EB 2023/005

Resolución 073/2023, de 21 de abril, 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 GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato de "Servicio residencial para personas mayores y la prestación del servicio de centro de día para personas mayores dependientes en el Hogar Residencia San José", tramitado por el Ayuntamiento de Erandio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de enero de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GARBIALDI, S.A. (en adelante, GARBIALDI o la recurrente) contra la adjudicación del contrato de "Servicio residencial para personas mayores y la prestación del servicio de centro de día para personas mayores dependientes en el Hogar Residencia San José", tramitado por el Ayuntamiento de Erandio.

SEGUNDO: El mismo día 12 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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 el 16 de enero en el registro de este Órgano.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4JBY-EWMH bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4JBY-EWMH en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de enero, se han recibido alegaciones el 25 del mismo mes de la empresa GIZATZEN, S.A. (en adelante, GIZATZEN), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.S.L. 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

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Erandio 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

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) Tras la notificación de la adjudicación, se concedió al recurrente acceso parcial a la documentación solicitada respecto de la empresa adjudicataria, pero se denegó el acceso a la parte más relevante para ejercer el derecho a conocer la legalidad de las actuaciones, como es el apartado 2 de la Memoria relativo a la "Organización y desarrollo de los servicios objeto del contrato" al objeto de ver si cumplía con los requisitos mínimo-exigidos por los pliegos.

b) En particular, el PPT especifica los requisitos mínimos a cumplir en relación con los puestos de trabajo y sus horarios, los trabajos de limpieza realizar con sus frecuencias, y establecer la persona responsable del servicio. Sin embargo, el informe de valoración no deja constancia del referido cumplimiento y por ello se solicitó su visionado, pues la baja económica realizada por GIZATZEN hace dudar a la recurrente de que dichos mínimos vayan a ser cumplidos. Además, resulta sospechoso que no se haya permitido el acceso a la parte de la oferta solicitada, cuando se trata de un contenido descriptivo del servicio y los medios ofertados para prestarlo.

c) Finalmente, solicita que se dé acceso a los documentos solicitados en su día relativos a la "Organización y desarrollo de los servicios objeto del contrato" y en el caso de que se verifique de forma expresa el incumplimiento de las prescripciones técnica mencionadas, se anule el acuerdo de adjudicación impugnado y se declare la exclusión de la oferta de la adjudicataria.

SÉPTIMO: Alegaciones de GIZATZEN

GIZATZEN, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones expuestas de forma resumida:

a) No existe incumplimiento del PPT por parte de GIZATZEN y la recurrente invoca incumplimientos de forma genérica sin indicar ni cuál es ni en qué consiste.

En definitiva, la recurrente no tiene otro fundamento que la sospecha de que no se cumple algo y para ello expone tres motivos:

(i) La recurrente reconoce que la baja ofertada por GIZATZEN le lleva a pensar que no se hayan valorado ciertos requisitos mínimos, lo cual implica un reconocimiento de la incapacidad de la recurrente de implementar una estrategia que le permita hacer una baja como la de la adjudicataria cumpliendo con los mínimos exigidos. Es por ello, que esa estrategia de la adjudicataria debe ser considerada como confidencial, pues si no se permitiría al resto de licitadores copiarla y así falsear la competencia.

(ii) Por otro lado, la recurrente señala que el informe de valoración no indica claramente si la oferta de GIZATZEN cumple los requisitos mínimos de los pliegos. Es decir, no pone en cuestión la valoración realizada en dicho informe ni indica la existencia de algún tipo de irregularidad. Por otro lado, debe señalarse que el informe indica con total claridad que la adjudicataria cumple con los requisitos mínimos como, por ejemplo, en las páginas 6 y 8 del mismo.

(iii) Por último, a la recurrente le resulta sospechoso que no se le haya permitido el acceso al apartado de la memoria "Organización y desarrollo de los servicios objeto del contrato" al estar declarado confidencial. Al respecto debe señalarse que la forma y manera de cumplir con los requisitos del pliego es el elemento diferenciador de las ofertas y que desvelarlo vulneraría el derecho a mantener en secreto el "know how" de cada oferta.

b) Más adelante la recurrente propone que sea el propio Órgano el que analice la oferta de GIZATZEN, cuando no se ha puesto de manifiesto que el informe de valoración muestre ningún tipo de irregularidad. Partiendo de que la recurrente no ofrece ningún tipo de justificación sobre la posible existencia de una baja temeraria o una oferta de contenido imposible, no corresponde al OARC/KEAO dicho cometido,

pues debe invocarse previamente algún error manifiesto o arbitrariedad en la valoración realizada por la Mesa para que este Órgano pueda revisar dicha actuación.

