



EB 2014/146

Resolución 133/2014, de 23 de diciembre de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. frente a los pliegos del contrato de “Suministro de materia prima y productos elaborados y semielaborados y servicio de cocineros a prestar en Iturbide Egoitza”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 1 de diciembre tiene entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. (en adelante, AIBAK) contra los pliegos de condiciones que rigen la licitación del “Suministro de materia prima y productos elaborados y semielaborados y servicio de cocineros a prestar en Iturbide Egoitza”. En el mismo, se interesa como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso.

El mismo día de su presentación, el OARC / KEAO remitió el recurso al Ayuntamiento de Arrasate y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Ambos documentos causaron entrada en el registro de este Órgano Resolutorio el día 3 de diciembre de 2014.



SEGUNDO: Al día siguiente se solicitaron alegaciones a los interesados. Transcurrido el plazo otorgado se ha recibido las de AUZO LAGUN, S.COOP.

TERCERO: Mediante Resolución B-BN 15/2014, de 10 de diciembre de 2014 se estimó la petición de la medida cautelar.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De acuerdo con el artículo 44. 4 a) del TRLCSP consta en el expediente la representación de Doña A. V.A. como compareciente.

Auzo Lagun, en su escrito de alegaciones, plantea como cuestión previa la inadmisión del recurso por falta de legitimación de AIBAK conforme al artículo 42 del TRLCSP. Afirma que al optar el recurrente por no presentar proposición alguna al concurso cabe preguntarse si está legitimado activamente para recurrir. Entiende que para que concurra un interés legítimo es necesario que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no de forma meramente hipotética, potencial y futura, en la correspondiente esfera jurídica del recurrente, descartando con ello la acción pública puesto que el interés legítimo no puede ser asimilado al interés de legalidad o a un mero interés general y abstracto. Considera que ningún precepto legal impide que un licitador, aun no estando de acuerdo con algún extremo del pliego y lo recurra, pueda presentar una proposición como prueba de que su concreta esfera jurídica se ve directamente afectada por una licitación cuya adjudicación pretende. Prosigue diciendo que nada hubiera impedido que, si hubiera sido excluida de la licitación, recurriera su exclusión solicitando la acumulación con el recurso que previamente formuló frente a los pliegos. Cita y reproduce la Resolución 134/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en la que se defiende la legitimación para participar en la licitación aunque se considere que los pliegos del contrato están viciados. Aduce que la estimación de la pretensión del recurrente conduciría a un



resultado fraudulento, en claro abuso de derecho (art. 7.2 del CC) y contrario al principio de igualdad previsto en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, ya que se abriría un nuevo plazo de presentación para la recurrente que estaría disfrutando de un período de tiempo mucho más amplio que el resto de candidatas para preparar y presentar su proposición.

AIBAK defiende su legitimación para interponer el recurso y cita la Resolución 687/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) que alude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el concepto de titularidad de un derecho o interés legítimo que supone una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Menciona, también, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, que concluye que no puede «(...) descartarse la impugnación de la convocatoria por quien no ha participado en razón de las propias condiciones en que es convocado.»

Este Órgano Resolutorio ha tenido ocasión de examinar en otras ocasiones la legitimación de quien impugna los pliegos aunque posteriormente no participe en el procedimiento de licitación. Así, en la Resolución 78/2012 se afirmaba que «La regla general es la participación en el procedimiento como requisito de legitimación para recurrir los actos administrativos en materia contractual (STS de 20 de julio de 2005). Esta regla admite matizaciones y la jurisprudencia reconoce interés legítimo para recurrir a quien habiendo impugnado la convocatoria después no ha participado en el procedimiento de adjudicación (STS de 5 de julio de 2005).» Mientras que en Resolución 87/2014 se dice que «No se puede, en consecuencia, alegar falta de legitimación, por carecer de la solvencia precisa, de quien no ha presentado oferta pero tiene un interés claro en la impugnación de los pliegos del contrato ante la opción de obtener un beneficio con su anulación.»

