

**Recurso 296/2015****Resolución 59/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de marzo de 2016

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NESTLÉ ESPAÑA, S.A.** contra la resolución, de 24 de noviembre de 2015, de la Delegada Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla de la Junta de Andalucía, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de productos alimenticios para el Centro Residencial para personas mayores de Montequinto dependiente de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla” (Expte. SUM-01/15), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

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

**PRIMERO.** El 22 de agosto de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 8 de septiembre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 215, el 3 de septiembre de 2015 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 172 y el 24 de agosto de 2015 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 256.799,12 euros.

**SEGUNDO.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, es de aplicación 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.

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

**TERCERO.** Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 24 de noviembre de 2015 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue remitida a los licitadores por correo electrónico el 10 de diciembre de 2015 y publicada en el perfil de contratante el 15 de diciembre de 2015.

**CUARTO.** El 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NESTLÉ ESPAÑA, S.A. (NESTLÉ, en adelante) contra la anterior resolución, a través de la cual tuvo conocimiento de su exclusión.

Asimismo, el 30 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado a este Órgano del escrito de recurso interpuesto y adjuntando el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y un listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.



**QUINTO.** En el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se insta de este Tribunal el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

De dicha solicitud se dio traslado a la entidad recurrente para alegaciones, acordando este Tribunal el mantenimiento de la suspensión mediante Resolución de 18 de enero de 2016.

**SEXTO.** El 19 de enero de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Habiendo resultado infructuoso el intento de notificación de este trámite a uno de los interesados, el 16 de febrero de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía anuncio de este Tribunal sobre notificación al interesado del citado trámite.

No consta en el expediente que ningún interesado haya efectuado alegaciones.

### **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 licitadora 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 que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

En el recurso se combate sustantivamente la exclusión de la recurrente, acto del que ha tenido conocimiento a través de la adjudicación que es el acto formalmente impugnado y al que debe atenderse para analizar los requisitos de admisión del presente recurso. La citada resolución de adjudicación ha recaído en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el 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”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente por correo electrónico el 10 de diciembre de 2015 y publicada en el perfil de contratante el 15 de diciembre de 2015, por lo que habiendo tenido entrada el escrito de recurso especial en el Registro del órgano de contratación el 23 de diciembre de 2015, el mismo se ha interpuesto en el plazo legal señalado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, los cuales se dirigen contra la exclusión de la recurrente del procedimiento, acto del que ha tenido formal conocimiento a través de la notificación de la resolución de adjudicación.



Antes de exponer los concretos alegatos en que se funda el recurso, hemos de relatar los hechos acaecidos en el procedimiento que conllevaron a la exclusión de la recurrente.

En la sesión de la mesa de contratación de 5 de octubre de 2015, se acordó que NESTLÉ presentaba deficiencias en su documentación que habían de ser subsanadas. En concreto, en el acta de la citada mesa se recoge que *“No presenta el Anexo IV-E y el Anexo IV-J no está firmado. En cuanto al Anexo IV-G deberá presentar la declaración de excepcionalidad o indicar el Boletín Oficial donde se ha publicado, así como una declaración con las concretas medidas aplicadas.”*

En concreto, el Anexo IV-E se refiere a la certificación de no estar incurso en incompatibilidad para contratar, el Anexo IV-J a la declaración sobre la promoción de igualdad de género y el Anexo IV-G a la certificación de personas trabajadoras con discapacidad.

