



EB 2016/102

Resolución 110/2016, de 13 de octubre de 2016, del 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 las empresas CLECE, S.A. y ZAINZTEN, S.A., frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio de teleasistencia de Euskadi”, promovido por OSATEK.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 29 de julio de 2016 las empresas CLECE, S.A. y ZAINZTEN, S.A., (en adelante, la UTE) interpusieron 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 especial en materia de contratación frente a su exclusión de la licitación del contrato de “servicio de teleasistencia de Euskadi”, promovido por OSATEK.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador, que remitió el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) el día 3 de agosto de 2016.

TERCERO: El recurso se trasladó a los interesados el 9 de agosto de 2016, habiéndose recibido el 11 de agosto de 2016 las alegaciones de la UTE TUNSTALL TELEVIDA-GSR-IMO.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes y de quienes actúan en su representación.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 209.000 €.

TERCERO: El acto recurrido es el Acuerdo del Órgano de contratación de fecha 19 de julio 2016 de exclusión de la UTE recurrente de la licitación del contrato (artículo 40.2 b) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo pues el plazo que media entre la adopción del acuerdo de exclusión (19 de julio de 2016) y la presentación del recurso (29 de julio de 2016) es inferior al de 15 días hábiles establecido en el art. 44.2.b) del TRLCSP. No puede ser tomada en consideración la alegación de la UTE: TUNSTALL TELEVIDA-GSR-IMO de tener el recurso como extemporáneo por considerar que el plazo se ha de computar a partir del día 13 de junio de 2016, fecha de celebración de la Mesa de contratación en la que se comunicó la exclusión, pues este acuerdo ha sido ratificado con posterioridad por el órgano de contratación quien lo ha notificado a los interesados con expresión de los recursos que contra el mismo proceden.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSATEK, S.A. tiene la condición de poder adjudicador pero no de Administración Pública según el artículo 3.3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Al objeto de acreditar la solvencia técnica o profesional se presentaron certificados de buena ejecución en contratos de ayuda a domicilio y en



contratos de teleasistencia por entender que son servicios similares entre ellos por (i) ser el CPV de la licitación cuya adjudicación se impugna (85320000-8) coincidente en sus tres primeros números con el CPV del servicio de ayuda a domicilio (85310000-5), lo cual evidencia que son servicios de igual o similar naturaleza conforme al art. 67, apartado 7, letra b) número 3º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto (ii) figurar prestaciones de servicios de ayuda a domicilio dentro del servicio de teleasistencia que se licita (atención domiciliaria incluida en la cláusula 1.2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas)

a) La Mesa de contratación incumplió su obligación de requerir a la UTE licitadora la subsanación de la omisión de la documentación, puesto que nos hallamos ante la falta de acreditación de la solvencia técnica y al no verificarlo vulneró el art. 1 y 139 del TRLCSP y art. 81.2 del RGLCAP.

SÉPTIMO: Las alegaciones de OSATEK son en síntesis:

a) Cinco de las seis empresas licitadoras sí que acreditan la solvencia técnica solicitada. Por el contrario, la UTE no lo hace pues no aporta certificados de servicios en el ámbito de las actividades propias del contrato, que es el servicio de teleasistencia, definido en las cláusulas 2 y 3 del PCAP y las prestaciones que comprenden los servicios de ayuda a domicilio no incluyen la gestión de centros de atención. La recurrente aporta unas certificaciones relativas a la teleasistencia y otras relativas a servicios de atención domiciliaria, lo que claramente indica que son dos prestaciones diferenciadas.

b) El servicio del contrato recurrido no está sujeto a regulación armonizada y está licitado por un poder adjudicador que no tiene la consideración de administración pública; esto le atribuye un mayor margen de libertad y de discrecionalidad a la hora de establecer los criterios y requisitos de solvencia.



c) El requerimiento de subsanación procede en el caso de vicios o defectos subsanables, pero no en el caso de un incumplimiento claro de los requisitos exigidos a la fecha de presentación de proposiciones, tal y como se deriva de la cláusula 19 del PCAP.