AUZO LAGUN invoca en su apoyo la Resolución 134/2013 del TACRC. La situación analizada en esta Resolución es la legitimación de quien habiendo impugnado los pliegos posteriormente se presenta a la licitación. Considera el



Tribunal, con quien estamos de acuerdo, que en esta situación es legítimo participar en el proceso selectivo ya que «(...) De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquéllos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley. (...)» Debe resaltarse que no hay identidad fáctica entre el supuesto analizado por el TACRC y el que se examina en el presente recurso. AIBAK expresamente reconoce que carece de la solvencia técnica y profesional exigida, que le parece desproporcionada, y por ello mismo recurre el contenido de los pliegos en lo relacionado con esa exigencia. Pretender que el recurrente impugne primero los pliegos y que posteriormente se presente al proceso selectivo, aun sabiendo que su proposición no será aceptada, para luego volver a recurrir su exclusión, acumulando esta acción a la inicial frente a los pliegos, conlleva la imposición de un esfuerzo baldío, cuando la pretensión es desde un primer momento clara: impugnar unos pliegos con unos requisitos de solvencia que considera desproporcionados puesto que impiden su concurrencia a la licitación, de donde no cabe dudar que AIBAK obtiene un claro beneficio si se estima su pretensión.

Finalmente, no puede aceptarse el argumento de AUZO LAGUN de que la admisión del recurso abre un nuevo plazo de presentación para la recurrente, de modo que estaría disfrutando de un período de tiempo mucho más amplio que el resto de candidatas para preparar y presentar su proposición, discriminando al resto de participantes. De estimarse el recurso la consecuencia no puede ser otra que la anulación de la licitación y la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de unos nuevos pliegos y un nuevo procedimiento de licitación.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de AIBAK como interesado en la adjudicación del contrato.

SEGUNDO: Auzo Lagun aduce, también como cuestión previa, la extemporaneidad en la presentación del recurso especial. Esgrime que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, el 31 de octubre



de 2014 el órgano de contratación puso a disposición de todos los posibles candidatos, a través de su perfil de contratante, el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y añade que el artículo 42.1 a) del TRLCSP determina que el plazo de 15 días hábiles para interponer el recurso especial contra el contenido de los pliegos se iniciará desde la puesta a disposición de los mismo para conocimiento de los eventuales candidatos.

A su juicio, el plazo de 15 días hábiles expiró el 19 de noviembre de 2014, fecha en la que el recurso debería haberse interpuesto en el registro del órgano de contratación o en el registro del OARC / KEAO. Afirma que en dicha fecha el recurso no fue presentado en ninguno de estos dos registros, sino en el de la Diputación Foral de Gipuzkoa cuyo Tribunal Foral de Recursos Contractuales no es competente para conocer de este recurso especial. Prosigue que ante el error producido el recurrente interpuso el recurso especial el 1 de diciembre de 2014 ante el registro de este Órgano Resolutorio. Invoca en su apoyo la Sentencia 4665/2013 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y solicita que se declare extemporáneo el recurso especial de Aibak y se proceda a su inadmisión.

Este OARC / KEAO se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca del plazo para la interposición del recurso especial frente a los pliegos del contrato. Así, en la Resolución 123/2014 se dice que:

«(...), si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (en este caso, el 7 de noviembre de 2014). Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC / KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 11/2014 y 92/2014), y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC / KEAO y que en su Fundamento de Derecho Segundo afirma:



El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.»

Según la información que facilita la página Web del Ayuntamiento de Arrasate (www.arrasate.mondragon.org), el plazo de presentación de proposiciones finalizó el 25 de noviembre de 2014, y el recurso tuvo entrada en el registro de este Órgano el día 1 de diciembre de 2014. Sin embargo, en el expediente del contrato consta un escrito de la Secretaría del Ayuntamiento firmado, el día 21 de noviembre de 2014, en el que se devuelve a la Diputación Foral de Gipuzkoa el recurso especial en materia de contratación aduciendo que su destinatario es este OARC / KEAO; de donde únicamente cabe deducir que el recurso estaba en poder del Ayuntamiento, cuando menos, el día 21 de noviembre de 2014. Además, en la fecha de su recepción se debió dar entrada al documento ya que, a tenor del artículo 44.3 del TRLCSP, «La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.», y en el plazo de dos días debió remitirlo a este Órgano Resolutorio (Artículo 46.2 del TRLCSP).



