



Expediente: 79/2022

ACUERDO 100/2022, de 28 octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SACYR FACILITIES, S.A. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 29 de septiembre de 2022, por el que se excluye su oferta del Lote 1 del contrato “*SER 95/2022: Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2023 de Hospital Universitario de Navarra-B (HUN-B) y oficinas del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (RRL)*”, licitado por dicho organismo autónomo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de mayo de 2022, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*SER 95/2022: Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2023 de Hospital Universitario de Navarra-B (HUN-B) y oficinas del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (RRL)*”.

La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 6 de mayo.

El objeto de dicho contrato se dividió en dos lotes:

- Lote 1: Limpieza Hospital Universitario de Navarra-B (HUN-B)
- Lote 2: Limpieza oficinas del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (RRL)

Al lote 1 concurren las siguientes empresas:

- ZAJNTZEN, S.A.
- ISS FACILITY SERVICES, S.A.
- SACYR FACILITIES, S.A.
- LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.
- ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.
- OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L.
- SERVEO SERVICIOS, S.A.U.

SEGUNDO.- Con fecha 3 de agosto la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A “Documentación Administrativa” presentado por los licitadores que concurren al lote 1, constatando en dicho acto que al lote 2 no se había presentado ninguna oferta.

Tras el examen de dicha documentación acordó la admisión de los citados licitadores, procedió a abrir el sobre B “Proposición relativa a criterios de juicio de valor” y encomendó al Servicio de Administración y Servicios Generales del Hospital Universitario de Navarra su examen y valoración.

Emitido el correspondiente informe con fecha 18 de agosto, la Mesa de Contratación procedió a su aprobación el 25 de agosto, atribuyendo las puntuaciones.

A continuación, abrió el sobre C “Proposición relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas”, constatando que las ofertas económicas formuladas por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., SACYR FACILITIES, S.A. y OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L. eran anormalmente bajas, por lo que se requirió su justificación conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP.

Formulados los correspondientes requerimientos, únicamente la mercantil SACYR FACILITIES, S.A. presentó justificación de su oferta económica.

El 21 de septiembre el Servicio de Administración y Servicios Generales del Hospital Universitario de Navarra emitió un informe relativo a la justificación presentada, donde concluye lo siguiente:

“SACYR FACILITIES, S.A. presenta el documento justificativo sobre su precio ofertado anormalmente bajo. La justificación del precio ofertado por SACYR FACILITIES, S.A. para el presente contrato no da garantías de realización de los trabajos cumpliendo con los requisitos del pliego, con las normativas vigentes aplicadas a este contrato y con las medidas propuestas en su oferta.

Se considera que algunos epígrafes están infravalorados y tendrán un coste superior al expresado en el informe de justificación.

Se considera que otros epígrafes están sustentados en suposiciones de difícil cumplimiento y que su coste será mayor del indicado.

Se considera que otros gastos no están enumerados ni valorados siendo difícil su evaluación.

Estas consideraciones unidas a la estimación de beneficios de tan solo 39.543,45€, no dan margen a validar esta oferta como viable.”

La Mesa de Contratación acordó el 29 de septiembre, con base en dicho informe, excluir la oferta formulada por dicha empresa, así como las presentadas por las otras dos empresas que no atendieron el requerimiento de justificación de su oferta económica.

Dicho acuerdo se notificó a SACYR FACILITIES, S.A. el 29 de septiembre.

TERCERO.- Con fecha 10 de octubre, SACYR FACILITIES, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye su oferta, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Analiza, en primer lugar, la justificación de la viabilidad de su oferta económica, señalando que la misma justifica su equilibrio económico mediante las soluciones adoptadas y permite ahorros en la ejecución del contrato por las siguientes medidas:

1.1) Ahorros debidos a las soluciones técnicas adoptadas

Se refiere a la optimización del servicio de limpieza mediante un estudio de cargas de trabajo y mecanización de tareas que permite fijar las horas de servicio anuales en el número ya indicado, gracias a lo cual se ha podido optimizar las horas para la realización de las tareas según la frecuencia indicada en el pliego de condiciones.

