RECURSO 22/2022
RESOLUCIÓN 48/2022

Resolución 48/2022, de 6 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eulen, S.A., frente a la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de 3 de febrero de 2022, por la que se adjudica el servicio de limpieza e higienización para la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora: Complejo Asistencial de Zamora, Centro de Especialidades de Benavente, Escuela Universitaria de Enfermería y Edificio de antigua Gerencia de Área, como derivado del Acuerdo Marco para la homologación de las empresas que prestarán los servicios de limpieza en los bienes inmuebles utilizados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades adheridas, a la empresa Ohl Servicios Ingesan, S.A., expediente nº 2040001995-269/2021.

I
ANTECEDENTES

Primero.- El 25 de agosto de 2021 por Resolución de la presidenta de la Gerencia Regional de Salud se inició el expediente administrativo para llevar a cabo la contratación de los servicios de limpieza e higienización para la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora: Complejo Asistencial de Zamora, Centro de Especialidades de Benavente, Escuela Universitaria de Enfermería y Edificio de antigua Gerencia de Área, como derivado del Acuerdo Marco para la homologación de las empresas que prestarán los servicios de limpieza en los bienes inmuebles utilizados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades adheridas.

El valor estimado del contrato es de 12.542.478,42 euros.

Segundo.- El 30 de agosto de 2021 se realizó la petición de oferta vinculante (en adelante POV) a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público a las siguientes empresas:

Acciona Facility Services, S.A.
Brocoli, S.L.
Clece, S.A.
CLN Incorpora, S.L.
Eleroc Servicios, S.L.
Eulen, S.A.
Ferroser Servicios Auxiliares, S.A.
Fissa Finalidad Social, S.L.
Grupo Norte Agrupación Empresarial de Servicios, S.L.
Mitie Facilities Services, S.A.
Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A.
Limcamar, S.L.
Ohl Servicios Ingesan, S.A
Onet Iberia Soluciones, S.A.U.
Royal Clean, S.L.
Sacyr Facilities, S.A.

Tercero.- El 16 de diciembre de 2021 se procede a la apertura del sobre 2, relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas, de las empresas admitidas al procedimiento de adjudicación.

Se procede a comprobar si de acuerdo con lo establecido en el apartado 7 del Anexo 4B de la POV alguna proposición es anormal o desproporcionada y se constata que la proposición económica presentada por la empresa Ohl Servicios Ingesan, S.A. y por la empresa Sacyr Facilities, S.A., son inicialmente anormales o desproporcionadas dado que sus ofertas presentan un porcentaje de baja de 8,14 % y 5,06 % respectivamente.

El órgano de contratación acuerda requerir a las citadas mercantiles para que, en el plazo de 10 días hábiles justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de la oferta económica, mediante presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

El 13 de enero de 2022, la Directora de Gestión y SSGG de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora, emite informe sobre la documentación presentada por las expresadas empresas para justificar la situación de presunción de anormalidad de su oferta, y concluye que las mismas deben ser aceptadas por entender que son viables.

El 14 de enero de 2022 por Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud se acuerda aceptar las proposiciones de las empresas Ohl Servicios Ingesan, S.A., y Sacyr Facilities, S.A., por "haberse considerado viables al haber justificado el bajo nivel de precios en el estudio económico-financiero y el desglose económico que justifica el presupuesto de la oferta presentada".

Cuarto.- El 3 de febrero de 2022 por Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León se adjudica el contrato de referencia a la empresa Ohl Servicios Ingesan, S.A.

Quinto.- El 1 de marzo de 2022 Dña. xxx1, actuando en representación de Eulen, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación contra la resolución notificada el 8 de febrero de 2022, por la que se acuerda la adjudicación del contrato.

Sexto.- Se han recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 9 de marzo de 2022, en el que se opone a la estimación del recurso.

Séptimo.- El 9 de marzo de 2022 se confirió traslado del recurso a los licitadores a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho.

