



EB 2022/209

Resolución 055/2023, de 24 de marzo, de la 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia (Lotes 3 y 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de diciembre de 2022 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A. (en adelante, TAMAR) contra la adjudicación del contrato de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia (Lotes 3 y 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 23 de diciembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). Dicha documentación se recibió el día 16 de enero de 2023.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de enero, se han recibido el 26 de enero las alegaciones de EUREST EUSKADI, S.L. (en adelante, EUREST), adjudicataria impugnada y las de GASTRONOMÍA VASCA, S.A.U. (en adelante, GASTRONOMÍA VASCA).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de L.B.B. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Conforme al informe de auditoría de EUREST entregado de forma parcial a TAMAR se observa que se han efectuado dos controles y que, entre ambos, EUREST ha ampliado sus instalaciones. Como no queda clara esta circunstancia se propone la realización de una prueba. No obstante, se alega que la solvencia requerida se ha de reunir a la fecha de presentación de ofertas y no después y, de ser ello así, se debe proceder a su exclusión.

b) En la valoración de la oferta se deniegan 32 puntos por los productos ofertados sin posibilitar al recurrente la subsanación de la documentación presentada. En concreto:

- En lo referente a los documentos ofertados en la categoría de “Etiquetas ecológicas”, considera que (i) la omisión del Anexo I del Certificado de Conformidad del Comité Aragonés de Agricultura Ecológica correspondiente al producto “Fideo Cabellín” es subsanable porque no constituye la aportación de documentación extemporánea y (ii) el Certificado de Conformidad del Consejo de la Producción Agraria Ecológica de Navarra, que contiene la acreditación de 11 de productos, y que no se valoró por haber transcurrido su período de validez (17/12/2021), permite su subsanación, pues ello no significa que el producto haya perdido la consideración de ecológico, el reglamento (UE)



2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos y el procedimiento continuo de control de cumplimiento permiten comprobar si se ha renovado el certificado y, finalmente, los certificados renovados aportados el 8/6/2022 presentan un período de validez de 25/5/2021 a 25/05/2023 con una fecha de control de 21/04/2021.

- En lo que respecta a los documentos de los productos ofertados en la categoría de “Etiquetas de calidad”, si bien el certificado de Conformidad incluido en el listado de Operadores Certificados por HAZI no hacía una referencia concreta a los productos autorizados, esta omisión era subsanable ya que aportar un certificado de HAZI detallando las materias primas producidas por el Operador Certificado no constituye la aportación extemporánea de una documentación complementaria, sino que tiene por objeto acreditar un requisito que existía en el momento de aportación de la documentación.

c) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación de los Lotes 3 y 4 y la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de los criterios evaluables de forma automática, a fin de que el Órgano de contratación conceda a TAMAR la posibilidad de subsanar, aclarar o completar los defectos observados en la documentación presentada en relación con las categorías “Etiqueta ecológica” y “Etiqueta calidad”, procediéndose a la elaboración de una nueva clasificación de ofertas y a la adjudicación a la oferta más ventajosa

SÉPTIMO: Alegaciones de EUREST

EUREST, adjudicatario de los Lotes 3 y 4 impugnados, efectúa las siguientes alegaciones:

a) La posibilidad de subsanar una oferta no puede desplazar la obligación del licitador de formular su oferta conforme a los pliegos, ni las consecuencias de su falta de diligencia. Las alegaciones que efectúa TAMAR en este recurso con las



mismas que efectuó en el recurso EB 2022/182, que impugnaba el Lote 1 del contrato con el mismo objeto relativo al Territorio histórico de Álava, por lo que EUREST se remite a los argumentos en contra formulados que, básicamente, consisten en que (i) el PCAP indica de forma clara que la documentación a incluir en el Sobre B para acreditar el cumplimiento de los criterios es el Anexo III.2, con especificación de que se deberá completar sin perjuicio de la obligación de aportar la documentación acreditativa de cada una de las etiquetas alegadas, (ii) la recurrente trata de invertir su obligación de formular una oferta conforme a las exigencias de los pliegos en la obligación del órgano de contratación de requerirle una subsanación/aclaración o aceptar una oferta extemporánea, (iii) la solicitud de subsanación /aclaración de la oferta técnica es una facultad potestativa del órgano de contratación La solicitud de subsanación /aclaración de la oferta técnica es una facultad potestativa del órgano de contratación.

