



EB 2017/163

Resolución 018/2018, de 2 de febrero de 2018, 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 EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de residencia y centro de día de la residencia San Martín Egoitza para personas mayores de Oñati”, tramitado por el Ayuntamiento de Oñati.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de diciembre de 2017, la empresa EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. (en adelante, EULEN) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de residencia y centro de día de la residencia San Martín Egoitza para personas mayores de Oñati”, tramitado por el Ayuntamiento de Oñati.

SEGUNDO: Los días 12, 19 y 21 de diciembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 9 de enero de 2018.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con 9 de enero de 2018, se han recibido el día 11 de enero las alegaciones de la empresa SERVICIOS SOCIALES AITA MENNI, S.L.U. (en adelante, AITA MENNI), adjudicatario impugnado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. V.J.P.S., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la citada norma cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Oñati tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La oferta de la adjudicataria incumple el apartado XV del Pliego de Bases Técnicas (PBT) al no prever el plan de mantenimiento de los jardines de la residencia y, por lo tanto, debió ser excluida. Se alega que es un contenido obligatorio del sobre “B” y que afecta al cumplimiento del contrato, pues los pliegos también establecen el control por el poder adjudicador de las citadas obligaciones de mantenimiento; de hecho, el mantenimiento está incluido entre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.
- b) También es causa de exclusión el incumplimiento del número de horas de Dirección del centro previstas, según se señala en un archivo publicado en el perfil del contratante titulado “San Martin Egoitza,



información diversa”; en concreto, el número de horas previsto es de 1892 (1592 para la residencia y 300 para el centro de día), mientras que AITA MENNI solo incluye las 1592 horas de la residencia y no el total de 1892.

- c) Se han introducido subcriterios no previstos dentro de los criterios de adjudicación; así, el informe de valoración de ofertas divide los 5 puntos del apartado “Igualdad lingüística: propuesta de acciones dirigidas a la consecución del índice de preceptividad” en cinco subcriterios, uno de ellos, además, valora la experiencia previa de la empresa en planes de euskera, lo que es contrario a los principios de libre competencia, no discriminación y transparencia. El mismo reproche de desglose en subcriterios no previstos es aplicable al criterio “Medidas concretas en materia de igualdad de mujeres y hombres”.
- d) Finalmente, se solicita la exclusión de la oferta de AITA MENNI y, subsidiariamente, la anulación de la valoración técnica de las ofertas por los defectos anteriormente indicados y, en el caso de no estimar las anteriores pretensiones, la nulidad del procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de AITA MENNI para oponerse a la estimación del recurso son las siguientes:

- a) La oferta presentada por AITA MENNI da respuesta al requisito de presentación de un plan de mantenimiento de jardines, tal y como queda evidenciado en varios apartados de la proposición técnica.
- b) La oferta técnica (páginas 89, 91 y 92) supera claramente las 1.892 horas para la categoría de Dirección, ya que se oferta un total de 2.652 horas, con una distribución de dedicaciones que respeta la jornada anual según convenio, dando respuesta a la totalidad de funciones exigidas en los pliegos y manteniendo una dirección conjunta en la residencia y el centro de día.



OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) La oferta del adjudicatario (punto 6 del Programa de Trabajo) recoge el Plan de Mantenimiento de Centro, incluyendo un apartado de Jardinería – Horticultura; asimismo, hay referencias a esta cuestión en los apartados 6.2 (periodicidad de los trabajos propuestos en jardinería, horticultura y acuarios), 6.7(recursos materiales) y 6.9.1 (cualificación y especialización del personal). Por ello, se estima que la oferta cumple con las prescripciones técnicas del PBT.
- b) La proposición técnica de AITA MENNI cumple con la dedicación horaria establecida, como se deduce de sus páginas 88 a 91.
- c) Por lo que se refiere a la introducción de subcriterios, el Ayuntamiento alega que la cláusula 26.1 del Pliego menciona que las empresas se comprometen a diseñar y aplicar un Plan específico de Euskera (es decir, no tienen obligación de presentar un plan completo) y que el punto 16 se cita como requisito de solvencia el compromiso de diseñar y aplicar un plan de igualdad, desarrollando la cláusula 31 estas condiciones especiales de ejecución. La valoración únicamente ha desgranado los criterios no suficientemente desarrollados en el pliego para hacer la puntuación lo más objetiva posible, respetando los límites de la discrecionalidad técnica.
- d) A pesar de lo que sugiere el título del subcriterio, no se ha valorado la experiencia de las empresas, sino el hecho de contar con un Plan de Euskera y la antigüedad del mismo, tal y como detalla el informe técnico.