El 16 de marzo de 2022 la mercantil adjudicataria solicita, por los razonamientos contenidos en su escrito de alegaciones, la desestimación del recurso.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

II
FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación del recurrente para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto frente al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado (12.542.478,42 euros) es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

El recurso contra la adjudicación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

3º.- A la vista de la pretensión articulada, la solución del recurso exige determinar, con carácter previo, si la resolución de adjudicación carece de la debida motivación y, posteriormente, la supuesta existencia de errores en el informe de 13 de enero de 2022 en el que se concluye que la oferta de la adjudicataria debe ser aceptada por entenderse que es viable.

A) En relación a la falta de motivación de la resolución de adjudicación.

La mercantil recurrente funda la ausencia de motivación de la resolución de adjudicación en la falta de publicidad del informe de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora de 13 de enero de 2022, en el que se considera que la oferta de la mercantil adjudicataria es viable.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

En el recurso cuyo estudio nos ocupa, la citada recurrente dispone que: "tanto la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud, de fecha 14 de enero de 2022, por la que se aceptaron las proposiciones de OHL y SACYR que estaban incursas en baja temeraria, como la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud por la que se adjudica el contrato, hacen referencia al informe de Gerencia de Asistencia Sanitaria de 13 de enero de 2022, pero dicho informe no ha sido facilitado al resto de licitadores ni ha sido publicado en la Plataforma de Contratación. Y todo ello a pesar de que el citado informe era clave para conocer los motivos por los que se aceptaban las propuestas de las dos licitadoras que incurrían en baja temeraria y para la posterior adjudicación del contrato a OHL".

»El único modo por el que se ha tenido acceso a dicho informe ha sido a través de la solicitud de vista del expediente y, aun así, no se ha facilitado copia del mismo, sino que simplemente se ha dejado tomar nota. La falta de publicación del citado informe supone una vulneración del artículo 63.3.e) LCSP".

Concluye la recurrente afirmando que "se ha producido una clara vulneración del artículo 151 LCSP, ya que la resolución por la que se ha adjudicado el contrato no está debidamente motivada, no siendo válida aquí la motivación por remisión, puesto que no se ha puesto a disposición de todos los licitadores el informe de Gerencia de Asistencia Sanitaria de 13 de enero de 2022, al que aluden tanto la Resolución de adjudicación como la que da por válida la justificación de las bajas, se solicita la anulación de adjudicación, debiendo retrotraerse actuaciones al momento inmediatamente anterior a su producción a fin de que todos los licitadores puedan conocer los motivos por los que se ha adjudicado el contrato".

Por su parte el informe del órgano de contratación establece, respecto a la pretendida falta de motivación de la resolución de adjudicación, lo siguiente:

"La parte recurrente ha tenido acceso al contenido del informe, y ha podido de hecho reaccionar con garantías, formulando el presente recurso. Por otra parte, el hecho de no haberse facilitado copias y solo se haya permitido la toma de notas en el acceso al expediente de contratación,

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

es plenamente acorde con la doctrina y jurisprudencia aplicable a dicho acceso."

En los mismos términos que el órgano de contratación se pronuncia el escrito de alegaciones de la mercantil adjudicataria que manifiesta que "No ha existido ningún tipo de indefensión ni de vulneración en la tramitación del expediente de contratación dado que el recurrente ha tenido acceso al contenido del informe al habérsele concedido cuando ha solicitado la copia del mismo".

Sentadas las posiciones de las partes, partimos del análisis del citado artículo 63.3.e) de la LCSP que, en sede de perfil del contratante, establece que "En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:

e) El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato".

De lo expuesto, es evidente y no resulta discutido por las partes que el mencionado informe de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de 13 de enero de 2022 no ha sido publicado, tal y como exige el referido artículo 63.3.e).

Ahora bien, para determinar si estamos ante una omisión con efecto invalidante, deben analizarse las consecuencias que la misma tiene para los interesados y si verdaderamente se ha generado en el recurrente una situación de indefensión.

En cuanto a la posible nulidad o anulabilidad del acuerdo de adjudicación por la ausencia de publicidad del tan citado informe, conviene poner de manifiesto que, la LCSP no sanciona de forma específica el incumplimiento de dicha obligación. Es relevante señalar que, por el

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

contrario, la LCSP sí sanciona con nulidad de pleno derecho la vulneración del principio de publicidad en otra vertiente, al contemplar en su artículo 39.2 c) de la LCSP como causa de nulidad de Derecho administrativo la "falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135".

