



EB 2023/042

Resolución 138/2023, de 13 de julio, 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 exclusión de su oferta del lote 8 y la adjudicación de los lotes 3, 6 y 8 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 Gipuzkoa” (C02/011/2021)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de marzo de 2023 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 exclusión de su oferta del lote 8 y la adjudicación de los lotes 3, 6 y 8 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 Gipuzkoa” (C02/011/2021)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 2 de marzo 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 entre el día 13 y el día 22 de marzo de 2023.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de marzo, se han recibido las alegaciones de EUREST EUSKADI, S.L. (en adelante, EUREST) y las de la UTE COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. – SERUNION, S.A. (en adelante UTE AIBAK – SERUNION) el día 21 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de LB.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 en tiempo y forma.



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) La oferta de TAMAR fue excluida de la licitación del lote 8 en el trámite del artículo 152 de la LCSP por ser inferior el importe neto de negocios acreditado (29.049.553 €) al exigido como solvencia económico financiera para el caso de presentar oferta a todos los lotes (29.396.887,37€). Esta exclusión debe ser anulada por varios motivos alternativos:

- La cláusula 21.2 está afectada de un vicio de invalidez que permite un recurso indirecto contra la misma porque su redacción no es clara y se confunde aún más con la respuesta a la consulta 42.
- TAMAR retiró la oferta el 11 de noviembre de 2022 de uno de los lotes para los que inicialmente presentó oferta, la cual ha sido ignorada por la Administración. Incluso si esta retirada fuera considerada extemporánea, el principio de proporcionalidad y vinculación al objeto del contrato determinan que la diferencia no deba dar un resultado tan extremo como la exclusión.

b) La Administración ha remitido las auditorías de EUREST, GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, GASTRONOMÍA VASCA y SERUNION, pero la información facilitada no puede ser considerada suficiente para la comprobación del cumplimiento de los requisitos del pliego por parte de dichas licitadoras (en particular, los medios materiales que acreditan la capacidad productiva de la empresa (marmitas, Hornos, Freidoras y Cámara descongelación, conforme a lo exigido en la cláusula 21.2)), descritos en el Anexo II.2.



c) 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.

d) Finalmente, se solicita



- Anular la resolución de exclusión de TAMAR LAS ARENAS SA y admitirla en la licitación.
- Excluir a UTE SERUNION SA - COMERCIAL AIBAK TRS SL, en caso de que practicada la prueba se acredite que carece de los medios exigidos.
- Anular la adjudicación de los Lotes 3, 6 y 8 y retrotraer las 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 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 «Etiqueta de calidad», procediendo posteriormente a la elaboración de una nueva clasificación de ofertas y a la adjudicación correspondiente a la oferta económicamente más ventajosa, en los tres lotes
- Se interesa la apertura de un período de prueba a fin de que se practique remisión de la/s auditoría/s practicadas a la UTE SERUNION – COMERCIAL AIBAK, para la comprobación de los requisitos exigidos para la adjudicación del lote 3.

SÉPTIMO: Alegaciones de UTE AIBAK – SERUNION

SERUNION, adjudicataria impugnada, alega lo siguiente:

- a) La impugnación a la adjudicación de los lotes 3 y 6 es superflua y forzada pues, ni acredita, ni manifiesta, ni siquiera da indicios, de que la UTE haya incurrido en alguna falla tanto en solvencia económica, técnica, adscripción de medios o incumplimiento de pliegos.
- b) La cláusula específica 22.3 del PCAP es clara al fijar el requisito de solvencia económica de modo que, si cualquier empresa se presentaba a más de un Lote, debería acreditar la solvencia económica correspondiente a la suma del valor de



los Lotes a los que postulara; TAMAR se propuso a todos y cada uno de los Lotes, esto es, del 1 al 8, de modo que, como podría esperarse, tendría que acreditar la solvencia económica equivalente a la suma de los 8 Lotes, esto es, 29.396.887,36 €; lo cual no hizo y ello motivó su exclusión. Además, el recurso frente a los pliegos es extemporáneo. Se alega, asimismo, la respuesta a la pregunta 46 publicada en la plataforma de contratación el 30 de diciembre de 2021.

