



EB 2020/002

Resolución 053/2020, de 10 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 interpuesto por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) contra los pliegos del contrato de “Servicio Ayuda a Domicilio en el municipio y Servicio de Ayuda a Domicilio viviendas comunitarias”, promovido por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de enero de 2020 el poder adjudicador remitió al 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 ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) contra los pliegos del contrato de “Servicio Ayuda a Domicilio en el municipio y Servicio de Ayuda a Domicilio viviendas comunitarias”, promovido por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria. Junto a dicho recurso se ha remitido el expediente de contratación pero no consta 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).

SEGUNDO: No figuran en el expediente interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.





TERCERO: En la Resolución B-BN 003/2020, de este OARC / KEAO de fecha de 15 de enero, se ha acordado suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Mediante la Resolución de 19 de febrero de 2020, el OARC / KEAO acordó conceder a los interesados un plazo de cinco días para que se pronuncien sobre la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la compatibilidad con el derecho europeo de los criterios de adjudicación; (i) “mejora de las condiciones ...y salariales” y “sistema de incentivos”; (ii) “estabilidad en el empleo” y (iii) “contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato”.

QUINTO: Con fecha 27 de febrero de 2020 se han recibido las alegaciones de ASADE y las del Ayuntamiento de Lasarte-Oria a la audiencia concedida en la Resolución de 19 de febrero de 2020.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.M.H., 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 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los pliegos.



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, el Ayuntamiento de Lasarte-Oria tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, expuestos de forma resumida, son los siguientes:

- a) El apartado A.I.4 del Anexo I Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) en el criterio de adjudicación “Memoria de medios y recursos” establece siete subapartados que, dada su configuración, no quedan suficientemente acotados ni en su ponderación, ni en la fórmula o criterios que se utilizarán para otorgar la puntuación. Dicha falta de concreción y transparencia, sin haberse establecido previamente las pautas y ponderación a aplicar para la valoración del criterio, no garantizan la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, lo que vulnera los principios de la contratación administrativa.
- b) Los subcriterios “mejora de las condiciones laborales y salariales” y “Sistema de incentivos” no se hallan vinculados al objeto del contrato y pueden llevar a la distorsión en el mercado y la competencia, y no se trata de una exigencia social que beneficia a un grupo vulnerable o en riesgo de exclusión social, sino que se refiere a una situación artificiosa creada por el propio órgano de contratación que no aportan un valor añadido a la ejecución del servicio.



c) La pretensión del recurso consiste en que se anule y se deje sin efecto la disposición del PCAP objeto de la denuncia por lo argumentado, acomodándolo a lo dispuesto en la LCSP y a la doctrina administrativa que la interpreta.

SÉPTIMO: Alegaciones de ASADE en el trámite de audiencia

El recurrente efectúa las siguientes alegaciones que se exponen de manera resumida:

a) No se considera necesaria la presentación de la cuestión prejudicial para la resolución del recurso porque la problemática suscitada no es la de si la LCSP se ajusta a las Directivas 2014/23/UE y 2014/024/UE sino si el órgano de contratación ha procedido a justificar en debida forma la necesaria vinculación de los criterios de valoración de carácter “social”.

b) No obstante, si se considerase oportuno plantear la cuestión prejudicial solicita que se incorporen las siguientes cuestiones; (i) informar que en el Estado Español la negociación colectiva, y dentro de la misma, las condiciones laborales y sociales (entre las que se encontraría el salario), está conferida a las organizaciones Sindicales y Empresariales en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Española, (ii) informar que en la actualidad está vigente el “VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal - residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio-“ (publicada en el BOE número 229, de 21 de septiembre de 2018), (iii) informar de que dicho texto regula el Sector y en el mismo se tienen fijadas unas condiciones laborales de obligado cumplimiento, entre las que se encuentran las salariales, (iv) la inclusión de criterios de mejora laboral y salarial de forma indiscriminada puede suponer una vulneración de las reglas de competencia imperantes, (v) la inclusión de criterios de mejora laboral y salarial, sin justificación ni vinculación con el objeto del contrato, podría suponer una indebida injerencia en el ámbito de la regulación laboral de los trabajadores y, por lo tanto, contrario a la Constitución y al Estatuto de los Trabajadores.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador en el trámite de audiencia