La conclusión es que el recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación antes de finalizar la presentación de ofertas, dentro, por tanto, del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de suministro con un valor estimado de 1.760.000,00 euros.

CUARTO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

El recurso especial interpuesto por el operador económico recurrente impugna los pliegos del contrato.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Arrasate es poder adjudicador, en su condición de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 a) en relación con el artículo 3.2.a), ambos del TRLCSP.

SEXTO: Expuesto de forma sintética, el AIBAK fundamenta su recurso en que:

a) La exigencia de unos requisitos de solvencia técnica y profesional excesivos para el tipo de contrato limitan de forma injustificada la concurrencia e imposibilitan que el recurrente pueda participar en la licitación. Transcribe el artículo 62 del TRLCSP de “Exigencia de solvencia” y subraya que los



requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para su acreditación se indicarán en el anuncio de licitación, deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. En su apoyo cita la Resolución 060/2011 del TACRC.

Reproduce el apartado 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) donde se describe la prestación del suministro. Considera que el número de comensales diarios es de 116, y que, sin embargo, el apartado 10.1 e) del PCAP exige que el licitador acredite que durante los últimos 5 años ha servido una cantidad mínima diaria de 1.000 menús y, además, circunscritos a centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario, excluyéndose el ámbito escolar o el de empresas que son alguno de los servicios más comunes en el sector. Estima que la exigencia de tal cantidad no tiene justificación con el objeto del contrato y que el hecho de excluir otros ámbitos donde es habitual el suministro de comida preparada tampoco se justifica. En su defensa cita la sentencia de 19 de septiembre de 2000 del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de mayo de 2009 (Asunto C-538/07 Assitur) y de 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-237/07 Michaniki). También menciona las Resoluciones 21/2014, 38/2012 y 2/2012 de este OARC / KEAO que anulan las cláusulas de los PCAP en los que los requisitos de solvencia técnica y profesional eran claramente desproporcionados al objeto del contrato.

b) Solicita que se anule la solvencia técnica y profesional exigida en el PCAP impugnado.

SÉPTIMO: El Ayuntamiento de Arrasate, en su informe al recurso, manifiesta que:

a) El objeto del contrato es ofrecer alrededor de 110 menús diarios y que se solicita como solvencia técnica y profesional la acreditación de servicios similares con 1.000 menús diarios en centros gerontológicos o instituciones de



carácter social o sanitario, y no en cualquier centro donde se pueden dar estos servicios (centros escolares, empresas, ...), debido a las características especiales de la población a la que va dirigida el servicio (tercera edad) y a la necesidad de garantizar la correcta prestación de un servicio básico, como es el de la alimentación, que no puede fallar bajo ninguna circunstancia ningún día del año, siempre con parámetros de calidad y garantía muy altos.

b) En el caso del contrato objeto de recurso, se entendió que la realización de servicios de cocina o catering por un volumen similar al que precisa la Residencia Iturbide (unos 110 menús diarios) no garantizaría la prestación continuada del servicio durante la duración total del contrato (hasta un máximo de 4 años), puesto que podría resultar inicialmente duplicar su capacidad de producción de un día para otro y, en el caso de que alguno de los servicios de la adjudicataria se dejase de prestar, podría conllevar una situación insostenible para la empresa adjudicataria por no atender a las obligaciones derivadas del contrato.

c) Alude al artículo 62 del TRLCSP y afirma que en este caso la solvencia técnica y profesional solicitada se ha concretado en el pliego de prescripciones técnicas, está directamente relacionado con el objeto del contrato y es proporcional al importe y características del servicio a contratar, por lo que no resulta discriminatorio, sino que hay empresas que acreditan la solvencia requerida y otras que no.

