

Recurso 421/2024
Resolución 480/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 31 de octubre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDITERRÁNEA DE CATERING S.L.U.**, contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de la explotación de las cafeterías de público y personal, la explotación de máquinas expendedoras de alimentos sólidos y líquidos y el servicio de manutención del personal de guardia y autorizado en el Hospital Universitario Torrecárdenas», (Expte. 001062/2023 CCA: +6.CI12GDI (CONTR 2023/0001007454)), convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de mayo de 2024, 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 restringido y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 13.149.100,69 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el órgano de contratación dictó resolución el 20 de septiembre de 2024 por la que adjudicó el contrato de concesión de servicios a la entidad ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L. (ARAMARK o la adjudicataria en adelante). La citada resolución se notificó y publicó en el perfil de contratante el 24 de septiembre de 2024

SEGUNDO. El 15 de octubre de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U (MEDITERRÁNEA o la recurrente en adelante) contra la referida resolución de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 16 de octubre de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano mediante dos remisiones documentales realizadas los días 18 y 21 de octubre de 2024.

Con fecha de 21 de octubre, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de cinco días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta la condición de licitadora que ha quedado clasificada en segundo lugar, por lo que la eventual estimación de la pretensión ejercitada podría determinar la adjudicación del contrato a su favor. En consecuencia, ha de reconocérsele legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación en un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente, aun cuando formalmente impugna el acto de adjudicación del contrato de concesión de servicios, materialmente denuncia la indebida admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria. En este sentido, solicita a este Tribunal que tras la estimación del recurso se acuerde la anulación de la resolución de adjudicación *«por no ser conforme a Derecho, declarándose el incumplimiento de la adjudicataria, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la selección de los candidatos; y, subsidiariamente, para el caso de desestimación de la anterior petición, para que se declare que se anule la resolución de adjudicación, con retroacción de actuación al momento de la apertura del sobre 2 de la licitación, con declaración de la procedencia de la exclusión de la adjudicataria por no cumplir los requisitos del PCAP al tiempo de presentar su oferta.»*



1.1.- Sobre la pretensión de exclusión en la fase de selección de candidatos.

Manifiesta la recurrente que la presente licitación se tramita por procedimiento restringido cuya característica más significativa es que solo podrán presentar oferta las empresas que sean seleccionadas. Así el artículo 162.4 de la LCSP dispone: «4. El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 164.»

Considera la recurrente que la entidad ARAMARK fue indebidamente seleccionada e invitada a participar en el proceso de licitación. En concreto argumenta que la documentación acreditativa de la solvencia técnica no fue aportada en el momento de presentación de la solicitud, sino tras el requerimiento de subsanación efectuado por la mesa de contratación por lo que, a su juicio, la entidad adjudicataria ha recibido un trato más ventajoso que al resto de los licitadores, que sí presentaron la acreditación exigida en el apartado 16.1 del cuadro resumen del PCAP, vulnerándose el principio de igualdad de trato entre las licitadoras.

Por todo lo expuesto afirma que el acuerdo de admisión, en fase de selección de candidato, adoptado por la mesa de contratación infringe los artículos 139 y 162.4 de la LCSP; además de vulnerar las previsiones contenidas en el pliego específico de cláusulas administrativas particulares, en concreto en la cláusula 9.2, cláusula 10, y el apartado 16.1 del cuadro resumen.

1.2.- Sobre la pretensión de exclusión en fase de valoración de las ofertas.

Con carácter subsidiario y en similares términos que, en el apartado anterior, expone la entidad recurrente que la oferta de la adjudicataria contenida en el sobre 2 no contenía los anexos VII y VIII, exigidos en la cláusula 9.2.2. del pliego; que fueron presentados con posterioridad y tras el requerimiento de subsanación acordado por la mesa de contratación en sesión celebrada el día 26 de julio de 2024.

La recurrente considera que las omisiones en las que incurrió la adjudicataria en el momento de presentación de su oferta no son subsanables. Por ello, se opone al requerimiento de subsanación acordado por la mesa de contratación, sobre el que afirma que no supuso una mera corrección de error material o una aclaración, sino por el contrario, la aportación de documentos mediante los que se completó la oferta.