c) Con relación a la declaración de confidencialidad de determinados apartados de la oferta de GIZATZEN, una vez que la recurrente solicitó el visionado de la misma, la Mesa determinó qué aspectos de la oferta debían ser considerados como confidenciales y cuáles no. Al respecto, debe señalarse que la Mesa tuvo en cuenta que la propia recurrente tenía declarado como confidencial la misma documentación que solicitaba se le diera acceso de la otra licitadora, lo cual, además de incongruente, es contrario al principio de igualdad, libre competencia y buena fe.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

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

a) Respecto de la alegación relativa al acceso parcial a la oferta de la adjudicataria, debe señalarse que el Ayuntamiento ya advirtió que la declaración de confidencialidad planteada por ZAINTZEN era excesiva y, por ello, moduló su contenido, ampliando su parte no confidencial. Por otro lado, como consecuencia de la aplicación del principio de congruencia e igualdad de trato a todos los licitadores, se consideró que no cabía conceder acceso a la información que la propia mercantil solicitante había declarado confidencial respecto a su propia oferta.

b) La fundamentación relativa al presunto incumplimiento de las prescripciones técnicas se basa, como la propia recurrente afirma, en sospechas. Por su parte, consta en el expediente el informe de la Trabajadora Social de la Tercera Edad, de 27 de octubre de 2022, del que se desprende con claridad que no existe incumplimiento del PPT y, por tanto, no procede la exclusión solicitada.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PPT

(…)

3.- SERVICIOS A PRESTAR

El contrato que en base al presente pliego se realice tendrá por objeto la prestación de los siguientes servicios:

✓ Atención sanitaria

✓ Higiene

✓ Readaptación para las actividades de la vida diaria

✓ Fisioterapia y rehabilitación

✓ Asistencia psicológica, pedagógica o psicopedagógica

✓ Dinamización sociocultural

✓ Apoyo a familiares de personas usuarias

✓ Servicio de restauración

✓ Servicio de lavandería

✓ Servicio de limpieza

✓ Tareas administrativas

Se cumplirá la normativa vigente en la prestación de todos los servicios.

3.a) Hogar Residencia San José de Erandio:

a) Para la realización de los trabajos de **atención a las personas residentes** la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo:

- Un (1) médico/a, con jornada de 40 horas semanales.

La determinación del horario, con disponibilidad 24 horas al día, se fijará de común acuerdo entre la empresa adjudicataria y la responsable técnica municipal del Hogar Residencia San José, de manera que quede garantizada la prestación íntegra de la atención a los residentes

- Gerocultores/as con cualificación profesional de Atención Sociosanitaria según lo establecido en el Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la CAPV o normativa que la sustituya.

o **Turno de mañana:** cuatro (4) gerocultores/as (horario de 8,00 horas a 15,00 horas durante 6 días), un (1) gerocultor/a (horario de 8,00 a 10,30 horas durante 6 días) y un (1) gerocultor/a (horario de 8 a 10,00). 365 días al año.
o **Turno de tarde:** tres (3) gerocultores/as (horario de 15,00 a 22,00 horas durante 6 días), un/a (1) gerocultor/a de lunes a viernes (horario de 15.30 a 19.30), una (1) gerocultor/a de lunes a viernes (horario de 19.30 a 22.00) y un (1) gerocultor/a fines de semana y festivos (horario de 15,00 a 22,00 horas). 365 días al año.
o **Turno de noche:** dos (2) gerocultores/as (horario de 22,00 a 8,00 horas durante 6 días). Trabajarán 6 días consecutivos y librarán 3 días. 365 días al año.
Estos horarios podrán sufrir ligeras modificaciones según necesidades del servicio. Todos los puestos contarán con sus correspondientes correturnos.

- Un/a (1) A.T.S. (según acuerdo que se adjunta, categoría A.T.S. – D.U.E.) en horario de 7,30 horas a 14,30 horas de lunes a viernes (excepto festivos).

- Un/a (1) A.T.S. (según acuerdo que se adjunta, categoría A.T.S. – D.U.E.) en horario de 7,30 horas a 14,30 horas, sábados, domingos y festivos.