OCTAVO: En cuanto a las cuestiones de fondo, AUZO LAGUN fundamenta sus alegaciones en:

Ausencia de infracción del artículo 62 del TRLCSP. Sobre la desproporción de la exigencia de un número de menús diarios por razón del objeto del contrato, estima que el órgano de contratación goza de plena discrecionalidad para definir el objeto del contrato, la forma en que este ha de ser cumplido y los requisitos mínimos de solvencia que resultan exigibles por igual a todo los



licitadores. A su juicio el número de menús planteado viene justificado por dos elementos fundamentales:

.- El servicio ha de estar operativo 365 días al año y cubrir 4 comidas diarias por cada persona usuaria, con una media de 111 comensales, arroja una cifra de 450 menús diarios. De forma adicional se prevén menús especiales en fecha prefijadas y menús adicionales hasta el límite de los menús diarios máximos dispuestos en el PCAP.

.- El hecho de que se solicite experiencia concreta en servicios de restauración a centros gerontológicos o centros asistenciales o sociales está justificada por la especificidad de la población sensible a la que se dirige el servicio. Describe las condiciones del servicio del apartado 2.1 de PCAP, que no solo incluye la adquisición, gestión de materias primas y productos, sino otros como la elaboración de menús diarios, la colaboración en la elaboración, manipulación y distribución de comidas, y un completo asesoramiento en la elaboración de menús y dietas especiales y en el seguimiento de las normas relativas a la elaboración, manipulación y cocinado de alimentos para este tipo de población. Afirma que la especificidad del sector de población al que se dirige el servicio aconseja una determinada experiencia y saber hacer en contratos de este tipo, y considera que en ningún caso se trata de una condición que limita la competencia, puesto que está directamente relacionada con el objeto del contrato y guarda total proporcionalidad con el mismo, lo contrario sería pasar por alto necesidades alimentarias y de asesoramiento que requiere un sector sensible con necesidades nutricionales tan específicas como es la tercera edad.

Reprocha a AIBAK que con su recurso pretende sustituir la valoración de las necesidades del servicio que ha realizado el órgano de contratación por una propia alternativa.



Por otra parte, esgrime que el apartado impugnado no ha tenido efecto anticompetitivo o de infracción de los artículos 1 y 139 del TRLCSP puesto que han concurrido cinco empresas a la litación. Además, el hecho de disponer de clasificación para contratar hubiera permitido al recurrente presentar una proposición, decisión que no llevó a cabo por motivos que desconocen.

Solicita la desestimación íntegra del recurso.

NOVENO: La impugnación del recurrente versa sobre el contenido del apartado 10.1 e) del PCAP de solvencia técnica o profesional, que para su acreditación exige la presentación de la siguiente documentación:

«Relación de suministros y servicios de distribución de comidas en centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario efectuados durante los cinco últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos.

No serán admitidas las propuestas de las empresas licitadoras que no acrediten el suministro y prestación de servicios de distribución de comidas en centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario durante los 5 últimos años por una cantidad mínima diaria de 1.000 menús.»

Para la correcta resolución del recurso, resulta conveniente conocer cuál es el objeto de la prestación. Así, el apartado 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas señala que:

«la prestación del servicio consistirá en:

- Realizar la adquisición, gestión de materia primas y producto alimenticios siguiendo las directrices alimentos acordados con Iturbide Egoitza, y la recepción y almacenamiento en las dependencias de Iturbide Egoitza.
- Asesorar a Iturbide Egoitza en la elaboración de menús y dietas especiales, así como en el seguimiento de las normas relativas a elaboración, manipulación y cocinado de alimentos. Los menús y dietas se establecerán de acuerdo con el personal sanitario.



- Elaboración de los menús diarios según el calendario previsto para los usuarios de la residencia y del comedor de mayores. Si surgieran otros servicios en el centro residencial, igualmente se elaborarán los menús.