b) La prueba propuesta por TAMAR es manifiestamente improcedente e innecesaria, pues no pretende acreditar ningún hecho relevante para la decisión del recurso, sino encontrar un motivo de impugnación adicional.

c) Solicita la imposición de una multa por temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

OCTAVO: Alegaciones de GASTRONOMÍA VASCA

a) El elemento crítico del servicio a contratar, consistente en “menús transportados”, es el de la capacidad de producción de las empresas del sector que, al ser limitada, exige ajustar el número de lotes a los que las empresas pueden licitar o ser adjudicatarias. A ello responde la limitación del número máximo de lotes que pueden adjudicarse a una empresa. En este contexto TAMAR recurre que EUREST podría haber licitado a más lotes de los que permite su capacidad de producción, lo cual resulta paradójico porque ella misma presentó oferta a todos los lotes en los tres expedientes. Consecuentemente, este argumento determinaría asimismo la exclusión de TAMAR.



- b) Se solicita que el eventual acceso a los informes de auditoría se limite a los lotes impugnados excluyendo los datos de empresas como GASTRONOMÍA VASCA que no ha presentado oferta a dichos lotes.
- c) El recurso plantea objeciones a la forma en la que se ha realizado la valoración del criterio “Sostenibilidad ambiental, calidad y social” en relación con los productos, pero los criterios han sido aplicados de manera homogénea y en el caso de GASTRONOMÍA VASCA puede observarse en el Informe los productos que se le han rechazado y que, asimismo, ha sido rechazada la documentación complementaria remitida para completar la inicialmente aportada.
- d) El PCAP no prevé trámite alguno para subsanar la documentación incluida en el sobre B, por lo que la valoración de las ofertas se efectuará conforme a la documentación contenida en dicho sobre. Es responsabilidad del licitador incluir la documentación requerida para valorar la oferta.
- e) Solicita que la eventual retroacción de actuaciones que pudiera acordar el OARC / KEAO en los lotes impugnados alcance a las ofertas presentadas por todos los licitadores.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) Si bien en un primer momento únicamente se pudo enviar la información de la auditoría de SERUNION, con carácter previo a la interposición del recurso especial se han enviado las de EUREST, GASTRONOMÍA VASCA y GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, una vez efectuada la declaración de confidencialidad y sombreadas las partes confidenciales, quedando ello patente en el propio recurso. En cuanto el acceso a las certificaciones, la adjudicación está suficientemente motivada y permite conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado.



b) Como consta en las cláusulas específicas 21.2b), 21.2c), 25.1, Anexo I.4 al PCAP y respuesta 42 publicada en el perfil de contratante, el control se circunscribe al lote o lotes en los que la empresa es seleccionada como mejor oferta. Así, en un primer momento se hace el control para justificar la solvencia respecto del lote 3 y, tras la retirada de la oferta de GASTRONOMÍA, para la acreditación del lote 4.

c) En lo respecta a la subsanación de la documentación presentada en el sobre B, (i) la propia recurrente reconoce el error de no incluir en el sobre el Anexo del Certificado de conformidad del producto “Fideo cabellín”, (ii) los certificados de calidad presentados certifican productores, no productos y (iii) no corresponde a la Administración interpretar o presumir que dichos documentos han sido renovados o sustituidos, siendo responsabilidad de la licitadora la aportación de los que están en vigor.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso se fundamenta en la posibilidad de subsanar, aclarar o completar los defectos de la documentación acreditativa de las “Etiquetas ecológicas” y “Etiquetas de calidad” de los productos ofertados en orden a la valoración dentro del criterio de adjudicación automático “Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social. Máximo 62 puntos” el relativo a “a) En relación con los productos: Máximo 52 puntos”. Además, se pide el acceso al Informe de auditor al que se refiere la cláusula específica 25.1.c) del PCAP efectuada sobre la cocina central de EUREST que fue denegado por el poder adjudicador; esta petición debe analizarse en primer lugar, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso, lo que retrasaría el análisis del mismo.

