



EB 2022/183

Resolución 054/2023, de 24 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa 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)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de noviembre de 2022 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. (en adelante, MAGUI) 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)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 15 de noviembre 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 15 y 29 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 28 de noviembre, se han recibido el 5 de diciembre las alegaciones de EUREST EUSKADI, S.L. (en adelante, EUREST), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Motivos del recurso

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

a) Conforme a la cláusula específica 21 del PCAP “Solvencia, clasificación, Habilitación y Adscripción de Medios” todos los licitadores deben disponer en el momento de presentación de las ofertas de una determinada solvencia y capacidad mínima que debe ser suficiente para satisfacer el número de comensales medios de los lotes adjudicados. Dado que los tres expedientes de contratación (Araba, Bizkaia y Gipuzkoa) tienen una relación directa, con tres pliegos idénticos, los niveles de solvencia habrán de computarse respecto de la totalidad de los lotes adjudicados en los tres contratos que, en el caso de EUREST asciende a 22.242 comensales diarios. Por esta razón se hace preciso verificar los informes de auditoría efectuados.

b) Incorrecta valoración del criterio de adjudicación “Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social. Máximo 62 puntos. En relación con los **productos**: Máximo 52 puntos”, pues en lo relativo a las “Etiquetas ecológicas” debía haber obtenido 22,50 puntos en lugar de los 21 asignados y en el apartado de “Certificados de calidad” 22 puntos en lugar de 14. En concreto, se alega:

- Error en calificar como no acreditados los certificados expedidos por HAZI con relación a los productos de “Eusko Label” (“Euskal Barazkiak” eta “Euskal Gazta”) y “Euskal Baserri”, ya que la Fundación Kalitatea Fundazioa, ahora Fundación Hazi Fundazioa (FHF) no certifica productos con el distintivo “Euskal Baserri”, sino a los productores o envasadores de los mismos, así como los procesos productivos, de envasado, logística y comercialización



de éstos para garantizar que los productos que producen, envasan, distribuyen y comercializan tienen su origen en la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE) (artículo 4 del Decreto 198/1989, de 19 de septiembre, por el que se crea el Label Vasco de Calidad Alimentaria y Reglamento de la Marca de Garantía “Euskal Baserri”), extendiéndose a través de estos a los productos que comercializan.

- Los certificados de ARTANDI IV, S.L., GARLAN S. COOP. y AÑANAKO GATZ HARANA FUNDAZIOA acreditan debidamente, conforme a la normativa reguladora de las marcas de garantía “Eusko Label” (“Euskal Barazkiak” eta “Euskal Gazta”) y “Euskal Baserri”, que los productos producidos, envasados y etiquetados por éstas reúnen los requisitos establecidos para poder ser certificados dentro de la marca.
- Plena vigencia y validez material de la certificación de la materia prima “Plátano de Canarias” y que la caducidad del certificado no puede interpretarse en el sentido de que la acreditación haya sido anulada, sino que está pendiente de verificación de que la entidad acreditada sigue cumpliendo las condiciones establecidas para la concesión de la acreditación. Siendo esto así, lo que procedía era solicitar una actualización de la certificación.
- La validez material de la certificación de los productos “Cebolla pochada” y “Pasta”, como “Etiquetas ecológicas” que se aportaron con la oferta, aunque los anexos a los que se remite la certificación fueran aportados con posterioridad, pues no modifican el contenido, tenor y alcance de los primeramente aportados.

c) Finalmente, se solicita (i) anular y dejar sin efecto la adjudicación del lote 1 a favor de Eurest, (ii) en su caso, acordar la exclusión de Eurest por falta de acreditación de la solvencia técnico-profesional y (iii) ordenar la retroacción de actuaciones a fin de que se otorgue a la proposición de MAGUI una puntuación total de 48,50 puntos en el “Criterio de sostenibilidad ambiental, Calidad y Social. a) En relación con los productos”.