Según consta en la documentación aportada por NESTLÉ con el recurso, el 5 de octubre de 2015 se le remitió un correo electrónico en el que se hacían constar los defectos a subsanar en términos semejantes a los del acta de la mesa. En concreto, se le indicaba lo siguiente: *“-Debe aportar, debidamente cumplimentada y formalizada, la certificación de no estar incurso en incompatibilidad para contratar (Anexo IV-E).*

*-En cuanto al Anexo IV-G, debe aportar la declaración de excepcionalidad o indicar el Boletín Oficial donde se ha publicado, así como una declaración de las concretas medidas aplicadas.*

*-Debe aportar, debidamente cumplimentada y formalizada, la declaración sobre la promoción de igualdad de género (Anexo IV-J)”*

Finalmente, en la sesión de la mesa de contratación de 8 de octubre de 2015, tras examinar la documentación aportada por NESTLÉ para subsanar las anteriores deficiencias, se acuerda por unanimidad su exclusión de la licitación



porque “no presenta toda la documentación exigida en el apartado 9.2.1.2 d) del PCAP, ya que no aporta el plan de igualdad, debiendo hacerlo pues al realizar la subsanación requerida, la propia licitadora ha manifestado tener una plantilla superior a 250 trabajadores.” La literalidad de este causa de exclusión se traslada con posterioridad a la resolución de adjudicación impugnada.

Pues bien, sobre la base de lo expuesto, alega la recurrente que en el requerimiento de subsanación no se le indicó que aportara el Plan de Igualdad. En tal sentido, manifiesta que es cierto que la mesa de contratación podía desconocer inicialmente el número de trabajadores de NESTLÉ que pudiera hacer necesario la presentación de dicho Plan, extremo del que dicho órgano tuvo constancia con la presentación de los documentos requeridos para subsanar. No obstante, considera que la mesa debió indicarle que, en el supuesto de tener más de 250 trabajadores, tenía igualmente que subsanar la falta de presentación del Plan de Igualdad.

Asimismo, aduce que la cláusula 9.2.1.2 d) del PCAP, de un lado, exige la presentación del Plan de Igualdad cuando las empresas tengan más de 250 trabajadores en plantilla y de otro lado, solo prevé que las empresas declaren que tienen el citado Plan, cumplimentando para ello el Anexo IV-J del PCAP (Declaración sobre la promoción de igualdad de género) a efectos de dirimir posibles empates en la valoración de las ofertas. Por ello, considera que la cláusula es ambigua y no debe interpretarse a favor de la parte que ocasionó la oscuridad, por lo que la mesa de contratación debió requerirle como subsanación la aportación del Plan.

Por su parte, el informe sobre el recurso señala que el Plan de Igualdad es una documentación preceptiva que tiene que aportar toda empresa con más de 250 trabajadores y que las medidas declaradas por las empresas en el Anexo IV-J son complementarias por lo que no excluyen aquella exigencia.



**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el recurso, que se circunscribe a determinar si fue o no correcta la exclusión de la recurrente basada en la falta de presentación del Plan de Igualdad, documento que no le fue requerido en el plazo de subsanación concedido.

Al respecto, la letra d) del apartado 9.2.1.2 del PCAP, ubicado dentro del apartado 9.2.1 <<Sobre nº1: Documentación General>>, lleva por título <<Promoción de la igualdad entre mujeres y hombres>> y señala lo siguiente: *“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.*

*Asimismo, a efectos de lo establecido para los supuestos de empate en la cláusula relativa a la clasificación de las ofertas, las personas licitadoras podrán presentar declaración, conforme al modelo del anexo IV-J, acreditativa de tener la marca de excelencia e igualdad o desarrollar otras medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, siempre que las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad.”*

En definitiva, como quiera que la recurrente contaba en su plantilla con más de 250 trabajadores -extremo que consta acreditado y no es cuestionado en el recurso- debió aportar en el Sobre nº1 (Documentación General) el Plan de Igualdad que es exigido en el apartado 9.2.1.2 d) del PCAP, lo que no hizo.



No obstante, la mesa de contratación, al examinar la documentación aportada por la recurrente en el Sobre nº1, tampoco advirtió esta ausencia, posiblemente porque, como indica la recurrente, no tuviera constancia del número de trabajadores de dicha empresa, extremo que verificó tras la subsanación practicada. Ello explica que la mesa le requiriese la subsanación de una serie de documentos sin incluir, entre ellos, la aportación de Plan de Igualdad.