a) Sobre la vista del expediente



TAMAR solicita acceso a los Anexos III.2 y certificados aportados por EUREST, GASTRONOMÍA CANTÁBRICA y COCINA MAGUI para poder conocer el tratamiento dado en el Informe de valoración a la documentación presentada por los diversos licitadores.

La solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer el acceso parcial a la documentación solicitada en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar



un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, no procede el acceso requerido por TAMAR por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Primeramente, se ha de tener en consideración que el poder adjudicador ha publicado en el perfil de contratante la relación de etiquetas ecológicas y de calidad aportados por cada una de las licitadoras en su oferta y que, según manifiesta el propio recurrente, ha tenido acceso a parte de la información solicitada. No obstante, considera que debe acceder a los certificados aportados por todas las licitadoras sobre los que se sustenta la valoración del criterio de adjudicación automático “Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social. Máximo 62 puntos” con la finalidad de “... conocer el tratamiento dado en el Informe de valoración a la documentación presentada por los diversos licitadores”. Como se ha indicado anteriormente, en el procedimiento de recurso especial el acceso al expediente no es absoluto y encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia



propia del derecho a la tutela efectiva y no, como parece ser el caso, el de efectuar una “fiscalización” del expediente. A este respecto, el acceso al expediente no puede tener por objetivo la búsqueda de defectos o errores, sin ninguna base o elemento que permita atisbar una arbitrariedad o error en la decisión del poder adjudicador (ver, en este sentido la Resolución 106/2022 del OARC / KEAO).

- 2) TAMAR ha presentado un recurso fundado cuyo argumento principal consiste en la posibilidad de subsanar los defectos detectados en la documentación presentada en relación con la acreditación de las características requeridas para los productos ofertados en las categorías de Etiqueta ecológica y de calidad y conoce las presentadas por sus competidores por el listado resumido publicado por el poder adjudicador en el perfil de contratante, todo ello suficiente para controlar la actuación del poder adjudicador y poder articular un recurso fundado en derecho.

b) Sobre la solvencia técnica de EUREST

TAMAR solicita la exclusión de EUREST porque considera que se han realizado dos auditorías para la comprobación del cumplimiento de los equipos y suficiencia de la solvencia exigida en el Anexo I.4 del PCAP y se ha constatado que, entre ambas, la adjudicataria ha ampliado sus instalaciones, lo cual no es aceptable porque se debe gozar de la solvencia requerida en el momento de presentación de la oferta.

A juicio de este OARC / KEAO este argumento no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) Los licitadores en su oferta debían aportar en el sobre A (cláusula específica 24.1), en lo que a la resolución de la cuestión planteada importa, un documento denominado “Anexo II.2 Compromiso de adscripción de medios”, en el que tenían que identificar por cada lote al que se licitaba,



entre otras cuestiones relativas a los medios humanos, la relación de las marmitas, hornos, freidoras y cámaras de descongelación a adscribir a la ejecución del contrato con especificación de las unidades y datos relativos a su capacidad (número de unidades, capacidad de litros, bandejas, raciones/hora, raciones/ciclo o capacidad por m³). Es de señalar que la relación de medios materiales que figura en el modelo Anexo II.2 coincide con el que se relaciona en el epígrafe “Equipamiento material necesario” relativo a la solvencia técnica o profesional (cláusula específica 21.2.b) y que, conforme a lo establecido en el epígrafe c) de la cláusula específica 21.2 y cláusula específica 25.1., la suficiencia de la solvencia relativa a las instalaciones, equipamiento, procesos y procedimientos instaurados en la empresa para el cumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas se determinará de acuerdo con el control referido en el ANEXO I.4 del PCAP y con la documentación presentada por la candidata que haya presentado la oferta más ventajosa en el respectivo lote. Por su parte, en el Anexo I.4, donde consta la finalidad y la metodología de la auditoría a efectuar a la empresa propuesta como adjudicataria de forma previa a la adjudicación se especifica que “Se realizará un control del cumplimiento del compromiso adquirido por la licitadora de adscripción de medios de conformidad con el Anexo II.2.”

