



EB 2023/118

Resolución 160/2023, de 13 de septiembre de 2023, 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 GASTRONOMIA CANTÁBRICA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación sitios en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/017/2022)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de mayo de 2023, la empresa GASTRONOMIA CANTÁBRICA, S.L. (en adelante, GASCA) interpuso 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), un recurso en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación sitios en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/017/2022)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 1 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4YV0-6BFX bilagailua erabiltuta, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4YV0-6BFX en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 8 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 9 de junio se han recibido alegaciones de la empresa SERUNION, S.A. el día 16 de junio.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la representación de A.S.L. para actuar en su nombre. En cuanto a la legitimación, se analizará en el Fundamento Jurídico noveno a) de esta Resolución.

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, entre otros, 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



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 (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) La puntuación de la oferta de GASCA en lo relativo a los productos de «etiqueta social» es inferior a la debida al haberse otorgado 0 puntos en vez de los 4 que le corresponden, pues (i) se ofertan dos productos de una organización de comercio justo, lo que lleva intrínseco el carácter de comercio justo de los productos, cuando el PPT no especifica cuál es la documentación necesaria a aportar y, en el caso de pruebas de equivalencia (Anexo II.2), el PPT nada dispone sobre el tipo de etiquetas de comercio justo a aportar y (ii) vulnera los actos propios, ya que la técnica valoradora en los expedientes C02/007/2021, C02/012/2021 y C02/011/2021, idénticos al ahora recurrido, asignó la puntuación máxima a la misma documentación.

b) Finalmente solicita (i) que se anule, revoque y deje sin efecto la adjudicación de todos los lotes del contrato y (ii) que se retrotraiga el procedimiento a la fase de valoración de los criterios sujetos a valoración automática otorgando la puntuación debida a GASCA en lo que respecta al criterio de adjudicación sobre los productos de “etiqueta social” y, a la luz de la nueva puntuación proceda a la nueva adjudicación de todos los lotes.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:



- a) GASCA ha sido adjudicataria de los lotes 2 (Duranguesado), 3 (Gran Bilbao) y 4 (Encartaciones), sin que conste la existencia de ningún recurso en ellos. Por tanto, carece de legitimación para recurrirlos.
- b) En los lotes 5 (Busturialdea) y 6 (Arratia) no resultaría adjudicataria teniendo en cuenta que son los que menor presupuesto de licitación tienen y GASCA ha excedido el número máximo de lotes que le podían ser adjudicados.
- c) Su pretensión en lo correspondiente a la valoración del criterio “etiqueta social” únicamente es aplicable al lote 1 (Gran Bilbao) y la documentación presentada por la recurrente resulta insuficiente para acreditar lo dispuesto en el PCAP, que requiere que se acredite el producto y no al productor y, en lo relativo a la confianza legítima, la recurrente hace referencia a expedientes independientes en los que el objeto de la licitación es diferente, así como que no es cierto que la recurrente no dispusiera de datos objetivos previos que le hicieran sospechar un cambio de criterio.

OCTAVO: Alegaciones de SERUNION

SERUNION se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) Nos hallamos ante un recurso indirecto frente a los pliegos del contrato, los cuales ya no es posible recurrir.
- b) En lo que respecta a la invocación de la teoría de los actos propios GASCA utiliza un argumento contradictorio, pues en los expedientes C02/005/2022 Y C02/004/2022 se ha puntuado su oferta con 0 puntos y, por el contrario, saca a la luz lo actuado por el órgano de contratación en el concurso de mayor antigüedad. Además, habiendo decidido sobre esta cuestión, generaría una desigualdad respecto de aquellos otros licitadores que han recurrido y no han visto atendidas sus peticiones.



c) Sobre la posibilidad de subsanar la documentación aportada el OARC / KEAO ya se ha pronunciado en su resolución 055/023.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente reclama en todos los lotes en los que se divide el objeto del contrato 4 puntos en el criterio de adjudicación relativo a la “etiqueta social” de los productos ofertados. El objeto del contrato se divide en seis lotes. El poder adjudicador manifiesta que el recurrente carece de legitimación en aquellos en los que ha sido adjudicatario y en aquellos en los que, a pesar de asignarle los 4 puntos adicionales solicitados, no son suficientes para alterar la adjudicación del contrato. El análisis del recurso comenzará por esta alegación.

a) Sobre la existencia o no de beneficio derivado de la estimación de la pretensión.

Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que la legitimación debe sustentarse en un interés legítimo o derecho, distinto de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad, que se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su estimación produzca automáticamente un efecto positivo cierto. Esta relación se refiere a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real; es decir, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial (ver, entre otras la Resolución 18/2015). En resumen, se requiere que de la pretensión de la recurrente se derive un beneficio tangible, requisito para la interposición del recurso especial según el artículo 48 de la LCSP. Por esta razón el recurrente carece de legitimación para la impugnación de aquellos lotes de los que ha sido adjudicataria, esto es, de los Lotes 2 (Duranguesado), 3 (Gran Bilbao) y 4 (Encartaciones).



