



EB 2023/261

Resolución 097/2024, de 24 de mayo, 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 BURUTXAGA HAKINTZAK S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro materias primas para la alimentación de las personas internas de los centros penitenciarios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa”, tramitado por AUKERAK, Agencia Vasca de Reinserción Social.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de diciembre de 2023 se presentó 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 BURUTXAGA HAKINTZAK S.L. (en lo sucesivo, BURUTXAGA), contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro materias primas para la alimentación de las personas internas de los centros penitenciarios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa”, tramitado por AUKERAK, Agencia Vasca de Reinserción Social.

SEGUNDO: El día 26 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 entre los días 28 de diciembre y 15 de enero.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 10 de enero de 2024 se han presentado alegaciones por CÁRNICAS CONCHI, S.L.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.B.A., que actúa en nombre y representación de BURUTXAGA.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

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, AUKERAK, Agencia Vasca de Reinserción Social tiene la condición de poder adjudicador y, concretamente, 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) BURUTXAGA presentó oferta a los lotes 2, 4 y 7, y fue propuesta como adjudicataria para el lote 4. Con ocasión del trámite del artículo 150.2 resultó excluida por no cumplir con el requisito de solvencia económica-financiera exigido por la cláusula específica 21.2 y 5.1 del contrato (sic).
- b) A efectos de descartar cualquier duda sobre la solvencia de la recurrente hay que indicar que en la actualidad es la empresa que presta el suministro de carne fresca (lote 4) a AUKERAK, en virtud del contrato adjudicado en la anterior licitación.
- c) Para la adjudicación del lote 4 la Mesa de contratación exige que se acredite la solvencia acumulada necesaria para concurrir a los lotes 2, 4 y 7. BURUTXAGA no interpretó en su momento correctamente los pliegos y solo ha sido capaz de acreditar la solvencia exigible para el lote 4. Sin embargo, la falta de acreditación de la solvencia requerida para concurrir conjuntamente a los lotes 2, 4 y 7 no debe suponer la exclusión de la proposición presentada al lote 4 para el que sí se tiene suficiente solvencia.
- d) Al respecto, hay que tener en cuenta que según el artículo 99.7 LCSP, a falta de otra previsión en el pliego, cada lote constituirá un contrato. En apoyo de este argumento se citan diversas resoluciones de Tribunales de Recursos Contractuales y acuerdo de Juntas Consultivas de las que se puede concluir que la exclusión de proposiciones de uno o varios lotes no presupone la exclusión de

las presentadas por el licitador a otros lotes del mismo contrato por ser contratos y proposiciones independientes.

e) Subsidiariamente, se solicita la nulidad de la solvencia exigida en los pliegos para resultar adjudicataria del lote 4 por desproporcionada. Como fundamento de la alegación se cita la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2021, de 24 de marzo relativa a la impugnación indirecta de los pliegos, así como el artículo 87 LCSP. En este sentido, hay que indicar que la solvencia requerida en fase de adjudicación desborda los límites impuestos por la LCSP que solo admite que se exija la solvencia para el lote que se proponga adjudicar. En definitiva, la solvencia acumulada exigida para concurrir a varios lotes en una licitación solo debe operar en fase de licitación, pero no en la adjudicación donde sólo se debe exigir la solvencia del lote o contrato que se adjudica.

f) Finalmente, se solicita

- Anular el acuerdo de exclusión de BURUTXAGA y admitirla en la licitación.
- Subsidiariamente, declara la nulidad del procedimiento por exigirse una solvencia desproporcionada para la adjudicación del lote 4.

