

Recurso 103/2012.
Resolución 98/2012.

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

Sevilla, 25 de octubre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de fecha de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía” convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Expte. SGT047/12), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía”, siendo entidad adjudicadora la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Asimismo, el 31 julio de 2012, el citado anuncio se

publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 182 y en esa misma fecha en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 149. Asimismo se publicó en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 18 de julio de 2012

El contrato tiene un valor estimado de 3.510.519,94 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.

TERCERO: En el citado procedimiento de adjudicación presentaron ofertas entre otras empresas, la recurrente.

La mesa de contratación designada al efecto se reunió el 12 de septiembre de 2012 con el objeto de proceder a la apertura del sobre nº 1 (documentación acreditativa de los requisitos previos) y acordó que la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.**, debía subsanar parte de la documentación exigida por el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), lo que le fue notificado por fax el 13 de septiembre de 2012, indicándole que disponía de un plazo a contar desde el día 13 de septiembre de 2012 hasta las 20:00 horas del lunes día 17 de septiembre de 2012. En concreto, se le indicaba:

“De conformidad con lo previsto en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i) Trabajadores con discapacidad y promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, deberán aportar, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de

medidas alternativas legalmente previstas, la declaración de concretas medidas aplicadas.

- *En relación con la solvencia técnica presentada (Doc. nº 2 de la carpeta 2), la empresa deberá aportar la relación de los equipos de trabajos y de los lotes a los que licitan debidamente firmada por el representante de la empresa”.*

CUARTO. El 17 de septiembre de 2012, la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.** presentó la documentación requerida en el registro de la Consejería de Hacienda y Administración Pública; en concreto, respecto a la exigencia de declaración responsable relativa a las medidas aplicadas de conformidad con lo previsto en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i), aportó la siguiente declaración de D. José Pérez Benítez, socio apoderado de la entidad:

“Que a la fecha de presentación de esta documentación, la empresa arriba indicada dispone de una autorización administrativa de excepcionalidad para la adopción de medidas alternativas consistentes en:

1. *Celebración de contratos civiles y mercantiles con Centro especiales de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa.*
2. *Celebración de contratos mercantiles o civiles con Centros especiales de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.*
3. *Realización de donaciones y acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una*

asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

Nota: La empresa se compromete a facilitar los datos que la Administración considere necesarios para acreditar la veracidad de esta declaración.”

QUINTO. En la sesión de la mesa de contratación de 18 de septiembre de 2012, se acordó excluir de la licitación a la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.** por “*no haber subsanado lo exigido en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i) (trabajadores con discapacidad y promoción de igualdad entre hombres y mujeres). En este sentido, la empresa aportó la declaración de excepcionalidad, pero no ha concretado en su declaración las concretas medidas alternativas que la empresa ha adoptado. Al ser requisitos acumulativos, la Mesa de Contratación acuerda por unanimidad excluirla de la licitación al no cumplir con lo establecido en la citada cláusula”.*

SEXTO. El 26 de septiembre de 2012, la entidad **ERSNT & YOUNG, S.L.** presentó en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública escrito solicitando la medida provisional previa a la interposición del recurso especial en materia de contratación, de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios en cuestión.

El 2 de octubre de 2012, este Tribunal dictó Resolución M.C. 28/2012, acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, hasta tanto no se resolviera el recurso especial en materia de contratación.

SÉPTIMO. El 3 de octubre de 2012, la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.** presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de

contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la misma de la licitación.

El citado recurso fue anunciado el 26 de septiembre de 2012 ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

El 28 de septiembre de 2012, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación junto a su informe respecto al recurso y los datos precisos de los licitadores a efectos de comunicaciones con este Tribunal, recibándose ese mismo día la información solicitada.

OCTAVO. El 5 de octubre de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a todos los licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que ninguno de los licitadores las haya presentado.

