



**Erref / Ref:** Recurso Especial ARQUISOCIAL, S.L. contra nueva adjudicación de la Gestión Servicio Ayuda a Domicilio para la zona rural del T.H.A. Lotes 2 y 3

**Esp Zenb / N° exp:** 2014/01- RE

## **RESOLUCIÓN Nº 6/2014**

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de junio de 2014

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Alava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad ARQUISOCIAL, S.L. contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social, de fecha 27 de mayo de 2014, de adjudicación de la Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural del Territorio Histórico de Alava. Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra)

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. A.C.F., en representación de ARQUISOCIAL, S.L.; y como DEMANDADO el INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL DE ALAVA, siendo el órgano de contratación el Consejo de Administración del citado Instituto, y el tramitador del expediente el Área de Contratación y Régimen Jurídico (Expte. 23/12).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social, de fecha 28 de diciembre de 2012, se aprobó el expediente de contratación, por procedimiento abierto, de la Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural del Territorio Histórico de Alava, compuesto por cinco (5) Lotes relativos a cada una de las zonas objeto de prestación, con un presupuesto de 8.444.977,42 €, más 337.799,10 € (IVA 4%), lo que hace un total de 8.782.776,52 €, y un plazo de ejecución de un año, pudiendo ser objeto de prórrogas anuales o por periodo inferior sin que la duración total del contrato pueda exceder de diez años.

**SEGUNDO.-** El anuncio de licitación de la presente contratación se publicó el 4 de enero de 2013 en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava y en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava.

**TERCERO.** Por Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 18 de febrero de 2014 se adjudicó el contrato a las siguientes empresas y precios unitario:



LOTE	EMPRESA	PRECIO/HORA
1 - Cuadrilla de Aiala Sector 1	Arabako Laguntza, S. Coop	21,46
2 – Cuadrilla de Aiala Sector 2	Arabako Laguntza, S. Coop	21,46
3 – Campezo-Salvatierra	Eulen Servicios Sanitarios, S.A.	29,38
4 – Añana-Zuia	Arabako Laguntza, S. Coop	26,42
5.- Cuadrilla de Laguardia	Eulen Servicios Sanitarios, S.A.	24,05

El Acuerdo de adjudicación se notificó a todos los licitadores mediante Fax el 20 de febrero de 2014, quedando constancia de su recepción por todos ellos con esta misma fecha.

Con fecha 7 de febrero de 2014 se procede a la formalización del contrato con las empresas adjudicatarias.

**CUARTO.-** El 12 de marzo de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Alava el escrito de ARQUISOCIAL, S.L., de interposición de recurso especial en materia de contratación dirigido al Organismo Foral de Recursos Contractuales, contra el citado Acuerdo de adjudicación de fecha 18 de febrero de 2014, en el que realizan las siguientes alegaciones:

Como cuestión previa el recurrente indica la procedencia del recurso especial en materia de contratación debido a que el contrato, aunque ha sido calificado como de gestión de servicios, al tener por objeto el servicio de ayuda a domicilio debe considerarse como un contrato de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 10 y su remisión al Anexo II del TRLCSP, en cuyo caso el acto de adjudicación es susceptible de recurso especial.

En cuanto al plazo de interposición del recurso indican que, dado que en la notificación del acto administrativo no se proporcionaba el pie de recurso adecuado, debe acudir a lo dispuesto en el artículo 58.2 LRJPAC para las notificaciones defectuosas, por lo que no debe considerarse su interposición como extemporánea.

A continuación realiza las siguientes alegaciones relativas al acto de adjudicación:

En primer lugar alega la falta de motivación del acto de adjudicación del contrato al no ser posible apreciar las concretas puntuaciones asignadas a todos y cada uno de los licitadores concurrentes a los diversos lotes objeto de licitación.

En segundo lugar señala la falta de concreción, tanto en el Cuadro de Características como en el momento de valoración de las ofertas, de las puntuaciones asignadas a cada uno de los aspectos contenidos en los criterios de adjudicación subjetivos y aplicadas a cada una de las empresas ofertantes en cada uno de los lotes.