Por su parte, como consecuencia de lo establecido en la cláusula específica 20.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que rige el contrato, cada empresa podrá ser adjudicataria de un máximo de tres lotes que serán adjudicados en orden decreciente en cuanto al presupuesto de adjudicación. GASCA es adjudicataria de tres lotes y, aunque prosperara su pretensión de ser valorada con 4 puntos en el criterio “etiqueta social”, en aplicación de las reglas de ordenación de la adjudicación no podría ser adjudicataria del lote 5 (Busturialdea) y lote 6 (Arratia), por ser los dos que tienen los menores presupuestos base de licitación.

Consecuentemente, el recurso debe ser inadmitido en lo concerniente a todos los lotes a excepción del lote 1 (Bilbao), que es el de mayor presupuesto base de licitación, del cual podría ser adjudicatario en el caso de estimarse su pretensión.

b) Sobre la valoración del criterio automático referido a “etiqueta social”

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

PCAP

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: no

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

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

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

Puntuación total: 100 puntos.

(...)

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

a) En relación con los **productos**: Máximo 42 puntos



- Etiquetas Ecológicas Europeas o equivalentes (Tipo I): 1,5 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo 18 puntos por lote.
- Sellos de Fairtrade (Comercio Justo), IFAT o equivalente: 2 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo de 4 puntos por lote.
- Certificados de Calidad, Eusko Label, Euskal Baserri, DOP, IDG, ETG u otros equivalentes: 2 puntos por cada producto que la empresa licitadora se comprometa a incluir en el menú semanal, hasta un máximo de 20 puntos por lote.

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

(...)

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

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

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

2.- Anexo III.2 debidamente cumplimentado, así como la documentación necesaria a efectos de valorar los productos y medios de transporte, incluidos entre los criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social, relacionados en las cláusulas 22.2.2.a) y b). La documentación necesaria a efectos de valorar los productos según los criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social, se presentará en un único fichero pdf, comprensivo de los correspondientes documentos escaneados.

(...)

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

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

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

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

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



- (2) En caso de que la empresa licitadora licite por más de un Lote, deberá presentar una tabla por cada uno de los Lotes por los que opte.
- (3) La tabla deberá cumplimentarse sin perjuicio de la obligación por parte de las empresas licitadoras de aportar las certificaciones y/o documentación acreditativa de cada una de las etiquetas que alegue.

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso que, en esencia, alega la ausencia de especificación en los pliegos de la documentación exigida para proceder a la valoración, en concreto, cuando se incluye documentación probatoria diferente a las etiquetas solicitadas, y la infracción de los principios de buena fe y confianza legítima derivada de actuaciones precedentes del órgano de contratación que ha valorado documentación similar a la que ahora no se valora.

b.1 Sobre la falta de especificación en los pliegos de la documentación a aportar para la valoración del criterio.

De la redacción de la cláusula específica 22.2.2.a) del PCAP se desprende con claridad que para obtener la puntuación predeterminada en dicha cláusula se deben cumplir dos condiciones: (i) que el licitador alegue en el modelo que figura en el Anexo III.2 el producto que se compromete a incluir en los menús y, junto a él, especifique la etiqueta ecológica, de calidad o de comercio justo conforme a cuyas especificaciones se ha producido el alimento y (ii) que, para verificar dicha información, se aporte la etiqueta correspondiente (en este sentido y en relación a una cláusula idéntica a la que nos ocupa ver las Resoluciones 53/2023 y 55/2023). Además, en el supuesto de no aportar las etiquetas expresamente mencionadas, se debe aportar la prueba de la equivalencia indicando expresamente cuál es la etiqueta equivalente (Anexo II.2 al PCAP). A este respecto, es de reseñar que el citado anexo II.2 se remite a las etiquetas expresamente mencionadas en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT), que no hace mención alguna a este extremo, pero sí están expresadas en la cláusula 22.2.a) del PCAP donde, al describir el criterio automático en lo relativo a las etiquetas sociales, especifica que se valorarán los “Sellos de Fairtrade (Comercio Justo), IFAT o equivalente”. A este respecto, este Órgano considera que este error



de remisión es fácilmente salvable por un licitador que está acostumbrado a licitar en el mercado de la compra pública ofertando sus productos y servicios y que, además, no ha efectuado consulta alguna al órgano de contratación a este respecto. Consecuentemente, se valoran respecto a los productos ofertados, dos etiquetas o sellos específicos, el “Fair Trade” y el IFAT, así como la documentación probatoria equivalente a ambos debiendo el licitador, en todo caso, especificar en el Anexo III.2, la etiqueta, sello o certificación aportada o la que es equivalente a los documentos probatorios aportados.