La reciente resolución nº1586/2021, de 12 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en un caso similar al que nos ocupa dispone que "Descartada la existencia de una causa de nulidad específica para este incumplimiento, debe rechazarse asimismo que el defecto invocado pueda considerarse generador de nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, por remisión del propio artículo 39 de la LCSP, o de anulabilidad en los términos del artículo 48 de la Ley 39/2015, al que se remite, a su vez, el artículo 40 de la LCSP. A dicha conclusión llegamos tomando en consideración que todos los licitadores han tenido pleno acceso al expediente y los documentos que lo conforman; es más, en el caso de la UTE recurrente se hizo efectivo en el mes de julio, lo que nos lleva a aseverar que no existe perjuicio irreparable (pues tampoco se alega), ni situación de indefensión que pueda conducir a apreciar en la falta de publicación un vicio de carácter invalidante".

Por tanto, la falta de publicidad del expresado informe no determina la nulidad de pleno Derecho o la anulabilidad del acuerdo de adjudicación impugnado.

En cuanto a la posible indefensión, el propio recurrente reconoce expresamente el acceso al contenido del informe y la posibilidad que se le otorgó de tomar notas del mismo, y por tanto, resulta acreditado que la expresada mercantil ha hecho uso de los derechos de acceso que le reconocen los artículos 138 y 52 de la LCSP y que no se le ha causado indefensión.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Finalmente, por lo que se refiere a la exigencia de remisión de una copia del citado informe, como de manera acertada dispone el informe del órgano de contratación "la RTACRC 1069/2019 relativa a los límites del acceso al expediente de contratación dispone que no existe regla especial en los procedimientos de licitación de LCSP que determine el derecho alguno de los licitadores a obtener copias del procedimiento, ni de las proposiciones de los demás licitadores, ni justificación de la baja, no siendo aplicable supletoriamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sino un sistema de acceso al expediente previsto en el artículo 16 del Real Decreto 814/2015, Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en relación con su artículo 29.2 que prevé la expedición de copias solo en lo que sea necesario para ejercer el derecho de defensa".

En el caso que nos ocupa, la recurrente ha tenido acceso al informe, ha podido tomar notas del mismo y, por tanto, podemos presumir que la falta de obtención de una copia no ha vulnerado su derecho de defensa.

B) En relación al carácter arbitrario y a la presencia de errores en el informe de la de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de 13 de enero de 2022.

La mercantil recurrente afirma que el informe adolece de una serie de errores e incurre en arbitrariedad.

En primer lugar, considera que existe "Arbitrariedad del órgano de contratación al admitir que OHL parta de unos costes de personal inferiores a los previstos en la POV" y señala que "OHL ha ofrecido unos costes de personal inferiores a los previstos en la POV, si la POV prevé 10.303.198,46 euros, OHL parte de un coste de personal de 10.127.894,46 euros. Además, OHL también ha ofrecido unas horas de personal superiores a las previstas en la POV. Lo más sorprendente es que el informe no contiene ninguna referencia sobre estos aspectos, cuando el coste de personal es clave a la hora de determinar el precio de cada uno de los licitadores, puesto que el precio ofrecido es el resultado de multiplicar el margen operativo por los costes de personal. Por tanto, se ha de partir de la base de que los costes de

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

personal son los mismos para todos los licitadores, puesto que lo contrario supondría que no se está en igualdad de condiciones.

En segundo lugar, sostiene la recurrente que la adjudicataria " ofrece más horas de las previstas en el Pliego, en concreto, ofrece 186.810,50 horas/año" y considera que "OHL está ofreciendo precios por debajo de convenio, ya que la POV es clara cuando señala que para calcular el coste de personal se ha tenido en cuenta el número mínimo de horas y el convenio de aplicación, de tal modo que, ofrecer un mayor número de horas a un menor precio implica un incumplimiento del convenio colectivo de aplicación".