En tercer lugar alega la ausencia de un proceso valorativo de los criterios sujetos a juicios de valor ya que el informe de valoración se limita a hacer una descripción del contenido de los proyectos, pero no aporta ninguna función ni argumento de análisis valorativo sobre las puntuaciones otorgadas.

En cuarto lugar señala que la motivación de las valoraciones realizadas en los criterios subjetivos evidencian que las diferencias de puntuación no están justificadas.

En quinto lugar sostiene que se ha puntuado en exceso las mejoras propuestas por EULEN respecto a las suyas, en función de las diferencias cuantitativas y cualitativas de ambas.



Por último alega error de percepción en el informe de valoración referido a los proyectos de otras empresas como EULEN y URGATZI que plantean la relación y seguimiento entre el usuario del servicio y la empresa a través de la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa, lo que resulta contrario a la normativa reguladora de la prestación de Servicios de Ayuda a Domicilio (B:O:T:H:A: 133/1988), cuyo artículo 15 “Seguimiento” atribuye el mismo al IFBS a través de los Servicios Sociales Municipales, y el artículo 16 “Revisión” dota de estas potestades exclusivamente al IFBS.

En base a las cuestiones alegadas solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de anterior a la valoración de los criterios de adjudicación subjetivos a fin de que se realice una nueva valoración de los Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra)

Asimismo solicita la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación.

**QUINTO.-** Mediante Resolución N° 3/2014, de 9 de abril, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales estimó parcialmente el recurso especial interpuesto por ARQUISOCIAL, S. L., anulando el Acuerdo de adjudicación del contrato y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas de los Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra), de forma que sea eliminada la valoración del criterio 3.- *Innovaciones aportadas y propuestas de mejora (hasta 6 puntos)*.

Asimismo se anularon los contratos del Lote 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) perfeccionado con la empresa ARABAKO LAGUNTZA, S. Coop. y del Lote 3 (zona de Campezo-Salvatierra) perfeccionado con la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A.

**SEXTO.-** En reunión de la Mesa de Contratación de fecha 23 de abril de 2014 se procede a obtener las nuevas puntuaciones, una vez eliminada la valoración del criterio 3.- *Innovaciones aportadas y propuestas de mejora (hasta 6 puntos)*, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 3/2014, de 9 de abril, de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

**SEPTIMO.-** Por Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 27 de mayo de 2014 se adjudicó nuevamente el contrato de Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural del Territorio Histórico de Alava. Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra), a las siguientes empresas y precios unitario:

LOTE	EMPRESA	PRECIO/HORA
2 – Cuadrilla de Aiala Sector 2	Arabako Laguntza, S. Coop	21,46
3 – Campezo-Salvatierra	Eulen Servicios Sanitarios, S.A.	29,38

El Acuerdo de adjudicación se notificó a todos los licitadores mediante Fax el 28 de mayo de 2014, quedando constancia de su recepción por todos ellos con esta misma fecha.

**OCTAVO.-** El día 12 de junio de 2014 tiene entrada en el Registro del Instituto Foral de Bienestar Social el anuncio de interposición por parte de ARQUISOCIAL, S.L. de recurso especial en materia de contratación contra el citado Acuerdo de adjudicación de 27 de mayo de 2014.

El día 13 de junio de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Alava el escrito dirigido al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de interposición por



parte de ARQUISOCIAL, S.L. de recurso especial en materia de contratación contra el citado Acuerdo de adjudicación de 27 de mayo de 2014.

El 18 de junio de 2014 el IFBS dio traslado a este Órgano Foral del expediente administrativo, junto con el correspondiente informe en el que indican que las cuestiones planteadas en el recurso ya fueron planteadas en el anterior recurso, por lo que se ratifican en el anterior informe emitido el 21 de marzo de 2014 en respuesta a las alegaciones del primer recurso de Arquisocial, S.L. . El Área de Contratación y Régimen Jurídico del IFBS se ha ceñido exclusivamente a las directrices establecidas en la Resolución del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales Nº 3/2014.