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 el 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 que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por tanto, es procedente el recurso especial contra dicho acto, de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece 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 acuerdo de exclusión fue notificado al recurrente el 18 de septiembre de 2012, habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 3 de octubre de 2012, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes referido, constando igualmente el anuncio previo del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada.

La exclusión de la licitación respecto a la recurrente se basó, según el órgano de contratación, en que no detalló en su declaración las concretas medidas

alternativas que la empresa ha adoptado para cumplir con la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad (no aportando datos de contratos, donaciones o patrocinios, tales como fecha, entidad o cuantía).

Por su parte, el recurrente alega que lo que no se aportó es la documentación soporte de la adopción de dichas medidas, requisito que no se exigía en los Pliegos ni tampoco fue requerido por la mesa de contratación, que sólo solicitó “una declaración con las concretas medidas adoptadas”.

Por tanto, la cuestión está en determinar si la declaración aportada por la entidad recurrente es suficiente o no para cumplir con lo establecido en la cláusula 9.2.1.1 del PCAP que dispone que:

“Los licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o a adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad. A tal efecto, deberán aportar, en todo caso, un certificado de empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de medidas alternativas legalmente previstas, **una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas** (..)”

Esta cláusula es una consecuencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP que dispone que:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas”.

El citado Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, dispone en su artículo 3 que *“Las empresas, para optar por alguna de las medidas alternativas recogidas en el artículo 2, deberán solicitarlo con carácter previo a su aplicación, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad (.....).*

Los servicios públicos de empleo resolverán sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas aplicadas en una misma resolución administrativa, a la que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.3”, que dispone que “el plazo para resolver sobre la excepcionalidad solicitada será de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución administrativa expresa, se entenderá que ésta es positiva”.

De ello resulta, que la declaración de excepcionalidad que exige el PCAP va unida a la autorización de las medidas alternativas propuestas, sin que se puedan adoptar éstas antes de que se autoricen, realizándose esta autorización conjuntamente con la declaración de excepcionalidad. Por tanto, no se puede tener la declaración de excepcionalidad sin la autorización de las medidas alternativas propuestas y a la inversa, no se pueden adoptar medidas alternativas a la obligación de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad, antes de que se haya emitido por los servicios públicos de empleo la declaración de excepcionalidad y aquéllas hayan sido autorizadas.

La entidad **ERSNT & YOUNG, S.L** aportó como documento incorporado al sobre nº 1 la declaración de excepcionalidad fechada el 6 de octubre de 2010, suscrita por el Subdirector General de Políticas Activas de Empleo del Ministerio de Trabajo e Inmigración (actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social), indicando que “transcurridos los plazos establecidos en el artículo 1.3 del citado Real Decreto, sin que el procedimiento haya sido resuelto expresamente, y de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, la falta de resolución expresa permite entender **estimada** la solicitud presentada por la empresa”. Por tanto, la recurrente tiene la declaración de excepcionalidad exigida por el PCAP y que aportó en el sobre nº 1 y la autorización de las medidas alternativas a adoptar, ya que ambos actos van unidos.

La exclusión del procedimiento de licitación se basa en que la declaración que se le requirió no detalla las medidas concretas adoptadas.

La cuestión está en la interpretación que el recurrente dio al requerimiento de subsanación que hizo la mesa de contratación respecto a la obligación de presentar “ declaración de las concretas medidas aplicadas”.

La recurrente entendió que se daba cumplimiento a tal requerimiento presentando una declaración con las medidas alternativas adoptadas de las que prevé el artículo 2 de citado Real Decreto 364/2005, habiendo optado por tres de las cuatro medidas posibles que prevé dicho precepto e indicó su disposición a facilitar a la Administración los datos concretos respecto a las medidas adoptadas. Por tanto, el problema es de mera interpretación, esto es, si la concreción de las medidas se limita a indicar cuáles se han adoptado de entre las descritas en la norma (contrato civil o mercantil con un centro especial de empleo, donaciones o acciones de patrocinio.....etc) o por el contrario, esa concreción exige un detalle de los contratos o donaciones concretas que se han llevado a cabo.