Señala que la cláusula 8 del pliego prevé la posibilidad de reducir en un máximo del 5% las horas exigidas en cada uno de los centros, siendo así que en la oferta presentada se ha respetado dicha premisa.

Igualmente, se refiere a un ahorro debido a la utilización de maquinaria en perfecto estado de uso ya amortizada, procedente de contratos cuya prestación ya ha finalizado.

Alude a un sistema de gestión del absentismo propio e interno de la compañía: procedimientos específicos de supervisión y control para la prevención y reducción de los índices de absentismo. De esta manera, reduce los costes en sustitución del absentismo disminuyendo los porcentajes a niveles por debajo de los habituales en servicios similares.

También se refiere al uso de la Aplicación Informática GLAO para optimizar tiempos de trabajo, distribución de tareas y control de la calidad, lo cual provoca ahorros considerables.

1.2) Condiciones excepcionales favorables de que dispone para ejecutar el contrato con relación al personal adscrito a su ejecución

Señala que en cuanto a las condiciones especialmente favorables se han acreditado:

- Acuerdos a nivel nacional con proveedores y subcontratas que suponen precios menores que los del mercado, debido a la gran implantación de la empresa a nivel nacional y el interés de los proveedores por contratar con ella por su sistema de pronto pago.

- Experiencia en contratos similares.

- Implantación en la Comunidad Foral de Navarra. Señala que la empresa cuenta en todas las provincias del Estado con un gran número de limpiadores, especialistas, peones especialistas, etc., altamente cualificados y con amplia experiencia y que podrán dar apoyo al presente servicio cuando ello resulte necesario.

- Personal de gestión (gestor del servicio, Departamento de Prevención de Riesgos Laborales, Departamento de Calidad y Medioambiente, Departamento de Formación, etc.) adscrito al contrato integrado en la estructura de costes de la compañía.

- Plan sustitución del personal. Señala que con la contratación y selección de personal con discapacidad en caso de cualquier tipo de sustitución (enfermedad, asuntos propios, etc.), se reducen costes a la vez que se cumple una labor de integración en el mundo laboral y se cumple con la legislación vigente en contratación de estos colectivos. Manifiesta que el ahorro por las bonificaciones por contratos con personal discapacitado supone un ahorro de las cargas sociales (33,5%).

1.3) Originalidad de los servicios propuestos

Señala que la empresa utiliza la aplicación informática GLAO, que permite una monitorización del servicio, redundando en un ahorro de costes estructurales y organizativos.

2ª. En segundo lugar, analiza el informe técnico emitido acerca de la justificación de la viabilidad de su oferta, señalando lo siguiente al respecto:

2.1) Costes de mano de obra

Señala que en el listado de personal a subrogar publicado junto a los pliegos se incluían a trabajadores con contratos tipo 410 y 510, que no fueron considerados como subrogables puesto que este tipo de contratos se corresponden a contratos temporales o de duración determinada y, por tanto, no son objeto de subrogación por parte de SACYR FACILITIES, S.A.

Manifiesta que estos dos tipos de contratos obedecen a contratos de trabajo temporales con una fecha de validez concreta que, por su naturaleza, estarán en vigor o no dependiendo de la causa de contratación, esto es, de la sustitución de la baja, absentismo o vacaciones y, por tanto, no pueden ser objeto de subrogación.

Señala que, por ello, tener en cuenta los contratos 410 y 510, junto con los contratos de los trabajadores fijos que están sustituyendo, significaría computar dos contratos de trabajo para un único puesto, para lo cual ya se ha tenido en cuenta en el estudio económico el importe correspondiente por absentismo.

Considera que, con este criterio de cálculo, el resto de costes que el órgano de contratación considera insuficientes (“Costes directos de producción”) serían similares a los del resto de licitadores y, por tanto, suficientes.

Concluye que, por tanto, quedaría justificado que las premisas y cálculos realizados son correctos y no inferiores a los costes reales, como se indica en el informe.