**NOVENO.-** El 16 de junio de 2014 este Órgano Foral dio traslado del recurso al resto de licitadores en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46.3 TRLCSP. Dentro del plazo establecido al efecto se han presentado alegaciones por las siguientes empresas:

- EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. alega la inadmisibilidad del recurso por plantear las mismas cuestiones que en su anterior recurso y que fueron rechazadas por este Órgano. La valoración de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor realizada por el órgano de contratación ha sido correcta y motivada sin que el recurrente haya probado lo contrario.

Alega también la mala fe del recurrente que solicita la suspensión de la adjudicación con la torticera intención de retrasar aún más el relevo en un servicio que presta hasta ahora, lucrándose indebidamente al facturar un servicio que debería estar siendo prestado por las nuevas adjudicatarias.

En base a lo expuesto solicita la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del recurso interpuesto.

- ARABAKO LAGUNTZA, S. COOP. alega que el recurrente no cuestiona la valoración del alegante en el Lote 2, por lo que solo afectaría al lote 3. No es cierto que Arquisocial haya obtenido la misma puntuación en los diferentes proyectos, indicando las diferentes puntuaciones en los lotes 2 (41,12) y 3 (42,30). Aunque se alega que la puntuación de los distintos proyectos es la misma solo ha sido objeto de recurso el expte 23/2013. Parece que la recurrente confunde el sumatorio total con las valoraciones parciales, haciendo una lectura interesada de las valoraciones totales, sin tener en cuenta las diferentes valoraciones parciales. Aún en el caso de que las proposiciones de las empresas Eulen y Urgatzi quedaran fuera, la adjudicación del lote 2 seguiría correspondiendo a Arabako Laguntza. De la anulación de las puntuaciones del criterio de mejoras el orden de adjudicación según el resultado final de las valoraciones no varía.

En base a lo expuesto solicita la desestimación del recurso interpuesto.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Este Órgano Foral de Recursos Contractuales es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del TRLCSP y con el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de setiembre.

**SEGUNDO.-** Resulta acreditada la legitimación de la empresa ARQUISOCIAL, S.L para la interposición del recurso especial y su representación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP

**TERCERO.-** El licitador recurrente ha remitido al órgano de contratación el anuncio de



interposición del recurso especial.

El recurso ha sido presentado dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 b) del TRLCSP

**CUARTO.-** Al tratarse de un contrato calificado de servicios en la Resolución Nº 3/2014, de 9 de abril, de este Órgano Administrativo, cuyo valor estimado es superior a 207.000 € y estar comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, dicho contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP

**QUINTO.-** En el presente recurso se impugna un Acuerdo de adjudicación dictado tras la anulación por este Órgano del anterior Acuerdo de adjudicación (en el que se resolvió que sea eliminada la valoración del criterio de adjudicación de mejoras por no resultar ajustado a derecho). La anulación del primer Acuerdo de adjudicación vino propiciada por la resolución del recurso especial interpuesto por el también ahora recurrente. En el presente recurso reproduce los argumentos y pretensiones que ya realizó en su primer recurso, dejando ahora de lado algunas cuestiones de las expuestas en aquél momento para centrarse en dos de ellas. Además se realizan alegaciones sobre el contenido de la Resolución de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales 3/2014, por la que se resolvió su primer recurso. El contenido del recurso puede resumirse en los siguientes términos:

- Como cuestión previa indican albergar serias dudas sobre la procedencia del recurso especial en materia de contratación que se indica en el Acuerdo recurrido. Asimismo señalan que al entender que la Resolución 3/2014 de este Órgano Administrativo no es ajustada a derecho, han interpuesto recurso contencioso administrativo frente a la misma.
- Consideran que ha existido una manifiesta arbitrariedad del órgano de contratación en la valoración de las ofertas al otorgar la misma puntuación a proyectos técnicos diferentes presentados en la licitación del contrato objeto del presente recurso (Expte. 23/2012) y en la licitación de la prestación del SAD en el municipio de Vitoria-Gasteiz (Expte. 22/2012). El recurrente, además de utilizar la misma argumentación que empleó en su primer recurso para justificar sus alegaciones, añade ahora nuevas valoraciones que muestran su disconformidad con lo recogido en la Resolución 3/2014 de este Órgano Administrativo en respuesta a su primer recurso.