SÉPTIMO: Alegaciones de EUREST

EUREST, adjudicatario del Lote 1 impugnado, efectúa las siguientes alegaciones:

- a) MAGUI carece de legitimación para impugnar los pliegos porque ha presentado oferta (Resolución 728/2019 del TACRC). En concreto, en ningún momento del proceso de auditoría se establece o se otorga a los demás licitadores la potestad de cuestionar o rechazar el Informe de Auditoría en esta fase del procedimiento de adjudicación.
- b) Resulta importante establecer la diferencia entre la confidencialidad de las ofertas presentadas y la del informe de auditoría, del que EUREST ha declarado confidencial una parte, pero no así el contenido de su oferta ni lo relativo al Registro Sanitario de la cocina central, que está disponible para conocimiento general en el Buscador de Empresas Alimentarias Inscritas. No obstante, el contenido del resto del Informe de Auditoría está protegido por el principio de confidencialidad de la norma ISO 19011:2018 de Directrices para la Auditoría de los Sistemas de Gestión, pues contiene información relativa a procedimientos internos y secretos comerciales.
- c) Aprecia mala fe en la interposición del recurso, que se basa en sospechas y conjeturas, una clara falta de viabilidad jurídica y tiene como finalidad retrasar la formalización y desprestigiar a EUREST.
- d) En el hipotético caso de que se hubieran tenido en cuenta los certificados reclamados en el recurso, la puntuación de EUREST hubiera seguido siendo superior en 9,44 puntos.
- e) En cualquier caso, la documentación presentada por MAGUI no acredita por sí misma la tenencia de las etiquetas alegadas.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) La recurrente parece poner en duda la capacidad de EUREST para ser adjudicataria de la suma de los lotes de los tres expedientes de contratación (uno por Territorio Histórico). Frente a ello se alega que dichos expedientes son independientes, como pueden serlo otros contratos de otras administraciones públicas respecto de los que actualmente pueden ser adjudicatarios u otros contratos privados que pudieran haber suscrito, y ello se puso de manifiesto durante el procedimiento mediante las respuestas facilitadas a las preguntas 42 y 44.
- b) Una vez determinado que no cabe la exclusión de EUREST el recurso debe ser desestimado puesto que, aun obteniendo los puntos que solicita la recurrente (74,82 puntos), en ningún caso supera los obtenidos por EUREST (84,26).
- c) En cualquier caso, los certificados presentados por MAGUI y que no fueron valorados se refieren al productor, no a los productos. A este respecto, HAZI, además de productores, certifica productos tal y como se desprende del Procedimiento General de Certificación de HAZI.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso critica la valoración que se ha efectuado de las “Etiquetas ecológicas” y “Certificados de calidad” de los productos a valorar en el criterio de adjudicación automático “Criterios de sostenibilidad ambiental, calidad y social”. Además, se pide el acceso a determinada información aportada por las licitadoras en orden a acreditar su solvencia técnica que fue denegado por el poder adjudicador. Esta petición debe analizarse en primer lugar, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso, lo que retrasaría el análisis del mismo.

- a) Sobre 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 MAGUI.

a.1) Doctrina general

MAGUI 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). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

a.2) Sobre el acceso al informe de auditoría

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

- 1) Primeramente, se ha de tener en consideración que MAGUI 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 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 EUREST 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). Por otra parte, se observa que la recurrente únicamente requiere del acceso al mencionado Informe para extraer conclusiones relativas a si la cocina de EUREST goza de capacidad suficiente para optar a tres contratos independientes entre sí, pretensión que se ha de inadmitir, tal y como se analiza en el apartado b) posterior a este.