Esgrime que «no cabe permitir la aportación de documentos exigidos en el Pliego de condiciones, porque supondría dar un plazo adicional al licitador que infringe los principios de no discriminación y de igualdad de trato consagrados en la LCSP». Continúa la recurrente argumentando que «Se ha otorgado una posición ventajosa a la mercantil adjudicataria frente al resto de las licitadoras, que si hubiesen cumplido con la cumplimentación y aportación de la documentación requerida en los pliegos.»

Por todo lo anterior solicita que se anule el acto impugnado y que se excluya la oferta de la entidad adjudicataria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso, tras una detallada exposición de las distintas actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del expediente, se opone a los motivos del recurso solicitando su desestimación.

2.1.- Sobre el requerimiento de subsanación de acreditación de la solvencia técnica.



Respecto a esta cuestión el órgano de contratación informa que analizada la documentación obrante en el expediente administrativo se advierte que *«era innecesario el haber efectuado el requerimiento por parte de la Mesa de Contratación del día 21 de junio de 2024, en cuanto que ARAMARK sí que había aportado en la presentación de su documentación del sobre nº 1 la documentación que le fue requerida por parte de la Mesa. Si bien tales extremos no fueron reflejados en el acta de la mesa de contratación celebrada con fecha 28 de junio de 2024, que se limitó a señalar que se consideraba correcta la acreditación de la solvencia técnica de la adjudicataria.»*

Como acreditación de los extremos referidos el órgano de contratación adjunta al informe captura de pantalla de los documentos que se encuentran en el expediente administrativo dentro del sobre nº 1 presentado por la licitadora ARAMARK; así como de varios certificados de los trabajos y servicios realizados presentados como acreditación de la solvencia requerida.

Tras lo expuesto concluye que: *«Por consiguiente, debe desestimarse la alegación efectuada por la recurrente, sin que el requerimiento efectuado por la Mesa pueda suponerle un perjuicio al licitador en cuanto que:*

1º De no haber constado en el expediente los certificados acreditativos de la solvencia técnica el requerimiento de la mesa es correcto, puesto que se trataría además de una documentación subsanable.

2º. Pero es que, además, la documentación presentada en el sobre nº 1 por ARAMARK era correcta y ya obraba en el expediente en el sobre nº 1, sin que el requerimiento efectuado por la Mesa pueda suponerle un perjuicio al licitador.

Si bien, existe una omisión en el acta de fecha 28 junio de 2024 respecto a la existencia de la documentación acreditativa de la solvencia técnica, lo cierto es que esta omisión no altera el resultado de las actuaciones realizadas, así como tampoco a la adjudicación del expediente.»

2.2. Sobre la improcedencia del requerimiento de subsanación documental del sobre 2.

El órgano de contratación se opone igualmente a la pretensión subsidiaria del recurso argumentando que, si bien la empresa ARAMARK, no aportó inicialmente los anexos VII y VIII del PCAP (Anexos VIII y VIII-BIS), la referida documentación no forma parte de la oferta técnica, ni ha sido tenida en cuenta en la valoración de los criterios de adjudicación. Por ello, considera que la no presentación de los citados anexos constituye un defecto formal susceptible de subsanación, dado que afecta a la acreditación de requisitos relativos a la prevención de riesgos y no a los concretos términos de la oferta.

Defiende el órgano de contratación que la solicitud de aclaración o subsanación de las ofertas es una potestad que corresponde al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, que son los que han de valorar *«la oportunidad y legalidad de esta posibilidad, concretando qué defectos de la oferta presentada por los licitadores son susceptibles de aclararse o subsanarse y cuáles implican una modificación de la oferta y, por ello, atentan contra el principio de igualdad.»*

El órgano de contratación considera que en el presente asunto y ante el defecto documental advertido, había de *«darse posibilidad de requerimiento de subsanación, a fin de procurar y garantizar una actuación del órgano de contratación más respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, así como más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatos y licitadores y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la precitada LCSP.»*



3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente. Mediante las alegaciones formuladas la adjudicataria defiende la procedencia y legalidad de los trámites de subsanación documental que le fueron concedidos, sobre los que argumenta que están previstos tanto en la LCSP como en el pliego, por lo que no supusieron trato de favor alguno, ni una vulneración del principio de igualdad entre licitadores. En síntesis, manifiesta lo siguiente:

- Afirma que aportó los certificados de buena ejecución requeridos en el sobre 1, cumpliendo con lo estipulado en los pliegos de condiciones.
- Respecto a la subsanación de la documentación del sobre 2, esgrime que: *«La jurisprudencia del TACRC y la normativa aplicable permiten la subsanación de defectos formales que no alteren la oferta técnica ni los criterios de adjudicación. En este caso, las declaraciones responsables de PRL no son criterios puntuables mediante un juicio de valor ni alteran la oferta, por lo que su subsanación es plenamente válida. De hecho, deberían haber sido consideradas como una aclaración y no como una subsanación.»*
- Por último considera que la exclusión pretendida por la recurrente, por un defecto formal que fue debidamente subsanado en el plazo concedido sería una medida desproporcionada y contraria al principio de libre concurrencia y antiformalismo que rige en los procedimientos de contratación pública.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente recurso plantea se centra en discernir si fueron correctos los acuerdos adoptados por la mesa de contratación, en dos fases del procedimiento de adjudicación, en los que requirió de subsanación documental a la mercantil adjudicataria, o si, por el contrario, como defiende la recurrente los requerimientos formulados eran improcedentes y supusieron una vulneración del principio de igualdad de trato entre las licitadoras.

Primero. Sobre el requerimiento de subsanación documental en la fase de selección de candidatas.

Como pretensión principal la recurrente plantea que se declare la indebida admisión de la entidad adjudicataria, en la fase de selección de candidatas del procedimiento restringido. Afirma al respecto que ARAMARK no debió ser invitada a participar en la licitación al no haber acreditado la solvencia técnica requerida en los términos previstos en la cláusula 9.2, cláusula 10, y el apartado 16.1 del cuadro resumen del pliego.

En tal sentido, en primer lugar, interesa conocer la regulación contenida en el pliego.

- En la cláusula 9 del pliego se regula la presentación de solicitudes de participación y de las proposiciones, así y sobre la documentación acreditativa de la solvencia que ha de incorporarse en el sobre nº1 se dispone lo siguiente:

«9.2 Forma de presentación

Las personas candidatas presentarán a través de SIREC- Portal de Licitación dentro del plazo señalado en el anuncio, únicamente el sobre nº1.

Posteriormente, el órgano de contratación o la Mesa de contratación, de conformidad con lo establecido en la cláusula 10.2 resolverá sobre la admisión de las personas candidatas e invitará por escrito a las admitidas, las cuales deberán presentar a través de SIREC-Portal de Licitación, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona candidata, en el plazo que se señale en la propia invitación, los sobres señalados con el nº2 y nº3.



(...)

9.2.1 Sobre nº 1. Título: *Solicitud de participación y documentación acreditativa de los requisitos (art. 140 LCSP).*

(...)

h) Documentación a presentar en relación con los criterios objetivos de solvencia para la selección de las personas candidatas en el procedimiento restringido.

Con arreglo a la misma serán seleccionados los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones:

1. La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se realizará por los medios indicados en el apartado 16.1 del cuadro resumen, que serán evaluados de acuerdo con los criterios de selección que constan en el mismo.».

- El citado apartado 16.1 del cuadro resumen del pliego “Acreditación de la solvencia técnica o profesional”, dispone lo siguiente:

«De entre los medios previstos en el artículo 90 y 91 de la LCSP, entiende esta Dirección que resulta idóneo, a los efectos de acreditar la viabilidad de las ofertas presentadas al procedimiento de licitación, y en atención al objeto contractual y a su cuantía económica las siguientes, y ello porque al tratarse de un servicio, se considera que la mejor forma para acreditar la solvencia técnica es haber realizado de conformidad prestaciones similares en el nuestro o en otros centros:

- Se presentará una relación de los principales servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato ejecutados en los últimos tres años indicando su importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos. Los servicios ejecutados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario, siendo obligatorio al menos la acreditación de un servicio o trabajo por los medios antes indicados. Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos sea igual o superior a la tercera parte del presupuesto de licitación en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.»

En cuanto a la calificación de los documentos presentados en fase de selección de candidatos, el pliego dispone en su cláusula 10.2 lo siguiente:

«10.2 CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

El órgano de contratación estará asistido, para la adjudicación del contrato, por una Mesa de Contratación.

Tras la apertura del sobre electrónico n.º 1, la mesa examinará la documentación recibida y comprobará que la persona licitadora ha presentado la misma de conformidad con lo previsto en el pliego. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables, lo comunicará a través de medios electrónicos a través de SIREC-Portal de Licitación Electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de Licitación Electrónica, ante la propia mesa de contratación, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación.

