



EB 2023/243

Resolución 085/2024, de 13 de mayo, 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 AURRERANTZ, S. COOP DE INICIATIVA SOCIAL contra los pliegos del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de noviembre 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 AURRERANTZ, S. COOP DE INICIATIVA SOCIAL (en lo sucesivo, AURRERANTZ) contra los pliegos del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

SEGUNDO: El día 30 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 el 1 y 5 de diciembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 14 de marzo se han presentado alegaciones por ZAINZEN, S.A. (en adelante, ZAINZEN).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de K.A.C., que actúa en nombre y representación de AURRERANTZ.

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 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 anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

Tanto el poder adjudicador como ZAINZEN alegan que el anuncio se publicó en el perfil del contratante el 7 de noviembre de 2023, por lo que el plazo para recurrir de 15 días hábiles finalizaría el 28 de noviembre.

Este OARC/KEAO no puede aceptar la alegación de extemporaneidad del recurso señalada, toda vez que, al tratarse de un contrato de servicios con un valor estimado de 1.451.192,60 euros, está sujeto a regulación armonizada, tal y como consta en los PCAP; consecuentemente, la licitación debe publicarse en el DOUE, lo que se cumplió el 28 de noviembre, siendo el día siguiente a dicha fecha a partir de cuándo debe comenzar a computarse el plazo de los 15 días hábiles para la interposición del recurso especial.

Este Órgano resolutorio ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resoluciones 135/2019 y 175/2021) que en el procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad.

En consecuencia, en los supuestos de publicidad preceptiva en el DOUE, el cómputo del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP no puede iniciarse antes de que se haya producido dicha publicación o, en su caso, se haya dado el supuesto de que el órgano de contratación no haya recibido en 48 horas la confirmación del envío del anuncio, lo que no consta en este caso ni se alega por el poder adjudicador. En conclusión, el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Motivo del recurso

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El criterio de adjudicación que figura en el punto 4 del apartado 19.2 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) “Servicios complementarios: (hasta 3 puntos)” vulnera de manera frontal las cláusulas 1 y 2 del

PCAP en relación con la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) e infringe el art. 145, apartados 5 y 6, de la LCSP, pues se trata de un criterio de valoración que carece de relación con el objeto del contrato previamente definido por los pliegos. Así, tanto el PCAP (cláusulas 1 y 2) como el PPT (cláusulas 3 y 4 a las que se remiten aquéllas), son claros al establecer los servicios y prestaciones que quedan incluidos y excluidos del objeto del contrato: de este modo, quedan incluidos dentro del mismo los servicios y prestaciones desglosados en la cláusula 3 del PPT y, por el contrario, quedan excluidos los servicios y funciones desarrollados en la cláusula 4 del PPT. Entre estos servicios excluidos del objeto del contrato destaca la realización de servicios y prestaciones sanitarias: “No quedarán contempladas como funciones propias del Servicio de Ayuda a Domicilio las dirigidas a: (...) Actuaciones de carácter sanitario, que precisen una formación específica del personal que las realiza”.

b) Asimismo, se produce una infracción del art. 145.5 de la LCSP en relación con el art. 1.1 de la LCSP, pues el criterio de valoración no permite evaluar en condiciones de competencia efectiva la mejor oferta, ya que el mencionado criterio de valoración “Servicios complementarios: (hasta 3 puntos)” puntúa de manera automática mediante la aplicación de una fórmula de saciamiento: “Por cada 50 horas ofertadas: 1 punto”. En otras palabras, la máxima puntuación en juego (3 puntos) se obtiene ofertando 150 horas de cualesquiera de los servicios complementarios expresados en el punto 4: “peluquería, estética, podología, lavandería, fisioterapia, enfermería, psicoestimulación, psicología, dietética y nutrición”. Se trata pues, de un criterio de valoración que no tiene la capacidad de discriminar y atribuir una mayor puntuación a aquellos contratistas que han realizado un mayor esfuerzo competitivo y que objetivamente han podido ofrecer servicios y prestaciones de un valor añadido y coste económico más alto, no es un criterio de valoración que satisfaga las exigencias legales ni del art. 145.5 de la LCSP ni del art. 1.1 de la LCSP.