- Colaborar con Iturbide Egoitza en la gestión de la elaboración, manipulación y distribución de comidas.

El servicio deberá prestarse durante los 365 días del año y habrá de cubrir las 4 comidas diarias de las personas usuarias (desayuno, comida, merienda y cena, además de 1 vaso de zumo envasado/o gelatina, a media mañana y otro a media tarde), con la siguiente estimación anual:

- ✓ Desayunos: 113 comensales (105 residentes y 8 personas usuarias de viviendas tuteladas).

El desayuno consistirá en café con leche o con soja / cola cao/infusiones/achicoria + 2 paquetes de galletas (8 galletas)+ 1 ración de mermelada o miel + 1 pieza de fruta + 1 ración de mantequilla + 1 ración de azúcar o 2 sacarinas.

- ✓ 1 vaso de zumo envasado/o gelatina a media mañana: 105 residentes.

- ✓ Comidas: 116 comensales (105 residentes, 8 usuarios de viviendas tuteladas y 3 personas usuarias del comedor de mayores).

La comida consistirá en un 1º plato + un 2º plato + postre + vino/zumo + café con leche/infusión + 1 azúcar o 2 sacarinas.

- ✓ Meriendas: 105 comensales.

La merienda consistirá en café con leche/infusión/yogur (Bio o Soja)/Slup/Fruta/gelatina+ 1 paquete de galletas(4 galletas), 1 azúcar/2 sacarinas.

1 vaso de zumo envasado/o gelatina a media tarde: 105 residentes.

- ✓ Cenas: 111 comensales (105 residentes y 6 usuarios de viviendas tutelada).

La cena consistirá en 1º plato + un 2º plato + postre + vino/zumo + café con leche/infusión + 1 azúcar o 2 sacarinas.»

Adicionalmente se prevén menús especiales en determinadas fechas.



El recurrente considera que la exigencia de acreditación de un suministro mínimo diario de 1.000 menús, que además deben prestarse en centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario, no guarda proporción con el objeto de contrato y limitan de forma injustificada la concurrencia e imposibilitan su participación en la licitación.

De acuerdo con el artículo 62.2 del TRLCSP:

«Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionados al mismo.»

Como bien señala el Informe 17/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, del que este Órgano Resolutorio ya se hizo eco en su Resolución 69/2014, «Del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de ajustarse los medios y criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sea determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, es decir que sean proporcionales; que se encuentren entre los establecidos en la Ley; y, además –como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación–, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.»

Sobre la acreditación de solvencia, en la Resolución 85/2014 de este OARC / KEAO se afirmaba que «La solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato. No hay, por lo tanto, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un concreto contrato. Es por ello que el legislador comunitario especifica en el artículo 44.2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que los umbrales de solvencia exigibles deben ser proporcionados al objeto del contrato, pues está pensando en que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en el procedimiento de adjudicación de cada contrato.»



El recurrente considera desproporcionada la exigencia de acreditación de entrega de una cantidad mínima diaria de 1.000 menús. El Ayuntamiento de Arrasate justifica esta cantidad por las características especiales de la población a la que va dirigida el servicio (tercera edad), en la necesidad de garantizar la prestación, que no puede fallar ningún día del año, y que la exigencia de un volumen similar no garantizaría la prestación continuada del servicio puesto que podría duplicar de un día para otro la capacidad de producción. Auzo Lagun, en sus alegaciones, considera correcta la cantidad exigida puesto que una media de 111 comensales y cuatro comidas arroja una necesidad de 450 menús diarios.

