

Recurso 283/2017**Resolución 281/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 28 de diciembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **ABENSAC, S.C.A.**, contra el Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, del Gerente de la Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM), por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de catering de los centros e instalaciones dependientes de FAISEM en la provincia de Jaén” (Expte. 5/2017), promovido por la citada Fundación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 20 de septiembre de 2017, fue publicado 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.



SEGUNDO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de licitación, el 23 de noviembre de 2017, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad RESTCARGAN, S.A.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 23 de noviembre de 2017 y remitida el mismo día mediante correo electrónico a las entidades licitadoras, entre ellas, la ahora recurrente.

TERCERO. El 4 de diciembre de 2017, se presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por ABENSAC, S.C.A. contra el Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, antes citado.

El 7 de diciembre de 2017, se recibe en el Registro de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación adjuntando escrito de recurso especial, expediente de contratación, así como listado comprensivo de los licitadores que participaron en el procedimiento de licitación con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Posteriormente, el 18 de diciembre de 2017, previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 13 de diciembre de 2017, se recibió en el Registro de este Tribunal el informe del órgano de contratación al recurso.

CUARTO. Mediante escrito de 14 de diciembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad RESTCARGAN, S.A.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone 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 40 del TRLCSP.

El contrato licitado es un contrato de servicios con un valor estimado de 1.893.280 euros, convocado por un órgano con la condición de poder adjudicador, y siendo el acto impugnado la resolución de adjudicación del contrato, se trata, por tanto, de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40, apartados 1.a) y 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”.

En el supuesto analizado, el recurso especial se presentó en el Registro del órgano de contratación el pasado 4 de diciembre de 2017, habiendo sido remitido el acuerdo de adjudicación a la empresa ahora recurrente el 23 de noviembre de 2017, por lo que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Tras el análisis del cumplimiento de los requisitos previos, procede examinar los motivos en que el recurso se fundamenta.

El recurso se sustenta en un único motivo donde se denuncia que la empresa adjudicataria, RESTCARGAN, S.A., se encuentra inscrita para una actividad que no se corresponde con la del servicio a desarrollar, entendiéndose que ello debe ser causa de exclusión de la entidad en el presente procedimiento.

En este sentido, señala la recurrente que tal y como especifica el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), es requisito de solvencia y capacidad para contratar el contar con la preceptiva autorización sanitaria de funcionamiento de las empresas y establecimientos alimentarios y hallarse inscrita en el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.

Así, pone de manifiesto la recurrente que la empresa RESTCARGAN, S.A. dispone de Registro Sanitario para la actividad “Fabricación, elaboración y transformación de comidas preparadas” cuando, según expone, el Registro Sanitario obligatorio para el suministro a colectividades requerido normativamente es el que se otorga a la clave 26 1/02, esto es, “Fabricación, elaboración y transformación de comidas preparadas para colectividades.”



Como apoyo a su fundamentación la recurrente aporta informe emitido por la Delegación Territorial de Jaén de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, donde se recoge que la empresa RESTCARGAN, S.A. «no dispone de autorización para la actividad de “Elaboración de comidas preparadas para colectividades”».

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido pone de manifiesto, asimismo, que el PCAP establece como requisito específico de capacidad el que las empresas cuenten con la preceptiva autorización sanitaria y se hallen inscritas en el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.

A este respecto, el órgano de contratación expone que hasta ahora se venía aceptando la inscripción genérica en el mismo pero que, tras evacuar las oportunas consultas con los órganos competentes del Registro General Sanitario de Alimentos a raíz del recurso, le ha sido confirmado que para la prestación del servicio licitado es preceptivo contar con la Clave 26 Categoría 1 y, además, con el código 02 “Comidas para colectividades”, que resulta, por tanto, un requisito de capacidad exigible a las empresas licitadoras.

Finalmente, entiende el órgano de contratación que, en base a lo expuesto, se habría producido una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, ya que debería haberse identificado con claridad el código del Registro Sanitario exigido, concluyendo que da la razón a la recurrente en cuanto al fondo del asunto, mostrando su disposición a repetir la licitación corrigiendo la citada infracción.

Por su parte, la entidad RESTCARGAN, S.A. como interesada señala en su escrito que la misma dispone de Registro Sanitario para la actividad “Fabricación, elaboración y transformación de comidas” (Clave 26 – Actividad 01/04), alegando que -en base a consulta realizada a la Agencia Española de



Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, puesto en relación con el contenido de los pliegos donde se define la tipología de los centros a servir-, dichos centros no pueden tener la consideración de colectividades a los efectos de aplicar la normativa correspondiente, ya que los mismos deben estar censados como establecimientos de colectividades controlados sanitariamente para poder ser tenidos en cuenta como una colectividad.

Alega, para finalizar, que en anteriores contratos con FAISEM, la inspección del servicio ha sido positiva entendiéndose que las casas o viviendas dependientes de FAISEM no son consideradas una colectividad.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede pues el análisis del único motivo del recurso el cual, como se ha expuesto, se circunscribe a determinar la obligatoriedad o no de que la empresa adjudicataria tuviese la oportuna inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, en la Clave 26, Categoría 01, Actividad 02 “Comidas preparadas para colectividades”.

Al respecto, el PCAP que rige la presente licitación establece, en su cláusula 3.1, lo siguiente:

“Las empresas licitadoras deberán contar con la preceptiva autorización sanitaria de funcionamiento de las empresas y establecimientos alimentarios y hallarse inscrita en el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.”

