



**EB 2015/046**

**Resolución 060/2015, de 3 de junio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por EUREST EUSKADI, S.L. frente a los pliegos de la licitación del “Servicio de cocina-comedor de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro, de los Apartamentos Jokin Amondarain y el Centro de Día.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 27 de abril de 2015, la empresa EUREST EUSKADI, S.L. (en adelante, EUREST) interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la licitación del “Servicio de cocina-comedor de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro, de los Apartamentos Jokin Amondarain y el Centro de Día.

El recurso y el expediente de contratación fueron recibidos en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO) el 4 de mayo de 2015. Entre los documentos remitidos no consta el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP).

**SEGUNDO:** Con fecha 5 de mayo de 2015, el OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 009/2015, por la que se acuerda medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados que figuran en el expediente, no se ha recibido alegación alguna.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don E. B.B. que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 €. El contrato cuyos pliegos se recurren pertenece a la categoría 17 del Anexo II (Servicios de hostelería y restaurante) del TRLCSP, con un valor estimado de 1.760.000,00 €.

**TERCERO:** Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Pasaia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

**SEXTO:** El recurrente presenta una única alegación referida al establecimiento en los pliegos de un requisito de solvencia relacionado con el arraigo territorial, que infringe el principio de igualdad y no discriminación.

Expuesto en síntesis, su argumentación se basa en que la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) exigen que el contratista debe disponer de una cocina propia, para atender cualquier eventualidad que se produzca en las instalaciones de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro y que dicha cocina debe estar ubicada en un radio inferior a treinta kilómetros por carretera de la residencia. Considera que un requisito así supone una limitación a la posibilidad de concurrir para aquellos licitadores que



no se encuentran establecidos en las inmediaciones del municipio de Pasaia. Aprecia que se trata de una exigencia “ad cautelam”, ya que la cocina, con carácter general, se ubicará en la residencia y señala que el órgano de contratación justifica esta exigencia en la necesidad de atender posibles eventualidades; pero que la disposición de una cocina (o su ausencia) en el radio indicado no es el único medio existente para salvar posibles eventualidades, cuando hay otras alternativas como es el cocinado en “línea fría” mediante la técnica del abatimiento de temperatura de los alimentos cocinados, éstos se transportan en frío y, posteriormente se regeneran a temperatura de consumo, permitiendo alargarse el tiempo de distribución hasta tres días. Añade que disponen de una cocina propia situada a, aproximadamente, 100 kilómetros de la residencia desde donde pueden atender las eventualidades, con las técnicas indicadas, sin que la distancia entre la cocina y la residencia tenga que ser inferior a 30 kilómetros.

El recurrente reprocha, también, el requisito de que la cocina que atienda las eventualidades sea “propia”, ya que ni el PCAP ni el PPT justifican esta exigencia más allá de la necesidad de “atender cualquier eventualidad”. A su juicio, es improcedente que con el mero propósito de atender eventualidades se obligue a los licitadores a disponer de una cocina propia en las inmediaciones de la residencia, y que, a lo sumo, los pliegos deberán hacer mención a los recursos que, en su caso, serán necesarios para atender eventualidades y permitir una continuidad en la prestación del servicio de cocina.

Solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de los pliegos por ser contrarios a los principios de igualdad y no discriminación que deben regir en la contratación pública.

Solicita, igualmente, la suspensión de la tramitación del procedimiento, que fue acordada por este Órgano Resolutorio mediante Resolución B-BN 009/2015, de 5 mayo, tal y como consta en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente Resolución.



**SÉPTIMO:** EUREST considera que los pliegos del contrato son contrarios a los principios de igualdad y no discriminación, por la exigencia de la letra g) de la cláusula 21 del PCAP y en el PPT de que la cocina debe estar ubicada en un radio inferior a treinta kilómetros por carretera para atender cualquier eventualidad que se produzca en las instalaciones de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro y, además, que la cocina propuesta deba ser propia.

Las eventualidades que se pretenden cubrir son aquellas que pudieran impedir el uso de la cocina propia de la Residencia de Ancianos, para lo cual el adjudicatario debe disponer de una cocina en las condiciones expuestas. Esto es lo que se deduce del PPT cuando afirma que «La Residencia de Ancianos adquiere el compromiso de solventar en el menor plazo posible las eventualidades que impidan el uso de la cocina propia. En cualquier caso de haber tenido que utilizar su cocina propia durante más de quince días durante un año natural, la Residencia de Ancianos deberá reajustar los precios a dicha circunstancia, contemplando los costes añadidos que a la contrata supone el traslado en condiciones de las comidas así preparadas.»