Finalmente, manifiesta que "se han producido errores en el margen operativo ofrecido por OHL. En el caso de OHL este margen operativo es de 5,69 %, de tal modo que, de la operación de multiplicar el coste de personal (10.303.198,46 euros), por el margen operativo (5,69 %), tendría que dar como resultado, en el caso de OHL, 586.251,99 euros. Sin embargo, en la oferta de OHL figura como "importe de la oferta de margen operativo (a x b)": 585.763,83 euros. Este error no ha sido advertido por el órgano de contratación ni por el Informe de Valoración.

»Asimismo, según se ha podido constatar, en el informe se hace un desglose de un margen operativo de 900.666,29 euros, lo cual resulta de todos modos incomprensible, puesto que si ofrece como margen operativo 5,69 %, el importe de la oferta de OHL tiene que ser 586.251,99 euros y se tiene que hacer el desglose a partir de esa cifra y no de los 900.666,29 euros.

»El hecho de que en el Informe de Valoración figure un margen operativo de 900.666,29 euros, entendemos que obedece a que, en su justificación, de la que mi representada no ha podido tomar vista por haber sido declarada confidencial, OHL ha señalado que éste es su margen operativo, cuando no es así. Si en su justificación de la oferta OHL ha señalado como margen operativo 900.666,29 euros en vez de 585.763,83 euros, como figura en su oferta, OHL habría modificado su oferta aprovechando la justificación de la misma".

Por su parte, el informe del órgano de contratación considera que "la empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A. presenta una oferta que coincide,

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

en cuanto a costes de personal, con el presupuesto máximo de licitación (10.303.198,46 €), por lo que quedan aseguradas las obligaciones salariales derivadas del convenio colectivo de aplicación. Hay que tener en cuenta que la oferta forma parte del contenido obligacional de los contratos administrativos, por lo que debe ser cumplida de forma estricta por los adjudicatarios.

»El motivo por el que se acepta la baja temeraria de la empresa OHL es porque en su oferta respeta los costes salariales estimados en el presupuesto de licitación, que son de obligado cumplimiento, según lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, en relación con el artículo 149.4.d) del mismo texto legal".

»Los licitadores pueden, tal y como sostiene OHL, dimensionar los costes de personal de la manera que estimen más oportuna, siempre y cuando respeten tanto la normativa laboral como las condiciones del personal subrogado.

»El informe sobre justificación de las bajas temerarias emitido por la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora en fecha 13 de enero de 2022, en su apartado 2.2 – MARGEN OPERATIVO OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A., hace un análisis de los conceptos ofertados por la empresa enumerados anteriormente y que, exceptuando los costes de personal, ascienden a un total de 900.666,29 €, y no se refiere solamente al margen operativo propiamente dicho ofertado por la empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A. y que asciende a 585.736,83 €".

»Sentado lo anterior, se llega a la convicción de que OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., en definitiva, ha justificado de manera plausible el extremo analizado con su argumentación: - Que los costes salariales han sido valorados respetando los costes establecidos en el convenio de aplicación, e incluso con ciertas mejoras en algunos aspectos. No existe divergencia entre el margen operativo contemplado en nuestra oferta y el especificado en este documento justificativo de viabilidad económica, pues el coste real del personal ofertado es ligeramente inferior al estimado y presupuestado por el órgano de contratación, por lo que en nuestra oferta se ha adecuado el porcentaje del margen operativo a esta circunstancia, a

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

fin de que el importe total de nuestra oferta coincida con la cantidad realmente ofertada".

Fijados los argumentos de las partes, pasamos a analizar si nos encontramos ante un informe arbitrario y si, como afirma la parte recurrente, contiene una serie de errores que determinan la exclusión del adjudicatario.

Con carácter previo, conviene poner de manifiesto que este Tribunal, entre otras, en la Resolución 22/2017, de 15 de marzo, dictada en el recurso número 15/2017, ha manifestado que: "la decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, que debe atender a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorar las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. En vía del recurso especial, la función de este Tribunal es meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, que exista motivación y que ésta resulte razonable, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad, sin que sea posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimento."

Por lo que se refiere a la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado, de manera reiterada, que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tal valoración, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción *iuris tantum* sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015) "la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados".

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Como señalan, por todas, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL) 137/2019, de 17 de septiembre y 164/2019, de 30 de octubre, "Ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones como las antes apuntadas (aspectos formales de la valoración -como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo-; que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios; o que se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla). Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración".

