

**Recurso 226/2016****Resolución 257/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de octubre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **A.M.P.A. LA MOLINETA I.E.S. CRUZ DE CARAVACA** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la modalidad de concesión” (Expte. 00048/ISE/2016/SC), en relación al **lote 60**, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 4 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 6 de junio 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 citado anuncio fue también publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 245, de 16 de junio de 2016.

El valor estimado del contrato asciende a 151.318.748,58 euros y entre los licitadores que presentaron ofertas en el procedimiento se encontraba la 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.

**TERCERO.** Con fecha 2 de septiembre de 2016, fue dictada resolución de adjudicación del citado contrato y en concreto el lote 60 se adjudicó a la empresa SERENISIMA IBERIA, S.L., notificándose a los licitadores y publicándose en el perfil de contratante ese mismo día.

**CUARTO.** El 12 de septiembre de 2016, se recibe en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la A.M.P.A. LA MOLINETA I.E.S. CRUZ DE CARAVACA contra la resolución de adjudicación del citado lote.

**QUINTO.** El 15 de septiembre de 2016 remite a este Tribunal el órgano de contratación el citado recurso y el expediente completo, informe sobre el recurso interpuesto así como sobre las medidas provisionales solicitadas y listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación.

**SEXTO.** Con fecha 26 de septiembre de 2016 este Tribunal acuerda adoptar la medida provisional de mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.



**SÉPTIMO.** La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 23 de septiembre de 2016, dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores que habían participado en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la empresa SERENISIMA IBERIA S.L.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos y contratos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

Según la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la gestión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación. El valor estimado del contrato es de 151.318.748,58 euros, y tiene un plazo de ejecución de 2 años más dos de prórroga, sin que duración total del mismo, incluida la prórroga, pueda exceder de 4 años.



Hay que indicar que a la fecha de publicación de la licitación -4 de junio de 2016- ya había vencido el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, siendo de aplicación determinadas previsiones de la Directiva, aun no traspuesta. Pues bien, hemos de señalar que esta nueva directiva considera como concesiones de servicios aquellos contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV de la misma, siempre que el importe del valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

Así, y con independencia de su calificación como contrato de servicios o de concesión de servicios, circunstancia que no es objeto de debate, estamos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, susceptible de recurso especial.

Por tanto, el recurso se habría interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada que pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

El acuerdo de adjudicación impugnado fue remitido a la entidad recurrente el 2 de septiembre de 2016, por tanto, el recurso presentado el 12 de septiembre de 2016 en el Registro del órgano de contratación se ha interpuesto en el plazo legal señalado.



**QUINTO.** Entrando a analizar el fondo del recurso se pueden concretar en tres los fundamentos de la recurrente.

En primer lugar alega que tiene conocimiento de la adjudicación del contrato el 6 de septiembre de 2016, a través del correo que recibe de la adjudicataria recabando los datos para la subrogación del personal y que por tanto ha habido un “trato de favor” para ésta que tuvo conocimiento de la resolución de adjudicación antes que ella, añadiendo que solo tuvo conocimiento de la resolución de adjudicación mediante un correo electrónico en el que se le “ponía de manifiesto el expediente”.

Al respecto hay que advertir que la citada alegación carece de la más mínima motivación por parte de la recurrente y ello con independencia de su falta de fundamentación fáctica. Ello resulta claramente del expediente remitido al Tribunal donde se constata que el 2 de septiembre de 2016 se remitió por fax la resolución de adjudicación a la recurrente.

Esta solicitó vista del expediente el día 7 de septiembre y el 9 de septiembre se le indicó que el día para la vista sería el 13 de septiembre a las 10:00 horas, sin que concurriera dicho día a la vista, interponiendo el recurso antes de tener lugar la misma (12 de septiembre). Por ello resulta con claridad que el primer conocimiento de la resolución no lo tuvo el día que se le concede cita para la vista del expediente, sino el día 2 de septiembre mediante fax recibido por la misma y ello sin perjuicio de la publicación en la plataforma de contratación de la resolución de adjudicación ese mismo día.

Por tanto, hay que desestimar esta pretensión, de la que además se infiere mala fe en la alegación puesto que no fundamenta y así queda acreditado el que la recurrente no tuvo conocimiento por el correo de la empresa adjudicataria de la citada resolución de adjudicación.

**SEXTO.** Por otro lado, la recurrente alega que la adjudicataria pertenece al mismo grupo de empresas de otra de las licitadoras, en concreto la empresa DUJONKA.S.L.



y que acudieron cada una a 6 lotes en clara contradicción con el PCAP que exige que no se pueda licitar a más de 6 lotes tanto de manera “individual” como en “grupo” y además, según ella, no presentaron el Anexo III-C relativo a la declaración de empresas pertenecientes al mismo grupo y el modelo para justificar las ofertas anormales de empresas pertenecientes al mismo grupo.