NOVENO: La resolución del recurso exige que se analice primeramente la pretensión de excluir la oferta de la adjudicataria, no solo porque el propio recurrente la sitúa como petición principal, sino porque su estimación



supondría, de hecho, la adjudicación del contrato a EULEN, por lo que sería innecesario el examen de la otra pretensión, basada en las irregularidades de la aplicación de los criterios de adjudicación.

El primer motivo de exclusión de la oferta de AITA MENNI alegado es el incumplimiento del apartado XV del PBT al no prever el plan de mantenimiento de los jardines de la residencia. Sobre este particular, los pliegos del contrato, que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma, establecen lo siguiente:

Apartado XV del PPT (Plan de mantenimiento):

“Las licitadoras habrán de presentar, como uno de los contenidos de carácter obligatorio del sobre B de su oferta, un Plan de Mantenimiento de los siguientes elementos:

(...)

- Sus pertenecidos (jardines, anexos)

(...)

El Plan de Mantenimiento requerido en la oferta concretará todas y cada una de las operaciones de mantenimiento preventivo a realizar a lo largo de la vigencia del contrato con especificación de la naturaleza de cada operación, la periodicidad o fecha de realización prevista y el tipo de agente que la realizará, que podrá ser un profesional propio de la empresa contratante o un profesional ajeno contratado al efecto

(...)

Dichas operaciones deberán registrarse y evidenciarse mediante su incorporación en el Sistema de Información definido en la cláusula XVI del presente pliego.

(...)”

El motivo de impugnación debe desestimarse; como bien señalan el Ayuntamiento y el adjudicatario, la oferta técnica de este último (páginas 125,



128, 130, 131 y 132) contiene la información requerida por el PPT y es suficiente para evaluar la oferta; en particular, en la página 125 se señalan las tareas de jardinería, horticultura y acuarios y su periodicidad, y la página 128 indica que la empresa cuenta con un área de jardinería. Por otro lado, la obligación de registrar las operaciones de mantenimiento afecta al contratista, esto es, al adjudicatario del contrato, y no al licitador, por lo que no puede condicionar la admisión o inadmisión de su oferta.

El segundo motivo de impugnación es el incumplimiento del número de horas de Dirección del centro previstas en la documentación contractual (1.892, desglosadas en 1592 para la residencia y 300 para el centro de día). Además de que el propio documento señala que estas cifras son aproximadas, de las páginas 88, 89, 90 y 91 de la oferta técnica de AITA MENNI se deduce que la alegación es infundada, ya que se ofrecen 2.125 horas para la residencia y 526 para el centro de día, sumando las dedicaciones de la directora y del responsable (es decir, un total de 2651 horas). Consecuentemente, este motivo de recurso debe igualmente rechazarse.

DÉCIMO: El recurrente alega que dos de los criterios de adjudicación se han aplicado arbitrariamente, desglosando la totalidad de los puntos atribuidos en varios subcriterios no previstos en el pliego, cuyo conocimiento previo habría podido implicar un contenido distinto de sus ofertas. Con respecto al tema de los subcriterios, este OARC / KEAO ha señalado, en síntesis (ver, por todas, las Resoluciones 127/2013, 18/2015 y 63/2017), que es posible que la ponderación global atribuida a un criterio sea posteriormente repartida entre varios subcriterios de adjudicación siempre que con ello no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04, CLI:EU:C:2005:718); en este



sentido, es esencial que la configuración y ponderación de estos criterios secundarios sea coherente con el principio de transparencia y no sorprenda a los licitadores con un factor decisivo para la adjudicación del contrato no previsible antes de la presentación de las ofertas. Hay que añadir que el desglose en subcriterios debe tener en cuenta también una regla básica de la aplicación de cualquier criterio de adjudicación cuya evaluación, como es el caso, está sometida a un juicio de valor, como es el respeto a los elementos reglados del mismo (ver, por ejemplo, la Resolución 72/2017 del OARC / KEAO).