La mesa de contratación podrá pedir a las personas candidatas que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

Posteriormente se reunirá la mesa de contratación y procederá adoptar el oportuno acuerdo sobre la admisión definitiva de las personas licitadoras.



*Una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, el órgano de contratación o la Mesa de contratación por delegación de aquel, si así se establece en el apartado 10 del cuadro resumen, seleccionará a las personas candidatas que, de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 16 del cuadro resumen, deban pasar a la siguiente fase, a las que invitará, a través de SIREC-Portal de Licitación a presentar los sobres señalados con los números 2 y 3, en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 164 de la LCSP.
(...).»*

En cuanto a las actuaciones llevadas a cabo por la mesa de contratación, en esta fase de selección de candidatos, consultada la documentación obrante en el expediente remitido, cabe señalar las siguientes.

Con fecha 21 de junio de 2024 se celebra sesión de la mesa de contratación, en la que tras la apertura de sobre electrónico nº 1, se acordó requerir, entre otras, a la ahora adjudicataria, concediéndole un plazo de tres días naturales para que aportase la siguiente documentación según consta en el acta de la sesión: *«ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L, deberá aportar documentación acreditativa de la solvencia técnica conforme a lo establecido en el apartado 16 del Cuadro resumen. Únicamente ha aportado una declaración de la propia empresa con una relación de servicios prestados, pero deberá adjuntarse documentación acreditativa de la prestación de esos servicios, en los términos del pliego.»*

El 28 de junio de 2024 se celebra sesión de la mesa de contratación para el examen de la documentación presentada como subsanación y, si procede, selección de las personas candidatas a las que se debe invitar a presentar sobre nº 2 y 3. Concluyendo, en lo que aquí interesa, y según consta en el acta de la sesión que: *«Vista la documentación presentada por la empresa ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L. se considera correcta.»*

La recurrente, mediante su primer motivo de recurso, se alza contra este acuerdo de la mesa al considerar improcedente el requerimiento documental a ARAMARK. Por su parte el informe del órgano de contratación argumenta que la citada mercantil presentó, en el sobre 1, correctamente la documentación correspondiente a la solvencia técnica requerida, dado que aportó, junto a la declaración, los certificados acreditativos de los trabajos realizados, por lo que fue indebidamente requerida de subsanación. Pues bien, dado que dichas incidencias no constan ni quedan reflejadas en el acta de la sesión de la mesa, en la que se limita a calificar de correcta la documentación de la adjudicataria, este Tribunal, ha optado por entrar a conocer del fondo de la controversia que el recurso plantea.

Cabe señalar que en nada afecta a la posibilidad de subsanación documental, como parece deducirse del escrito de interposición, que el presente procedimiento se haya tramitado como restringido. Así se deduce del contenido del pliego, que en la cláusula 10.2, al regular la calificación de los documentos contenidos en el sobre 1 expresamente dispone que *«Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables, (...) lo comunicará concediéndose un plazo de tres días naturales para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda.»*. Por tanto, el requerimiento documental acordado por la mesa de contratación en su sesión de 21 de junio de 2024 es conforme a las previsiones contenidas en el pliego.

La doctrina de este Tribunal sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos se ha expuesto de modo reiterado. Así, en nuestra Resolución 134/2020, de 1 de junio, señalábamos:

«En este sentido, este Tribunal en multitud de ocasiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de



10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras).

En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”».

En consecuencia, los defectos u omisiones en la documentación acreditativa de los requisitos previos son esencialmente subsanables, con el límite de que el requisito se cumpla a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, tal y como prevé el artículo 140.4 de la LCSP.

En el presente asunto, consultada la documentación obrante en el expediente remitido, se ha podido comprobar que los certificados de los trabajos alegados fueron emitidos en las fechas que a continuación se exponen:

- El certificado del Director de Gestión y de Servicios Generales del Hospital Comarcal de Melilla está emitido con fecha 15 de abril de 2024.
- El certificado del Director Económico y de Servicios Generales del Hospital Universitario de Poniente está emitido con fecha 17 de abril de 2024.
- El certificado del Gerente de la Clínica Sagrada Familia está emitido con fecha 17 de abril de 2024.

Por tanto, los tres certificados aportados por la entidad adjudicataria tienen fecha de emisión anterior a la de finalización del plazo de presentación de solicitudes, que conforme consta en el anuncio de la licitación, era de 12 de junio de 2024.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de este motivo de recurso y por tanto de la pretensión principal que el presente recurso plantea.