El sello “Fairtrade”¹ garantiza que un producto es conforme a los principios sociales, económicos y medioambientales que han sido acordados internacionalmente para una categoría de productos y garantiza el producto. Por su parte, el logotipo WFTO (red mundial de Organizaciones de Comercio Justo, antes denominada IFAT) no es un sello de producto, sino que se aplica a organizaciones de Comercio Justo e indica que una concreta organización ha respetado los diez principios de comercio justo en la elaboración y comercialización de sus productos². A juicio de este Órgano, de la literalidad de la cláusula se desprende que el PCAP considera que un producto es de Comercio Justo (i) si porta un sello de Comercio Justo o (ii) si está producido o comercializado por organizaciones de Comercio Justo

b.2 Sobre la documentación aportada por GASCA

GASCA, manifiesta en el ANEXO III.2 lo siguiente:

¹ <https://www.fairtrade.es/>

² <https://comerciojusto.org/el-sello-que-distingue-a-organizaciones-de-comercio-justo/>



LOTE	ARTÍCULO – MATERIA PRIMA	ETIQUETA ECOLÓGICA: Denominación de la Etiqueta: (Etiqueta Ecológica Europea o equivalente)	ETIQUETA DE CALIDAD: Denominación de la Etiqueta. (Eusko Label, Eusko Baserri, DOP, IGP, ETG o equivalentes)	ETIQUETA SOCIAL: Fair Trade – Comercio Justo o equivalentes.
1	Canela en polvo			Fundación Adsis Equimercado Certificado Fair Trade por FLO-Cert ID:20255
	Panela			Fundación Adsis Equimercado Perteneciente WFTO (Asociación internacional de Comercio Justo)

Al efecto de verificar esta información GASCA aporta en lo referente a los productos “Canela en polvo” y “Panela ecológica” una ficha técnica de cada producto acompañada de un documento de la Coordinadora de comercio justo (CECJ) que certifica que Adsis-Equimercado integra la CECJ, aportando como evidencia de que es miembro de WFTO (antes IFAT) una captura de pantalla de ordenador. El recurrente considera que la documentación aportada es suficiente para demostrar la condición de comercio justo de los productos por ella ofertados y, a juicio de este Órgano le asiste la razón únicamente en lo concerniente al producto Panela. Téngase en cuenta que, en lo relativo a este producto alega la membresía a WFTO (antes IFAT). El certificado aportado acredita que la entidad Adsis-Equimercado cumple los requisitos para ser considerada “Organizaciones de Comercio Justo de la CECJ”. La CECJ forma parte de la WFTO y se adscribe a sus principios, adoptándolos como propios, por lo que dicho certificado ha de ser considerado como “certificación equivalente” al IFAT (ahora WFTO) que, como se ha indicado anteriormente, no certifica productos, pero es expresamente admitido por la literalidad del criterio de adjudicación cuya valoración se impugna. En este supuesto, en contra de lo sostenido por el poder adjudicador, no nos hallamos ante el mismo supuesto al que se refiere la Resolución 55/2023 de este OARC / KEAO, donde se discutía la posibilidad de subsanar, aclarar o completar los defectos observados en la documentación presentada en relación con las categorías de “Etiqueta ecológica” y “Etiqueta calidad” en la valoración de un criterio de adjudicación sustancialmente idéntico



al que ahora nos ocupa. En cambio, en el recurso que ahora se analiza, se debate si la documentación aportada es suficiente o no para que pueda ser valorada.

Por el contrario, este Órgano considera que no procede la valoración del producto “Canela en polvo”, pues el licitador alega el sello Fair trade, que es un sello de producto que no ha sido aportado junto con la oferta, y la documentación que consta en ésta, consistente en la ficha técnica del producto con información general, no es prueba suficiente para acreditar si dicho producto ha sido producido conforme a unos principios equivalentes a los Fair trade. Esto es, el licitador no ha acreditado lo alegado, que era lo que exigían las bases de la licitación.

c) Conclusión

En resumen, sobre la base de lo expuesto en los apartados anteriores, el recurso debe ser inadmitido en lo concerniente a los lotes 2, 3, 4, 5 y 6 y la estimación parcial del recurso en lo concerniente al lote 1, que implica la valoración de la oferta de la recurrente en dos puntos adicionales en el criterio secundario Sellos de Fairtrade (Comercio Justo), IFAT o equivalente, pasando a tener 90,68 puntos, lo que no es suficiente para resultar la adjudicataria de dicho lote, pues la actual adjudicataria, SERUNION, con 91,85 puntos, seguiría siendo la primera en el orden de clasificación.

Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración, ya que el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias



concurran en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado». En consecuencia, debe desestimarse la pretensión del recurrente en lo concerniente al lote 1.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: En relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GASTRONOMIA CANTÁBRICA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/017/2022)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

- Inadmitir el recurso a los lotes 2, 3, 4, 5 y 6.
- Desestimar el recurso en lo concerniente al lote 1.

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 irailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2023