



**Erref / Ref:** Recurso Especial interpuesto por “CLECE, S.A.” contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, de 28/02/2017, de adjudicación de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

**Esp Zenb / N° exps:** 2017/8 –RE

### **RESOLUCION N° 12/2017**

En Vitoria-Gasteiz, a 10 de mayo de 2017.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial, en materia de contratación, interpuesto por D. José Manuel González Villalva, en representación de “CLECE, S.A.”, contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, de 28/02/2017, de adjudicación de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “CLECE, S.A.” y como DEMANDADO el INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL (IFBS), siendo el órgano de contratación el Consejo de Administración del IFBS y el tramitador del expediente de contratación el Área de Contratación y Régimen Jurídico de este Instituto (expte. 1/2016).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1°. El procedimiento de licitación del expediente para contratar el Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido el municipio de Vitoria-Gasteiz por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, se aprobó mediante Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de fecha 15 de marzo de 2016.

2°. Una vez realizada la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, con fecha 22 de diciembre de 2016, acordó la suscripción de la propuesta de adjudicación contenida en el



informe elaborado por el Área de Contratación y Régimen Jurídico, proponiendo como adjudicataria del lote 2 (Aldabe Iparralde) a “ARABAKO LAGUNTZA, S. COOP.”

3º. El Consejo de Administración del IFBS adopta Acuerdo, de 28/2/2017, adjudicando el servicio de ayuda a domicilio del lote 2 a “ARABAKO LAGUNTZA, S. COOP.”

4º. El 21 de marzo de 2017 “CLECE, S.A.” formula anuncio previo de la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, de 28/02/2017, de adjudicación de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

5º. Con fecha 21 de marzo de 2017 “CLECE, S.A.” presenta en la Diputación Foral de Alava escrito por el que interpone recurso especial contra el acto de referencia en el que solicita la nulidad de la adjudicación, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la atribución de las puntuaciones relativas al subcriterio denominado “Disponibilidad de protocolos de intervención desde el Servicio de Ayuda a Domicilio para situaciones con especial dificultad” del apartado “Aspectos de mejora e innovaciones al proyecto técnico”.

6º. Efectuado traslado del recurso a los otros licitadores para posibles alegaciones, con fecha 27 de marzo de 2017 la representación de “ARABAKO LAGUNTZA, S. COOP.” presenta escrito de alegaciones al recurso especial de “CLECE, S.A.”

7º. Con fecha 30 de marzo de 2017 este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales (OAFRC) acuerda la suspensión de la adjudicación del lote 2 de la de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

8º. En el expediente de este recurso contractual se han emitido los siguientes informes y alegaciones:

#### **1. Informe órgano tramitador del expediente contractual.**

Por escrito de 31 de marzo de 2017, el órgano tramitador del expediente contractual emite informe sobre el recurso en el que señala como fondo del asunto que “no es suficiente con que se pongan a disposición del programa una serie de protocolos de intervención, sino que éstos además deben de ser operativos”.

Añade que “con mayor o menor extensión, la totalidad de las empresas licitadoras con la única excepción de la recurrente han presentado un desarrollo de los protocolos presentados, que han posibilitado al órgano técnico valorador determinar su operatividad, por lo que a todas ellas se les ha otorgado en este apartado la máxima puntuación.”

#### **2. Alegaciones de “Arabako Laguntza S. Coop.”**



Con fecha 27 de marzo de 2017, la adjudicataria del servicio presenta escrito de alegaciones oponiéndose al recurso indicando que no se pueden valorar la operatividad de unos protocolos sin desarrollar, que el simple compromiso no puede considerarse suficiente como aportación de documentación que permita valorar las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación, que la puntuación se sustenta en el análisis de su desarrollo y operatividad, que se vulneraría el principio de igualdad si se valorara igual unos protocolos desarrollados frente al simple compromiso de su disposición y que no se puede alegar oscuridad o ambigüedad cuando las restantes licitadoras han entendido de manera igual las bases.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Constituye el **objeto** del presente recurso la impugnación de la adjudicación de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz., por Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, de 28/02/2017.