- Un/a (1) Psicólogo/a 25 horas semanales. *

- Un/a (1) Fisioterapeuta 10 horas semanales. *

- Un/a (1) Podólogo/a 5 horas semanales. *

- Un/a (1) Monitor/a de tiempo libre 10 horas semanales*. Se requerirá que pertenezca al grupo profesional nivel 4, regulado en el artículo 29 del convenio colectivo de intervención social de Bizkaia.
* El horario se establecerá según necesidades del servicio de Residencia y Centro de Día

b) Para la realización de los trabajos de **Limpieza** la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo, como mínimo:
- Según acuerdo que se adjunta, categoría limpiadora/a: **Turno de mañana**: dos (2) limpiadores/as (horario 7,30 horas a 14,30 horas) y un/a (1) limpiador/a (horario de 10,00 a 11,30 horas) **Turno de tarde**: un (1) limpiador/a (horario de 14,30 horas a 21,30 horas).
Trabajarán 6 días consecutivos y librarán 3. 365 días al año. Todos los puestos contarán con su correspondiente correturnos.

c) Para la realización de los trabajos de **Office y Portería** la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo:
- Según acuerdo que se adjunta, categoría: limpiador/a: **Turno de mañana**: dos (2) trabajadores/as (horario de 7,30 a 14,30 horas). **Turno de tarde**: un (1) trabajador/a (horario de 14,30 a 21,30 horas). Trabajarán 6 días consecutivos y librarán 3. 365 días al año. Todos los puestos contarán con su correspondiente correturnos.

c) Para la realización de los trabajos de **Lavandería** la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo:
- Según acuerdo que se adjunta, categoría limpiadora/a: **Turno de mañana**: un/a (1) trabajador/a (horario de 7,45 a 14,45 horas de lunes a viernes, incluidos los siguientes festivos: jueves santo, viernes santo y lunes de pascua). Librarán un día y medio por festivo trabajado y deberá ser sustituida tanto en la libranza por festivo como en su período vacacional.

d) Para la realización de los trabajos de **Cocina** la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo:
- Según convenio de hostelería, categoría: cocinero/a de 1ª: Dos (2) cocineros/as a jornada completa de lunes a viernes en horario continuado de mañana. Dos (2) cocineros/as a jornada completa los sábados, domingos y festivos (uno/a de ellos en horario continuado de mañana y otro/a en turno partido). Trabajan 6 días y libran 3. Todos los puestos contarán con su correspondiente correturnos.
- Según convenio de hostelería, categoría: cocinero/a de 1ª. Un/a (1) cocinero/a media jornada de lunes a viernes (excepto festivos) en turno de tarde, de 17 a 21 horas.

f) Para la realización de **tareas administrativas** la empresa adjudicataria dispondrá del siguiente puesto de trabajo:
- Un/a (1) auxiliar administrativo/a 20 horas semanales, en horario de 9.00 a 13.00 horas de lunes a viernes. El horario puede estar sujeto a modificaciones según las necesidades del servicio.

El personal necesario para cubrir las bajas de todos los puestos mencionados anteriormente (servicio de Residencia San José), así como para sustituir las vacaciones anualmente reglamentarias, deberá ser contratado con carácter inmediato por parte de la empresa adjudicataria.

Todo el personal deberá disponer de sus uniformes correspondientes debidamente identificados con sus nombres.

3.b) Centro de Día

Para la realización de los trabajos de **atención a las personas usuarias del Centro de Día**, la empresa adjudicataria dispondrá de los siguientes puestos de trabajo:
- Tres (3) gerocultores/as con cualificación profesional de Atención Sociosanitaria según lo establecido en el Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la CAPV o normativa que la sustituya.
Un/a (1) desde las 8,30 horas hasta las 15,30 horas.
Un/a (1) desde las 9,00 horas a las 16,00 horas.
Un/a (1) desde las 15,00 horas a las 19.30 horas.

Los horarios mencionados, así como algunas funciones podrán sufrir ligeras modificaciones según las necesidades del servicio y los mismos serán de lunes a viernes, excepto festivos.

- Un/a (1) A.T.S. (según acuerdo que se adjunta): de 16,00 horas a 18,30 horas, pudiendo sufrir estos horarios ligeras modificaciones según necesidades del servicio y los mismos serán de lunes a jueves, excepto festivos.

- La realización de los trabajos de limpieza de las dependencias del Centro de Día, se prestarán de conformidad a las especificaciones establecidas en la cláusula 3.c) del presente pliego.

- La realización de los trabajos de cocina de las dependencias del Centro de Día, se prestarán de conformidad a las especificaciones establecidas en la cláusula 3.c) del presente pliego.

El personal necesario para cubrir las bajas de todos los puestos mencionados anteriormente (servicio de Centro de Día), así como para sustituir las vacaciones anualmente reglamentarias, deberá ser contratado con carácter inmediato por parte de la empresa adjudicataria.