c) Finalmente, solicita anular y dejar sin efecto el criterio de adjudicación debatido, así como la convocatoria del concurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de ZAINZTEN

ZAINZTEN alega que no puede estimarse el motivo impugnatorio porque el CPV del contrato se encuentra incluido dentro de los Servicios Sociales y de Salud y los propios pliegos establecen que en caso de discordancia entre sus documentos debe considerarse prioritario el contenido del PCAP frente al contenido del PPT.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

- a) El objeto contractual se determina habitualmente mediante el código CPV, el cuál es recogido en la carátula y es el 85312000-9 Servicios de asistencia social sin alojamiento. El PPT únicamente contiene las prescripciones técnicas que hayan de regir la realización de la prestación, por lo que es el PCAP el que delimita el objeto contractual, quedando en manos del PPT su posterior desarrollo o concreción.
- b) El criterio de adjudicación debatido, Servicios complementarios, constituye la expresión del criterio de calidad regulado en el artículo 145 LCSP. Estos servicios mejoran el mínimo exigido y, aunque no se encuentran dentro del objeto del contrato, sí están estrechamente vinculados al mismo.
- c) Respecto a la forma de valoración del criterio, ha de indicarse que consta de manera exacta su procedimiento, otorgándose 1 punto por cada 50 horas de los servicios complementarios que se oferten.
- d) A pesar de que sea necesario contar con titulaciones oficiales para el desempeño de ciertas profesiones, los pliegos no exigen que las trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio sean las que tengan que prestar tales servicios.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente sostiene, por un lado, que el criterio de adjudicación Servicios complementarios no se encuentra vinculado con el objeto del contrato por ponderar actividades excluidas y, por otro, que no permite evaluar en condiciones de competencia efectiva la mejor oferta. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión.

a) Sobre la vinculación con el objeto del contrato del criterio de adjudicación “Servicios complementarios”

El análisis de la viabilidad de dicha alegación debe partir de lo establecido en ambos pliegos (PCAP y PPT), cuyo contenido relevante a los efectos de la presente resolución es el siguiente:

PCAP

(...)

4.- SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: (HASTA 3 PUNTOS)

Por la puesta a disposición del servicio de ayuda a domicilio de servicios complementarios, adicionales a los previstos en la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, relacionados con peluquería, estética, podología, lavandería, fisioterapia, enfermería, psicoestimulación, psicología, dietética y nutrición se concederán hasta 3 puntos de acuerdo con la siguiente valoración:

Por cada 50 horas ofertadas: 1 punto.

Las ofertas de las empresas deberán determinar tanto el número como el tipo de servicios que pretenden prestar.

PPT:

(...)

4. FUNCIONES EXCLUIDAS

No quedarán contempladas como funciones propias del Servicio de Ayuda a Domicilio.

Las dirigidas a:

- a) Atención directa a miembros de la familia o personas allegadas que habiten en el mismo domicilio, y no se consideren personas beneficiarias del mismo por la valoración de servicios técnicos municipales.
- b) Tareas que pongan en peligro la salud o integridad del personal de ayuda a domicilio.
- c) Servicio de compañía y paseos, cuando sea el único servicio solicitado.
- d) Tareas de desinfección y desinsectación.
- e) Actuaciones de carácter sanitario, que precisen una formación específica del personal que las realiza.
- f) Todas aquellas tareas que no estén previstas en el informe elaborado por los servicios técnicos municipales.
- g) Realización de arreglos profesionales en el hogar (pintar, empapelar...)
- h) Actuaciones de apoyo doméstico cuya realización favorezca directamente a las demás personas que habiten en el domicilio.

