



Erref / Ref: Recurso Especial “AGURE SERVICIOS GERIÁTRICOS S.A.” contra Acuerdo del Consejo de Administración del I.F.B.S de 27 de marzo de 2018, que excluye a dicha empresa del procedimiento de contratación de “servicios prestados para concertar 18 plazas residenciales para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz”.

Esp Zenb / N° exp: 2018/4- RE

RESOLUCIÓN 7/2018

En Vitoria-Gasteiz, a 19 de julio de 2018.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava (OAFRC) ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D^a. Yolanda Abril Luengo, en representación de la empresa “AGURE SERVICIOS GERIÁTRICOS, SA” contra el Acuerdo del Consejo de Administración del I.F.B.S de 27 de marzo de 2018, por el que se declara a dicha empresa excluida del procedimiento de contratación de “servicios prestados para concertar 18 plazas residenciales para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz”.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “AGURE SERVICIOS GERIÁTRICOS, SA” (en adelante, AGURE) y como DEMANDADO el INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL (en adelante, IFBS), siendo el órgano de contratación (OC) el Consejo de Administración de éste último.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Mediante Acuerdo de 8 de septiembre de 2017 el Consejo de Administración del IFBS aprueba el procedimiento de licitación del expediente 37/17 para la concertación de 18 plazas de atención residencial para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz (en adelante, CONTRATO), calificado como contrato de servicios, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un presupuesto máximo de 1.237.788,00 € (IVA 4% incluido).

Con fecha 12 de septiembre de 2017 tiene lugar la publicación de dicho expediente de licitación en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi y en el B.O.T.H.A. n° 107 de 18 de septiembre de 2017, estableciéndose como plazo para la presentación de ofertas cuarenta (40) días naturales a contar desde el día del envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea, estableciéndose como día límite para la presentación de ofertas el 23 de octubre de 2017.



SEGUNDO. – Con fecha 10 de octubre de 2017 la empresa RESIDENCIA TAGORE, SL presenta escrito indicando que le *“es totalmente inviable poder optar a 18 plazas, ya que las ocupaciones de las [plazas] tienen que ser inmediata”*. Motivo por el propone la posibilidad de *“realizar incorporaciones graduales de los residentes según haya plazas hasta completar las plazas adjudicadas con una limitación en el tiempo”*.

TERCERO. – Con fecha 23 de octubre de 2017 la empresa ALBERTIA CAMPUS presenta también escrito indicando su *“desistimiento en relación a Licitación”*; explicando que, *“si bien [su] voluntad era la de participar en dicha licitación, la obligatoriedad de tener las plazas disponibles en el momento de la adjudicación, imposibilita [su] participación”*.

CUARTO. – Con fecha 23 de octubre de 2017 la empresa AGURE presenta ante el Área de Contratación y Régimen Jurídico del Instituto Foral de Bienestar Social su correspondiente oferta, resultando ser la única empresa que concurre a dicha licitación.

QUINTO. – Con fecha 26 de octubre de 2017 la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre C “Requisitos técnicos” presentada por AGURE, única licitadora.

SEXTO. – Con fecha 17 de noviembre de 2017 el órgano de contratación requiere a AGURE que aclare los siguientes aspectos (literal):

- 1.- Especificación en la forma en que se replantean la distribución de plazas entre los diferentes centros de que dispone la empresa.
- 2.- Compromiso de disponibilidad de plazas a la finalización de la licitación.
- 3.- Forma de garantizar los ratios de personal exigidos en los correspondientes pliegos.
- 4.- Horarios de presencia de cada profesional en cada centro, y en concreto de enfermería, personal médico, trabajadora social, fisioterapeuta, ocupacional y psicólogo. Así mismo ratios de presencia de personal cuidador en cada centro de lunes a domingo.

Dicho requerimiento se notifica a AGURE con fecha 20 de noviembre de 2017; quien con fecha de entrada en el Registro del IFBS de 24 de noviembre de 2017 presenta en tiempo y forma la documentación relativa al requerimiento efectuado.