**SEGUNDO.** Este OFRC es **competente** para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre.

**TERCERO.** Por lo que se refiere a la **legitimación** de la recurrente, el artículo 42 del TRLCSP señala que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

La regla general es la participación en el procedimiento como requisito de legitimación para recurrir los actos administrativos en materia contractual por lo que se presupone el interés legítimo de la recurrente licitadora para impugnar la adjudicación del lote 2 de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD).

**CUARTO.** En cuanto al **plazo de interposición** del recurso, el artículo 44 del TRLCSP establece lo siguiente:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”



Esto es, el plazo de 15 días hábiles se computa a partir del siguiente a aquel al de la notificación del acto impugnado y la presentación ha de hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o del órgano competente para resolver el recurso.

Por ello y puesto que el acto de adjudicación fue recibido por la recurrente el 28 de febrero de 2017, el plazo para recurrir o “dies a quo” se inicia desde el siguiente 1 de marzo.

En cuanto al “dies ad quem”, a este recurso especial contractual es aplicable lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera c) de la 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en vigor desde 2-10-2016) sobre que “los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma” y, por tanto, en el cómputo de plazos su art. 30.2: “Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.”

En consecuencia, habiendo sido registrado el recurso con fecha 21 de marzo de 2017 se tiene por interpuesto en plazo dado que el plazo de 15 días hábiles para interponer el recurso o “dies ad quem” finalizaba en dicho día.

**QUINTO.** La única cuestión planteada por la empresa recurrente es la **valoración** de su oferta que entiende omitida en lo referente a la “Disponibilidad de protocolos de intervención desde el Servicio de Ayuda a Domicilio para situaciones con especial dificultad”, cuya valoración obtenida ha sido de cero puntos de un máximo de tres.

En relación con este motivo de impugnación, no cabe sino invocar la sentada jurisprudencia que sobre ella existe y que señala que en el ámbito de la contratación, la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de discrecionalidad técnica para verificar cuál sea justamente la “proposición más ventajosa” (STS 16-6-00, RJ 6022 y 23-6-00, RJ 6024). Ello no es obstáculo para afirmar que los Tribunales pueden valorar si la actuación de la administración en la valoración de los criterios de adjudicación ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (STS 18-7-00, RJ 7428 y 4-6-02, RJ 7927).

La recurrente sostiene que debería haber obtenido una puntuación de 3 puntos conforme al tenor literal de los pliegos, teniendo en cuenta que a cada protocolo podía otorgársele una puntuación de 0,50 puntos.

Frente a ello el órgano de contratación señala que la oferta presentada por la empresa recurrente se ha limitado a formular un compromiso de disponibilidad de protocolos de intervención sin añadir documentación que permitiera determinar su operatividad, motivo por el cual la puntuación otorgada es de cero puntos.



Vistas las posturas de las partes, procede examinar si la valoración realizada se ha ajustado a lo establecido en los pliegos. A estos efectos, es necesario reproducir los criterios de adjudicación U) del Cuadro de Características del Pliego que, en cuanto al objeto del recurso, interesa lo siguiente:

**“Evaluables mediante fórmulas: Hasta un máximo de 55 puntos PROPOSICION ECONOMICA - SOBRE A**

(...)

- **Aspectos de mejora e innovaciones al proyecto técnico (hasta un máximo de 16 puntos):**

(...)

- **Disponibilidad de protocolos de intervención desde el servicio de Ayuda a Domicilio para situaciones con especial dificultad, (0,50 cada protocolo, hasta un máx. de 3 puntos):**

Protocolo de atención a personas con enfermedad mental

Protocolo de atención a personas con trastornos de conducta

Protocolo de atención a personas con discapacidad intelectual

Protocolo de atención a personas con discapacidades sensoriales

Protocolo de atención a personas con grandes discapacidades y/o enfermedades degenerativas graves (ELA, Corea de Huntington...)

Protocolo de detección de malos tratos y/o violencia de género en el domicilio

No se puntuarán aquellos protocolos que no sean operativos dentro del servicio a prestar.”

En este apartado la oferta de la recurrente se valora en cero puntos al considerar que sólo se ha aportado un compromiso de disponibilidad, según consta en el Anexo I del informe de valoración de criterios evaluables mediante fórmulas de 13 de diciembre de 2016: “Se ha valorado con 0 puntos el apartado de protocolos presentado por la empresa Clece dado que se han limitado a nombrar un compromiso de disponibilidad de los mismos, no presentan un contenido que permita valorar su operatividad”.