c) El Apartado 22.2.2. del PCAP “Criterios evaluables de forma automática”, establece la documentación a presentar en el Sobre B y señala los criterios puntuables. Sin embargo, la subsanación de defectos (de carácter formal, material, numéricos) no cabe cuando la documentación aportada carece de carácter probatorio y mediante la nueva documentación aportada, pretende un licitador, que sea nuevamente valorado un criterio, el cual no se ha cumplido en su momento.

OCTAVO: Alegaciones de EUREST

EUREST alega lo siguiente:

a) La exclusión de TAMAR LAS ARENAS del procedimiento, y en concreto, del lote 8 es ajustada a Derecho. La Recurrente intenta un -improcedente- recurso indirecto contra el PCAP para tratar de alterar los requisitos de solvencia exigidos *ab initio* que no recurrió y sí aceptó, sin que concurran, ni aun en menor medida se acrediten los requisitos exigidos para formular un recurso indirecto contra los pliegos y sin que una presunta e interesada aplicación del principio de proporcionalidad pueda desplazar su cumplimiento. Asimismo, pretende valerse de una retirada de oferta fraudulenta que tampoco altera la configuración de los requisitos de solvencia. No obstante, la cláusula 11.4 del PCAP dispone que las circunstancias relativas a la solvencia deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. De este modo, en la fecha final de presentación de ofertas, en la que la Recurrente formuló oferta para los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, la realidad es que TAMAR no disponía de la solvencia que exigen los pliegos.



b) 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 ofertas de los licitadores deben ajustarse a los pliegos. Una interpretación interesada (e incorrecta) de la Directiva 2014/24 y de la doctrina contractual no puede justificar el incumplimiento y la negligencia de un licitador. La realidad es que la documentación aportada en el Sobre B como acreditativa de la etiqueta de los productos señalados en la tabla del Anexo III.2 no presentaba ningún error flagrante que legitimara su subsanación; sencillamente, la documentación aportada no acredita por sí misma la tenencia de las referidas etiquetas. Nos hallamos ante un incumplimiento del deber de formular la oferta diligentemente con sujeción a los pliegos y, en ningún caso, un error flagrante que legitime la subsanación; la pretensión de la Recurrente tampoco es viable al amparo del artículo 56.3 de la Directiva 2014/24.

c) La prueba propuesta por la Recurrente es manifiestamente improcedente e innecesaria (art. 56.4 LCSP): su única finalidad es tratar de buscar nuevos motivos de impugnación, pero en ningún caso fundar motivos existentes.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La recurrente señaló en la letra A de la Parte II del DEUC que presentaba proposición para todos los 8 lotes en que se dividía el contrato y declaró en la letra α de la parte IV del DEUC que cumplía todos los criterios de selección requeridos. Por su parte, la respuesta a la consulta nº 35 que se formuló en el expediente C02/007/2021, correspondiente a Bizkaia, manifestaba que las preguntas referentes al Expediente C02/007/2021 eran vinculantes para los expedientes C02/011/2021 y C02/012/2021 y a la consulta nº 46 relativa a si ¿la licitadora que presente un número de ofertas por encima del límite de la solvencia económico y financiera declarada en el Sobre A será excluida del concurso?, se respondió “Sí, será excluida”.



b) La retirada de la oferta al Lote 1 es extemporánea y posterior a la exclusión de las proposiciones presentadas por TAMAR. La exclusión de las proposiciones presentadas por TAMAR para los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 se resolvió por Resolución del Viceconsejero de Administración y Servicios, de 14 de octubre de 2022, por la que se excluyeron las proposiciones presentadas por TAMAR para dichos lotes, y se aceptó la nueva propuesta de adjudicación del lote 8 efectuada por la Comisión Central de Contratación. En dicha fecha se publicó el acuerdo en el perfil de contratante. Por ello, la retirada del lote 1, formulada por escrito y presentado en la sede electrónica el día 11 de noviembre de 2022, es extemporánea y no puede ser atendida.