En relación con el punto 2 (*“Compromiso de disponibilidad de plazas a la finalización de la licitación”*), AGURE comunica (literal) que *“tiene prevista la terminación de las obras de la nueva ubicación en Marzo de 2018, por lo que una vez obtenidas todos los permisos para comenzar la actividad, [tendrían] disponibilidad de la totalidad de las plazas”*; y que *“si lo que se necesita es ir dando cobertura desde ya a las plazas licitadas [están] dispuestos a adquirir el compromiso de ir progresivamente poniendo a disposición de Diputación todas las plazas que vayan quedando disponibles antes de esa fecha, hasta completar las 18 plazas”*.

SÉPTIMO.– Atendidas las circunstancias concurrentes, y en virtud de las aclaraciones aportadas por AGURE, el Área de Contratación y Régimen Jurídico del IFBS emite *“Informe de fecha 7 de marzo de 2018 relativo a oferta realizada la empresa licitadora Agure Servicios Geriátricos; S.A.”* en el que se concluye que *“la oferta realizada por Agure Servicios Geriátricos, S.A. no es admisible de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145.1 y 3 TRLCSP, por no ajustarse la propuesta al pliego de cláusulas administrativas particulares y presentar variantes cuando no estaba previsto en el pliego y, por tanto entender que presenta más de una proposición, por lo que conlleva declarar desierta la licitación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3 TRLCSP, por no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren el pliego”*.



OCTAVO. – Según consta en el acta correspondiente, con fecha 8 de marzo de 2018 se constituye la Mesa de Contratación, y una vez examinado el *“Informe de fecha 7 de marzo de 2018 relativo a oferta realizada la empresa licitadora Agure Servicios Geriátricos; S.A.”* emitido por el Área de Contratación y Régimen Jurídico del IFBS, acuerda *“la suscripción de la propuesta de inadmisión de la oferta y declaración de desierta la licitación, contenida en el mismo, elevándola al órgano de Contratación”*.

NOVENO.– Con fecha de 16 de marzo de 2018 el Servicio de Intervención y Control de la Diputación Foral de Álava emite informe favorable sobre la inadmisión de la oferta presentada por AGURE SERVICIOS GERIÁTRICOS S.A., según los artículos 145.1 y 3 151.3 del TRLCSP, procediendo la declaración de desierta.

DÉCIMO.– Mediante Acuerdo del Consejo de Administración del IFBS de 27 de marzo de 2018 se resuelve *“inadmitir la oferta presentada por Agure Servicio Geriátricos, S.A. de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145.1 y 3 TRLCSP, por no ajustarse la propuesta al pliego de cláusulas administrativas particulares y presentar variantes cuando no estaba previsto en el pliego y, por tanto entender que presenta más de una proposición, lo que conlleva declarar desierta la licitación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3 TRLCSP, por no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*; así como *“declarar desierta la licitación [...] de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3, por ausencia de oferta admisible que se ajuste a los criterios del pliego”*; Acuerdo que es notificado a AGURE con fecha 16 de abril de 2018 (anexo nº 2 del escrito de recurso), y que es publicado en el BOTHA núm. 44 del miércoles 18 de abril de 2018.

UNDÉCIMO. – Mediante escrito de fecha 17 de abril de 2018, Dña. Yolanda Abril Luengo, en nombre y representación de Agure Servicios Geriátricos, S. A. (CIF A-01479252), anuncia en igual fecha ante el órgano de contratación su intención de interponer en tiempo y forma recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo del Consejo de Administración del IFBS de 27 de marzo de 2018 referido en el antecedente anterior (anexo nº 3 del escrito de recurso).

DUODÉCIMO.– Al mismo tiempo, y mediante escrito también de 17 de abril de 2018, presenta escrito ante el Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social solicitando, en los términos que constan en las actuaciones, *“que se le dé vista de todo el expediente de contratación nº 37/17”*.