Como señala el recurrente, el PPT establece una cautela para el caso de que cualquier eventualidad impida el uso de la cocina propia de la residencia, de forma que la satisfacción del servicio queda cubierta con la cocina propia del adjudicatario.

EUREST denuncia, en primer lugar, la obligatoriedad de que la cocina propia del adjudicatario esté en un radio inferior a treinta kilómetros por carretera de la residencia. El PPT no justifica el motivo de tal distancia, pero parece que se debe a que una distancia mayor no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Del contenido del PPT, que no define claramente la forma de la prestación del servicio, se infiere que el adjudicatario elabora los menús en su centro de producción y los transporta a los centros de destino. En el caso concreto de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro el centro cuenta con una cocina



propia donde se controla la calidad y cantidad de los productos que se reciben, se manipulan los alimentos, se lleva el control de la distribución por mesas, etc., para lo cual cuenta con un equipo compuesto por una cocinera y sus ayudantes. Las eventualidades a las que se refieren los pliegos son las que impiden este normal funcionamiento.

El poder adjudicador no justifica en el expediente por qué para la resolución de las eventuales contingencias los licitadores que aspiren a la ejecución del contrato deben disponer inevitablemente de una cocina propia a una distancia inferior a treinta kilómetros por carretera de la Residencia de Ancianos. A juicio de este OARC/KEAO una distancia superior a ésta no es obstáculo para la prestación del servicio, pues las eventualidades que impiden la utilización de la cocina propia de la residencia, una vez conocidas, pueden ser satisfechas en el propio centro de producción de adjudicatario, en el momento en que lleva a cabo el servicio ordinario, o mediante el uso otras técnicas que pueden neutralizar las posibles eventualidades, de tal modo que no consta que la medida debatida sea adecuada y proporcionada al interés público que quiere garantizarse, pues va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27/10/2005, asunto C-234/03, “Contse”, apartado 41). Por tanto, debe concluirse que una exigencia de solvencia técnica como la descrita sirve de barrera de entrada al contrato a empresas que no disponen de una cocina propia en un radio inferior a treinta kilómetros.

Como señala el recurrente, este OARC / KEAO en su Resolución 120/2013 afirmaba que la normativa sobre contratación pública «prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (...).»

La necesidad de cubrir cualquier eventualidad que pueda producirse en la cocina propia de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro, bien podría ser criterio de adjudicación, de forma que los licitadores en sus ofertas expusieran los métodos y recursos disponibles para neutralizar las contingencias, de modo que el órgano de contratación podría efectuar una



comparación entre las propuestas y otorgar mayores puntuaciones a las que mejor garanticen la correcta continuidad en la prestación del servicio.

En segundo lugar, EUREST critica que la cocina con la que deben cubrirse las posibles eventualidades tenga que ser propia del licitador. Para este Órgano Resolutorio, incluso en el caso de que la limitación territorial se hubiera justificado, la exigencia de que la cocina sea propia es contraria a los medios de acreditación de solvencia técnica y profesional que prevé el TRLCSP, que en su artículo 63, referente a la integración de la solvencia con medios externos, dispone que «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.» En consecuencia, tampoco puede exigirse como medio de solvencia que la cocina para cubrir posibles eventualidades sea propia, cuando sería posible acreditarla por medios ajenos siempre que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato, cumpliéndose así la finalidad de que la solvencia sea adecuada al contrato. En este sentido, el hecho de que se exija la propiedad de las instalaciones y no la simple disponibilidad refuerza la idea de que no se trata de una medida adecuada y proporcionada para el fin que persigue y, en cambio, se favorece a las empresas ya arraigadas territorialmente en el entorno del lugar de ejecución del contrato (ver el apartado 57 de la sentencia “Contse”, antes citada).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



## RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar el recurso interpuesto por EUREST EUSKADI, S.L. en el procedimiento de resolución del recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos de la licitación del “Servicio de cocina-comedor de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro, de los Apartamentos Jokin Amondarain y el Centro de Día, declarando la nulidad del criterio de solvencia previsto en la letra g) de la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en relación con el párrafo cuarto del Pliego de Prescripciones Técnicas, lo que conlleva la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo pliego.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución B-BN 009/2015, de 1 de abril de 2015.

**TERCERO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2015eko ekainaren 3a**

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2015