Hay que volver a reiterar la mala fe de la recurrente al hacer la citada alegación al carecer de todo fundamento. En primer lugar porque, aun perteneciendo la empresa adjudicataria SERENISIMA IBERIA S.L. y DUJONKA.S.L. al mismo grupo empresarial, no licitaron las dos al lote 60 impugnado, ya que solo lo hizo la primera.

Pero además aunque hubieran licitado las dos empresas a dicho lote, la alegación al respecto no tiene apoyo ni en el PCAP ni en el expediente.

Por un lado, ambas empresas presentaron declaración de pertenencia a un Grupo empresarial y así se hizo constar en el perfil del contratante mediante la publicación el 1 de agosto de 2016 del acuerdo de la Mesa de contratación relativo a la subsanación de documentación del sobre n.º 1; por lo que la recurrente ya conocía que pertenecían al mismo grupo empresarial.

Pero además, y aun cuando no presentaron oferta al lote 60 las dos empresas, el PCAP en el Anexo I limita a 20 los lotes a licitar, siendo como máximo 6 los lotes a los que se puede licitar “de cocina in situ” y 14 los de “cocina de catering” indicando que *“para aquellos licitadores que concurriendo a un/os lote/s, también lo hagan en UTE con otra/s empresa/s a uno o más lote/s distinto/s se considerará que la suma de los lotes a los que se presenta tanto de manera individual como en UTE no podrá superar las limitaciones establecidas, cualquiera que sea el porcentaje que tenga en las UTEs”*.

Por tanto, la citada limitación no se refiere a las empresas de un mismo grupo empresarial sino a la que licitan en UTE y con el fin de salvaguardar el mandato del artículo 145.3 del TRLCSP de que cada licitador solo podrá presentar una oferta.



De hecho, el artículo 86 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al establecer la forma de valoración de ofertas de empresas perteneciente al mismo grupo, recoge implícitamente la posibilidad de que las mismas presenten proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, sin que ello suponga infracción alguna.

Asimismo lo ha entendido el Tribunal Supremo en varias sentencias, como en la de 24 de octubre de 2011 (sala de lo contencioso-administrativo, sección séptima, recurso 1938/2009), que por su claridad se cita y que dice:

*«Pues bien, esta Sala comparte el anterior criterio. El artículo 80 del citado Texto Refundido, en la redacción aplicable, establecía que «En las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87 de la presente Ley sobre admisibilidad de variantes. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas». Por tanto, la única limitación que este precepto establecía estaba referida a que cada licitador presentara una sola proposición, concretándose dicha limitación para el supuesto de uniones temporales de empresas, que no es el caso.*

*Es más, tanto de lo previsto en los artículos 83.3 y 86.4 del Texto Refundido, como en el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en las redacciones aplicables-, se deduce la posibilidad de que empresas pertenecientes al mismo grupo puedan presentar proposiciones individuales, ya que, sin prohibir tal posibilidad, la única limitación que contienen está prevista en lo relativo al precio de las ofertas para los supuestos en las que la forma de adjudicación del contrato fuese la subasta, o bien cuando siendo aquélla el concurso, el precio ofertado fuera uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación. (...)*



*Por su parte el artículo 86.1 Real Decreto 1098/2001, tenía análogas previsiones recogiendo expresamente el supuesto de que empresas pertenecientes a un mismo grupo presentaran distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, con la única previsión -siempre dentro del ámbito del 86.4-, de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pudieran establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo”.*

Y en el mismo sentido también se han pronunciado resoluciones de distintos Tribunales administrativos, una por todas, la Resolución 38/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 28 de abril de 2015 que determina: *«La recurrente, en el fondo, cuestiona la interpretación que permite concurrir a empresas de un mismo grupo empresarial. Y esa posibilidad -que no es una mera opción-, es la única solución legal posible, dado que el TRLCSP permite en todo caso que cualquier licitador con capacidad y solvencia pueda concurrir a una licitación, con la única limitación de que no pueda presentar doble oferta. La Ley no considera que exista doble oferta por el hecho de pertenecer a un mismo holding empresarial I...). Solo se prevé de forma expresa tal consecuencia en los contratos de concesión de obra pública (de objeto distinto al recurso), ex artículo 145.4 TRLCSP.*