SÉPTIMO: Alegaciones de CÁRNICAS CONCHI

Cárnicas CONCHI alega, resumidamente, lo siguiente:

a) El hecho de que BURUTXAGA tuviera adjudicado el contrato anterior para el suministro de carne fresca no es un hecho determinante para que en el presente expediente tenga más derecho que el resto de los licitadores, y tampoco que no tenga que cumplir con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

b) En los pliegos se exigía la solvencia para los lotes en su conjunto, no pudiendo individualizar el cumplimiento de cada lote. A pesar de que el texto del apartado 31.2 del PCAP es claro y fácil de entender, el hecho de que la

recurrente no lo interpretara correctamente se ha debido a su falta de diligencia a la hora de preparar y presentar la documentación a la licitación.

c) La recurrente pretende que AUKERAK actúe arbitrariamente incumpliendo la legislación y los pliegos, a pesar de reconocer de que la solvencia acreditada no es suficiente para la oferta presentada a los tres lotes a los que ha concurrido.

d) Las resoluciones de los Tribunales y Acuerdos de las Juntas Consultivas relacionadas por la recurrente no son de aplicación al presente supuesto, ya que se refieren a situaciones diferentes y no guardan similitud alguna con la presente.

e) Respecto a la solicitud subsidiaria de nulidad del procedimiento, la alegante muestra su disconformidad por considerar que los pliegos cumplen con la Ley y no adolecen de vicios de nulidad. Si la recurrente consideraba que los importes de la solvencia eran desproporcionados debió recurrir la licitación en su momento y no en el momento presente porque no ha resultado adjudicataria.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) Ni la empresa recurrente ni ninguna otra interpuso recurso alguno contra los pliegos en tiempo y forma. Tampoco la empresa recurrente formuló cuestión alguna respecto de lo alegado en el recurso en el plazo de presentación de ofertas. En definitiva, no resulta aceptable solicitar ahora la nulidad de los pliegos, pues el contenido de los mismos relativo a la acumulación de la solvencia en función de los lotes a los que se presenta oferta es claro.

b) Los pliegos no contemplan la posibilidad de establecer una solvencia acumulada diferente en relación a un grupo de lotes supeditada a la ejecución simultanea de los mismos.

c) La recurrente aportó un DEUC en el que señalaba que cumplía con todos los requisitos previos, constatándose con posterioridad que no contaba con la solvencia económica y financiera requerida.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso, que solicita anular la exclusión de BURUTXAGA para admitirla en la licitación y subsidiariamente, anular el procedimiento de licitación por requerir de una solvencia desproporcionada.

a) Sobre la exclusión de BURUTXAGA

La recurrente solicita la anulación de la resolución de exclusión de su oferta efectuada por el acuerdo de 30 de noviembre de 2023 de la mesa de contratación que acuerda la exclusión de la recurrente por no acreditar la solvencia económica y financiera requerida por el pliego.

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: Las operadoras económicas deben disponer de la siguiente solvencia:

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

- Volumen anual de negocios para cada lote referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas, por importe igual o superior a:

LOTE	OBJETO	IMPORTE
Lote 1	ACEITES	244.915,13 €
Lote 2	AVES-CAZA FRESCA	858.316,83 €
Lote 3	BOLLERÍA	151.047,00 €
Lote 4	CARNE FRESCA	959.178,09 €
Lote 5	CAFÉ	22.202,70 €
Lote 6	CONSERVAS	320.481,53 €
Lote 7	CHARCUTERÍA	224.379,20 €
Lote 8	ESPECIAS, CALDOS Y CONDIMENTOS	63.083,28 €
Lote 9	FRUTAS	598.688,03 €
Lote 10	HELADOS	28.080,00 €
Lote 11	HUEVOS	57.451,68 €
Lote 12	LEGUMBRES Y ARROZ	145.869,75 €
Lote 13	LECHE	292.734,00 €
Lote 14	OVOPRODUCTOS	63.733,80 €
Lote 15	POSTRES LÁCTEOS	247.221,00 €
Lote 16	PRODUCTOS EN PORCIONES	166.032,75 €
Lote 17	PRECOCINADOS	679.736,07 €
Lote 18	PASTAS Y SOPAS	79.655,55 €
Lote 19	PATATAS, CEBOLLAS Y AJOS	170.756,04 €
Lote 20	PESCADO ULTRACONGELADO	738.457,20 €
Lote 21	SALSAS DE MESA Y VARIOS	90.507,45 €
Lote 22	VERDURA CONGELADA	319.855,58 €
Lote 23	VERDURA Y HORTALIZA FRESCAS	311.949,89 €
Lote 24	PESCADO FRESCO	319.800,00 €
Lote 25	HARINA	198.656,25 €
Lote 26	PANADERÍA	18.193,50 €