c) Respecto a la infracción de la cláusula específica 20.4 denunciada, se alega que la retirada parcial de las proposiciones se ajusta a las previsiones del artículo 158.4 de la LCSP habida cuenta de que el PCAP no prevé la posibilidad de presentar una oferta integradora, y que la regla contenida en la citada cláusula no resulta de aplicación cuando ha transcurrido el plazo establecido en el PCAP para efectuar la adjudicación.

d) Por lo que hace al segundo motivo de impugnación, concerniente al rechazo de etiquetas ecológicas correspondientes a 12 productos y el rechazo de etiquetas de calidad correspondientes a 7 productos de la oferta, se alega que (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.

e) Por lo que hace a la solicitud de aportación al procedimiento de recurso especial de la auditoría o auditorías realizadas a la UTE AIBAK – SERUNION, se alega que en fecha 10/11/2022 se remitió a Tamar el informe de auditoría correspondiente a Serunion, una vez sombreada la información declarada confidencial por dicha empresa.



DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso, que solicita anular la resolución de exclusión de TAMAR y admitirla en la licitación, la exclusión de la a UTE AIBAK – SERUNION, y anular la adjudicación de los Lotes 3, 6 y 8. Para fundamentar la exclusión de la UTE AIBAK – SERUNION se pide el acceso al Informe de auditor al que se refiere la cláusula específica 25.1.c) del PCAP 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.

La solicitud de acceso al informe de auditoría fue analizada por este OARC /KEAO en su Resolución 54/2023, de 24 de marzo, en la que se desestimaba el recurso interpuesto por COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. 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 Álava (Lote 1)”, cuyos pliegos son sustancialmente idénticos al que rige el procedimiento que ahora se impugna, y sobre la base de unos argumentos similares a los que fundamentan su pretensión actual. Consecuentemente, este Órgano debe partir de los argumentos y conclusiones contenidos en la citada Resolución 054/2023, de 24 de marzo, para el análisis de la actual impugnación.

a) Sobre el acceso al informe de auditoría

En relación con esta cuestión se expondrá en primer lugar lo manifestado por este Órgano en relación con la vista del expediente para, a continuación, analizar la concreta petición efectuada por TAMAR.

a.1) Doctrina general



TAMAR solicita el acceso a los informes de auditoría de la adjudicataria. A este respecto, se debe indicar que 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 la falta de contestación a la solicitud de acceso o el acceso parcial a la información solicitada por parte del poder adjudicador 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).

a.2) Sobre el acceso al informe de auditoría

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 TAMAR solicita el acceso al Informe de auditoría efectuado por personal de AENOR INTERNACIONAL, S.A.U. cuya finalidad es la de verificar en la fase del artículo 150.2 de la LCSP la adecuación de las instalaciones, equipamiento, procesos y procedimientos instaurados en la empresa propuesta como adjudicataria del contrato para el cumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas y cuyo contenido se especifica en el documento Anexo IV al PCAP. Este informe contiene información sobre objetivos e indicadores de calidad, evidencias y acciones correctivas, proveedores homologados, condiciones logísticas, acciones correctoras, plan de limpieza, planes de suministro, programación de compras, control del producto, acciones correctivas, medición de la satisfacción del cliente, análisis y acciones de los aspectos a mejorar, sistema de vigilancia de los APPCC, control, personal encargado, plan de recogida de muestras, procedimiento de dietas especiales, acciones correctoras. Es decir, la evaluación de las instalaciones, equipamiento y de los procesos



productivos de la empresa es efectuada por un auditor, ajeno a las partes, que para emitir sus conclusiones conforme al procedimiento descrito en el Anexo I.4, debe acceder a información referida al funcionamiento interno de la empresa y toma de decisiones.