Coincide asimismo con el primer recurso la petición que realiza ahora de retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de los criterios subjetivos

- Considera que los proyectos ofertados por las empresas EULEN y URGATZI incurren en un planteamiento que supone una situación de ilegalidad que, como el propio recurrente indica, ya fue puesto de manifiesto en el primer recurso, al haberse valorado a las citadas empresas aspectos que contravendrían la normativa aplicable al SAD, por establecerse la relación y seguimiento entre el usuario del servicio y la empresa a través de la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa, cuando dicho seguimiento está asignado al IFBS.

Si bien en el primer recurso se alegaba error en la valoración de estos aspectos a las citadas empresas, quedando subsumida su petición en la realizada con carácter general (retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de los criterios subjetivos), ahora se añade una nueva petición consistente en que se excluya a los licitadores EULEN y URGATZI por contravenir sus proyectos la normativa del SAD y el Pliego de Condiciones Técnicas.



- Por último en el presente recurso se alega la falta de congruencia de la Resolución de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales 3/2014, al no tener en cuenta lo interesado por el recurrente, que no solicitó la anulación de dichas mejoras por no estar suficientemente delimitadas en cuanto a su contenido valorable, como así se resolvió, sino que solicitó que las mejoras ofertadas por la empresa EULEN merecían una puntuación inferior, comparativamente a las presentadas por ARQUISOCIAL.

**SEXTO.-** De las alegaciones efectuadas en el presente recurso cabe analizar dos aspectos principales que son, por un lado, los efectos de la reiteración de las alegaciones ya efectuadas en un primer recurso en las que, impugnando idénticas cuestiones en base a los mismos argumentos, se ha incluido una nueva petición de exclusión de dos licitadores y, por otro lado, los efectos de las alegaciones efectuadas a la Resolución de este Órgano Administrativo 3/2014, por la que se resolvió el primer recurso interpuesto.

En lo que se refiere a la impugnación de las mismas cuestiones con reiteración de las alegaciones ya efectuadas en su primer recurso y que fueron resueltas en la citada Resolución 3/2014, no procede ahora realizar una nueva revisión de las mismas por cuanto se ha producido el efecto de cosa juzgada en vía administrativa y, como ya se le indicó en la citada Resolución, solo tiene abierta la vía del recurso contencioso administrativo para hacer valer sus pretensiones, tal y como establece el artículo 49 del TRLCSP.

El efecto de cosa juzgada resulta de aplicación al ámbito administrativo a la vista de la doctrina emanada del Tribunal Supremo en diversas sentencias. Así la Sentencia de 29 de mayo de 1995 se pronuncia respecto a que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. Asimismo la Sentencia de 12 de junio de 1997 se pronuncia en similares términos cuando indica que las resoluciones que concluyen los procedimientos administrativos tienen *“ paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resultado o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

La cosa juzgada material es la situación jurídica en que se encuentra una determinada controversia cuando se ha dictado por el organismo jurisdiccional competente una resolución *“con fuerza o autoridad de cosa juzgada material”*. La finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente y que sobre una misma cuestión que afecta a unas mismas partes recaigan sentencias contradictorias o bien se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2011).