- 2) La consecuencia de lo expresado en el apartado 1) anterior es que nos encontramos ante una concreción de las condiciones de solvencia, esto es, ante un compromiso de adscripción de medios incluido en los pliegos al amparo del artículo 76 de la LCSP y no ante un umbral de solvencia técnica, por lo que no es exigible que los medios en cuestión se encuentren a disposición del contratista en el momento mismo de presentar la proposición, sino en el momento anterior a la adjudicación del contrato. Como ha manifestado este OARC / KEAO con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 106/2021), el compromiso de adscripción de medios se inserta en el procedimiento de adjudicación en dos fases diferenciadas, que imponen los siguientes requisitos:(i) las proposiciones de los licitadores deben incluir el compromiso de adscripción (en este caso



sujeto al modelo que figura como Anexo II.2 al PCAP); y (ii) el licitador que haya presentado la mejor oferta debe acreditar la disposición efectiva de los medios a los que se refiere el compromiso (sometiéndose al procedimiento de control establecido en el Anexo I.4 del PCAP). Así, es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación verifica la disponibilidad real de los medios humanos y materiales comprometidos (artículo 150.2 de la LCSP), lo cual justifica que el control sobre la disponibilidad real de los medios se deba efectuar por cada lote.

- 3) De lo especificado en el apartado 2) anterior unido a que no se discuten las conclusiones del Informe de auditoría de fecha 27 de julio de 2022, se desprende que procede desestimar la solicitud de prueba.

c) Sobre la subsanación de la oferta técnica

El recurrente solicita un total de 32 puntos adicionales, de los que requiere la totalidad para desplazar a la adjudicataria, alegando que cabe la subsanación de los errores apreciados en la documentación aportada en orden a valorar el criterio de adjudicación automático. Los errores que se pretenden subsanar son, en resumen: (i) la caducidad de once etiquetas ecológicas, (ii) la omisión del anexo de otra etiqueta ecológica y (iii) respecto de siete productos en los que se aportaron cartas de mantenimiento de certificados de conformidad del productor BARRENETXE, S.COOP., la información referida a los productos.

En relación con esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina de este OARC / KEAO sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones o subsanación de la oferta para, a continuación, analizar si procede en el supuesto que nos ocupa.

c.1) Doctrina general



Este OARC/KEAO ha manifestado que el principio general es el de la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o los errores de la documentación de la oferta técnica o económica (ver, en este sentido la Resolución 23/2018) y únicamente de forma excepcional ha admitido tal posibilidad siempre que se respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación o negociación de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018). Asimismo, en lo que a la valoración de los criterios de adjudicación se refiere, ha manifestado que cuando el contenido de la oferta es inseparable de la documentación requerida para la valoración de un criterio de adjudicación automático, facilitar información nueva sobre un aspecto de la oferta y que esta información constituya la base sobre la que se evalúa el criterio de adjudicación automático equivale a conceder a uno de los licitadores la oportunidad de recomponer los datos de su oferta (ver en este sentido la Resolución 102/2021 del OARC / KEAO), lo cual constituye una negociación de los términos de la oferta contractual, y esta posibilidad se halla terminantemente prohibida en el procedimiento de adjudicación abierto (art. 156.1 de la LCSP).

c.2) Las cláusulas del PCAP relevantes para la cuestión suscitada

Se transcriben a continuación las cláusulas de los pliegos que al caso atañen, y que rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnadas en tiempo y forma, vinculando a la Administración y a los licitadores:

PCAP

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: no

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: sí

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: no

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: sí

Puntuación total: 100 puntos.

(...)