2) El principio de protección de la información confidencial debe conciliarse con las exigencias de la tutela judicial efectiva lo cual exige una ponderación de las circunstancias concurrentes. A este respecto, sobre la base de lo señalado en el apartado 1) anterior, debe tenerse en cuenta que:

- a. el contenido del informe de auditoría solicitado por la recurrente identifica técnicas, planificación y sistemas de trabajo utilizadas por la adjudicataria impugnada, debido a lo cual dicha información tiene un valor comercial que no se limita al contrato público impugnado siendo consecuencia de ello que su divulgación pueda menoscabar los intereses comerciales legítimos de la adjudicataria y de sus proveedores (ver, en este sentido la STJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C 54/21, ANTEA POLSKA y otros, ECLI:EU:C:2022:888).
- b. TAMAR ha tenido acceso al informe de auditoría una vez sombreada la parte declarada confidencial.

3) 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 55/2023 del OARC / KEAO).



b) Sobre la exclusión de TAMAR

La recurrente solicita la anulación de la resolución de exclusión de su oferta, efectuada por la Resolución de 14 de octubre de 2022 del Viceconsejero de Administración y Servicios que acuerda La exclusión de las proposiciones presentadas por Tamar Las Arenas, S.A. para los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 por no acreditar la solvencia económica y financiera exigida, procediendo la devolución de la garantía definitiva constituida por Tamar Las Arenas, S.A. para la adjudicación del lote 8.

Por lo que a la resolución de la cuestión planteada interesa, los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, establecen lo siguiente:

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.

21.1.- Obligación de disponer de unos requisitos mínimos de solvencia: [sí, de conformidad con la cláusula 21.2 de cláusulas específicas del contrato.](#)

21.2.- Solvencia: [los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia:](#)

- **Económica y financiera. Requisito(s):**

[Volumen anual de negocios de los tres últimos años. Deberá acreditarse que, en el año de mayor volumen, éste alcance el 50% del presupuesto de licitación, sin IVA, de cada lote a los que presenta oferta.](#)

[En caso de presentar oferta para más de un lote, la cifra de negocios deberá alcanzar la correspondiente suma de las cuantías requeridas individualmente para cada lote.](#)

[Se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la empresa estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las empresas individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.](#)

LOTE	Volumen anual de negocios
1-DONOSTIA	7.518.603,71 €
2-DONOSTIALDEA	6.802.598,13 €
3-BIDASOA	5.923.291,13 €
4-DEBA BEHEA	2.167.512,89 €
5-UROLA KOSTA	2.077.725,06 €



6-GOIERRI	1.796.777,24 €
7-DEBA GARAIA	1.634.628,33 €
8-TOLOSALDEA	1.475.750,88 €
TOTAL	29.396.887,36 €

También resultan relevantes para la resolución de la controversia las siguientes respuestas a las consultas formuladas:

35. Debido a que hay tres expedientes con un PCAP prácticamente igual, y de un mismo organismo responsable, para no replicar las mismas preguntas. ¿Podemos considerar que las preguntas referentes al Expediente C02/007/2021 son vinculantes para los expedientes C02/011/2021 y C02/012/2021?

Sí, en cuanto a las cláusulas o apartados que tengan la misma redacción en los tres expedientes. En atención a dicha circunstancia se publicarán las consultas en cada uno de los tres expedientes referidos.

(...)

46. Respecto al momento de acreditación de la solvencia económica y financiera, la cláusula 21.2 de condiciones particulares recoge que cada licitadora deberá cumplir la solvencia económica y financiera necesaria que corresponda a la suma de las cuantías requeridas individualmente para cada lote:

“21.2.- Solvencia: los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia:

•Económica y financiera. Requisito(s): Volumen anual de negocios de los tres últimos años. Deberá acreditarse que, en el año de mayor volumen, éste alcance el 50% del presupuesto de licitación, sin IVA, de cada lote a los que presenta oferta. En caso de presentar oferta para más de un lote, la cifra de negocios deberá alcanzar la correspondiente suma de las cuantías requeridas individualmente para cada lote. (...)”