OCTAVO: La UTE TUNSTALL TELEVIDA-GSR-IMO alega lo siguiente:

a) La UTE fue requerida para subsanar las cuestiones relativas a la solvencia técnica y no lo hizo.

b) El PCAP es “la contratus lex” y la exclusión no se debió a una interpretación literal o excesivamente formal sino a un incumplimiento del PCAP. Los recurrentes no interpusieron el correspondiente recurso contra el contenido de los pliegos y presentaron oferta aceptando su contenido, por lo que no excluirlos hubiera supuesto una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad y una vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

NOVENO: La UTE recurrente fue excluida del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio de teleasistencia de Euskadi”, mediante acuerdo del órgano de contratación de fecha 19 de julio de 2016 por los siguientes motivos:

«No acreditar la solvencia requerida en los pliegos

- Como soporte de la solvencia técnica aporta relación de servicios que no son objeto del contrato.
- Los importes y usuarios de servicios de Teleasistencia que aporta no alcanzan los mínimos establecidos ni resultan acreditados conforme a lo exigido.»

La solvencia técnica requerida en el punto 26.2 del PCAP es la siguiente:

«26.2 Solvencia técnica o profesional:

El criterio para la acreditación de la solvencia técnica o profesional será el de la experiencia en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, -en cualquier número de contratos y durante uno de los últimos tres años-, con destino a



un total de más de 38.000 personas usuarias. Esta experiencia se acreditará mediante la relación de los servicios efectuados por el licitador o candidato en el curso de los tres últimos años, avalados por certificado de buena ejecución, que incluya: total de personas usuarias, fechas y destinatario (público o privado), certificado que deberá ser expedido por persona responsable del destinatario.»

De forma preliminar se ha de poner de manifiesto que esta cláusula no ha sido anteriormente impugnada ni se alega la concurrencia en la misma de un vicio de nulidad de pleno derecho. Como ha manifestado anteriormente este OARC/KEAO, los pliegos rectores de un procedimiento de adjudicación son ley del contrato (en el sentido de que rigen la licitación), de modo que hay que aplicarlos en su integridad si no han sido recurridos por las partes (Resolución 92/2013) o de sus cláusulas no se deriva un vicio de nulidad de pleno derecho que provoca que los sucesivos actos basados en ellos incurran, necesariamente, en arbitrariedad (Resolución 123/2013),

La correcta resolución del recurso requiere determinar si los trabajos de ayuda a domicilio, a través de los cuales acredita la recurrente parte de su solvencia técnica, se hallan comprendidos en el ámbito de las actividades objeto del contrato, que es el requisito exigido en el punto 26.2 de la carátula del PCAP.

El objeto del contrato es la prestación del servicio de teleasistencia, que es un servicio público incluido en el Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales (art. 22 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales) y que se halla regulado en el Decreto 144/2011, de 28 de junio, del servicio público de teleasistencia, en cuyo artículo 3 figura la definición del servicios y en su artículo 7 el contenido del servicio. La ayuda a domicilio también es uno de los servicios incluidos en el Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales y, al igual que los del servicio de teleasistencia, sus objetivos, requisitos, criterios y procedimientos de acceso se regulan en el Anexo I del Decreto 185/2015, de 6 de octubre.



Nos hallamos ante dos servicios que se hallan legalmente regulados y cuyos ámbitos materiales de actividad para la consecución de sus respectivos objetivos no coinciden. Así, en el servicio de teleasistencia, en la cláusula 2 (objeto del contrato) del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que coincide con el contenido del art. 7.1 (contenido del servicio) del Decreto 144/201, se especifica que las prestaciones consistirán en:

- Instalación, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos de teleasistencia que permanecerán en los domicilios de las personas usuarias en régimen de cesión de uso.
- Información oral a las personas usuarias sobre el uso y características de los dispositivos tecnológicos, con entrega de instrucciones de uso escritas
- Atención inmediata de las situaciones de emergencia (tales como emergencias sanitarias, robos o incendios), para lo que se mantendrá la permanente conexión y coordinación con los Centros de Coordinación de Emergencias SOS DEIAK y se movilizarán los recursos comunitarios procedentes o un servicio propio de atención presencial para situaciones de otro tipo que requieran cuidados personales no sanitarios
- Seguimiento telefónico periódico a las personas usuarias para realizar una supervisión continuada de su situación.
- Información sobre los recursos sociales existentes que puedan ser de utilidad para las personas usuarias y, en su caso, orientación hacia los recursos básicos de atención social.
- El servicio de teleasistencia podrá integrar dispositivos y tecnologías tales como:
 - a) Alarmas pasivas y técnicas conectadas al sistema de teleasistencia: (...)
 - b) Teleasistencia móvil: (...)