Pues bien, hasta este momento no es posible imputar a la mesa ninguna irregularidad en su actuación, por cuanto no le es exigible que presuma determinados datos empresariales -como el número de trabajadores- a efectos de requerir la subsanación de una eventual deficiencia en la documentación presentada. Ahora bien, lo que tampoco parece proporcional y adecuado es que, cumpliendo la recurrente el requerimiento de subsanación en los estrictos términos acordados por la mesa de contratación, ésta decida su exclusión de plano por la ausencia de otro documento distinto, y ello aun cuando la exigencia de este último se hubiera puesto de manifiesto tras la cumplimentación del trámite de subsanación.

En las circunstancias expuestas, tampoco es que la mesa hubiera debido admitir sin más a la recurrente, pues resultaba patente la falta de aportación del Plan de Igualdad exigido en el apartado 9.2.1.2 d) del pliego, pero antes de adoptar una decisión tan drástica y perjudicial para el licitador afectado, la mesa pudo optar por otras soluciones que, sin vulnerar el principio de igualdad de trato, hubieran permitido confirmar si NESTLÉ disponía, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, del Plan de Igualdad que omitió aportar en el Sobre nº1, y, en su caso, facilitar su aportación al procedimiento.

En tal sentido, 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.”*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las mesas de contratación previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), analiza la distinta finalidad de los plazos previstos en los artículos 22 y 81.2 del citado Reglamento concluyendo 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 éstos 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 no estar incurso 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.

Así pues, en el supuesto analizado, la mesa de contratación debió aplicar el principio de proporcionalidad que, preconizado por la jurisprudencia comunitaria respecto de los actos de las instituciones comunitarias, exigiría en el



ámbito contractual que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos. Es más, el principio ha sido ya consagrado por la nueva Directiva 2014/24/UE como principio básico de contratación. Así, su artículo 18.1 dispone que *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.”*

Es por ello que 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 exacerbado que ninguna ventaja aporta al interés público tutelado por el contrato.

Por consiguiente, en lugar de excluir, la mesa debió conceder a la recurrente, al amparo del artículo 82 del TRLCSP, la posibilidad de aportar a la licitación el Plan de Igualdad exigido en la cláusula 9.2.1.d) del pliego, y ello sobre la base de que el citado precepto legal no solo permite recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos relativos a la capacidad y solvencia, sino que también ampara la posibilidad de que pueda aportarse otra documentación.

Finalmente, hemos de indicar que en el sentido expuesto se ha pronunciado este Tribunal en muchas de sus resoluciones. Así, dejamos citadas 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 y 43/2016, de 18 de febrero.

Por lo demás, el criterio es compartido por otros Órganos de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, en su Resolución 35/2014, de 17 de enero, reproduciendo a su vez el criterio de la Resolución 64/2012, de 7 de marzo, señala que *“(…) un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la*



*contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP. La libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos exigen que, en los procedimientos de adjudicación de los contratos, deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.*

*Por lo tanto, no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el mero hecho de que el órgano de contratación -la mesa de contratación en este caso- solicite aclaraciones a los licitadores sobre el contenido de las ofertas que han presentado, ya que dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.”*

Con base en lo anterior, procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución de adjudicación impugnada, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de adopción del acuerdo de exclusión de la recurrente para que, previa anulación de esta decisión, la mesa de contratación conceda a NESTLÉ el plazo de cinco días previsto en el artículo 22 del RGLCAP, a fin de que pueda aportar el Plan de Igualdad previsto y exigido en la cláusula 9.2.1.2 d) del PCAP. Asimismo, deberán conservarse todas aquellas actuaciones y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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 **NESTLÉ ESPAÑA, S.A.** contra la resolución, de 24 de noviembre de 2015, de la Delegada Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla de la Junta de Andalucía, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de productos alimenticios para el Centro Residencial



para personas mayores de Montequinto dependiente de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla” (Expte. SUM-01/15), y en consecuencia anular el citado acto con retroacción de las actuaciones en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en resolución adoptada el 18 de enero de 2016.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a 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.