- **Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social. Máximo 62 puntos.**

a) En relación con los **productos**: Máximo 52 puntos

- Etiquetas Ecológicas Europeas o equivalentes (Tipo I): 1,5 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo 24 puntos por lote.
- Sellos de Fairtrade (Comercio Justo), IFAT o equivalente: 2 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo de 4 puntos por lote.
- Certificados de Calidad, Eusko Label, Euskal Baserri, DOP, IDG, ETG u otros equivalentes: 2 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo de 24 puntos por lote.

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

(...)

24.2.- SOBRE B: OFERTA EVALUABLE AUTOMÁTICAMENTE A TRAVÉS DE FÓRMULAS.

En este sobre debe/n presentarse el/los siguiente/s documento/s:

1. Oferta económica con arreglo al modelo que figura en el ANEXO III.1.

2.- Anexo III.2 debidamente cumplimentado, así como la documentación necesaria a efectos de valorar los productos y medios de transporte, incluidos entre los criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social, relacionados en las cláusulas 22.2.2.a) y b)

(...)

ANEXO III.2: DOCUMENTACIÓN A EFECTOS DE VALORAR EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, CALIDAD Y SOCIAL.

LOTE	ARTÍCULO - MATERIA PRIMA	ETIQUETA ECOLÓGICA: Denominación de la Etiqueta: (Etiqueta Ecológica Europea o equivalente)	ETIQUETA DE CALIDAD: Denominación de la Etiqueta. (Eusko Label, Eusko Baserri, DOP, IDG, ITG o equivalentes)	ETIQUETA SOCIAL: Fair Trade – Comercio Justo o equivalentes.

1. TABLA “Etiquetas Ecológicas, de Calidad y Fair Trade”

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR LA TABLA “Etiquetas Ecológicas, de Calidad y Fair Trade”

- (1) En caso de que la empresa licitadora aporte etiquetas diferentes pero que considere equivalentes a las expresamente indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, la empresa licitadora, aportará junto con su oferta, la prueba de la equivalencia de las



- citadas etiquetas indicando expresamente con cuál de las etiquetas recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, considera que corresponde la equivalencia.
- (2) En caso de que la empresa licitadora licite por más de un Lote, deberá presentar una tabla por cada uno de los Lotes por los que opte.
 - (3) La tabla deberá cumplimentarse sin perjuicio de la obligación por parte de las empresas licitadoras de aportar las certificaciones y/o documentación acreditativa de cada una de las etiquetas que alegue.

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso que, en esencia, solicita la posibilidad de subsanación de las “Etiquetas ecológicas” y “Etiquetas de calidad” aportadas en orden a valorar el criterio de adjudicación automático “Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social”.

c.3) Sobre la posibilidad de subsanar la documentación aportada en orden a valorar las “Etiquetas de calidad”

Este OARC / KEAO considera que esta petición debe ser desestimada por las siguientes razones.

- 1) De la redacción de la cláusula específica 22.2.2.a) del PCAP se desprende con claridad que para obtener la puntuación predeterminada en dicha cláusula se deben cumplir dos condiciones: (i) que el licitador alegue en el modelo que figura en el Anexo III.2 el producto que se compromete a incluir en los menús y, junto a él, especifique la etiqueta ecológica, de calidad o de comercio justo conforme a cuyas especificaciones se ha producido el alimento y (ii) que, para verificar dicha información, se aporte la etiqueta correspondiente.
- 2) TAMAR presenta en el sobre “B” un documento Anexo III.2 que contiene una relación de productos alimenticios, especificando en relación a cada uno de ellos la etiqueta ecológica o de calidad aportada y, al efecto de verificar esta información aporta, en lo referente a los productos acelga, calabacín, calabaza, cebolleta, pimiento, lechuga y Col Cale, un documento, igual para todos ellos, suscrito en fecha 2 de febrero de 2021 por la Responsable de Área de Control y Certificación de HAZI con el



logotipo de “Euskal Baserri” dirigido a BARRENETXE, S.COOP., en el que consta lo siguiente: “Tras el estudio del informe AUD/EB/H-0033-21-0073 y el resto del expediente, el Responsable de Área de Control y Certificación ha decidido mantener el certificado de conformidad, en consecuencia, sigue incluido en el listado de operadores Certificados.