En 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 volumen de negocio a acreditar será el resultado de la suma de los lotes en los que la licitación haya presentado oferta, no sólo la del lote/lotés para los que se haya propuesto como adjudicataria.

En síntesis, el recurso se fundamenta en que (i) no se ha tomado en consideración que sí se ha acreditado la solvencia requerida para el lote que resultó adjudicatario (lote 4); (ii) la aplicación del principio de proporcionalidad impide un resultado tan extremo como el de la exclusión; y (iii) un recurso indirecto contra los pliegos (concretamente, contra el criterio de solvencia económica), achacándoles un vicio de invalidez.

a.1) Sobre la suficiencia de la acreditación de la solvencia económica

La recurrente considera que, a pesar de la solvencia acumulativa requerida por el pliego, el hecho de no poder acreditarla no debería implicar la exclusión de todos los lotes a los que ha presentado oferta, sino únicamente de los que no se ha podido justificar la solvencia exigida. Por ello, siendo suficiente la solvencia económica acreditada para ser adjudicataria del lote 4, no debiera haber sido excluida de la licitación.

Este motivo de recurso 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) La cláusula específica 21.2 del PCAP reproducido más arriba establece que, para el cálculo de la solvencia económica y financiera en el caso de presentarse oferta a varios lotes, se sumarán los importes de todos ellos, especificándose que el volumen de negocio a acreditar será el resultado de la suma de los lotes en los que la licitación haya presentado oferta, y no sólo el del lote o lotes para los que se haya propuesto como adjudicataria.

- 3) BURUTXAGA señaló en la letra A de la Parte II del DEUC que presentaba proposición para 3 de los 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, BURUTXAGA declaró cumplir con los requisitos de solvencia necesarios para optar a tres de 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".
- 4) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, la exclusión es conforme a derecho, siendo indiferente a estos efectos la alegación de la recurrente de que sí cumple con la solvencia requerida para el lote del que resultó adjudicataria, pues admitir tal interpretación, es contraria a lo establecido en los pliegos. No cabe tampoco aceptar la alegación de que la exclusión es desproporcionada, pues sería contrario al principio de igualdad de trato que se alteraran para un licitador las reglas de participación en el procedimiento. Este último 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). Por otro lado, la condición especial 14.1 h) del PCAP establece que la Mesa acordará el rechazo de las ofertas que incumplan las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP o en el PPT. En definitiva, 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).

a.2) 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

a.2.1) 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 una vez que éste no se ha 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).

a.2.2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada la doctrina expuesta en apartado a.2.2) 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, pues textualmente dice: En 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 volumen de negocio a acreditar será el resultado de la suma de los lotes en los que la licitación haya presentado oferta, no sólo la del lote/lotes para los que se haya propuesto como adjudicataria. 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.
- 3) 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 refieren los artículos 39 de la LCSP y 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 interpretación sobre la desproporcionalidad del umbral de solvencia exigido que la recurrente hace.

b) Conclusión

A la vista de lo expuesto en el apartado anterior el recurso debe ser desestimado.

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 BURUTXAGA HAKINTZAK S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro materias primas para la alimentación de las personas internas de los centros penitenciarios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa”, tramitado por AUKERAK, Agencia Vasca de Reinserción Social.

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, 2024ko maiatzaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de mayo de 2024