2.2) Costes directos de producción

Señala que, si bien es cierto que no se consideró pertinente desglosar cada uno de los costes que componen los apartados presentados, pueden garantizar el cumplimiento de los mismos con los importes señalados:

- Materiales: útiles de limpieza, productos químicos y cualquier otro material que se use durante la producción de este servicio.

Alega que cuentan con acuerdos a nivel nacional con las principales empresas suministradoras de este material, por lo que disponen de precios muy competitivos, almacenes propios tanto en Madrid como en las delegaciones nacionales, contando con un sistema de logística y reparto. Así, el importe valorado para costear este material es de 58.497,49 euros.

- Maquinaria: incluye el coste para inversiones de compra, renovación de maquinaria, seguros, combustibles, reparaciones y mantenimientos de la maquinaria adscrita al contrato.

Alega que la empresa dispondrá de maquinaria suficiente para la realización del servicio, por lo que se ha calculado el coste y la amortización de dichos activos. Asimismo, dispone de maquinaria en perfecto estado de uso procedente de la ejecución de servicios finalizados, que ya está amortizada, quedando aún sin concluir su vida útil, por lo que se obtiene un ahorro importante en este capítulo, suponiendo un ahorro respecto a otros licitadores. Así, el importe valorado de esta amortización es de 11.589,54 euros.

- Ofimática: incluye la aplicación informática GLAO, equipos de comunicación, etc.

Señala que el departamento de informática cuenta con equipos en stock que son asignados al servicio a adjudicar sin ningún tipo de repercusión en el servicio, por lo que el gasto a imputar es el correspondiente al mantenimiento de la aplicación y líneas. Así, el importe valorado para costear este material es de 2.145,92 euros.

- EPI's, vestuario, etc.: incluye los Equipos de Protección Individual, vestuario, etc. de obligado cumplimiento según Convenios de aplicación y los gastos correspondientes a la vigilancia de la salud, con sus correspondientes revisiones médicas.

Señala que cuentan con acuerdos a nivel nacional con proveedores de uniformes y EPIS, lo que facilita un coste muy competitivo en estos conceptos. Asimismo, disponen de un servicio de PRL propio y acuerdos en entidades privadas. Señala que los costes de los reconocimientos médicos ofrecidos a todos los trabajadores han sido considerados a la hora de formular la oferta. El coste ascendería a 17.733 euros.

Concluye que el total del apartado de “Costes directos” supone 89.730,25 euros, justificado por los diferentes acuerdos competitivos con proveedores, maquinaria y equipos en propiedad.

2.3) Gastos generales y beneficio industrial

Respecto a los gastos generales señala que la empresa posee una estructura empresarial muy importante, permitiendo que los costes de estructura y generales se diluyan entre el gran número de clientes y contratos, contando con departamentos de estructura en la Sede Central de la compañía que ofrecen cobertura a todos los servicios. Manifiesta que muchos apartados forman parte del coste estructural de la empresa y se consideran gastos fijos, de tal forma que no van a variar por la adjudicación de este concreto contrato. Señala que todos los gastos generales del contrato quedarían incluidos dentro de este concepto, repercutiendo en el mismo tan sólo el 1,45%.

Respecto al beneficio industrial determina para esta partida un beneficio neto del 1,1%, entendiendo que está por debajo de los niveles normales de actuación, motivado por la situación actual del mercado y como decisión empresarial estratégica con la finalidad de ser más competitivos y con especial interés de contar en su cartera de clientes con el SNS-O, fortaleciendo su posición en este sector.

3ª. Alega que la oferta presentada se ajustaba perfectamente a los parámetros determinados en los pliegos y que el órgano de contratación no puede apartarse de dichos criterios por conformar la “lex contractus”. Así, si el órgano de contratación entiende que las condiciones del contrato han cambiado, lo que debe hacer es ajustar el contrato a dichas condiciones, pero no puede obligar a las empresas licitadoras a ajustar sus ofertas a las nuevas circunstancias. Señala que, por lo tanto, no puede excluir una oferta por una supuesta alteración de las circunstancias que ha sobrevenido posteriormente a los pliegos y a la presentación de las ofertas.