Expuesta la doctrina de la discrecionalidad técnica, la función de este Tribunal se limita a valorar si el tan citado informe de la Gerencia de Asistencia Sanitaria, en el que basa la viabilidad de la oferta de la adjudicataria el órgano de contratación, es arbitrario al permitir unos costes de personal inferiores a los previstos en la POV y, si el citado documento, contiene errores que supongan admitir una modificación de la oferta de la adjudicataria.

1) En cuanto a los costes de personal fijados por la adjudicataria inferiores a los previstos en la POV.

El artículo 139.1 de la LCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea"

El cálculo del presupuesto base de licitación de los procedimientos basados en el Acuerdo Marco M2019/014480 para la homologación de los

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

servicios de limpieza a prestar en los bienes inmuebles utilizados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades adheridas, viene regulado en la cláusula 33.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de dicho Acuerdo Marco, donde se establece lo siguiente:

"33.1.- En las invitaciones que curse el órgano de contratación para la presentación de oferta vinculante, se consignará el presupuesto base de licitación, el cual comprenderá las siguientes categorías:

• Gastos de personal que serán determinados por el órgano de contratación en las peticiones de oferta vinculante. El órgano de contratación cuidará de que en dichos gastos se contemplen los costes laborales así como aquellas circunstancias que en cada caso puedan tener incidencia en su determinación.

• Margen operativo máximo: este concepto es el porcentaje que, sobre la base del coste de personal total, puede repercutir el licitador en su oferta a efectos de la determinación del precio del servicio sin perjuicio de que no se aceptarán las ofertas de las empresas que oferten un margen operativo superior al máximo con el que fueron homologadas. Al objeto de su determinación, el margen operativo ofertado permitirá atender, junto a los costes de personal, todos los costes ya sean directos o indirectos, incluidos los gastos generales y el beneficio industrial, considerados por la empresa licitadora para la prestación del servicio, salvo el impuesto del valor añadido.

• Servicios Complementarios: En el caso de que el órgano de contratación solicite alguno o algunos de los servicios complementarios a que se refiere la cláusula 5 del pliego, se valorarán a tanto alzado en el propio modelo de licitación".

El apartado 2 del Cuadro de Características Particulares (CCP) "presupuesto de licitación", anexo al PCAP del acuerdo marco, establece en cuanto a la desagregación estimada de costes salariales -cuando forma parte del precio total- que "al tratarse de un acuerdo marco, la desagregación estimada de costes salariales variará en función de las concretas circunstancias existentes sobre el personal en cada contrato basado". Su apartado 8 "aspectos laborales" establece las condiciones de subrogación en

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

los contratos de trabajo, pues resulta preceptivo subrogarse como empleador, facilitándose la información establecida en el artículo 130 de la LCSP en los anexos 6A y 6B del pliego.

Por su parte, la cláusula 30 del PCAP del acuerdo marco establece el procedimiento que ha de seguir el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, y su apartado 1.4 se refiere a la "presunción de anormalidad de la oferta", en los siguientes términos: "en todo caso, los órganos de contratación considerarán la oferta anormalmente baja siempre que sea inferior a los costes salariales dispuestos en los convenios colectivos sectoriales vigentes o en los de aplicación si fueran superiores.

Por su parte el Anexo 4B de la POV establece, en relación al presupuesto base de licitación, lo siguiente:

"Estimación de costes:

1. Costes de personal: 10.303.198,46 euros.
2. Margen operativo: 2.059.609,37 euros 19,99%
   2.1. Otros coates directos 1.029.804,69 euros.
   2.2. Costes indirectos 617.882,81 euros.
   2.3. Otros (incluye el beneficio industrial) 411.921,87 euros.
3. Servicios complementarios 179.670,59 euros
4. Total (1+2+3) 12.542.478,42 euros.
5. IVA (sobre 4) 2.633.920,47 euros.
6. Presupuesto base de licitación con IVA 15.176.398,89 euros.

