

Recurso 148/2018**Resolución 175/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de junio de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX, S.A.** contra la exclusión de la citada empresa en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad contra intrusión y riesgos derivados de los edificios que albergan las sedes de los órganos judiciales de Málaga y provincia y otras instalaciones de ellos dependientes”, convocado por la Delegación del Gobierno en Málaga (Expdte: 14/17 SJI), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 24 de enero de 2018 se publicó en el perfil de contratante de 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 25 de enero de 2018, se publicó el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 26 de enero de 2018, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 19 y el 5 de febrero de 2018 en el Boletín Oficial del



Estado, núm. 32.

El valor estimado del contrato asciende a 4.211.422,97 euros.

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 (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 (LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión de 3 de abril de 2018, estimó que SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX, S.A. (en adelante SECOEX) no había presentado en tiempo y forma la subsanación correspondiente al no haber acreditado la vigencia del plan de igualdad requerido, por lo que acuerda su exclusión del procedimiento de licitación.

El acta fue publicada en el perfil de contratante el 4 de abril de 2018, y la exclusión fue notificada a la entidad ahora recurrente ese mismo día.

CUARTO. El día 24 de abril de 2018, SECOEX presentó en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía recurso especial en materia de contratación contra su exclusión; en el mismo la recurrente solicitó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 24 de abril de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe al recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida fue recibida en el Registro del Tribunal el 2 de mayo de 2018.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de mayo de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna durante el plazo concedido para ello.

SÉPTIMO. El 7 de mayo de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

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, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra el acto de exclusión adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 4.211.422,97 euros y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel resulta procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP dispone 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 se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.»

En el supuesto examinado, la resolución de exclusión impugnada fue notificada a la recurrente con fecha 4 de abril de 2018; por tanto, al haberse presentado el recurso especial en el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía con fecha 24 de abril de 2018, hay que concluir que el mismo se ha interpuesto en el plazo legal antes señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos, con base a los cuales SECOEX solicita la anulación del acuerdo de exclusión, retrotrayendo las actuaciones a fin de que se le permita acreditar la vigencia del plan de igualdad aportado a requerimiento de la mesa de contratación.



No obstante, antes de entrar en el examen de la cuestión controvertida, debe hacerse referencia a determinadas actuaciones practicadas en el procedimiento que resultan de interés para centrar el objeto del debate:

- En la sesión de la mesa de contratación de 20 de marzo de 2018 se procedió a la apertura de los sobres n.º 1 (documentación acreditativa de los requisitos previos) de las empresas licitadoras. En el caso de SECOEX y en lo que resulta ahora de interés, la mesa acordó que debía subsanar la documentación presentando lo siguiente: *«Aportar Plan de Igualdad, aprobado y vigente, firmado por los representantes de los trabajadores y de la empresa, identificando a los firmantes, con nombre y cargos»*.
- SECOEX presentó dentro del plazo concedido -el 22 de marzo- el plan de igualdad con la declaración de sus firmantes, que había sido solicitada por la mesa de contratación. En el apartado *«duración y vigencia»* del plan de igualdad se indica que: *«tendrá una vigencia de dos años, desde el 1 de marzo de 2016 hasta el 1 de marzo de 2018, fecha en que será objeto de revisión para determinar, si procede, el desarrollo de nuevas acciones»*.
- Según consta en el acta de la sesión de 3 de abril de 2018, a la vista de la documentación presentada por la recurrente, la mesa de contratación acuerda excluir a SECOEX al no haber acreditado la vigencia del plan de igualdad. Se indica en la notificación de la exclusión, de 4 de abril de 2018, como motivación que aporta: *«plan de igualdad, aprobado por los representantes de los trabajadores y de la empresa, en dicho documento en el apartado 4, duración y vigencia, se establece la misma por dos años desde el 1 de marzo de 2016 hasta el 1 de marzo de 2018. Se aporta declaración sobre la identidad y cargos de los firmantes de dicho plan, pero no se ha acreditado la vigencia del plan de igualdad, no subsanando por ello lo requerido por la mesa»*. Como consecuencia de ello, SECOEX es excluida de la licitación.



Pues bien, en su escrito de recurso, SECOEX esgrime que con fecha 22 de marzo de 2018, aportó el plan de igualdad que a esa fecha estaba vigente, y el resto de documentación que había sido solicitada por la mesa de contratación.