SEXTO: Partiendo de lo anterior, es necesario determinar en qué modo la declaración aportada por el recurrente respecto a las medidas alternativas adoptadas y que tenía autorizadas junto a la declaración de excepcionalidad, pero que no detalla en la citada declaración, da cumplimiento al PCAP y por tanto, ha de ser admitida o no por la mesa de contratación.

Como hemos indicado, la declaración de excepcionalidad conlleva la autorización de medidas alternativas concretas que luego tienen que hacer efectivas las empresas. La recurrente presentó declaración sobre qué medidas había adoptado, pero no detalló los contratos o donaciones en que las medidas alternativas autorizadas consistían; no obstante, sí mostró expresamente su disposición a facilitarlas a la Administración.

Por tanto, el problema queda reducido a una cuestión formal como es el nivel de detalle de la declaración aportada por el recurrente. No se cuestiona que las medidas se hayan adoptado, puesto que las tiene autorizadas y además en la

propia declaración de cuáles son esas medidas, se indica la disposición de la entidad recurrente a facilitar los datos concretos de las mismas.

En este sentido hay que traer a colación la doctrina consolidada del Tribunal Supremo –STS de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina; Recurso 265/2003 y STS de 21 de septiembre de 2004 dictada en casación para unificación de doctrina y Recurso 231/2003- que reconoce el principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública y considera que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

En este caso, la declaración de medidas alternativas es un documento que se le exige a los licitadores para acreditar el cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad, pero que no afecta a la capacidad de la entidad para contratar ni a su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, sino que se trata de un requisito legal que se ha incorporado a los pliegos para dar cumplimiento a la normativa laboral en cuanto a la obligación de reserva de empleo a favor de discapacitados. Por tanto, la interpretación de la declaración presentada por el recurrente ha de hacerse de forma extensiva en cuanto que el recurrente entiende por concretas medidas adoptadas las que enumera y no los detalles de los actos o contratos en que aquéllas se plasman, aunque muestra su disposición a facilitarlos, pues una interpretación literal y restrictiva sería contraria al principio de concurrencia y llevaría a la inadmisión de la empresa a la licitación por lo que se entiende como una irregularidad meramente formal.

En este sentido, ya se ha indicado que la doctrina del Tribunal Supremo preconiza el principio antiformalista en el ámbito de la contratación pública y

mantiene que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal y no esencial.

De esta forma, la falta de detalle en cuanto a las medidas alternativas adoptadas no determina sin más la falta de acreditación de la obligación de reserva de empleo a favor de trabajadores con discapacidad, puesto que, reiteramos, el recurrente aporta la declaración de excepcionalidad otorgada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración autorizando las medidas alternativas propuestas y eso lo conoce el órgano de contratación a la vista de aquella declaración, además de que el recurrente, aunque no detalla los contratos o donaciones hechas en la declaración que aporta, sí indica su disposición a facilitarlos.

Por tanto, en aras al principio antiformalista que ha consagrado la jurisprudencia y del que se han hecho eco las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, y a fin de favorecer la concurrencia, evitando la exclusión de licitadores con apoyo en interpretaciones excesivamente literales que puedan limitar, a la postre, la selección de las ofertas económicamente más ventajosas, lo anteriormente expuesto lleva a estimar que con la declaración aportada por el recurrente se daba suficiente cumplimiento a lo exigido en el PCAP respecto a la reserva de empleo para trabajadores con discapacidad.

Por consiguiente, procede estimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación interpuesto y anular el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, acordando la admisión del recurrente a la licitación.

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

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ERNST & YOUNG, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de fecha de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía” (Expte. SGT047/12),

En consecuencia, procede anular el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, acordando la admisión del recurrente a la licitación

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal en su Resolución 28/2012 , de 2 de octubre de 2012.

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.

LA PRESIDENTA