del plan de igualdad, pero justifica el ámbito geográfico al que se hace referencia en el mismo esgrimiendo que, en el momento en que fue elaborado, los únicos centros de que disponía SERVEI se encontraban ubicados en Cataluña y Comunidad Valenciana. No obstante declara -transcribiendo como fundamentación para ello en su recurso diversos pasajes del propio plan, del acta de constitución de la comisión negociadora y del correspondiente a su aprobación- que dado que de modo reiterado en tales documentos, en relación con el plan de igualdad, se alude de manera genérica a la “empresa” y no a centros determinados de ella, resulta acreditado que SERVEI ha elaborado y aplica para la totalidad de la empresa un plan de igualdad en los términos previstos en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Al objeto de dirimir la cuestión planteada por la entidad recurrente, resulta necesario reproducir de manera íntegra el mencionado apartado 3, que dispone que “*Este Plan de Igualdad es de aplicación en todos los centros escolares y comedores de la empresa por toda Cataluña y Valencia.*”



Igualmente, será de aplicación a todos aquellos centros de trabajo que Servei d'Àpats pueda abrir y/o comprar o gestionar durante la vigencia del presente Plan en el ámbito territorial descrito en el párrafo anterior.”

Así pues, de lo anterior se desprende, de manera clara, sin ambigüedad y sin albergar ningún género de duda, que el plan de igualdad de SERVEI se elaboró para su efectividad en un ámbito territorial determinado y concreto: el correspondiente a la Comunidad Autónoma de Cataluña y Comunidad Valenciana. Resulta por tanto evidente que ninguna relación guarda ese ámbito con un contrato que se licita en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a desarrollar, conforme a los lotes en los que se excluye a la recurrente, en las provincias de Cádiz y Sevilla. En consecuencia, este Tribunal considera que no se trata de una redacción poco afortunada como alega la recurrente; por el contrario, el contenido del apartado 3 del plan de igualdad está redactado de manera clara en sus términos y como hemos indicado no deja lugar a dudas, conclusión reforzada por la propia denominación de dicho apartado: “ámbito de aplicación”.

En tal sentido, teniendo en cuenta la existencia de un apartado específico que define el ámbito geográfico en el que se aplica el plan y no habiéndose alegado ni acreditado por la recurrente que dicho ámbito haya sido ampliado y/o actualizado, no puede invocando una redacción poco afortunada, pretender que el órgano de contratación considerara, en base a alusiones haciendo referencia de manera genérica a la empresa que se contienen en el propio plan de igualdad y en documentos relacionados, que el mismo debe hacerse extensivo al conjunto de aquella, incluidos sus centros ubicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En este sentido, es responsabilidad de los licitadores mantener, en su caso, actualizada la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos necesarios para poder contratar con la Administración.

No es posible, por tanto, acoger este alegato de la recurrente.



SEXTO. Cuanto antecede haría innecesario el análisis del segundo alegato desarrollado en su escrito de impugnación por SERVEI, pues este Tribunal ya ha tenido ocasión de conocer con el recurso especial las aclaraciones que dicha entidad consideraba que el órgano de contratación le debería haber requerido, y como ya hemos manifestado, aquellas no pueden fundamentar la estimación del recurso. No obstante, a mayor abundamiento y al objeto de dejar zanjada la cuestión, se examinará en el presente fundamento el segundo de los argumentos empleados por la recurrente para combatir su exclusión.

Afirma pues, SERVEI, que la mesa de contratación no debió excluirla sin haber solicitado previamente aclaración o alguna otra documentación acreditativa sobre el verdadero ámbito de aplicación del plan de igualdad, infringiendo de este modo el principio de proporcionalidad que debería haber guiado la actuación de dicho órgano. Basa su argumentación la recurrente en lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que establece que *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”*, al tiempo que refuerza su alegato con referencias a doctrina de otros órganos de resolución de recursos especiales y a jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Considera por tanto SERVEI que la aplicación de tal principio exigía a la mesa de contratación haber optado por una solución menos onerosa, en este caso, la solicitud de aclaración, puesto que la exclusión sin haber efectuado aquella petición supuso una medida desproporcionada.