El efecto que produce la Resolución de este Órgano Administrativo 3/2014, por la que se resolvió el primer recurso interpuesto, sobre las mismas pretensiones que ahora plantea el recurrente en un nuevo recurso, no puede ser otro que su inadmisión, y ello por motivos de seguridad jurídica, ya que de otro modo el recurrente estaría pretendiendo que sobre una misma cuestión que ya ha sido resuelta motivadamente por este Órgano, se dictara una nueva resolución con pronunciamientos diferentes y contradictorios respecto de la anterior, sin que las pretensiones y los argumentos del recurrente hayan variado, lo que, en buena lógica, es del todo improcedente. En este caso la función revisora de las pretensiones del recurrente solo puede ser ejercida ante la jurisdicción contencioso administrativa, como ya se le indicó al recurrente y de la que, según indica, también ha hecho uso.

En definitiva, el fundamento en el que se basa la figura de cosa juzgada es, por un lado, evitar que en procesos paralelos recaigan resoluciones contradictorias y, por otro lado, preservar la





seguridad jurídica, otorgando confianza en los efectos de los enjuiciamientos definitivos al evitar que las mismas controversias se prolonguen indefinidamente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 12/2011 y 48/2012 cuando indica que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues otra «*interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal*». Este es el criterio de la Resolución 25/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que mantiene la doctrina de la práctica totalidad de los Tribunales de Recursos Contractuales (por todas, la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 195/2012; Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 31/2011, 95/2012 y 13/2013 y Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía 256/2012).

El margen de actuación del órgano fiscalizador ante un recurso en el que se aprecia la existencia de cosa juzgada, según (entre otras muchas) la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011, es el siguiente: *“La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.”*

**SEPTIMO.-** El recurrente ha incluido en el presente recurso una nueva petición – la exclusión de dos licitadores - derivada de una misma cuestión que ya fue objeto de impugnación en su primer recurso y que es la siguiente: los proyectos ofertados por las empresas EULEN y URGATZI incurrir en un planteamiento que supone una situación de ilegalidad que, como el propio recurrente indica, ya fue puesto de manifiesto en el primer recurso, al haberse valorado a las citadas empresas aspectos que contravendrían la normativa aplicable al SAD, por establecerse la relación y seguimiento entre el usuario del servicio y la empresa a través de la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa, cuando dicho seguimiento está asignado al IFBS.

Si bien en el primer recurso se alegaba error en la valoración de estos aspectos a las citadas empresas quedando subsumida su petición en la realizada con carácter general (retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de los criterios subjetivos), ahora se añade una nueva petición consistente en que se excluya a los citados licitadores.

Para esta nueva petición se invocan los mismos fundamentos y similares argumentaciones y se alega la vulneración de la misma normativa que ya indicó en su primer recurso, añadiendo ahora que los proyectos también son contrarios a los pliegos que rigen la licitación. Ante ello procede analizar si el efecto de cosa juzgada alcanza a esta nueva petición en los términos que la ha planteado el recurrente.

Si bien la cosa juzgada es una cuestión que comparten los diferentes ámbitos materiales del derecho, en el ámbito del proceso contencioso administrativo esta cuestión adquiere unos matices específicos, precisamente porque la acción revisora se despliega sobre un acto administrativo. Como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011, *“la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto,*



*disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (STS, Sala 4.ª, de 22 mayo. 1980). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la causa petendi o el petitum de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada” .*

Una mayor aproximación al significado y alcance de los citados elementos - *la causa petendi o el petitum* – lo encontramos en el texto de la misma Sentencia cuando indica: “*Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión; y c) petitum o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada.*”.

En el presente caso resulta indudable la identidad subjetiva de las partes y la identidad respecto de la *causa petendi* o fundamento de la pretensión, lo que es reconocido y señalado expresamente por el propio recurrente, como antes se ha recogido, cuando indica que los proyectos ofertados por las empresas EULEN y URGATZI incurren en un planteamiento que supone una situación de ilegalidad que ya fue puesto de manifiesto en el primer recurso, al haberse valorado a las citadas empresas aspectos que contravendrían la normativa aplicable al SAD.