DECIMOTERCERO. – Según consta en Diligencia de 24 de abril de 2018, D. Erlantz Agirre, en representación de la empresa licitadora AGURE, y en su condición de Letrado de la misma, comparece en igual fecha en las dependencias del IFBS para el *“visionado del expediente y del informe de valoración para la concertación de 18 plazas de atención residencial para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz. (expte 38/17) anunciado en el B.O.T.H.A. nº 107, de 18 de septiembre de 2017, en el perfil del contratante de la Diputación Foral de Álava y en el DOUE”*.

DECIMOCUARTO. – Según consta también en Diligencia de 25 de abril, D. Erlantz Agirre solicita, en relación con el expediente de referencia, copia: 1) del acta de apertura del sobre C de fecha 26 de octubre; 2) Informe del área de contratación y Régimen Jurídico de fecha 7 de marzo de 2018; y de la respuesta emitida por DFA en relación a los centros abiertos por AGURE; la cual le es entregada en el momento.



DECIMOQUINTO.– Con fecha de 8 de mayo de 2018 tiene entrada en el Registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGURE frente al Acuerdo del Consejo de Administración del IFBS de 27 de marzo de 2018 se resuelve *“inadmitir la oferta presentada por Agure Servicio Geriátricos, S.A. de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145.1 y 3 TRLCSP, por no ajustarse la propuesta al pliego de cláusulas administrativas particulares y presentar variantes cuando no estaba previsto en el pliego y, por tanto entender que presenta más de una proposición, lo que conlleva declarar desierta la licitación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3 TRLCSP, por no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*; así como *“declarar desierta la licitación [...] de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3, por ausencia de oferta admisible que se ajuste a los criterios del pliego”*.

DECIMOSEXTO.– Sucintamente expuestas, las alegaciones que AGURE articula en su escrito de recurso para la estimación de sus pretensiones son las siguientes: 1º. Que AGURE no ha introducido variantes en la oferta presentada en el sobre C (alegación 7.3); 2º. Que AGURE cumple todos los requisitos del pliego en cuanto a disponibilidad de plazas se refiere (alegación 7.3); y 3º. Que AGURE cumple los requisitos de habilitación, capacidad y solvencia (alegación 7.4).

DECIMOSÉPTIMO. – En virtud de las alegaciones expuestas en su escrito de recurso AGURE solicita que se dicte *“Resolución por la que, estimando el presente recurso, acuerde la improcedencia de la exclusión de AGURE, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a su exclusión, debiendo continuarse posteriormente con la tramitación de la licitación de conformidad con lo establecido en el “PCAP” que rige la licitación, con todo lo que demás proceda en Derecho”*.

DECIMOCTAVO. – Al mismo tiempo AGURE solicita en su escrito de recurso mediante otrosí el recibimiento a prueba del presente procedimiento interesando la práctica de la prueba que consta en el expediente.

DECIMONOVENO. – En su condición de órgano de contratación, el Área de Contratación y Régimen Jurídico del IFBS emite Informe con fecha 10 de mayo de 2018 relativo al recurso interpuesto por AGURE, en los términos que constan en las actuaciones.

DUODECIMO. – Con fecha 14 de junio se dicta Resolución nº 5 sobre la práctica de pruebas en el presente procedimiento.

A los antecedentes expuestos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, puesto en relación con el artículo 41 del TRLCSP, corresponde al OAFRC el conocimiento y la resolución del recurso interpuesto por AGURE frente al Acuerdo de 27 de mayo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social, por tratarse de un acto o resolución relativo a un procedimiento de contratación licitado por el IFBS, organismo autónomo adscrito al Departamento de Servicios Sociales de la DFA.



SEGUNDO. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello por cuanto, en virtud de lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP, la recurrente reúne la condición de persona jurídica que ha concurrido a la licitación de la que trae causa el presente recurso, resultando ser excluida de la misma en virtud del acuerdo impugnado, acreditándose la legal representación oportuna exigida por la ley.