Alude, a continuación, a la doctrina de los tribunales competentes en materia de contratación pública en relación con las ofertas anormalmente bajas.

Alega que en ningún momento han recibido ninguna solicitud de aclaración o subsanación respecto a la justificación de la viabilidad de la oferta presentada, así como que el órgano de contratación está facultado para realizar cuantos requerimientos adicionales estime oportunos, siendo preferible solicitar cuantas aclaraciones considere pertinentes antes de adoptar la relevante decisión de excluir la oferta.

Señala que ni el acuerdo de exclusión ni el informe que lo motiva acreditan que la oferta no pueda ser cumplida, y tampoco justifican tal conclusión de manera suficiente y con la motivación especialmente rigurosa y reforzada que se requiere.

Asimismo, alega que la exclusión se ha producido de forma arbitraria puesto que la exhaustividad ofrecida en la justificación de la oferta ha sido rebatida mediante argumentos erróneos, valoraciones distorsionadas y motivos alejados del contenido de los pliegos.

4ª. Alega a continuación, con cita de diversa jurisprudencia, la vulneración de diversos principios rectores de la contratación pública y de la actuación de las Administraciones Públicas, como son:

4.1) Principios de libre concurrencia e igualdad y la prohibición de discriminación

Alega que la efectividad de dichos principios exige una interpretación favorable y conforme con los fines que se persiguen de cuantas dudas o incidencias puedan acontecer en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, sin perjuicio de la eminencia y supremacía del principio de prosecución del interés público, que no es otro que la búsqueda de la oferta más ventajosa y facilitar la concurrencia, circunstancias que no se han producido en este caso.

Señala que la actuación e interpretación del órgano de contratación ha sido incongruente con la realidad de lo acontecido, tomando la decisión más restrictiva que hubiera podido tomar, perjudicando a la recurrente de manera injusta, arbitraria y desproporcionada.

4.2) Nulidad de la resolución de exclusión

Alega que el acto impugnado infringe el artículo 9.3 de la Constitución Española, que establece la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Manifiesta que, igualmente, resulta de aplicación el artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece la anulabilidad de los actos de las administraciones públicas que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Señala que también concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 de la misma ley, por cuanto se recoge en sus apartados e) y f) que serán nulos “*Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*” y “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento*

jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Alega que el acto recurrido también lesiona el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional ya que viola derechos fundamentales, en concreto, el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución.

4.3) Límites a la discrecionalidad técnica de la Administración

Señala que el control de la discrecionalidad técnica admite la revisión de la valoración de los tribunales cuando existen indicios de error o arbitrariedad.

4.4) Arbitrariedad

Alega que la Administración ha incurrido en una auténtica arbitrariedad en el trámite de valoración de su oferta.

4.5) Principio de confianza legítima

Señala que se viola igualmente el principio de confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4.6) Infracción del deber de las Administraciones Públicas de servir con objetividad los intereses generales y de respetar en su actuación el principio de buena fe, también conforme al artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Solicita, atendiendo a todo lo expuesto, que se declare la suspensión del procedimiento de adjudicación mientras se resuelve la reclamación, que se anule el acuerdo recurrido y los informes en los que se basa la decisión de exclusión de su oferta, así como que se acuerde la retroacción de las actuaciones a efectos de admitir aquella.

CUARTO.- Con fecha 10 de octubre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 14 de octubre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 17 de octubre el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones al que adjunta un informe emitido por el Servicio de Administración y Servicios Generales del Hospital Universitario de Navarra, manifestando lo siguiente:

Que, en relación con la no consideración como subrogables de los trabajadores con contratos tipo 410 y 510, el informe adjunto explica que el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra establece en su artículo 24 que, en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio en el adjudicatario del servicio que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio.