»En este expediente los costes de personal se ajustan exactamente al número mínimo de horas exigidas para la prestación del servicio (186.576,38 horas/año), teniendo en cuenta los precios del convenio vigente y con la sustitución de vacaciones al 100 % (todo ello de cumplimiento obligatorio). Se presumirá como oferta anormalmente baja aquella que sea inferior en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con los de las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado".

La mercantil adjudicataria presenta una oferta total con IVA de 13.344.558,51 euros que supone un porcentaje de baja del 5,06%.

El informe de justificación de la baja temeraria dispone que "La empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A. presenta una oferta que coincide, en cuanto a costes de personal, con el presupuesto máximo de licitación (10.303.198,46 €). Sin embargo, considera que el coste real del personal ofertado (respetando en todo momento la normativa laboral, social y medioambiental, así como las condiciones del personal subrogable y el convenio colectivo de aplicación), será inferior al presupuestado en 175.304,00 € (58.434,66 € menos al año), es decir, estima el coste real del contrato en 10.127.894,46 €. En este coste, desglosado por categorías y años, estarían incluidos todos los costes directamente relacionados con el personal (antigüedad, pluses, bolsa horas, reconocimientos médicos, plus de absentismo, coste de absentismo, coste de uniformidad y epis). También se incluye un incremento estimado del 2% por la subida del convenio para los años 2023 y 2024 (puesto que el vigente "Convenio Colectivo Sacyr Facilities, S.A.U. en la provincia de Zamora (Código 4910011012021)" está firmado hasta el 31 de diciembre de 2022), que es el porcentaje que se había tenido en cuenta en el cálculo del presupuesto de licitación.

»Justifica la empresa esta estimación a la baja en dos circunstancias, la primera, que el coste real del absentismo (que incluye la sustitución de todo tipo de ausencias) será, probablemente, muy inferior al transmitido en el listado de subrogación, puesto que éste recoge datos de los períodos más duros de la pandemia, donde el absentismo se disparó de forma extraordinaria, y la segunda, que la empresa va a aplicar ciertas medidas, que ya está utilizando de forma satisfactoria en otros contratos, como son ofrecer un plus adicional a los trabajadores por no tener más de dos ausencias en el semestre, la contratación de empresas para el control del absentismo y establecer medidas encaminadas a mejorar el clima laboral".

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

En los términos expuestos, la mercantil recurrente considera que el coste de personal fijado en la POV (10.303.198,46 euros) debe ser entendido como un valor mínimo absoluto que, por tanto, debe ser igual para todos los licitadores sin que pueda rebajarse sin incumplir los convenios.

Por lo expuesto, nos debemos plantear si la mercantil adjudicataria puede rebajar de manera justificada el coste de personal fijado en la POV o, por el contrario, se trata de un valor mínimo que en todo caso debe ser respetado.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en la reciente Resolución 116/2021 donde se dispone que "cabe afirmar que los licitadores pueden, tal y como sostiene la recurrente, dimensionar los costes de personal de la manera que estimen más oportuna, siempre y cuando respeten tanto la normativa laboral como las condiciones del personal subrogado".

En el caso que nos ocupa, la mercantil adjudicataria ha acreditado, y así lo reconoce el órgano de contratación, el cumplimiento de la normativa laboral y las condiciones del personal subrogado.

La mercantil recurrente considera que la rebaja del coste de personal fijado en la POV vulnera la normativa laboral pero no justifica, ni siquiera mínimamente, los extremos de la legislación laboral incumplidos por la adjudicataria.

Finalmente, también se justifica por la adjudicataria no sólo el cumplimiento del número de horas mínimas exigidas en la POV, sino un mayor número de horas a un menor coste, como resulta del análisis de la documentación aportada declarada confidencial. Oferta 186.810,50 horas anuales, frente a las 186.576,38 horas anuales mínimas exigidas en la licitación (234,12 horas más al año).

Por lo expuesto, no podemos atribuir de manera automática carácter arbitrario al informe que nos ocupa por el hecho de admitir una rebaja por el adjudicatario del coste de personal, posibilidad que ostenta, siempre que justifique, como en este caso, el cumplimiento de la normativa laboral y las condiciones del personal subrogado.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

2) En cuanto a los errores en el margen operativo.