Por lo que se refiere al *petitum* – exclusión de los licitadores -, que es en principio lo que parece representar una nueva cuestión respecto al contenido del primer recurso (nueva valoración de los criterios de adjudicación subjetivos), dicho *petitum* debe ser examinado y contrastado con la extensión y amplitud que sobre dicho término se pronuncia la precitada STS, en la que lo define como la *conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada.*

En nuestro caso el recurrente reproduce en su alegación la situación de ilegalidad que representa el hecho de que el órgano de contratación haya valorado a dos empresas determinados aspectos que contravienen la normativa del SAD, por establecerse la relación y seguimiento entre el usuario del servicio y la empresa a través de la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa, cuando dicho seguimiento está asignado al IFBS. La conclusión a la que ahora llega (exclusión de los licitadores) según los hechos alegados, la realiza bajo su encuadre en la misma norma jurídica invocada anteriormente, que sigue siendo la normativa del SAD, añadiendo ahora que también resultan vulnerados los pliegos de condiciones técnicas en su apartado III “ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO Y PROCEDIMIENTO”, donde se establece que es el IFBS quien estudia la procedencia o no de prestación del servicio, elaborando el diseño de las intervenciones y realizando el seguimiento y evaluación de la atención prestada, y que la relación de la prestadora del servicio será siempre con el Servicio Social de Base.

Sin entrar en el fondo de la cuestión que ya fue resuelta en la resolución del primer recurso, en éste se señaló la correcta valoración de los aspectos que el recurrente tacha de ilegales, por cuanto que los proyectos ofertados por las empresas EULEN y URGATZI contienen propuestas organizativas que en ningún caso suplen la función inspectora que reside en el IFBS, sino que ayudan a complementar y facilitar las relaciones entre los usuarios, la empresa y el órgano de contratación, de cara a una mejor y más organizada y completa prestación del servicio, no habiéndose valorado aquellas aportaciones ofrecidas por las citadas empresas que se separan del criterio organizativo establecido en los pliegos. En concreto, la respuesta a esta cuestión fue, a la vista del informe emitido por el órgano de contratación, la siguiente:

*“Al respecto de lo alegado por el recurrente en este punto, señalar que la normativa del SAD actualmente vigente (BOTH A n° 133 del 20 de noviembre de 1998) no señala en ningún apartado que no deba existir entre usuario del servicio*





y la empresa prestataria del mismo relación y seguimiento materializado en la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa. Señala que el IFBS realizará el seguimiento directamente o a través de los SS. Municipales. Ello **no excluye los seguimientos a realizar por parte de las/los profesionales de las empresas.**

*En el apartado C.3 de los pliegos se señala que tareas de presentación y seguimiento conllevarán la coordinación con el/la trabajador/a social del IFBS. Igualmente en el apdo. III, punto 4 se señala el deber de las empresas prestatarias de “facilitar a la/el t. Social referente, en su caso al IFBS, cuanta información se requiera para poder realizar el seguimiento y valoración de la situación de cada caso, así como de un informe de carácter al menos trimestral, en el que se recoja un breve resumen relativo a la marcha e incidencias surgidas en la totalidad de los casos atendidos”. Por lo tanto a la empresa prestataria se le requieren también tareas de seguimiento.*

*Si bien es cierto que mientras en algunas comunidades estos cometidos son realizados de forma exclusiva y directa por las/los profesionales de las empresas prestadoras del servicio, en el IFBS entendemos que la responsabilidad de los seguimientos debe recaer sobre el/la trabajador/a social del IFBS, no considerándose una práctica habitual, el que las/los coordinadoras/es de las empresas, o sus trabajadoras/es sociales realicen visitas a domicilio con este motivo. Es por este motivo que no se ha valorado dicha aportación, sino que, tal y como se señala en el informe técnico de valoración del concurso, **estos aspectos precisan de modificación** (ver lo dispuesto en el primer párrafo de la pág. 13 del apartado de valoración correspondiente a EULEN, o lo dispuesto en el último párrafo de la pág. 22 del apartado de valoración correspondiente a URGATZI).”*