En primer lugar, considera la recurrente que el requerimiento de subsanación de documentación efectuado por la mesa de contratación se excedió de lo requerido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en tanto que esta solicitó -además del plan de igualdad- que el mismo estuviera formalizado por los correspondientes representantes y que estos se identificaran con sus cargos correspondientes; manifiesta, que este requerimiento conculcó el contenido de los pliegos que supone la *lex contractus* que rige el contrato y que como tal vincula también a la Administración.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que ante el requerimiento de subsanación de la mesa de contratación esta presentó el plan de igualdad que estaba vigente, pero que en ningún momento se le solicitó que acreditara la vigencia del plan, por lo que esa documentación no fue presentada.

Sobre la causa de exclusión, argumenta la recurrente que la mesa de contratación actuó atentando a los principios de proporcionalidad, libertad de concurrencia y antiformalismo, ya que en lugar de excluirla directamente pudo acudir al mecanismo previsto en los artículos 82 del TRLCSP y 22 del RGLCAP y solicitarle aclaraciones sobre la vigencia del plan de igualdad que había presentado en fase de subsanación. Para fundamentar sus manifestaciones invoca la doctrina emitida sobre la cuestión por diversos tribunales administrativos de recursos contractuales.

En este sentido, la recurrente argumenta que lo que el PCAP solicita es la aportación de un plan, sin concretar nada sobre la vigencia, y que su plan de igualdad indica -como anteriormente se ha reproducido- que tiene una vigencia de dos años, hasta el 1 de marzo de 2018, fecha en que: «*será objeto de revisión para determinar, si procede, el desarrollo de nuevas acciones*». Sobre lo



anterior, argumenta que si el órgano de contratación se lo hubiera solicitado podría haber aportado los acuerdos firmados con los distintos comités de empresa para la prórroga y revisión del plan, documentación que adjunta al recurso interpuesto.

Es por ello, que la recurrente solicita a este Tribunal que se acuerde la anulación del acuerdo de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la comisión de la infracción a fin de que pueda acreditar la vigencia del plan de igualdad aportado en trámite de subsanación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación aduce que la entidad ahora recurrente no incluyó en el sobre 1 de su oferta su plan de igualdad incumpliendo así la cláusula -anteriormente reproducida- 9.2.1.2. del PCAP; además, manifiesta que presenta una declaración sobre la promoción de igualdad de género que difiere de la contemplada en el Anexo III-J del PCAP, en la que no indica el número de trabajadores de la plantilla dato necesario para saber si existe la obligación de que la entidad aplique un plan de igualdad.

En este sentido, el órgano de contratación manifiesta que solicitó a SECOEX que subsanase -entre otra documentación- la relativa al plan de igualdad, debiendo presentar un documento válido -aprobado, vigente y debidamente firmado-. A su juicio, el requerimiento no excede de lo dispuesto en los pliegos -como indica la recurrente- sino que precisa lo que necesita conocer: los firmantes de los documentos, con nombres y cargos. Por otro lado, afirma, que con respecto a la documentación requerida en el trámite de subsanación no cabe nueva subsanación.

El órgano de contratación argumenta que de ninguno de los documentos aportados en fase de subsanación se desprende que el plan de igualdad esté en vigor, y que, aunque reconoce que no es el objeto del presente recurso, de la documentación que ahora SECOEX anexa a su escrito tampoco se desprende la vigencia del mismo, por lo que solicita que se desestime íntegramente el presente



recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de los motivos del recurso, que se circunscriben a determinar si la exclusión de SECOEX fue correcta o si, por el contrario, la misma conculcó los principios de proporcionalidad, libre concurrencia y antiformalista como defiende la entidad recurrente y, por tanto, la mesa de contratación debió proceder a solicitar aclaraciones adicionales a esta entidad sobre la vigencia del plan de igualdad presentado en fase de subsanación.

Efectivamente, la cláusula 9.2.1.2.d) del PCAP al establecer la documentación que debe incluirse dentro del sobre 1, establece que: *«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»*. Con relación a la documentación acreditativa de dicho plan se señala en la cláusula mencionada que: *«A tal efecto, las personas licitadoras deberán aportar dicho Plan, así como los acuerdos adoptados en relación al mismo»*.

La recurrente combate el requerimiento de subsanación de documentación realizado por la mesa de contratación al considerar que excede de lo dispuesto en el pliego ya que además de exigirle que aporte el plan de igualdad aprobado y vigente, también le requieren que esté firmado por sus representantes, con identificación de los mismos y sus cargos.