El poder adjudicador ha efectuado las siguientes alegaciones:

- a) El planteamiento de la cuestión prejudicial extendería en el tiempo la vigencia de la medida cautelar de suspensión, así como el plazo de resolución del recurso especial, lo cual afectaría al interés público que se pretende satisfacer con el contrato.
- b) La duración del último contrato de servicio de ayuda a domicilio venció el 31 de agosto de 2013. Con fecha 29 de agosto de 2018 se emprende el proceso de regulación de la situación dando inicio a la licitación del contrato que es recurrida, quedando anulada y cancelada mediante la Resolución 034/2019 del OARC / KEAO, iniciándose en el año 2019 un nuevo proceso de regularización mediante el procedimiento de adjudicación que está suspendido, dilatándose en el tiempo la inadecuación de las prestaciones y alargándose la situación de irregularidad.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de este Órgano debe partir del contenido del apartado A.1.4 del Anexo I PCAP denunciado:

A.1.4.1.A).- CRITERIOS NO VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES (JUICIOS DE VALOR): *hasta un máximo de 50 puntos.*

(...)

2. Memoria de medios y recursos: (hasta un máximo de 5 puntos). Se tendrán en cuenta los siguientes apartados:

2.1. Medidas de carácter social (hasta un máximo de 2,5 puntos).

- Se valorarán aquellas propuestas en las que las contrataciones de los colectivos establecidos como condición especial de ejecución del contrato, y que se encuentran recogidos en las Consideraciones de tipo social o relativas al empleo del apartado A.1.1 de este anexo, superen el referido 10% de las personas trabajadoras (hasta un máximo de 1 punto).
- Se valorará los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; la inclusión de la perspectiva de género,



fomentando la contratación de aquel género que esté en minoría, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar (hasta un máximo de 1 punto).

- Se valorará la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo (hasta un máximo de 0,5 puntos).

2.2. Estructura y organigrama del personal de la empresa, con especificación de sus funciones. La plantilla que cubra los puestos de trabajo deberá dimensionarse de forma que queden garantizadas las suplencias por vacaciones y absentismo (hasta un máximo de 0,25 puntos).

2.3. Una estimación de los puestos de trabajo indefinidos y eventuales vinculados directamente a la prestación de los servicios, sin perjuicio de las obligaciones de subrogación de personal que corresponda (hasta un máximo de 0,25 puntos).

2.4. Programas de selección de personal. Proceso de acogida, formación, adiestramiento y prácticas de nuevas/os trabajadoras/es (hasta un máximo de 0,5 puntos)

2.5. Sistema de incentivos (hasta un máximo de 0,50 puntos)

2.6. Plan de formación anual para las personas trabajadoras de la empresa. Se detallarán los objetivos, programas, duración y calendario de desarrollo (hasta un máximo de 0,5 puntos).

2.7. Plan de seguridad e higiene (hasta un máximo de 0,5 puntos).

- Estudio de evaluación de riesgos.
- Medidas, actuaciones y prevención.
- Detalle de vestuario. Número de prendas y especificación de calidades.
- Sistemas de identificación del personal

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO al respecto:

a) Sobre la cosa juzgada administrativa y la preclusividad del plazo de presentación del recurso

El recurrente basa su impugnación en dos cuestiones: por un lado, alega que los siete criterios secundarios en los que se divide el criterio de adjudicación “Memoria de medios y recursos”, no quedan suficientemente acotados ni en su ponderación, ni en la fórmula o criterios que se utilizarán para otorgar la puntuación. Por otro lado, se estima que los criterios secundarios “mejora de las condiciones laborales y salariales” y “Sistema de incentivos” no se hallan vinculados al objeto del contrato y no se trata de una exigencia social.