Asimismo, dicho artículo señala lo siguiente:

“Se producirá la mencionada subrogación de personal, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos:

a) Trabajadores/as en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata”.

Señala que en el citado informe que se aporta se indica que la mayoría de los trabajadores con contratos temporales tienen una antigüedad superior a cuatro meses, resultando obligatoria su subrogación.

Manifiesta que, por otra parte, la reclamante parte de un error al considerar que se han producido duplicidades al calcular los costes de personal por haber tenido en cuenta tanto a este personal como al personal titular que tenga reserva de puesto de trabajo, dado que el Convenio establece en la letra b) de este artículo que, asimismo, debe subrogarse a los *“Trabajadores/as con derecho a reserva de puesto de trabajo que, en el momento de la finalización efectiva de la contrata, tengan una antigüedad mínima de seis meses en la misma y/o aquellos/as que se encuentren en situación de IT, excedencia que dé lugar a reserva del mismo puesto de trabajo, vacaciones, permisos, maternidad, incapacidad permanente sujeta a revisión durante los dos años siguientes o situaciones análogas, siempre que cumplan el requisito ya mencionado de antigüedad mínima”.*

Concluye que, en definitiva, para calcular su oferta el licitador debe tener en cuenta todos los costes de personal y que, tal y como la reclamante admite en sus alegaciones, si hubiese computado a todo el personal subrogable por completo su oferta sería superior.

Señala que lo expuesto ya justifica la exclusión de su oferta, dado que el artículo 98.4 de la LFCP establece que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las

ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral.

Alega que, por otra parte, el artículo 67 de la LFCP establece que las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación.

Manifiesta que el resto de aspectos señalados en la reclamación son analizados en el informe adjunto, pudiéndose comprobar de su lectura que tampoco ha justificado otros aspectos importantes de su oferta relacionados con los costes de producción, como los lavados de uniformes, los EPIS o las revisiones médicas, ni tampoco los gastos generales y el beneficio industrial.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

El informe emitido por el Servicio de Administración y Servicios Generales del Hospital Universitario de Navarra analiza las alegaciones que realiza el reclamante respecto a la viabilidad de su oferta, ratificando el contenido del informe emitido el 21 de septiembre, y no considerando justificada, por ello, la oferta económica realizada.

QUINTO.- El 18 de octubre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose formulado alegaciones por ISS FACILITY SERVICES, S.A. con fecha 21 de octubre en los siguientes términos:

1ª. Alega, en primer lugar, una insuficiente justificación de los ahorros debidos a las soluciones técnicas adoptadas, señalando que la reducción de costes por absentismo se argumenta en base a elementos no incluidos en su esquema de costes, así como que la implantación de maquinaria y la utilización de útiles de limpieza ergonómicos como

justificación del ahorro no resulta ser cierta, por las razones que detalladamente se exponen, constituyendo en realidad una regresión ergonómica de los útiles de servicio.

2ª. Alega la insuficiente justificación del plan de sustitución del personal respecto a la contratación de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social, señalando que la utilización de este tipo de contrataciones resulta muy restrictiva, que entra en contradicción con la política de reducción del absentismo por cuanto son colectivos con un índice de absentismo mayor, así como que lo que se pretende con estos contratos es la inserción laboral de dichas personas y no la reducción de los costes de cotización de las empresas.

3ª. Igualmente, alega la insuficiente justificación de los costes de mano de obra dado que no incluye el coste del listado total de subrogación, constituyendo este parte del pliego. Señala, igualmente, que en las horas de nueva contratación no se incluye el coste obligado de las cotizaciones a la Seguridad Social, así como que no contempla el absentismo real del contrato publicado por el órgano de contratación.

4ª. Alega la falta de justificación de la bolsa de horas, señalando que al coste imputado le falta el coste de la Seguridad Social, así como que dicho coste se incrementaría si, como sucede hasta la fecha, la mayor parte de este refuerzo se necesita en domingos y festivos.