Según establece la cláusula 33.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco M2019/014480 para la homologación de los servicios de limpieza a prestar en los bienes inmuebles utilizados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades adheridas:

"Margen operativo máximo: este concepto es el porcentaje que, sobre la base del coste de personal total, puede repercutir el licitador en su oferta a efectos de la determinación del precio del servicio sin perjuicio de que no se aceptarán las ofertas de las empresas que oferten un margen operativo superior al máximo con el que fueron homologadas. Al objeto de su determinación, el margen operativo ofertado permitirá atender, junto a los costes de personal, todos los costes ya sean directos o indirectos, incluidos los gastos generales y el beneficio industrial, considerados por la empresa licitadora para la prestación del servicio, salvo el impuesto del valor añadido".

En primer lugar, la mercantil recurrente considera que el resultado de multiplicar el porcentaje del margen operativo que oferta la adjudicataria en el "Anexo 5A Oferta económica" por el coste estimado del personal no coinciden, sin embargo, la diferencia se produce al redondear a dos decimales el porcentaje real del margen operativo.

El resultado del margen operativo que ofrece la adjudicataria, concretamente, 585.736,83 euros, resulta de aplicar 5,685% (se redondea en 5,69% en la POV) al coste de personal, que recordemos es 10.303.198,46 euros. Así lo reconoce el órgano de contratación: "La empresa indica en su oferta vinculante que el importe correspondiente al margen operativo asciende a 585.736,83 €, lo que corresponde exactamente a un porcentaje sobre los costes de personal del 5,685% (5,69% si sólo se plasma con dos decimales)".

Por tanto, es evidente que esta actuación no supone un incumplimiento por la adjudicataria.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

En segundo lugar, resulta acreditado que la adjudicataria respeta el margen máximo con el que fue homologada. El informe del órgano de contratación, de manera concluyente, determina que "El margen operativo ofertado por la empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A., no supera el máximo con el que fue homologada en el Acuerdo Marco (el 17,13%)". La recurrente no ofrece prueba alguna que desvirtúe esta afirmación.

Finalmente, por lo que se refiere a la modificación del margen operativo, el informe del órgano de contratación manifiesta que "Exceptuando los costes de personal, el resto de conceptos del desglose económico presentado por la empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A., como justificación de la baja temeraria ascienden a un total de 900.666,29 euros.

»El informe sobre justificación de las bajas temerarias emitido por la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora en fecha 13 de enero de 2022, en su apartado 2.2 – MARGEN OPERATIVO OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A., hace un análisis de los conceptos ofertados por la empresa enumerados anteriormente y que, exceptuando los costes de personal, ascienden a un total de 900.666,29 €, y no se refiere solamente al margen operativo propiamente dicho ofertado por la empresa OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A. y que asciende a 585.736,83 €".

El citado informe de justificación de la baja temeraria manifiesta que "La empresa cuantifica el margen operativo en un total de 900.666,29 euros, desglosado de la siguiente forma:

Costes directos: 558.569,91 euros.
Material, consumibles y utensilios: 337.168,15 euros.
Maquinaria o material inventariable: 195.824,87 euros.
Otros servicios (retirada de residuos y documentación confidencial, DDD): 25.576,89 euros.
Costes indirectos: 105.209,37 euros.
Otros, incluido beneficio industrial: 236.887,01 euros".

Es cierto, como manifiesta la adjudicataria, que los citados 900.666,29 euros no coinciden con el margen operativo presentado en la justificación de

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

la oferta, ya que, también están incluidos en ese importe los costes destinados a servicios complementarios, como la bolsa de horas retribuida y la DDD, conceptos que no integran el margen operativo. Sin embargo, es evidente, que el margen operativo ofertado por la adjudicataria en la POV y el que presenta en la justificación es distinto. Esto nos lleva a plantearnos si esta variación implica una modificación de la oferta por parte de la adjudicataria.