El poder adjudicador no ha aportado el informe al que se refiere el artículo 56.1 de la LCSP pero en la fase de alegaciones otorgada en relación con la



posibilidad de presentar una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de los referidos criterios de adjudicación con la Directiva 2014/24 ha manifestado, entre otras cuestiones, que el procedimiento de adjudicación actual cuyos pliegos se impugnan es consecuencia de la ejecución de la Resolución 034/2019, de 12 de febrero, dictada en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil SACYR SOCIAL, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Lasarte-Oria y del servicio de ayuda a domicilio de las viviendas comunitarias del Ayuntamiento”. En dicho acuerdo el OARC / KEAO concluía en el apartado c) del Fundamento de Derecho Noveno, lo siguiente

c) Conclusión

En principio, la estimación del motivo impugnatorio señalado en el apartado b) supondría la retroacción de actuaciones para que se valorara la proposición técnica del recurrente. No obstante, tal cosa no es posible porque dicha retroacción infringiría el principio de valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación discrecional y los que se aplican mediante fórmulas, recogido en el artículo 146.2 de la LCSP, pues toda la documentación relativa a los aspectos técnicos como a los económicos es ya conocida. Consecuentemente, la retroacción supondría permitir una adjudicación contraria a la objetividad e igualdad de trato, principios que la citada valoración separada pretende garantizar. Por ello, debe cancelarse la licitación. Esta decisión no pone al recurrente en una peor posición de la que tenía antes de la impugnación, situación prohibida por el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que pasa de ser licitador no adjudicatario a tener la posibilidad de serlo en un nuevo procedimiento de adjudicación, más que previsible a la vista de la naturaleza continuada de la prestación. Por otro lado, tampoco se infringe el principio de congruencia del artículo 57.2 de la LCSP, ya que la cancelación no se deriva de la pretensión del recurso, sino de la propia naturaleza del procedimiento, que hace imposible la retroacción, de modo análogo a lo que sucede cuando se anula un criterio de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 52/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

Consecuentemente, la citada Resolución 034/2019, de 12 de febrero, en el apartado primero de su parte dispositiva resolvía lo siguiente:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil SACYR SOCIAL, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a



domicilio en el municipio de Lasarte-Oria y del servicio de ayuda a domicilio de las viviendas comunitarias del Ayuntamiento”, tramitado por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria, anulando la adjudicación y ordenando cancelar la licitación.

Los pliegos ahora recurridos rigen un nuevo procedimiento de adjudicación y son susceptibles de ser recurridos en un nuevo plazo, pero debe analizarse si los motivos del recurso pudieron ser alegados en un recurso contra el primer procedimiento de adjudicación, pues admitir la impugnación sobre aspectos que ya pudieron ser puestos de manifiesto con ocasión del recurso contra los pliegos anteriores con el mismo objeto sería tanto como desvirtuar el carácter preclusivo de los plazos de interposición del recurso especial (ver, en este sentido, la Resolución 076/2019 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, se debe observar si el criterio de valoración impugnado en el recurso que se analiza ya existía en el primer procedimiento de adjudicación y pudo ser recurrida en su momento. Dicho criterio se hallaba redactado en los siguientes términos:

A.I.4.1.A).-CRITERIOS NO VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES: hasta un máximo de 50 puntos.

(...)

2 Memoria de medios y recursos: hasta un máximo de 5 puntos. Se tendrán en cuenta los siguientes apartados:

2.1 Estructura y organigrama del personal de la empresa, con especificación de sus funciones: (hasta un máximo de 0,25 puntos) La plantilla que cubra los puestos de trabajo deberá dimensionarse de forma que queden garantizadas las suplencias por vacaciones y absentismo.