5ª. Señala que la justificación de otros costes directos de producción es insuficiente, como sucede con los EPI's y con los costes de ofimática.

6ª. Alega que el procedimiento de justificación de la oferta ha sido correcto, señalando que no especifica la reclamante qué criterios de la licitación han sido modificados de forma unilateral por el órgano de contratación. Manifiesta, asimismo, que la argumentación relativa a que no se cumple el requisito de motivación no tiene sentido alguno por cuanto el informe técnico ha detallado todos y cada uno de los elementos que ha considerado incumplidos. Concluye que la reclamante pretende obligar al órgano de contratación a solicitar cuantas justificaciones sean posibles hasta

que pueda justificar sus criterios, siendo patente que no ha sido capaz de aportar los elementos necesarios para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto de exclusión impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar de la licitación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación. De este modo, dispone, en su artículo 124.4, que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto*

impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, preceptúa, en su apartado 1º, que *“Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”.*

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

Por consiguiente, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de

contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SEXTO.- Entrando, ahora ya sí, en el debate de fondo planteado, impugna la reclamante la exclusión de su oferta acordada por la Mesa de Contratación, por ser anormalmente baja y no haber justificado satisfactoriamente el precio ofertado tras la solicitud cursada para ello; y ello con fundamento en los argumentos expuestos en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo al que nos remitimos en orden a evitar reiteraciones interesadas, a los que se opone la entidad contratante en base a las razones también allí expuestas.

Constituye un hecho no controvertido que la oferta económica de la reclamante merece la calificación de anormalmente baja toda vez que se encuentra por debajo del umbral a tales efectos fijado por la cláusula 10.3 del pliego.

Sentando lo anterior, la respuesta a las cuestiones planteadas ha de partir de la regulación contenida en el artículo 98 LFCP, que trae causa de lo dispuesto en el Considerando 103 y en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y que tras disponer que es el pliego el documento donde debe determinarse el parámetro a aplicar, en cada caso, para determinar si una oferta es anormalmente baja, establece que *Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, antes de rechazar la oferta se comunicará dicha circunstancia a la persona afectada para que en el plazo de cinco días presente la justificación que considere oportuna.*

La petición de información que se dirija a la licitadora deberá formularse con claridad de manera que esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, especificando el parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta.

2. La justificación de la oferta podrá referirse, entre otras cuestiones, a las siguientes:

a) *El ahorro que permite el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el método de construcción.*

b) *Las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone quien licita para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*

c) *La originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por quien licita.*

d) *El cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o en las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo XIV de la Directiva 24/2014.*

e) *El cumplimiento por parte de los subcontratistas, de las obligaciones recogidas en el apartado anterior.*

f) *La posible obtención de una ayuda estatal por parte quien licita. Si el órgano de contratación decide rechazar la oferta por considerar que la ayuda estatal es ilegal, deberá informar de ello a la Comisión de la Unión Europea.*

3. *La mesa de contratación o, en su caso, la unidad gestora evaluará la información proporcionada por quien licita y solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico de las personas cuyo conocimiento se considere apropiado para valorar los extremos contemplados en la justificación.

4. *En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral.”*

Expuesto el marco legal de aplicación, procede recordar la doctrina de este Tribunal respecto a las ofertas anormalmente bajas. Así, decíamos en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o

desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. Igualmente, que la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática. Por ello, la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) *precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.*

Sobre la justificación de su oferta por el licitador afectado, como alega la reclamante, hemos puesto de manifiesto que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, dada la viabilidad y seriedad de la misma. Así como que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, no teniendo ninguno de ellos carácter vinculante.

En este sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98.3 LFCP, sólo es posible, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormalmente baja va dirigida a convencer a la Mesa de Contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

También hemos señalado en numerosas ocasiones que la apreciación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde, en este caso, a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato; si bien no constituye un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, siendo competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla. Revelándose, a estos efectos, como fundamental la motivación del informe técnico evaluador de la justificación aportada por el licitador, por cuanto en caso contrario la decisión administrativa podría considerarse arbitraria; habiendo señalado, al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en su Resolución

685/2016, de 9 de septiembre, que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación mediante una resolución reforzada.