Mientras que las actividades del servicio de ayuda a domicilio deben ser los necesarios para la consecución, entre otros, de los objetivos de (Anexo I del Decreto 185/2015):

- Mantener o mejorar la autonomía personal, prevenir el deterioro y compensar la pérdida de autonomía de las personas usuarias, prestándoles ayuda parcial o total



para realizar actividades básicas de la vida diaria, necesarias para su cuidado personal, y/o actividades instrumentales de la vida diaria

- Ofrecer apoyo a las personas cuidadoras que constituyen la red sociofamiliar de apoyo de la persona usuaria y contribuir a la liberación parcial de su tarea de atención, con el fin de que dispongan de condiciones adecuadas para su propio desarrollo personal, profesional y social (
- Sustituir ocasionalmente a la persona cuidadora principal, que habitualmente atiende a la persona usuaria, en razón de la ausencia temporal de aquélla (en la modalidad de respiro).

Es decir, si bien dentro del marco de los servicios sociales, nos hallamos ante despliegues de actividades diferentes para la consecución de objetivos diferentes por lo que los servicios de ayuda a domicilio no pueden ser considerados como una actividad comprendida en el objeto del contrato, requisito de solvencia técnico exigido por la cláusula 26.2 del PCAP.

Este OARC/KEAO considera que el art. 67, apartado 7, letra b) número 3º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, no puede ser aplicado por dos razones: la primera, que su contenido no sirve de parámetro interpretativo, pues únicamente establece el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos públicos, y si éstos establecen unos requisitos mínimos de solvencia técnica habrá que estar a ellos, y la segunda, que la cláusula 26.2 de la carátula del PCAP no ha sido impugnada con anterioridad por lo que se deberá aplicar en los términos en los que está redactada.

Finalmente, hay que señalar que no procede ser estimada la alegación de que las prestaciones de ayuda domiciliaria se incluyen en la cláusula 1.2.4 del PPT pues ésta no describe el objeto del contrato, que se efectúa en las cláusulas 2 y 3 del PPT. La cláusula 1, además de especificar el régimen jurídico del contrato de teleasistencia, lo contextualiza en el marco de las políticas sociales y de salud, describiendo, a tal efecto, los ejes principales del Plan estratégico de servicios Sociales de la CAE 2016-2019 (cláusula 1.2.3 del PPT) y las



Políticas de Salud para Euskadi 2013-2020 (cláusula 1.2.4 del PPT), donde describe la atención domiciliaria como una de las acciones del plan, pero desde una perspectiva de colaboración socio-sanitaria, que nada tiene que ver con la prestación del servicio, como claramente se deduce de su contenido ((i) desarrollar e implantar la coordinación entre profesionales de servicios sociales y de salud para conseguir una atención personalizada, integral y continuada de las personas mayores o discapacitadas, favoreciendo la toma de decisiones conjunta en los ámbitos social y sanitario (ii) integrar los servicios de proximidad (comidas, lavandería, podología, transporte, biblioteca móvil, etc.) con la oferta de cuidados en la salud (medicina, enfermería, farmacia, fisioterapia, podología, etc.).

DÉCIMO: Alega la recurrente que se le debió dar un plazo para la subsanación del error apreciado en la documentación presentada al efecto de acreditar los requisitos de aptitud exigidos. Esta apreciación no es compartida por este OARC/KEAO pues no nos hallamos ante vicios o defectos subsanables, único supuesto previsto en la cláusula 19 del PCAP para la concesión del trámite de subsanación, sino ante la presentación de diversos certificados, formalmente todos ellos válidos, que no llegan a acreditar la solvencia exigida en el punto 26.2 de la carátula del PCAP, por lo que se estima ajustada a derecho la exclusión efectuada, desde el punto de vista de lo expresado en los pliegos de la licitación. Téngase que cuenta que el licitador es quien tiene la carga de acreditar su aptitud para contratar y, en el contrato que nos ocupa, la Mesa de contratación únicamente está obligada a requerir la subsanación de defectos en la acreditación de los requisitos de aptitud si observa vicios o defectos subsanables pero no si de la documentación presentada se aprecia en un primer momento que el licitador o candidato no cumple los requisitos exigidos.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de



Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas CLECE, S.A. y ZAINZEN, S.A., frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio de teleasistencia de Euskadi”, promovido por OSATEK.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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