Contrastada esta doctrina con el criterio de adjudicación Igualdad lingüística: propuesta de acciones dirigidas a la consecución del índice de preceptividad, el primero cuyo desglose en subcriterios se impugna y con una ponderación total de 5 puntos, se observa que cuatro de los cinco subcriterios aplicados no son aceptables, en concreto, los denominados Experiencia de la empresa en Planes de Euskara, Propuesta metodológica y estructural para el seguimiento del plan de acción, Que las propuestas sean realizables y puedan ser desarrolladas dentro del periodo de duración del contrato y Dar prioridad a la lengua de servicio. Aunque los cuatro subcriterios tienen alguna relación con la promoción del uso del euskera en el contrato, debe tenerse en cuenta que el criterio de adjudicación era más concreto, pues se circunscribía a las acciones dirigidas a la consecución del índice de preceptividad. Este fondo parcialmente reglado del criterio no es respetado por el subcriterio de experiencia, ni por el que mide que las propuestas sean realizables, ni por el que hace referencia al seguimiento del plan de acción: ninguno de ellos es una acción, como pide el criterio de adjudicación, en el sentido de que no se trata de medidas que vaya a adoptar el contratista durante la ejecución de la prestación. El subcriterio del uso preferente de la lengua de servicio sí parece hacer referencia a una acción o medida concreta dentro de la ejecución del contrato, pero no se aprecia una vinculación directa con la consecución del índice de preceptividad.

Dado que los subcriterios alteran el contenido del criterio de adjudicación, son contrarios al principio de transparencia e introducen aspectos relevantes para la selección de la oferta más ventajosa desconocidos inicialmente por los



licitadores, cabe suponer racionalmente que el contenido de sus proposiciones hubiera sido distinto de haber sido tenidos en cuenta en el momento de elaborar las ofertas. Consecuentemente, no es correcta la valoración de este criterio en lo que se refiere a los cuatro subcriterios mencionados.

Debido a que la ponderación atribuida a los cuatro subcriterios citados es en total de 4 puntos y que, descontando las puntuaciones obtenidas en ellos por el adjudicatario y el recurrente (3,20 y 2,20 puntos, respectivamente), la diferencia global entre ellos es de 3,50 puntos, la aplicación incorrecta del criterio de Igualdad lingüística ha podido ser relevante para la adjudicación del contrato, debe anularse este último acto. A estos efectos, no es necesario analizar los subcriterios en los que se ha dividido el criterio de adjudicación Medidas concretas en materia de igualdad de mujeres y hombres, ya que esta conclusión no variaría incluso en el caso de que se apreciara que dicha división es adecuada.

Si bien en principio la anulación de la adjudicación debiera acompañarse de la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva valoración ajustada al contenido del criterio de adjudicación, tal cosa no es posible porque dichas actuaciones ya no podrían respetar la obligación de que se valoren separada y sucesivamente los criterios discrecionales y los sujetos a aplicación mediante fórmula, como pide el artículo 150.2 del TRLCSP, trámite esencial cuya omisión implicaría nulidad de pleno derecho. Por ello, debe cancelarse la licitación. Esta disposición es congruente con la petición del recurso, que solicita también la nulidad del procedimiento de licitación.

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, 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 EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de residencia y centro de día de la residencia San Martín Egoitza para personas mayores de Oñati”, tramitado por el Ayuntamiento de Oñati, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 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.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko otsailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de febrero de 2018