Todo el personal deberá disponer de sus uniformes correspondientes debidamente identificados. El personal de Residencia estará a disposición del Centro de Día y viceversa si las necesidades del servicio así lo requieren.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones del adjudicatario impugnado, del poder adjudicador y del resto de la documentación que consta en el expediente, en los próximos apartados se expondrán las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación. El primer aspecto a analizar debe ser el de la solicitud de acceso al expediente, ya que su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente.

La recurrente solicitó al poder adjudicador el acceso a la oferta técnica del adjudicatario que estaba declarada confidencial en su totalidad. El órgano de contratación, tras advertir a la adjudicataria sobre la imposibilidad de declarar confidencial la totalidad de la oferta y requerirle que identificara las partes de su oferta que se podían mostrar, concedió parcialmente dicho acceso a la recurrente. No obstante, GARBIALDI considera que precisa el acceso a la parte que se refiere a la Organización y desarrollo de los servicios objeto del contrato. Este requerimiento debe desestimarse por los siguientes motivos:

1) En el procedimiento de recurso especial el acceso al expediente no es absoluto y 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 y no, como parece ser el caso, el de efectuar una "fiscalización" del expediente. A este respecto, el acceso al expediente no puede tener por objetivo la búsqueda de defectos o errores, sin ninguna base o elemento que permita atisbar una arbitrariedad o error en la decisión del poder adjudicador (ver, en este sentido la Resolución 106/2022 del OARC / KEAO).

2) Por otro lado, es clásica la doctrina de este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 30/2015) relativa a que no procede dar cauce a la petición de acceso cuando la recurrente pretende acceder a una información que él mismo ha considerado que es confidencial en su propia oferta.

b) Sobre el presunto incumplimiento de las prescripciones técnicas

La recurrente pretende la exclusión de la adjudicataria fundamentando su argumentación en meras sospechas de incumplimiento de la prescripción técnica relativa a los "Servicios a prestar" más arriba reproducida; concretamente se duda de que debido al precio ofertado por la adjudicataria se puedan realizar todas las prestaciones con el personal mínimo requerido. Esta pretensión no puede ser aceptada por las siguientes razones:

1) Es doctrina reiterada de este Órgano que no es necesario que las ofertas acrediten expresamente todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual (ver el artículo 139.1 de la LCSP); no obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o cuando su contenido se oponga frontalmente a ellos (ver, por todas, la Resolución 184/2022 del OARC / KEAO).

2) En el presente caso, los pliegos no contemplan la presentación junto con la oferta técnica de documentación alguna acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos, por lo que no es posible constatar si la oferta de la adjudicataria incumple o no el PPT. El propio pliego establece (cláusula 18 del PCAP) que será con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP cuando se presente la adscripción de medios. Es más, la propia cláusula 22 del PCAP establece un periodo de tres meses desde la formalización para que el contratista disponga de la totalidad de la plantilla, so pena de resolución automática del contrato.

3) Por otro lado, se ha indicar lo expuesto por este Órgano en multitud de ocasiones (ver, por todas, sus Resoluciones 126/2021 y 166/2021) sobre la diferencia entre las obligaciones del licitador (referidas a la documentación que debe incluir en su oferta) y las del adjudicatario. Sobre estas últimas, el OARC / KEAO ha establecido que solo pueden verificarse en la fase de ejecución del contrato, es decir, que no puede presumirse *ab initio* su incumplimiento. Por eso, entre otras circunstancias, el PPT establece adecuadamente estas obligaciones para el "adjudicatario".

4) Finalmente, y ante la sospecha de la recurrente de que con el precio ofertado por ZAINTZEN no pueda cumplirse con las exigencias de los pliegos, debe indicarse que la oferta económica de la adjudicataria no está incursa en sospecha de baja temeraria, y que el presupuesto base se ha realizado teniendo en cuenta los gastos de todo el personal necesario para la ejecución del servicio, por lo cual ninguna tacha cabe achacarse a su oferta económica y menos poner en duda, como hace la recurrente, que sea capaz de ejecutar la prestación por ese precio.

c) Conclusión

En consecuencia, este Órgano considera que el recurso ha de ser desestimado, dado que, por las razones antes expuestas no puede apreciarse incumplimiento del PPT en la oferta de la adjudicataria.

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 en materia de contratación interpuesto por la empresa GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato de "Servicio residencial para personas mayores y la prestación del servicio de centro de día para personas mayores dependientes en el Hogar Residencia San José", tramitado por el Ayuntamiento de Erandio.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

Vitoria-Gasteiz, 2023ko apirilaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de abril de 2023