*Los pliegos exigen una Interpretación en todo caso compatible con la Ley, en virtud del principio de vinculación al principio de legalidad. Y el TRLCSP es claro, al admitir que puede concurrir a cualquier licitación y presentar oferta cualquier empresa, con independencia de que alguna forme parte de un mismo grupo empresarial (artículo 42 Código de Comercio). Es más, se reconoce expresamente tal posibilidad al resolver como se calcula la anormalidad de ofertas cuando concurre esta circunstancia, en el artículo 145.5 TRLCSP. Así pues, la Ley permite que se pueda concurrir a una misma licitación por empresas del mismo grupo empresarial.»*



Así, está claro que empresas pertenecientes a un mismo grupo pueden presentar proposiciones individuales a un mismo contrato, siempre que no se trate de un contrato de concesión de obra pública, sin que ello suponga, en ningún caso, la presentación de una doble oferta pues la Ley no considera que exista doble oferta por el hecho de pertenecer al mismo holding empresarial.

En el caso que es objeto de recurso, estamos ante un contrato de gestión del servicio público por lo que empresas pertenecientes a un mismo grupo deben poder presentar proposiciones individuales en el mismo marco de igualdad que empresas que no pertenezcan a un mismo grupo. Caso contrario, se estaría infringiendo no solo la normativa citada, sino también el principio de proporcionalidad previsto en las Directivas europeas.

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de mayo de 2009 (caso Assitur contra Assitur), es muy clara al respecto cuando dice:

*«25. A este respecto procede recordar que las normas comunitarias relativas a la adjudicación de contratos públicos se adoptaron en el marco de la realización del mercado interior, en el que esté garantizada la libre circulación y se eliminen las restricciones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. 1-619, apartado 2).*

*25. En el contexto de un mercado interior único y de competencia efectiva, redunda en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación.*

*27. De la resolución de remisión se desprende que la disposición controvertida en el litigio principal, redactada en términos claros e imperativos, establece, para las entidades adjudicadoras, una obligación absoluta de excluir de un procedimiento de adjudicación de contratos a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia cuando dichas empresas están vinculadas entre si mediante relaciones de control como las previstas en la normativa nacional controvertida en el litigio principal.*



28. Sin embargo, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario.

29. Por lo tanto, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

30. Tal normativa, basada en una presunción iuris et de Jure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. 1-1559, apartados 33 y 35, así como Michaniki, antes citada, apartado 62).

31. Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar



*simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.*

*32.En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos.»*

Por tanto, el hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial ambas empresas no les impide licitar a los mismos lotes, pero en este caso además, las citadas empresas licitaron a lotes diferentes sin que la limitación del pliego pueda aplicarse respecto a las empresas que licitan individualmente aunque formen parte de un mismo grupo empresarial.

Por tanto, la citada limitación no se refiere a las empresas de un mismo grupo empresarial sino a las que licitan en UTE y por tanto, no puede estimarse tampoco dicha alegación, cuando insistimos además en este caso no licitan ambas empresas al lote 60 objeto del presente recurso.

**SÉPTIMO.** Termina sus alegatos la recurrente haciendo una presunción de que la adjudicataria no va a poder prestar el servicio con la oferta económica que ha hecho puesto que ella viene prestando el servicio durante 30 años y “según sus previsiones” la adjudicataria no va a “tener suficiente” para pagar las materias primas que se



consuman de los productos ecológicos ofertados, los suministros, los gastos de administración de la empresa y el beneficio industrial ya que la diferencia entre gastos de personal e ingresos es solo de 5.901€.

Este alegato no es sino una mera presunción de la recurrente, sin que de acuerdo con el PCAP la oferta de la adjudicataria haya resultado temeraria o anormal. Por tanto, se trata de una mera presunción que carece de la más mínima motivación y que en todo caso será la adjudicataria la que sufriría el escaso margen de beneficio industrial que le restaría ante la oferta realizada pero sin que ello sirva de motivación para anular la adjudicación realizada a la misma.

De todo lo expuesto se aprecia una ánimo torticero en la recurrente a la hora de interponer el recurso con el fin de pretender una prórroga del contrato de gestión del servicio de comedor que hasta ahora ha venido prestando la misma y que expresamente solicita en el recurso, de donde resulta el ánimo de suspender la resolución de adjudicación con la interposición del recurso sin que el mismo se fundamente en razones jurídicas, tal y como se ha puesto de manifiesto en la presente resolución.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **A.M.P.A. LA MOLINETA I.E.S. CRUZ DE CARAVACA** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la modalidad de concesión” (Expte. 00048/ISE/2016/SC), en relación al **lote 60**, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación.



**SEGUNDO.** Declarar que se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa de 2.000 € en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento, cuyo mantenimiento se acordó por Resolución de este Tribunal de 26 de septiembre de 2016.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

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