En este sentido, la mercantil adjudicataria en su escrito de alegaciones señala que "Al ser el coste real de personal ofertado por OHL ligeramente inferior al coste estimado por el órgano de contratación, es preciso adecuar el porcentaje de margen operativo a esta circunstancia, a fin de que el importe total de la oferta coincida con la cantidad realmente ofertada. En ningún caso, como parece que quiere dar a entender la recurrente, se ha modificado el importe de la oferta de OHL, pues el precio total de la misma ha permanecido siempre invariable, más allá del pequeño detalle antes apuntado ocurrido al redondear el % del margen operativo en el modelo 5A de oferta económica. Es decir, el precio, que es el criterio evaluable de la oferta económica y no su desglose, permanece invariable.

»El importe total que oferta OHL en el modelo 5A y el que resulta tras la explicación presentada para justificar la viabilidad de la oferta, donde se detallan de forma transparente todos y cada uno de los conceptos, desglosando los costes de personal de cada una de las categorías y respetando los salarios que el convenio de aplicación marca, los costes y los ítems de los medios materiales, los gastos generales y el Beneficio industrial, es y ha sido siempre el mismo".

Por tanto, aparece acreditado que, si bien se ha modificado por la adjudicataria el porcentaje del margen operativo señalado en la POV, esta modificación responde a la necesidad de adecuar el porcentaje de margen operativo a fin de que el importe total de la oferta coincida con la cantidad realmente ofertada, ya que, en los términos expuestos el coste real de personal ofertado por Ohl Ingesan, S.A., es inferior al coste estimado por el órgano de contratación.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Esta actuación no supone una modificación de la oferta. Conviene recordar que el criterio objetivo de valoración de ofertas que fija el Anexo 4B de la POV en el punto 8 es la valoración económica que ha permanecido invariable, tanto en la oferta inicial, como en la justificación de la adjudicataria (13.344.558,51 euros).

En cualquier caso, todos los importes que integran el margen operativo presentados por la adjudicataria se consideran justificados en el citado informe donde se señala que:

"La reducción de costes en margen operativo se justifica, según indica la empresa, en: - descuentos en la adquisición de material, maquinaria y consumibles, debido al gran volumen de servicios que presta y que le permite realizar acuerdos de compra muy ventajosos - gran stock de maquinaria en los almacenes centrales de la empresa - la empresa está ampliamente implantada en la zona con la prestación de otros servicios, lo que le permite reducir costes. - estimación a la baja de los costes de personal, que redundan en beneficio del margen operativo".

El expresado informe como conclusión final dispone que "Al tratarse de un contrato basado principalmente en la mano de obra, se considera que ambas empresas cumplen con los requisitos establecidos en el expediente de referencia, al coincidir sus ofertas, en cuanto a coste de personal, con la cantidad presupuestada por el órgano de contratación y ratificar, o incluso incrementar, el número mínimo de horas establecido para la prestación del servicio.

»Por todo lo anteriormente expuesto, y de conformidad con el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se considera que los informes aportados por las empresas OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y SACYR FACILITIES, S.A justificando sus respectivas ofertas económicas inicialmente anormales o desproporcionadas, pueden ser aceptados sin riesgo de incumplimiento".

En conclusión, a pesar de la divergencia muy reducida entre el margen operativo contemplado en la oferta de la adjudicataria y el especificado en el documento justificativo de su viabilidad, no podemos considerar una

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

modificación de la oferta, pues el coste real del personal ofertado es inferior al estimado y presupuestado por el órgano de contratación, por lo que es preciso adecuar el porcentaje de margen operativo a esta circunstancia a fin de que el importe total de la oferta coincida con la cantidad realmente ofertada.

En virtud de lo expuesto, considera este Tribunal que la empresa recurrente ha aportado una justificación que razonablemente genera la convicción de que puede cumplir su oferta y al contrario de lo que afirma la recurrente no nos encontramos ante una justificación errónea ni arbitraria.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III
RESUELVE

PRIMERO. – Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eulen, S.A., frente a la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de 3 de febrero de 2022, por la que se adjudica el servicio de limpieza e higienización para la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Zamora: Complejo Asistencial de Zamora, Centro de Especialidades de Benavente, Escuela Universitaria de Enfermería y Edificio de antigua Gerencia de Área, como derivado del Acuerdo Marco para la homologación de las empresas que prestaran los servicios de limpieza en los bienes inmuebles utilizados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades adheridas.

SEGUNDO. – Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses,

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 06. tribunalcontratoscyl@cccyl.es