2.2 Una estimación de los puestos de trabajo indefinidos y eventuales vinculados directamente a la prestación de los servicios, sin perjuicio de las obligaciones de subrogación de personal que correspondan: (hasta un máximo de 0,5 puntos).

2.3 Programas de selección de personal. Proceso de acogida, formación, adiestramiento y prácticas de nuevos/as trabajadores/as: (hasta un máximo de 0,5 puntos).

2.4 Sistema de incentivos. (hasta un máximo de 0,25 puntos).

2.5 Plan de formación anual para las persona trabajadoras de la empresa. Se detallarán los objetivos, programas, duración y calendario de desarrollo: (hasta un máximo de 0,5 puntos).

2.6 Plan de seguridad e higiene: (hasta un máximo de 0,5 puntos)

- Estudio de evaluación de riesgos.
- Medidas, actuaciones y prevención.
- Detalle de vestuario. Número de prendas y especificación de calidades.



- Sistema de identificación del personal.

2.7 Medias de carácter social: (hasta un máximo de 2,5 puntos).

- Se valorará el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción: (hasta un máximo de 1 punto).
- Se valorará los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, y en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar: (hasta un máximo de 1 punto).
- Se valorará la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo: (hasta un máximo de 0,5 puntos).

Todos los trabajos, medios auxiliares, personales y materiales que sean necesarios para la correcta prestación de los servicios se consideraran incluidos en el precio del contrato, aunque no figuran todos ellos explicitados en la descomposición o descripción de los precios.

Contrastados ambos pliegos, se observa que, si bien con una sistemática ligeramente diferente y con una variación en la redacción del primer punto del criterio “Medidas de carácter social” que se analizará posteriormente, los criterios de adjudicación que ahora se impugnan ya existían en el PCAP que rigió el procedimiento de adjudicación cancelado por la Resolución 034/2019 de este OARC / KEAO. Consecuentemente, la base fáctica sobre la que se sustenta el recurso que ahora se analiza ya existía y podía ser conocida cuando se publicó el primer procedimiento de adjudicación. El actual recurrente no lo hizo así, y su pretensión de hacerlo ahora no puede ser aceptada, ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en la LCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (ver Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe*, C- 470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad



observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo referido a cláusulas nuevas o actuaciones propias del nuevo procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 112/2014 y 26/2015 del OARC / KAO).

b) Sobre el criterio de adjudicación formulado de forma diferente

El subapartado primero del criterio secundario de adjudicación “2.1 Medidas de carácter social” contiene una formulación diferente al que figuraba en el PCAP del primer procedimiento de adjudicación, cancelado por la Resolución 034/2019 de este OARC / KEAO, por lo que se procederán a analizar las alegaciones efectuadas por el recurrente sobre la indefinición de la ponderación y de la fórmula o criterios que se utilizarán para otorgar la puntuación. A este respecto, sorprende que se alegue la falta de ponderación cuando todos los criterios secundarios vienen acompañados de su ponderación relativa que, en el que se analiza, alcanza el peso máximo de hasta un máximo de 1 punto sobre 100. En lo que respecta a la falta de concreción sobre la forma en la que se procederá a asignar la puntuación, debe partirse de que nos hallamos ante un criterio de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor, respecto de los cuales este OARC / KEAO, en pronunciamientos anteriores (ver, en este sentido la Resolución 007/2019) ha manifestado que no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador, pues este extremo no es exigido ni por la LCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados



de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (en este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).

Consecuentemente, esta alegación debe ser desestimada.

c) Conclusión.

A la vista de todo lo anterior, procede la desestimación del 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurso especial interpuesto por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) contra los pliegos del contrato de “Servicio Ayuda a Domicilio en el municipio y Servicio de Ayuda a Domicilio viviendas comunitarias”, promovido por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria.



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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko martxoaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de marzo de 2020