TERCERO. A través del citado recurso se impugna el Acuerdo del Consejo de Administración del IFBS de 27 de marzo de 2018 se resuelve “*inadmitir la oferta presentada por Agure Servicio Geriátricos, S.A. de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145.1 y 3 TRLCSP, por no ajustarse la propuesta al pliego de cláusulas administrativas particulares y presentar variantes cuando no estaba previsto en el pliego y, por tanto entender que presenta más de una proposición, lo que conlleva declarar desierta la licitación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3 TRLCSP, por no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*”; así como “*declarar desierta la licitación [...] de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151.3, por ausencia de oferta admisible que se ajuste a los criterios del pliego*”; constituyendo un acto de trámite susceptible de recurso conforme al artículo 40.2.b) TRLCSP *in fine*, en tanto en cuanto determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento.

CUARTO. Según consta en los antecedentes, no habiendo transcurrido más de quince días hábiles desde el día siguiente a aquel en que se notificó a la recurrente el acto o resolución impugnado, que tuvo lugar en fecha 16 de abril de 2018, el recurso se ha interpuesto en el tiempo y forma legalmente establecidos en el artículo 44.2 del TRLCSP.

QUINTO. Con carácter previo, y como cuestión nuclear que preside el presente asunto, procede analizar si la oferta presentada por AGURE cumple con los requisitos exigidos y se ajusta al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el proceso de licitación del que trae causa el acuerdo impugnado; pues conviene recordar que los pliegos son la *lex contractus* y los que rigen, entre otras cuestiones, el proceso de licitación.

En este contexto resulta determinante la postura adoptada por AGURE en relación con el **compromiso de disponibilidad de las plazas ofertadas** a la fecha de adjudicación del contrato. Y ello por cuanto los licitadores tenían la obligación de incluir en sus ofertas un documento recogiendo el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales suficientes para llevarla a cabo adecuadamente, descritos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Así consta en el apartado “**1.- PRESENTACIÓN DE OFERTAS**” del Cuadro de Características, en el que se especifica expresamente, en relación con la documentación a presentar con el “**SOBRE C**”, cómo “**deberá incluirse el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para llevarla a cabo adecuadamente (Anexo VIII), descritos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que detallarán en su oferta**”.

El citado requisito y exigencia del compromiso de los licitadores de estar en condiciones de adscribir las plazas ofertadas a la ejecución del contrato – dentro del concepto “*medios materiales suficientes*” – no ofrece lugar alguno a la duda. Y la presentación de dicho compromiso en forma de documento, tampoco. Razón que, tal y como consta en el expediente, condujo a otras dos empresas interesadas - Albertia Campus, SL y Residencia Tagore, SL- en concurrir a dicha licitación a no participar por dicho motivo, esto es, por la “obligatoriedad de tener las plazas disponibles en el momento de la adjudicación”.

Llegados a este punto hay que dilucidar si AGURE incluyó en su oferta el reiterado documento de “compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y



materiales suficientes para llevarla a cabo adecuadamente (Anexo VIII), descritos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”, según se requería expresamente en el apartado “1.- PRESENTACIÓN DE OFERTAS” del Cuadro de Características. Y en virtud de los antecedentes y actuaciones obrantes en el expediente no cabe sino concluir que AGURE no incluyó en su oferta presentada dicho documento.

Tal omisión es motivo suficiente de exclusión sin que a los efectos que nos ocupan tenga relevancia alguna la aclaración solicitada por el OC de oficio sobre, entre otras cuestiones, el “*compromiso de disponibilidad de plazas a la finalización de la licitación*” pues dicho “requerimiento de aclaración” no es un instrumento apto para subsanar la falta de aportación de un documento cuya inclusión en la oferta era preceptiva por lo dispuesto en los Pliegos, y, cuya no inclusión, por tanto, impone la exclusión del licitador por incumplimiento de los mismos Pliegos.