Pues bien, para el análisis de la controversia hemos de partir que en el supuesto examinado la exigencia de la elaboración y aplicación efectiva del plan de igualdad previsto en la cláusula 9.2.1.i) del PCAP forma parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 146.2 del TRLCSP).

Dicha documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos es subsanable, en el supuesto que presente defectos u omisiones. En este sentido, el



artículo 81.2 del RGLCAP, dispone que *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”*

En relación con lo expuesto, debemos señalar como ya manifestó este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 33/2017 de 15 de febrero y 260/2018, de 21 de septiembre, ratificadas en las Resoluciones 301/2018, de 23 de octubre, y 108/2019, de 11 de abril, que *“Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación.”*

En el presente motivo del recurso, la recurrente pretende enervar el acuerdo de exclusión impugnado denunciando que la mesa de contratación debió solicitarle expresamente algún tipo de aclaración al efecto como medida más proporcional o equilibrada antes de proceder a su exclusión. Al respecto debemos señalar que, siendo los pliegos la ley del contrato entre las partes, el órgano de contratación no puede modificar a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas en los mismos para la realización de una actividad simultánea para todas ellas sin vulnerar el principio de igualdad de trato.

Por lo tanto, como se ha expuesto, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente se constata que la mesa de contratación, en ejecución de la citada Resolución 305/2018 de este Tribunal, y tras apreciar que el plan de igualdad presentado por SERVEI no reunía los requisitos exigidos por el PCAP, en su sesión de



8 de noviembre de 2018 acordó requerir a la ahora recurrente la subsanación del mismo. Con ocasión del cumplimiento de este trámite, SERVEI aporta la documentación requerida que, como ya ha sido analizado en el anterior fundamento de derecho, no acredita la existencia de un plan de igualdad con vigencia para el ámbito territorial que demanda la ejecución del presente contrato.

En efecto, la mesa de contratación ofreció a la recurrente la posibilidad de subsanar el defecto advertido y, como hemos señalado, con la documentación aportada en respuesta a este requerimiento la mesa pudo contrastar de manera clara y precisa el ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa. Pese a ello, conforme al alegato ahora examinado la recurrente plantea una segunda subsanación, pretensión que no puede ser admitida pues de lo contrario se estaría infringiendo el principio de igualdad, así como el artículo 81.2 del RGLCAP en el que claramente se prevé la realización de un único trámite de subsanación en un plazo máximo de tres días hábiles.

Debemos, pues, remitirnos a lo ya manifestado en la reciente Resolución 108/2019, de 11 de abril, en la que, ante un supuesto similar, este Tribunal declaraba que *“una segunda subsanación a juicio de este Órgano superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación.”*

Asimismo la recurrente señala, con base en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que resulta contrario al principio de buena administración la desestimación de una oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de aquella pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente.

Al respecto ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que dicha apreciación la hace el citado Tribunal en relación a la oferta y no a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, para la cual ciertamente se prevé en el artículo



82 del TRLCSP la posibilidad de que el órgano de contratación o el órgano auxiliar de este recabe de la entidad licitadora aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores, relativos a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o le requiera la presentación de otros complementarios. Por tanto, y en segundo lugar, aun cuando pudiese hacerse extensiva a la documentación acreditativa de la elaboración y aplicación efectiva del plan de igualdad exigido, dicho trámite previsto en el citado artículo 82 debe ser empleado cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado, circunstancia que no concurre en el presente supuesto pues, como ya hemos manifestado, con la documentación presentada por SERVEI resultaba innecesaria cualquier solicitud de aclaración dado que se acredita sin oscuridad ni ambigüedad alguna la no adecuación del ámbito de aplicación del plan de igualdad al exigido para este contrato. En definitiva, contrariamente al planteamiento de la recurrente, la aplicación de este precepto queda reservada para casos muy concretos y debe ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **SERVEI D'APATS, S.L.** contra el acuerdo, de 22 de noviembre de 2018, de la mesa de contratación por el que se excluye a aquella entidad del procedimiento de adjudicación, respecto a 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. 00366/ISE/2017/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental de la Consejería de Educación y Deporte.



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. 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.