Si el recurrente quiere plantear ahora la exclusión de los citados licitadores en base a las proposiciones efectuadas por los mismos por entender que son contrarias a los pliegos que rigen la licitación, debemos poner de manifiesto que la trascendencia que adquiere el contenido de la oferta técnica que realizan los licitadores tiene dos vertientes. a) una, es la de servir al órgano de contratación para la valoración de los criterios de adjudicación aprobados en el expediente de contratación, y b) la otra, es para determinar las condiciones en que, de resultar adjudicatario, va a ejecutar la prestación.

La exclusión de una proposición en base a la oferta técnica presentada solo puede tener lugar cuando se acredite que su contenido incumple las obligaciones establecidas en las condiciones contractuales, en este caso, en el Pliego de Condiciones Técnicas. Si no resulta acreditado dicho incumplimiento, la consecuencia de incluir determinadas propuestas en la oferta técnica es que las mismas puedan o no puedan ser valoradas.

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas, que constituyen ley del contrato, determinan las obligaciones exigidas por el órgano de contratación como definidoras del servicio objeto de la contratación y aquellas instrucciones de carácter técnico que han de regir la ejecución de la prestación. Las primeras son exigibles a toda oferta técnica, pues su incumplimiento supondría la no aceptación de los términos del contrato en el momento de la presentación de la oferta y por ello determina su exclusión, las segundas van dirigidas a la ejecución de la prestación y son solo exigibles al adjudicatario, en un momento posterior al de selección de la oferta.

En el caso que examinamos, las ofertas realizadas por las empresas EULEN y URGATZI relativas a la figura de los coordinadores/trabajadores sociales de la empresa para una relación y seguimiento entre el usuario del servicio y la empresa, no incumplen ninguna de las obligaciones exigidas en el Pliego de Condiciones Técnicas, por lo que en ningún caso pueden ser objeto de exclusión por ofertar dichas prestaciones. La única consecuencia que pueden provocar es que sean o no objeto de valoración y que, como ya hemos visto, algunas fueron



convenientemente valoradas por la mesa de contratación y ratificadas por el órgano de contratación, y otras no fueron valoradas, debiendo modificarse, en su caso, la prestación en la fase de ejecución del contrato.

Al margen de las cuestiones anteriores, y a la vista de las circunstancias que concurren en la nueva petición que ahora realiza el recurrente, lo que se está rebatiendo y planteando como cuestión nueva trae su consecuencia en la respuesta que se dio a esta alegación en la Resolución 3/2014 de este Órgano, por la que se resolvió el primer recurso, donde se le indicó que la valoración realizada a estas cuestiones es conforme a los correspondientes apartados del Pliego de condiciones técnicas, alegando ahora el recurrente que los proyectos de los licitadores antes citados no se ajustan a lo establecido en dichos Pliegos y solicitando su exclusión.

A la vista de lo indicado no puede entenderse que ésta nueva petición que realiza el recurrente en el presente recurso reúna los requisitos exigidos para que puedan alterarse los efectos de cosa juzgada aludidos anteriormente, pudiendo haber llegado a la misma conclusión y, por tanto, haber efectuado la misma petición en el primer recurso. En consecuencia, esta nueva petición no altera los límites en los que se desenvuelve la cosa juzgada relativos a la identidad de sus elementos subjetivos y objetivos.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de marzo de 2011 cuando indica: *“Lo anterior debe completarse con la doctrina de esta Sala que ha venido considerando de forma reiterada que la cosa juzgada se extiende también: a) a la subsanación de aquellos errores ocurridos en el pleito anterior, ya que como afirma la sentencia de 10 junio 2002, "D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-1996, 3-5-2000 y 27-10-2000”*.