Segundo. Sobre la pretensión de exclusión de la oferta de la entidad adjudicataria

Con carácter subsidiario la recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria del procedimiento de adjudicación. La pretensión se fundamenta en que la oferta de la adjudicataria presentada en el sobre 2 no incluía los anexos VII y VIII, previstos en la cláusula 9.2.2.



Según consta en la documentación obrante en el expediente remitido, la mesa de contratación en sesión celebrada con fecha 26 de julio de 2024, se reunió y tras la apertura del sobre nº 2, en el que se aporta la documentación evaluable mediante criterios no automáticos, en lo que aquí interesa adopta el siguiente acuerdo: *«Examinada por la mesa la documentación contenida en el sobre 2, se advierte que ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L no presenta los Anexos VII y VIII del PCAP, por lo que se acuerda requerirles para que la presenten en el plazo de 3 días naturales».*

La entidad recurrente discrepa frente al requerimiento de subsanación acordado por la mesa, argumentando que los referidos anexos, son documentación integrante de la oferta y no son subsanables, por lo que el requerimiento es improcedente y vulnera el principio de igualdad entre licitadores.

Pues bien, sobre la posibilidad de solicitar a las entidades licitadoras aclaraciones de sus ofertas, y siguiendo entre otras la Resolución 521/2022, de 28 de octubre, de este Tribunal, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, en sus resoluciones, entre ellas, en las de este Tribunal números 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre, 131/2013, de 28 octubre, 152/2021, de 22 de abril, 541/2023, de 27 de octubre, y más recientemente en la 100/2024, de 13 de marzo. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose 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. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la entidad licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica, del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
- El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *«excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.»*. Y concluye la sentencia citada que *«(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y*



en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatas que la recibieron.».

Así las cosas, de la doctrina expuesta este Tribunal considera que es posible pedir aclaraciones a una entidad licitadora sobre su proposición siempre que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada, de tal suerte que el límite a la aclaración de la proposición está en el respeto al contenido de la oferta inicialmente formulada, como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre las licitadoras, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse o ampliarse por vía de aclaración.

En el supuesto que nos ocupa la documentación objeto de requerimiento corresponde a documentos que debían aportarse al sobre nº 2, y que está regulado en la cláusula 9.2.2 «Sobre nº 2: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor», en los siguientes términos:

«Se advierte que sólo podrán presentar este sobre aquellas personas candidatas que hayan sido seleccionadas por el Órgano de Contratación.

En este sobre se incluirá:

1) Memoria Técnica de Ejecución del Servicio donde se reflejen las características técnicas de la oferta de la persona licitadora, y cualquier otra información que la persona licitadora estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el PPT. Con carácter imprescindible debe recoger de manera más amplia los aspectos que a continuación se detallan:

A) PLAN ORGANIZATIVO DEL SERVICIO, donde se expresará:

A.1) Respecto al Personal:

(...)

A.2) Libro de Menús y Productos:

(...)

A.3) - Una declaración indicando los materiales auxiliares

(...)

A.4) - Controles de calidad:

(...)

A.5) – Protocolo de Limpieza de locales e instalaciones:

(...)

A.6) – Proyecto de Instalación y explotación de Máquinas expendedoras:

(...)

B).-PLAN DE ANÁLISIS DE PELIGROS Y PUNTOS CRÍTICOS DE CONTROL (APPCC)

(...)

C).- PLAN GENERAL DE HIGIENE (PGH),

(...)

D). PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL

(...)

E) PLAN PARA LA MEJORA, REFORMA Y ADECUACIÓN DE LAS INSTALACIONES Y EQUIPAMIENTO

(...)



2) Las empresas licitadoras deberán aportar junto con la oferta técnica, a los efectos de establecer los cauces necesarios para la coordinación de actividades empresariales, y dar así cumplimiento a la normativa de aplicación (artículo 24 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 171/2004), entre el Servicio Andaluz de Salud y las empresas con las que se mantuviera relación contractual, los siguientes documentos:

- El documento DOC02-01: “Registro del cumplimiento en materia de Prevención de Riesgos Laborales por parte de las empresas contratadas por el Servicio Andaluz de Salud”, debidamente cumplimentado y firmado Anexo VII PCAP.
- El documento DOC02-02 cumplimentando y firmando únicamente la parte destinada a la contrata Anexo VIII PCAP.