- 3) De lo señalado en el apartado 2) anterior se observa que el documento aportado (el mismo para siete alimentos) se refiere a un genérico certificado de conformidad, sin identificar el producto ni la norma o documento normativo conforme a la cual un producto obtiene la confianza. Es más, se debe deducir del logotipo que figura en el impreso que se trata de la marca de garantía “Euskal Baserri”, pero sin ninguna especificación sobre el producto o productos amparados por dicha marca de garantía. Finalmente, es reseñable que el contenido del documento ni siquiera permite deducir si la entidad a la que se dirige es quien “(...) sigue incluido en el listado de operadores Certificados “, además de no especificar si se refiere a un “productor” o a un “envasador”. En cualquier caso, la cláusula específica 22.2.2.a) solicita el documento que verifique la declaración efectuada en el Anexo III.2 y el aportado no lo hace, ni nada en él permite deducir que se esté refiriendo a productos concretos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la marca de garantía “Euskal Baserri” ampara los productos hortofrutícolas que cumplan lo establecido en su reglamento y hayan sido producidos en la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículos 1, 3 y 12 del reglamento de la marca de garantía “Euskal Baserri”, aprobado por el Decreto 94/1994, de 15 de febrero), debiendo ser éste el extremo que se debía acreditar al objeto de obtener la puntuación señalada en el PCAP en el supuesto de que el licitador optara por ofertar productos que tuvieran esta marca de garantía, como lo ha hecho el recurrente.
- 4) La concesión de un plazo para que el licitador aporte los documentos y declaraciones exigidos para valorar la oferta no puede tener otro objeto, en principio, que la aclaración de la oferta o la subsanación de un error manifiesto del que adolezca dicha oferta, por lo que no puede permitirse



con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas (STJUE de 11 de mayo de 2017, asunto C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358, apartado 36). En el supuesto que nos ocupa, el documento presentado es inadecuado desde el punto de vista probatorio y el recurrente pretende paliar la falta de un documento o de una información cuya aportación exigen los pliegos de la contratación para valorar la oferta con la solicitud de una fase de subsanación, lo cual significaría en realidad, conceder al recurrente una posibilidad de compleción de su propuesta contractual (ver, en este sentido la Resolución 81/2022 del OARC / KEAO).

- 5) A partir de lo anterior, la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, del que se presupone que es un operador razonablemente informado y normalmente diligente al ser una empresa dotada de la suficiente solvencia técnica como para licitar al presente contrato, y que opera en el mercado de la compra pública presentando ofertas a contratos con un objeto similar al que nos ocupa (en este sentido, la Resolución del OARC / KEAO 481/2021).

d) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial

EUREST solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 052/2022) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o en ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).



En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no procede la imposición de una multa por no concurrir ninguno de los dos presupuestos. En lo referente al primero, porque el recurso contiene dos argumentos jurídicos razonados y motivados, basado el primero de ellos en una interpretación de la cláusula de solvencia técnica y el segundo en la posibilidad de subsanación de la documentación aportada en orden a la valoración de la oferta que, de estimarse, hubieran podido suponer la adjudicación de los lotes impugnados a la recurrente y, en lo que respecta al segundo, porque no ha quedado acreditado en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

e) Conclusión

La desestimación del motivo de impugnación relativo a las Etiquetas de calidad motiva la desestimación del recurso, pues una hipotética estimación de los argumentos relativos a la posibilidad de subsanar las etiquetas ecológicas aportadas no variaría la situación jurídica del recurrente. A este respecto debe tenerse en cuenta que el recurrente necesita la totalidad de los 32 puntos reclamados para desplazar a EUREST de su posición de adjudicataria del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial presentado por la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Elaboración,



transporte y entrega de comidas preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia (Lotes 3 y 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko marzo 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de marzo de 2023