A juicio de este OARC / KEAO, este primer motivo impugnatorio debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) El análisis del requisito de la vinculación del criterio de adjudicación impugnado al objeto del contrato debe partir del contenido del PPT, que es el documento en el que se describe el objeto del contrato para que los operadores puedan decidir si están interesados en su adjudicación, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el contratista, recoge las necesidades de interés general que el contrato pretende satisfacer y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales (en este sentido, la Resolución 176/2019 y la Resolución 21/2021 del OARC / KEAO). En lo que a la resolución del recurso interpuesto importa, el PPT que rige el procedimiento impugnado excluye expresamente las Actuaciones de carácter sanitario, que precisen una formación específica del personal que las realiza.
- 2) La regulación de qué actuaciones, servicios y profesiones tienen el carácter de sanitarias y, por tanto, exigen una formación y cualificación específicas del personal que las realiza, la encontramos en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Conforme a los arts. 6.2, 6.3 y 7.2, son profesiones sanitarias, de las mencionadas en la cláusula impugnada, las siguientes: enfermeros (artículo 7.2.a), fisioterapeutas (artículo 7.2.b), terapeutas ocupacionales (artículo 7.2.c), podólogos (artículo 7.2.d), psicólogos (artículo 6.3) y dietistas-nutricionistas (artículo 7.2.g). En consecuencia, ha de concluirse que los servicios complementarios referidos en el criterio de adjudicación

de carácter automático nº 4 a podología, fisioterapia, enfermería, psicoestimulación, psicología y dietética y nutrición no pueden formar parte del contenido del mismo ni pueden ser valorados porque se trata de funciones no solo no vinculadas con el objeto del contrato, sino expresamente excluidas del mismo por el apartado 4 del PPT, infringiéndose radicalmente el artículo 145 LCSP, apartados 5 y 6. Por lo tanto, procede la estimación del motivo de recurso y la exclusión de los servicios complementarios de carácter sanitario más arriba señalados del contenido del criterio de adjudicación.

b) Sobre la imposibilidad de valorar las ofertas en condiciones de competencia

La recurrente considera que tal y como se encuentra configurado el criterio en cuanto a su valoración no permite evaluar las ofertas en condiciones de competencia efectiva. A juicio de este Órgano, este motivo debe desestimarse, por cuanto que la Administración tiene discrecionalidad para elegir los criterios de adjudicación, determinar su ponderación y elegir la forma de distribuir los puntos de un criterio automático (ver, por todas la Resolución 211/2021), es decir, el poder adjudicador ha decidido legítimamente valorar de la misma forma la prestación del servicio de lavandería que el de peluquería, estableciendo, además, su fórmula de cálculo. Por otro lado, y respecto a que el criterio se valora mediante una fórmula de saciamiento que impide atribuir una mayor puntuación a aquellos licitadores que han realizado un mayor esfuerzo competitivo, debe indicarse que este Órgano ya ha señalado la adecuación de la fijación de dichos umbrales cuando se trata de valorar criterios de adjudicación cualitativos en los que puede considerarse que, a partir de un punto, lo aportado por la oferta no supone ventajas significativas para el objeto del contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 24/2020 y 148/2022 del OARC / KEAO). A juicio de este Órgano, esta doctrina es aplicable al criterio impugnado, pues cabe pensar que un gran número de servicios complementarios no se corresponda con su efectivo interés para el objeto del contrato o con la

demanda y las necesidades efectivas de los usuarios del servicio. En definitiva, no cabe acoger la infracción del artículo 145.5 LCSP en relación con el artículo 1.1 LCSP alegada.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, debe anularse el criterio de adjudicación a valorar mediante fórmulas nº 4 denominado “Servicios complementarios” en lo relativo a las prestaciones de carácter sanitario, esto es, podología, fisioterapia, enfermería, psicoestimulación, psicología y dietética y nutrición.

La anulación del criterio de adjudicación o parte del mismo conlleva la de la licitación. Debe tenerse en cuenta que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AURRERANTZ, S. COOP DE INICIATIVA SOCIAL contra los pliegos del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga, anulando el criterio de adjudicación relativo a “Servicios complementarios” en el sentido expresado en la letra c) del Fundamento jurídico noveno, y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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, 2024ko maiatzaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de mayo de 2024