Siendo ello así, ¿la licitadora que presente un número de ofertas por encima del límite de la solvencia económico y financiera declarada en el Sobre A será excluida del concurso?

Sí, será excluida, puesto que como se señaló en la respuesta de la pregunta 31: “*En el caso de presentar oferta a más de un lote, se sumarán los importes de los lotes a los que la licitadora haya presentado oferta. Así, el requisito a acreditar será que el volumen anual de negocios en el año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos sea igual o superior al 50% de la suma del presupuesto base de licitación, sin IVA, de los lotes en los que la licitadora haya presentado oferta, no sólo la del lote/lotes para los que se haya propuesto como adjudicataria.”*

En síntesis, el recurso se fundamenta en (i) un recurso indirecto contra los pliegos (concretamente, contra el criterio de solvencia económica),



achacándoles un vicio de invalidez; (ii) no se ha tomado en consideración para determinar el umbral de solvencia que se retiró la oferta efectuada al lote 1; y (iii) la aplicación del principio de proporcionalidad impide un resultado tan extremo como el de la exclusión.

b.1) Sobre el recurso indirecto

El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia en el caso analizado

b.1.1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano se deduce la siguiente doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 106/2022, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196, que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO, y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199):

- 1) La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial o la reclamación una vez que no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan



entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

2) La citada regla general admite dos excepciones:

- El TJUE parte de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse en el plazo previsto para impugnar dichos actos; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.



- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).
- 3) En cualquier caso, debe probarse la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas).

b.1.2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada la doctrina expuesta en la letra anterior al presente supuesto, este OARC / KEAO considera que el recurso indirecto es, en este caso, inadmisibile por los siguientes motivos:

- 1) No se observa que la redacción de la cláusula debatida sea oscura o ambigua: se requiere la acreditación mediante la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de los tres últimos años, de un volumen anual de negocios, el año de mayor volumen, de una cifra de negocios que alcance el 50% del presupuesto base de licitación (PBL) de cada uno de los lotes a los que se presenta oferta. Además, para mayor claridad, la cláusula incluye un cuadro en el que se especifica para cada lote el volumen anual de negocios exigido. Así, nos encontramos ante una cláusula que no resulta incomprensible para un licitador acostumbrado a operar en el mercado de la compra pública como es la recurrente.
- 2) La consecuencia de lo señalado en el apartado 1) anterior es que los pliegos contienen información clara sobre las condiciones de participación en el procedimiento para que un licitador normalmente diligente pueda comprender perfectamente su alcance o, dicho de otra manera, no consta que el supuesto carácter perjudicial de la cláusula no se pudiera



comprender hasta el momento de la exclusión. A este respecto debe tenerse en cuenta, además, que la respuesta dada a la consulta 46, publicada en el perfil de contratante del procedimiento que nos ocupa, deja claro que la sanción aparejada al incumplimiento del requisito de solvencia económica y financiera exigida implica la exclusión del procedimiento de adjudicación; esta respuesta es, además, vinculante (ver la cláusula específica 26.1.3 del PCAP y el artículo 138.3 LCSP).

- 3) No cabe alegar que el PCAP utiliza un criterio diferente para acreditar la solvencia técnica del que emplea para la solvencia profesional, pues para cada tipo de solvencia requerida el PCAP especifica los concretos medios de prueba solicitados, así como el umbral mínimo establecido como requisito de participación, sin que se observe o se acredite ninguna ilegalidad en tal diferencia.
- 4) Finalmente cabe señalar que la recurrente no argumenta ni este Órgano aprecia que la cláusula incurra en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho a las que se refiere el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que se pueda calificar como tal la mera desproporción del umbral de solvencia exigido.

b.2) Sobre el efecto de la retirada de la oferta al lote 1

Por Resolución del Viceconsejero de Administración y Servicios de 14 de octubre de 2022 se excluyen las proposiciones presentadas por TAMAR a los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8 del contrato. Este acuerdo se publicó en el perfil de contratante, si bien se notificó a la interesada el 9 de febrero de 2023. Entre ambas fechas, el 11 de noviembre de 2022, TAMAR procedió a retirar su oferta del lote 1, razón por la que considera que el umbral de solvencia económica a superar debe ser de 21.878.283,65 € en vez de los 29.049.553 € que corresponderían a los 8 lotes.