En el supuesto analizado, la decisión de exclusión se basó en el informe emitido sobre la justificación de su oferta aportada por dicho licitador; informe que, tras examinar y recoger una serie de consideraciones sobre la misma, concluye lo siguiente: *“1.1.2.1. personal a subrogar”, es incorrecto ya que debe subrogar el total de trabajadores que prestan sus servicios para este contrato.*

“1.1.2.2. personal de nueva contratación”, inicialmente no es posible realizarlo. Es una política que podría realizarse a partir de contrataciones posteriores.

Como conclusión al apartado de costes de personal se indica que las premisas y cálculos realizados son incorrectos e inferiores a los costes reales. Sin entrar a valorar algunos aspectos del informe justificativo basados en suposiciones que resultan de muy difícil cumplimiento e imposibles de valorar a priori.

2.- En relación con los costes que SACYR FACILITIES, S.A. denomina “Costes directos de producción” en su informe justificativo se realiza el siguiente análisis. SACYR FACILITIES, S.A. plantea en este punto cuatro tipos de costes:

- Materiales.*
- Maquinaria.*
- EPI's y vestuario (que incluye otros conceptos como revisiones médicas)*
- Ofimática, informática y equipos de comunicación.*

Sobre cada punto da una explicación, pero no desglosa ningún tipo de coste. Sobre materiales, sin especificar que materiales o que productos se valoran en ese punto da un coste de 58.497,49 euros. En maquinaria indica que el coste es de 11.589,54 euros. En EPI's, vestuario, etc. 17.733 euros de coste. En ofimática 2.145,92 euros. En todos los casos son unos costes muy bajos que se entienden imposibles de cumplir.

(...)

Para gastos generales asigna un coste de 52.125,59 euros. Como beneficio industrial indica que obtendrá 39.543,45 euros. Al igual que en el resto de apartados 1

y 2 no desglosa los gastos que debe afrontar con ese presupuesto. Ni enumera los conceptos de gasto, ni cuantifica el coste de cada gasto general. No es posible validar la cantidad asignada a gastos generales por falta de una explicación y desglose en la justificación presentada por SACYR FACILITIES, S.A. (...)

La cuantía asignada de 52.125,59 euros para estos conceptos se estima que no será suficiente para afrontar los trabajos.

El beneficio debe garantizar una retribución mínima al adjudicatario, pero en este caso es prácticamente inexistente (1,1%), lo cual supone un riesgo elevado que no podemos asumir a la vista de las cuestiones mencionadas en este informe, para las que entendemos que no se ha previsto una financiación suficiente.

CONCLUSIÓN

SACYR FACILITIES, S.A. presenta el documento justificativo sobre su precio ofertado anormalmente bajo. La justificación del precio ofertado por SACYR FACILITIES, S.A. para el presente contrato no da garantías de realización de los trabajos cumpliendo con los requisitos del pliego, con las normativas vigentes aplicadas a este contrato y con las medidas propuestas en su oferta.

Se considera que algunos epígrafes están infravalorados y tendrán un coste superior al expresado en el informe de justificación”.

Se considera que otros epígrafes están sustentados en suposiciones de difícil cumplimiento y que su coste será mayor del indicado.

Se considera que otros gastos no están enumerados ni valorados siendo difícil su evaluación.

Estas consideraciones unidas a la estimación de beneficios de tan solo 39.543,45€, no dan margen a validar esta oferta como viable”.

Siendo esto así, frente a lo alegado, la decisión adoptada cumple, a juicio de este Tribunal, los estándares exigidos por la doctrina y la jurisprudencia en lo que a la motivación reforzada se refiere pues se fundamenta en el citado informe técnico que de manera detallada evalúa la específica justificación aportada y que además se traslada a la interesada junto con el acto de exclusión, utilizando la figura de la “motivación in aliunde”, por remisión a informes, consagrada en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas. Motivo por cual procede la desestimación del motivo de impugnación referido al defecto de motivación y arbitrariedad de la decisión adoptada, restando por analizar los errores que, según la reclamante, concurren en la valoración que la Mesa de Contratación realiza de la justificación aportada en orden a acreditar la viabilidad de su oferta anormalmente baja; cuestiones que abordamos a continuación.