Dicho de otra forma, ninguna incidencia puede tener en la exclusión acordada la aclaración solicitada por el OC -en relación con el compromiso de adscripción- pues si bien el OC puede solicitar aclaración sobre un documento presentado y existente no puede hacerlo sobre un documento que no existe por no haberse presentado con la oferta. Todo ello en aplicación de una consolidada doctrina del Tribunal Administrativo C, entral de Recursos Contractuales (por todas, la Resolución 151/2013, del TACRC, y todas las que en ella se citan, así como la Resolución del OARC / KEAO 119/2013) según la cual no es posible subsanar los errores de la documentación de la oferta.

Así las cosas no resulta necesario para resolver la presente controversia analizar las alegaciones del recurrente en relación con la legalidad o no de la aclaración o de la calificación como variante de lo propuesto en la contestación a la aclaración, pues la falta de aportación del compromiso de adscripción de medios, como se ha dicho y razonado, es motivo más que suficiente para confirmar el acto de exclusión impugnado.

Ahora bien, a mayor abundamiento de lo concluido, las manifestaciones de AGURE, en su escrito de 24 de noviembre de 2017, en lo referente al “*Compromiso de disponibilidad de plazas a la finalización de la licitación*” y según las cuales “*tiene prevista la terminación de las obras de la nueva ubicación en Marzo de 2018, por lo que una vez obtenidas todos los permisos para comenzar la actividad, [tendrían] disponibilidad de la totalidad de las plazas*”; y “*si lo que se necesita es ir dando cobertura desde ya a las plazas licitadas [están] dispuestos a adquirir el compromiso de ir progresivamente poniendo a disposición de Diputación todas las plazas que vayan quedando disponibles antes de esa fecha, hasta completar las 18 plazas*” evidencian no solo la corrección del acto impugnado con fundamento en la no inclusión en la oferta de un documento preceptivo (el compromiso de disponibilidad) sino también la falta de medios en la forma exigida por los Pliegos, esto es a la formalización del contrato, lo que resulta también de la prueba practicada en este procedimiento.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, la exclusión de AGURE del proceso de licitación es conforme a Derecho, toda vez que es incuestionable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los pliegos debe aparejar la exclusión de la oferta del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones fijadas previamente por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta, por cuanto se trata de características mínimas exigidas en el pliego como obligatorias y no como exigencias del pliego referidas a la ejecución del contrato (como alega la recurrente), habiéndose previsto expresamente esta circunstancia en los pliegos rectores de la licitación. Y en este contexto queda acreditado con suficiencia: 1º) que AGURE no incluyó



en su oferta presentada el documento de “compromiso de disponibilidad de las plazas” exigido en los pliegos; 2º) que tampoco lo hizo con ocasión del citado trámite de aclaraciones (que no debió realizarse por el órgano de contratación, en cuanto suponía, de facto, una subsanación de documentación no permitida por la normativa de aplicación); y 3º) que en ningún momento estuvo en condiciones de poder formalizar el compromiso requerido, conforme a la autorización de funcionamiento de la Residencia Agure-Ricallor.

SEXTO. Expuestas las anteriores consideraciones que conducen a la desestimación del recurso no procede analizar las restantes cuestiones planteadas por la recurrente.

SEPTIMO.- No se aprecian las causas o motivos que justifican la imposición de las multas previstas en el artículo 58.2 LCSP.

En virtud de lo todo lo anteriormente expuesto, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava emite la siguiente

RESOLUCION

PRIMERO. Desestimar el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D^a. Yolanda Abril Luengo, en representación de la empresa “AGURE SERVICIOS GERIÁTRICOS, SA” contra el Acuerdo del Consejo de Administración del I.F.B.S de 27 de marzo de 2018, por el que se declara a dicha empresa excluida del procedimiento de contratación de “servicios prestados para concertar 18 plazas residenciales para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz”.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, a los efectos de lo previsto en el artículo 58.2 LCSP.

La presente Resolución es definitiva en vía administrativa y conrea 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 su notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