Para una mejor comprensión hemos de traer a colación lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, que señala que *“Se inscribirán en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos cada uno de los establecimientos de las empresas alimentarias o, en el caso de que*



éstas no tengan establecimientos, las propias empresas, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que la sede del establecimiento o la sede o domicilio social de la empresa que no tenga establecimiento esté en territorio español.

b) Que su actividad tenga por objeto:

1.º Alimentos o productos alimenticios destinados al consumo humano.

2.º Materiales y objetos destinados a estar en contacto con alimentos.

3.º Coadyuvantes tecnológicos utilizados para la elaboración de alimentos.

c) Que su actividad pueda clasificarse en alguna de las siguientes categorías:

1.º Producción, transformación, elaboración y/o envasado.

2.º Almacenamiento y/o distribución y/o transporte.

3.º Importación de productos procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea.”

Asimismo, el citado Real Decreto prevé en sus artículos 1.2 y 2.2 la creación de registros gestionados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, llevándose a cabo en Andalucía por el Decreto 61/2012, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.

Este Registro utiliza un catálogo para la clasificación e identificación de las empresas y establecimientos alimentarios donde la inscripción se realiza en tres niveles. En el primer nivel las empresas se encuadran dentro de una o varias claves, entre las que se encuentra la que ahora nos ocupa: *Clave 26 “Comidas preparadas, alimentos para grupos específicos, complementos alimenticios y otros ingredientes y productos alimenticios”*. Dentro de esta clave se incluyen, entre otras, la siguiente categoría: *“1 Fabricación o Elaboración o Transformación”*, la cual abarca a su vez, en lo que aquí interesa, las siguientes



actividades: “02 Comidas preparadas para colectividades y 04 Comidas preparadas”.

Pues bien, una vez sentado lo anterior, debe recordarse la doctrina emanada de este Tribunal en cuanto a la naturaleza jurídica de los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), donde se señalaba que los pliegos son la ley del contrato entre las partes.

Como ya se ha expuesto, la cuestión que nos ocupa queda regulada en la cláusula 3.1 del PCAP que rige el presente procedimiento, el cual una vez que deviene firme, al no haber sido impugnado, constituye la ley del contrato al que ha de sujetarse tanto la Administración como los licitadores, y por tanto han de respetarse los requisitos y el procedimiento fijados en los pliegos si, como es el caso del expediente de referencia, fueron libremente aceptados por los licitadores, entre los que figura la recurrente, que no los impugnaron.

De la cláusula antes transcrita se desprende sin ningún género de dudas que, como requisito específico de capacidad exigible para la ejecución del servicio se requiere la inscripción en el Registro anteriormente citado, sin que, en ningún momento la citada cláusula, ni ninguna otra de las recogidas en los pliegos, establezcan la obligación de que las licitadoras estén inscritas en la actividad 02 *“Comidas preparadas para colectividades”*.

Por tanto, a la luz del contenido de los pliegos, no puede darse la razón a la recurrente cuando pone de manifiesto que la entidad adjudicataria aporta un Registro Sanitario que no se corresponde con el de la actividad a desarrollar, ya que, como se ha señalado, los pliegos únicamente establecen que las licitadoras se hallen inscritas en el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.



En este sentido, la omisión del pliego, en cuanto a qué inscripción concreta debe exigirse a los licitadores, no puede salvarse con una interpretación que resulte contraria a los principios de igualdad y concurrencia, ni desfavorable para los licitadores que no son responsables de dicha omisión, más aún teniendo en cuenta que esta interpretación se ha realizado con posterioridad a la apertura y puntuación de la totalidad de la ofertas.

Por otra parte, hay que recordar también que, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En relación a ello se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *“(...) si la EUIPO (entidad contratante) no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80). Así pues, el hecho de que el órgano de contratación se aparte de los documentos de licitación aceptando ofertas que no correspondan al objeto del contrato tal y como éste se define en dichos documentos es inconciliable con*



los principios de transparencia y de igualdad de trato (sentencia de 13 de septiembre de 2011, Dredging International y Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, apartado 70)”.

En este sentido, no puede acogerse tampoco el alegato del órgano de contratación cuando da la razón a la recurrente en cuanto al fondo del asunto y muestra su disposición a repetir la licitación, por cuanto se trata de una cuestión que excede del objeto de esta resolución y solo puede plantearse en orden a futuras licitaciones.

A mayor abundamiento, debemos indicar que el propio órgano de contratación manifiesta en su informe que en anteriores licitaciones se ha admitido por parte de FAISEM la inscripción genérica sin que, por otra parte, haya puesto de manifiesto que ello suponga la imposibilidad material en la ejecución del servicio cuando, de hecho, este se ha venido prestando a satisfacción.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede la desestimación del motivo del recurso.

No obstante, esta desestimación no es óbice para que en futuras licitaciones con el mismo objeto, si el órgano de contratación lo considera necesario, se modifique la redacción de esta cláusula.

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 **ABENSAC S.C.A.**, contra el acuerdo de 23 de noviembre de 2017, del Gerente de la Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM), por el que se



adjudica el contrato denominado “Servicio de catering de los centros e instalaciones dependientes de FAISEM en la provincia de Jaén” (Expte. 5/2017), promovido por la citada Fundación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. 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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos 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.