Por ello, se trata de determinar si la consignación del compromiso de disponibilidad permite la obtención de la puntuación asignados a los mismos o si debiera haber sido desarrollado ya que conforme al criterio transcrito sólo se puntuarán los protocolos que sean operativos dentro del servicio a prestar puesto de lo que se trata es que los protocolos puedan ser valorados como operativos por la Administración.

Esto es, la redacción del criterio expuesto introduce un elemento de subjetividad al permitir valorar las ofertas en función de su operatividad para el servicio, no cabe, como pretende la recurrente, que se valore sin más un compromiso de disponibilidad carente de desarrollo porque ello daría lugar a que protocolos diferentes fueran valorados de igual manera, lo cual es contrario al principio de igualdad de trato, piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).



El deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las Directivas en materia de contratos públicos (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland), de manera que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar las ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia TJUE de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction), exigiendo dicho principio que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes (sentencia TJUE de 14 de diciembre de 2004, Arnold André).

En este punto interesa indicar que este Órgano entiende que la recurrente no se encuentra en una situación comparable a la de los demás licitadores por cuanto se limita a adjuntar un compromiso de disponibilidad de los protocolos, dicho criterio establece que no se puntuarán aquellos protocolos que no sean operativos de modo que un mero compromiso de los mismos se revela insuficiente.

Asimismo, el propio Pliego establece que en la cláusula 6.1 titulada “Sobre A: proposición económica y otros criterios evaluables mediante fórmulas” que “se aportarán, además, los documentos que permitan valorar las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación indicados en el apartado U) del Cuadro de Características como evaluables mediante fórmulas.”

Además, la interpretación del criterio transcrito no deja lugar a dudas cuando dentro del plazo de presentación de ofertas se hizo pública a través del perfil del contratante la respuesta que indicaba que “la oferta que se realice por parte de las empresas licitadoras se presentará de la forma que consideren más adecuada, pero teniendo en cuenta que será necesario que la referida oferta recoja todos los aspectos que se requieren en cada uno de los apartados para su valoración. Por otro lado, tal como se ha indicado en la pregunta 1 este criterio deberá presentarse en el Sobre A y no tiene limitación de hojas.”

Así lo entendieron los demás licitadores que desarrollaron los protocolos presentados, posibilitando valorar su operatividad, contrariamente a lo hecho por la recurrente a quien incumbía aportar la documentación que permitiera valorar la operatividad de los protocolos disponibles.

Por último, añadir que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.

Aludiendo a este principio la recurrente considera que no se encuentra justificada la diferencia en las puntuaciones otorgadas a ella y al resto de los licitadores, dado el carácter automático del citado criterio y que la mejora ofertada debiera haberse valorado en los mismos términos que a los demás licitadores.

A este respecto se constata que los restantes licitadores han recibido una puntuación de 3 puntos (la máxima por este apartado) en contraste con la puntuación de 0 puntos recibida por la



recurrente porque se ha limitado a nombrar un compromiso de disponibilidad de los mismos sin presentar un contenido que permita valorar su operatividad.

Los criterios de valoración son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación).

Al ser estos criterios los elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación que en el supuesto que nos ocupa justifica la puntuación de 0 puntos.

Esta puntuación viene permitida por la discrecionalidad técnica de la valoración que por lo expresado en el cuadro de características del pliego de cláusulas previene como contenido valorable la operatividad de los protocolos, no un compromiso de disponibilidad.

**SEXTO.** No se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, este OAFRC emite la siguiente

## RESOLUCIÓN

**PRIMERO.** Desestimar el recurso interpuesto por interpuesto por D. José Manuel González Villalva, en representación de “CLECE, S.A.” contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, de 28/02/2017, de adjudicación de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

**SEGUNDO.** Levantar la suspensión de la adjudicación del lote 2 de la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) en el Territorio Histórico de Alava incluido en el municipio de Vitoria-Gasteiz.

**TERCERO.** 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.

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.