Debe señalarse, antes de otra cosa, que el PCAP no fija de manera nítida a qué se refiere cuando utiliza la unidad menú. El recurrente lo relaciona con el número de comensales diarios a los que se destina la prestación, que varía en función del tipo de comida a servir –desayunos: 113, comidas: 116, meriendas: 105 y cenas: 111–, otro tanto se deduce del informe que emite el Ayuntamiento. Sin embargo, AUZO LAGUN eleva la cantidad a aproximadamente 450, que es la suma de todas las comidas diarias realizadas por todos los comensales. En cualquier caso, debe significarse que la acreditación de entrega de una cantidad mínima diaria de 1.000 menús es muy superior a la exigencia de la prestación del servicio contratado, tanto si se considera el número de comensales diarios por tipo de comida, como si se consideran las 450 comidas que aproximadamente se consumen todos los días.

La exigencia de una cantidad mínima diaria de 1.000 menús para la acreditación de solvencia técnica, no puede venir impuesta por las características especiales de la población a la que va dirigida ni por el hecho de que se deba prestar el servicio 365 días al año. Aun reconociendo que el sector al que va dirigido el servicio es especialmente sensible, no puede ello amparar que se eleve de manera desproporcionada el número de menús que deben acreditarse, cuando el número medio de comensales es 111 y el de comidas



diarias 450. La exigencia de un número de unidades suministradas, como de acreditación de solvencia técnica, debe guardar proporción con el número de comensales destinatarios del servicio y no con la cualidad de estos por importante que sea. Es igualmente desproporcionado elevar la solvencia requerida porque el servicio deba prestarse todos los días del año; esta circunstancia exige que la organización de la empresa esté adaptada para satisfacer encargos de manera ininterrumpida y que se acredite su realización, pero en ningún caso se desequilibre la proporción entre la prestación del servicio y el medio para demostrar la solvencia exigida.

Por otra parte, tampoco puede atenderse el argumento del Ayuntamiento de que la exigencia de un volumen similar podría suponer, en caso de adjudicación, duplicar la capacidad de producción de un día para otro. Este argumento parte de la premisa de que si se acredita un volumen similar al del contrato, cualquier encargo sobrevenido supondría colapsar la capacidad de producción de la empresa; cuando la realidad es que cada licitador tendrá un volumen de producción y dentro de éste deberá encajar los distintos encargos hasta equilibrar su capacidad productiva, de forma que pueda acreditar que tiene un volumen suficiente para abordar el nuevo encargo que se le plantea.

En segundo lugar, el recurrente considera desproporcionado que la experiencia a acreditar se ciña a centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario. De igual forma, debe insistirse en que el hecho de que la prestación del servicio tenga por destinatarios a personas tan sensibles como nuestros mayores no es óbice para que se descarte la experiencia en otro tipo de servicios que también se prestan en colectivos sensibles como pueden los centros escolares con casuística diversa como celíacos, personas alérgicas, etc., por no hablar de dietas pobres o ricas en determinados elementos, según las condiciones de los destinatarios. En este sentido, tampoco es motivo suficiente que el contrato incluya otro tipo de servicios de asesoramiento en la adquisición y gestión de materias y productos alimenticios, en la elaboración de menús y dietas especiales o en el manipulado y cocinado de alimentos, su



distribución, etc., puesto que se trata de prestaciones relacionados con la dietética y la nutrición en los que la solvencia se acredita por medios distintos al número de menús diarios para colectivos específicos de destinatarios.

Finalmente, AUZO LAGUN menciona que la clasificación de contratista que dispone el recurrente le hubiera permitido presentar una proposición. Los puntos 1.d) y 1.e) del apartado 10 del PCAP exigen la acreditación de solvencia económica, financiera, técnica y profesional, pero no la posesión de clasificación de empresario, de donde no cabe reprochar al recurrente que no haya participado en la licitación a pesar de disponer de clasificación.

En consecuencia, debe prosperar la reclamación del recurrente.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio de 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. frente a los pliegos del contrato de “Suministro de materia prima y productos elaborados y semielaborados y servicio de cocineros a prestar en Iturbide Egoitza”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate, y declarar la nulidad del punto 1.e) del apartado 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La anulación del Pliego conlleva también la anulación de la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución B-BN 15/2014, de 10 de diciembre de 2014.



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

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

Vitoria-Gasteiz, 2014ko abenduaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de diciembre de 2014