b) Sobre la exclusión de EUREST por carecer de solvencia

La recurrente solicita la exclusión de EUREST sobre la base de una posible carencia de la solvencia técnica o profesional. Este argumento ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) La opción del poder adjudicador para prestar el servicio 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” ha sido el de instar tres procedimientos de adjudicación independientes entre sí (uno por cada Territorio Histórico). La recurrente no ha impugnado los pliegos en el plazo establecido para ello por lo que nos encontramos ante procedimientos de adjudicación con unos pliegos firmes que deben ser acatados tanto por el poder adjudicador como por los licitadores. Del PCAP correspondiente al Territorio Histórico de Araba se deriva con claridad y sin necesidad de mayor interpretación cuál es la solvencia requerida para participar en el procedimiento y ser adjudicatario de un máximo de dos lotes por licitador de los tres en los que se divide el objeto del contrato del procedimiento de adjudicación de Araba (cláusula específica 20.4 del PCAP). En particular, la cláusula específica 21.2 del PCAP, en lo relativo a la solvencia económica y financiera fija un concreto umbral de volumen de facturación por lote especificando que, 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 de los tres en los que se divide el objeto del contrato. Lo mismo consta en lo relativo a la solvencia técnica, donde se especifica que deberá acreditarse el cumplimiento de la disposición del equipamiento mínimo necesario para realizar el servicio objeto del contrato en función del número de lotes al que se presente el licitador y el número de comensales totales que eso conlleve y disponer de forma adecuada de instalaciones, equipamiento, procesos y procedimientos instaurados en la empresa para el



cumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas. De estas cláusulas se deriva claramente cuál es la solvencia exigida para ser adjudicatario del lote 1 del procedimiento de adjudicación relativo al Territorio Histórico de Araba que se concreta en un volumen anual de negocios de 16.656.739,43 euros y solvencia técnica para facilitar menús a un número de 8.756 comensales (Anexo I.3 al PCAP).

- 2) La recurrente no duda de la solvencia de EUREST para ejecutar el Lote 1 del contrato correspondiente al territorio Histórico de Araba impugnado, sino que, consciente de que goza de la solvencia suficiente para ello, efectúa una interpretación interesada, basada en una hipótesis no válida consistente en alegar la similitud de los tres expedientes de contratación para concluir que la solvencia debe ser apreciada en relación a la suma de todos ellos y, por consiguiente, procedía acreditar una media de provisión de menús para 22.242 comensales diarios. No obstante, no alega a tal efecto cláusula alguna del PCAP que mínimamente pueda inducir a tal interpretación ni norma jurídica alguna de aplicación al supuesto que se plantea.

c) Sobre la errónea valoración de las etiquetas ecológicas y certificados de calidad aportados

La recurrente solicita la retroacción de actuaciones a fin de que se otorgue a su proposición una puntuación total de 48,50 puntos en el subcriterio “En relación con los productos: Máximo 52 puntos” del criterio principal “Criterio de sostenibilidad ambiental, Calidad y Social”. Esta pretensión, aunque fuera estimada en su totalidad, no alteraría el orden de clasificación de ofertas porque Eurest seguiría siendo la primera clasificada tras la retirada de la oferta de GASTRONOMÍA CANTÁBRICA. Téngase en cuenta que en dicho criterio secundario MAGUI ha obtenido 39 puntos sobre un total de 52, siendo su puntuación total de 65,32 puntos. Si se estimara su pretensión su puntuación final pasaría a ser de 74,82 puntos, claramente inferior a la de Eurest, que es de 84,26 puntos.



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

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

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que MAGUI ha actuado con temeridad y mala fe. Téngase en cuenta que se trata de un operador económico que ha participado en procedimientos de contratación pública presentando ofertas y ha sido adjudicatario en ocasiones precedentes de contratos con un objeto similar al que nos ocupa. En consecuencia, como licitadora y adjudicataria tiene conocimiento de las normas y principios que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Sin embargo, uno de los argumentos del recurso carece de base alguna en el pliego cuya adjudicación impugna y la estimación del segundo en ningún caso le reportaría la adjudicación del Lote 1 recurrido por reclamar un número de puntos claramente inferior al que se precisa para ser adjudicatario.

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre,



por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial presentado por la empresa 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)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

TERCERO: Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP en cuantía de 1.000 euros.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko martxoaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de marzo de 2023