Esta alegación no puede prosperar por las siguientes razones:



- 1) La condición general 11.4 del PCAP dispone que Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia, habilitación empresarial o profesional que, en su caso, se exijan en la cláusula 21.4 de cláusulas específicas del contrato (salvo que en dicha cláusula se indique que el momento en el que se debe disponer de ella es “con carácter previo a la formalización del contrato”) y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (ver, en el mismo sentido, el artículo 140.4 LCSP).

- 2) TAMAR señaló en la letra A de la Parte II del DEUC que presentaba proposición para los 8 lotes en que se divide el contrato y declaró en la letra α de la parte IV del DEUC que cumplía con todos los criterios de selección requeridos. Así, TAMAR declaró cumplir con los requisitos de solvencia necesarios para optar a todos los lotes incluidos en el procedimiento de adjudicación, extremo que no ha podido acreditar cuando se le ha requerido para ello en la fase del artículo 150.2 LCSP, lo que supone que no contaba con la solvencia suficiente “...en la fecha final de presentación de ofertas”. La exclusión es, por lo tanto, acorde a derecho, siendo indiferente a estos efectos que con posterioridad a dicha exclusión la recurrente haya retirado la oferta a un lote (el 1) del que ya era conocedor que en ningún caso resultaba adjudicatario. Entender lo contrario sería tanto como dejar en manos del licitador la suficiencia de la solvencia declarada en el DEUC mediante el artificio de ajustar, por la vía de la retirada parcial de la proposición, los lotes a cuya adjudicación se opta a la solvencia que efectivamente puede acreditarse, aunque sea, como en este caso, menor que la declarada. Dicho de otro modo, aceptar la tesis del recurso supone, de hecho, privar al DEUC de su función de acreditar provisionalmente la capacidad del operador económico sustituyendo a los documentos específicos que la prueban, hasta el punto de que el poder adjudicador puede solicitar dichos documentos en cualquier momento del procedimiento y el licitador deberá facilitarlos sin demora (ver, por ejemplo, los apartados 1) y 4) del artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE).



b.3) Sobre la proporcionalidad de la exclusión

A juicio de este Órgano, tampoco puede aceptarse la alegación de que la exclusión es desproporcionada. Téngase en cuenta que sería contrario al principio de igualdad de trato que se alteraran para un licitador las reglas de participación en el procedimiento. Este principio obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44). Téngase en cuenta que habrá habido licitadores que ajustándose a los términos en los que está redactada la cláusula y a la vista de las aclaraciones publicadas en el perfil de contratante hayan limitado su oferta a los únicos lotes a los que alcanzaba su solvencia económica; por el contrario, el recurrente habría presentado oferta a todos los lotes conociendo (o debiendo conocer) su falta de solvencia para ello, modulando después artificiosamente el alcance de su declaración formal en el DEUC. Por ello, no se puede oponer el principio de proporcionalidad frente a unas reglas de participación de las que no se puede desvincular el Órgano de contratación (ver, en este sentido la resolución 1/2022 de este OARC / KEAO).

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores el recurso debe ser desestimado. Habida cuenta de que se considera conforme a derecho el acuerdo de exclusión, no procede entrar a analizar el resto de motivos aducidos en el recurso relativos a la valoración de su oferta en los lotes 3 y 6.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial presentado por la empresa TAMAR LAS ARENAS S.A. contra la exclusión de su oferta del lote 8 y la adjudicación de los lotes 3, 6 y 8 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 Gipuzkoa” (C02/011/2021)”, 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.

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

Vitoria-Gasteiz, 2023ko uztailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de julio de 2023