3) Asimismo, se incluirá, en su caso, la declaración de confidencialidad según modelo del Anexo IV.».

Por tanto, la cláusula 9.2.2 del pliego contiene tres apartados de muy distinto calado. En el primero de ellos se regula el contenido que ha de tener la memoria técnica. En el segundo apartado, se dispone que junto a la oferta técnica deben aportarse dos documentos denominados DOC02-01 y documento DOC02-02, relativos a materia de prevención de riesgos laborales. Y el tercero de los apartados hace referencia a la declaración de confidencialidad.

En cuanto a los criterios de adjudicación de la presente licitación, los mismos se regulan en el apartado 12 del cuadro resumen. En el primer párrafo, en cuanto a los criterios sometidos a juicio de valor, el pliego establece un solo criterio denominado “Memoria técnica”, al que se atribuye una valoración máxima de 45 puntos.

Por tanto, la documentación a la que se refieren los apartados 2 y 3 de la citada cláusula 9.2.2 del pliego, es documentación que se ha de aportar en el sobre nº 2 pero, en efecto, y como defiende tanto el órgano de contratación como la licitadora adjudicataria se trata de documentación que no fue objeto de valoración al no formar parte de la memoria técnica que era el criterio de adjudicación sometido a juicio de valor.

Además, analizado el contenido de los dos anexos objeto del recurso, cuya identificación en los modelos de anexo corresponde a Anexo VIII y Anexo VIII-BIS, se ha podido constatar que bajo la denominación común de “Sistema de gestión de prevención de riesgos laborales”, los citados documentos tienen por objeto, según consta en el recuadro de los propios anexos, el registro del cumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas externas y la comunicación de información de empresa externa previo al inicio de los trabajos.

Por tanto, información toda ella relacionada con el cumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales, que han de aportarse en esta fase del procedimiento por haber sido así dispuesto en los pliegos, pero que no sólo no afecta a la valoración de la oferta técnica, sino que incluso atendiendo a su contenido parecería más adecuado que hubiesen sido aportadas al expediente en una fase posterior del procedimiento de adjudicación del contrato.

Así, el propio pliego en la cláusula 13.2 “Requisitos de cumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales y coordinación de actividades empresariales”, establece las distintas obligaciones que corresponden al contratista, entre las que expresamente contempla en su párrafo tercero: «A los efectos de establecer los cauces necesarios para la Coordinación de Actividades Empresariales, y dar así cumplimiento a la normativa de aplicación (artículo 24 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales), la persona contratista deberá cumplir la Coordinación de Actividades Empresariales que se recoge en la normativa de referencia en coordinación y que se concreta en el Servicio Andaluz de Salud en el Procedimiento 02: Coordinación de Actividades Empresariales (CAE), del Sistema de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales del SAS.



Todo ello con la finalidad de eliminar o controlar los riesgos laborales que puedan generarse en el desarrollo de los servicios prestados.».

Por tanto, y sin cuestionar en este momento los términos del pliego en cuanto a que los anexos VIII y VIII-BIS han de aportarse en el sobre nº2, lo cierto es que atendiendo a la naturaleza de la información requerida en los citados anexos, que hace referencia al cumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, se concluye que los citados anexos no afectan a los concretos términos de la propuesta técnica y por consiguiente su contenido en nada modificaría los términos de la oferta inicialmente aportada.

En consecuencia, y aplicando la doctrina anteriormente referida, este Tribunal considera que la actuación de la mesa requiriendo la aportación de los mencionados anexos es acorde a los principios de proporcionalidad y no suponen vulneración del principio de igualdad.

Por lo expuesto, procede la desestimación de la pretensión subsidiaria de exclusión de la oferta adjudicataria y, por tanto, del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

Finalmente, el órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa a la recurrente, sin concretar ni identificar que hechos a su juicio han sido constitutivos de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».

En este sentido, señala la sentencia, de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

“Es criterio de esta Sala que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público,



pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

Pues bien, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica; en consecuencia, no cabe apreciar en el presente supuesto deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDITERRÁNEA DE CATERING S.L.U.**, contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de la explotación de las cafeterías de público y personal, la explotación de máquinas expendedoras de alimentos sólidos y líquidos y el servicio de manutención del personal de guardia y autorizado en el Hospital Universitario Torrecárdenas», (Expte. 001062/2023 CCA: +6.CI12GDI (CONTR 2023/0001007454)), convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.