Sobre esta cuestión, procede manifestar que -como indica el órgano de contratación- es función de la mesa de contratación solicitar concreciones o aclaraciones sobre la documentación solicitada a los efectos de contar con los suficientes elementos de juicio para poder comprobar si las entidades licitadoras cumplen con los requisitos exigidos en los pliegos. En este supuesto, lo que la mesa de contratación solicitó fue que el plan de igualdad estuviera firmado por los representantes competentes a efectos de su formalización, con identificación de los mismos y de sus cargos, exigencia que se desprende de lo



contenido en la cláusula reproducida con relación a la acreditación de la aprobación del plan de igualdad. Además de lo anterior, este Tribunal considera que esta cuestión no es relevante en el presente supuesto ya que esta documentación fue correctamente acreditada por parte de SECOEX; realmente, el objeto de la controversia no deriva de este hecho sino de la vigencia del plan de igualdad.

Con respecto a esta cuestión -la vigencia del plan de igualdad- este Tribunal infiere, que si bien es cierto que a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas -5 de marzo de 2018-, efectivamente, el plan de igualdad había perdido su vigencia inicial -hasta el 1 de marzo de 2018-, también lo es, que la mesa de contratación desconocía si el mencionado plan se había o no prorrogado; en este sentido, el objeto del debate se centra en dilucidar si se le debió conceder la posibilidad a SECOEX de que aclarara este extremo.

Como se ha indicado, la mesa de contratación consideró que no cabía una nueva subsanación sobre lo ya requerido en virtud del principio de igualdad de trato a los licitadores, y el órgano de contratación defiende su actuación al no considerar que esta haya sido desproporcionada o excesivamente formalista.

Pues bien, sobre esta cuestión ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal, así por ejemplo, señala la Resolución 77/2017, de 24 de abril, de este Tribunal -invocando la doctrina mantenida en las Resoluciones 77/2013, de 21 de junio, 117/2015, de 17 de marzo, 241/2015, de 7 de julio, 407/2015, de 25 de noviembre, 425/2015, de 17 de diciembre, 43/2016, de 18 de febrero y 59/2016, de 10 de marzo- que el artículo 82 del TRLCSP brinda una solución a supuestos como el aquí analizado. El precepto establece que *«el órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores (referidos a la capacidad y solvencia) o requerirle para la presentación de otros complementarios»*.



El precedente normativo inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo tenor es el siguiente *«A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días, sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6.»*

En tal sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, concluye que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos estos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y de no estar incursos en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado.

A juicio de este Tribunal, esta previsión tiene concreción también en la cláusula 6.2.del PCAP rector del presente procedimiento de licitación que prevé que: *«la mesa o el órgano de contratación podrá recabar de la persona empresaria aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados, o requerirle para la presentación de otros complementarios»* ya que aunque esté referida a la documentación relativa a la solvencia ha de considerarse extensiva a la documentación acreditativa de la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, por todos los argumentos anteriormente mencionados.



Así pues, en el supuesto analizado, la mesa de contratación debió aplicar el principio de proporcionalidad, preconizado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, y por el que hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

Por ello, la mesa de contratación, en aplicación de lo estipulado en el artículo 82 del TRLCSP, debió solicitar aclaraciones sobre la vigencia del plan de igualdad para comprobar si el mismo se encontraba prorrogado.

Esta opción hubiera sido más acorde con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo conforme a la cual debe evitarse la exclusión de los licitadores por simples defectos formales fácilmente subsanables (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de doctrina. Recurso 265/2003), máxime cuando solo se trataba de aclarar un extremo en la documentación presentada sin infracción alguna del principio de igualdad de trato.

En el sentido expuesto, aquella aclaración, de haberse solicitado al amparo del precepto legal antes citado, en modo alguno hubiera sido equiparable a una segunda subsanación -proscrita por nuestra legislación contractual y por la doctrina de los tribunales de recursos contractuales. Por tanto, este Tribunal no puede considerar correcto el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, pues tal decisión es contraria a los principios de proporcionalidad y concurrencia y se funda en un formalismo que ninguna ventaja aporta al interés público tutelado por el contrato.



Es por ello, que procede la estimación del recurso y la anulación del acuerdo de exclusión con retroacción de las actuaciones al momento previo a la comisión de la infracción, debiendo procederse en los términos previstos en esta resolución concediendo a SECOEX la posibilidad de aclarar la vigencia del plan de igualdad presentado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX, S.A.** contra la exclusión de la citada empresa en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad contra intrusión y riesgos derivados de los edificios que albergan las sedes de los órganos judiciales de Málaga y provincia y otras instalaciones de ellos dependientes”, convocado por la Delegación del Gobierno en Málaga, y en consecuencia, anular el acuerdo de exclusión con retroacción de actuaciones en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado mediante Resolución de este Tribunal de 7 de mayo de 2018.

TERCERO. Acordar que por el órgano de contratación se dé conocimiento a este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