Y por lo que se refiere al hecho de que ahora el recurrente esté rebatiendo los argumentos que le dio este Órgano Administrativo en la Resolución de su primer recurso y, a la vista de los mismos, plantear la misma cuestión en base a las mismas o similares consideraciones y apoyo normativo, realizando una ampliación en su fundamentación que le lleva también a una ampliación en su petición, tales cuestiones no pueden ser objeto de revisión en esta vía porque, como ya se le señaló en la Resolución 3/2014, el recurso procedente es el contencioso administrativo, como se indica en el apartado siguiente

**OCTAVO.-** El recurrente indica que ya ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso administrativo, no obstante, alegando dudas respecto a la posibilidad de interponer recurso especial, interpone también este último, de forma que pretende que dos instancias independientes se pronuncien sobre los mismos hechos.

Si bien podría admitirse que el recurrente tenga dudas sobre la posibilidad de plantear en este segundo recurso las mismas cuestiones relativas al acto de adjudicación que planteó en su primer recurso al habersele indicado la posibilidad de interponer con carácter potestativo el recurso especial en materia de contratación contra la nueva adjudicación, en ningún caso puede alegar dudas sobre que el contenido de la Resolución de este Órgano Administrativo 3/2014 pueda ser objeto de recurso especial cuando expresamente se le indicó como procedente exclusivamente el recurso contencioso administrativo. Además, la propia interposición del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución 3/2014 impide a este Órgano entrar a conocer y analizar las cuestiones que ahora están bajo el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Las dudas que sí se le plantean a este Órgano es que, a pesar de haber acudido a la vía



contencioso administrativa con las mismas pretensiones, el uso que simultáneamente ha hecho el recurrente del potestativo recurso especial en materia de contratación lo ha sido a la vista de los efectos que despliega su interposición por mandato del artículo 45 del TRLCSP, que son precisamente la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, y que el recurrente expresamente lo ha dejado indicado en su recurso bien remarcado y subrayado.

Esta suspensión del expediente de contratación reporta un indudable beneficio al recurrente por ser el actual adjudicatario del contrato del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural. Lote 3 (zona de Campezo-Salvatierra) que se encuentra en fase de prórroga hasta que comience la ejecución de los nuevos contratos, cuyo Lote 3 es precisamente uno de los que ha sido objeto del presente recurso especial. También resulta indudable que este beneficio que la suspensión del procedimiento le reporta al recurrente lo es en claro perjuicio de los adjudicatarios tanto del Lote 3 como del Lote 2, ambos objeto de este recurso.

A la vista de lo anterior, procede ahora valorar si nos encontramos ante un comportamiento temerario o aquél en el que interviene la mala fe. Se entiende que existe la mala fe cuando la conducta es maliciosa. Se entiende que puede existir temeridad simplemente por desconocimiento, por una conducta excesivamente vehemente, por impericia y motivos similares que llevan a aquel que actúa con temeridad a actuar apartándose claramente de la interpretación normal y ordinaria de las normas jurídicas. En el presente caso a este Órgano no le resulta acreditada la concurrencia en el recurrente de las circunstancias a que se refieren estos conceptos.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, procede la inadmisión del recurso especial presentado, por ARQUISOCIAL, S.L. contra el Acuerdo de fecha 27 de mayo de 2014, de adjudicación de la Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural del Territorio Histórico de Álava, Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra).

Por lo anteriormente expuesto, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente,

### **RESOLUCIÓN**

VISTOS los preceptos legales de aplicación, este Órgano Foral de Recursos Contractuales resuelve:

**PRIMERO.-** Inadmitir el recurso especial interpuesto por ARQUISOCIAL,S.L., contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de Álava de 27 de mayo de de 2014, de adjudicación del “Contrato para la Gestión del Servicio Público del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) para la zona rural del Territorio Histórico de Álava, Lotes 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y 3 (zona de Campezo-Salvatierra).

**SEGUNDO.-** Acordar el levantamiento de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación

**TERCERO.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los citados recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**CUARTO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la web de la Diputación Foral de Álava.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior



de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.