SÉPTIMO.- Respecto a los costes de personal, mientras el presupuesto del contrato fija en 3.563.392,43 euros el gasto imputable a tales conceptos, incluyendo en el mismo las 1.600 horas de libre disposición, la reclamante cuantifica dicho gasto en 3.505.138,29 euros; justificando la diferencia en que no se contempla la subrogación de trabajadores con determinados contratos de duración determinada (contrato tipo 410 interinidad y 510 de sustitución de trabajador con reserva de puesto), ni para el cálculo de las horas de servicio ni para el cálculo del coste de personal, acudiéndose a la contratación de nuevo personal; y ello por cuanto, según indica, no procede la subrogación de dicho personal, así como que ello supondría duplicar un gasto ya considerado por el absentismo.

Al respecto, la cláusula 17.7 del cuadro de características del contrato establece que la contratación se encuentra sometida, en las condiciones previstas en el artículo 67 de la LFCP, a la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato, dando así cumplimiento a la previsión del artículo 66.3.c) de la LFCP. Advirtiéndose en tal sentido, la cláusula 8 del pliego regulador del contrato que *“La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social”*.

Asimismo, tal y como indica dicha cláusula consta la publicación en el Portal de Contratación de Navarra de los listados del personal a subrogar en cada uno de los lotes, con indicación de la categoría, horas de trabajo semanal, antigüedad, tipo de contrato, información relativa a los pluses de festividad y nocturnidad, salario bruto anual y, en

su caso, fecha de terminación del contrato, incluyendo el listado del lote 1 trabajadores con distintos tipos de contratos de trabajo, tanto indefinidos como de duración determinada.

Sobre las condiciones en que ha de llevarse a efecto la subrogación de trabajadores, determina el artículo 67.1 LFCP que *“Las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio colectivo sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato”*.

En el supuesto analizado, como señala el pliego y se admite por la reclamante, resulta de aplicación el convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra para los años 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023, publicado en el Boletín Oficial de Navarra número 239, de 14 de octubre de 2021. Norma convencional que regula las condiciones de subrogación de los trabajadores en su artículo 24 disponiendo que *“En el sector de limpieza de edificios y locales operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente Convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado. Dicha subrogación se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo. (...)”*.

1. En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio en el adjudicatario del servicio que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio.

Se producirá la mencionada subrogación de personal, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos:

a) *Trabajadores/as en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata.*

b) *Trabajadores/as con derecho a reserva de puesto de trabajo que, en el momento de la finalización efectiva de la contrata, tengan una antigüedad mínima de seis meses en la misma y/o aquellos/as que se encuentren en situación de IT, excedencia que dé lugar a reserva del mismo puesto de trabajo, vacaciones, permisos, maternidad, incapacidad permanente sujeta a revisión durante los dos años siguientes o situaciones análogas, siempre que cumplan el requisito ya mencionado de antigüedad mínima.*

c) *Trabajadores/as con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado b), con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato.*

(...)

6. *La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior, aun cuando el trabajador/a siga vinculado a la empresa cesante por una parte de su jornada. En tal caso se procederá conforme determina el apartado anterior.*

(...)

12. *En el supuesto de cambio de contrata, independientemente de que el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación a la empresa contratista entrante, se aplicará el mecanismo de subrogación recogido en este artículo como garantía de estabilidad en el empleo para todos los trabajadores y trabajadoras que cumplan los requisitos para ser subrogados conforme a lo estipulado en el mismo, pasando a estar adscritos a la nueva adjudicataria del servicio, tanto todos los trabajadores y trabajadoras como la jornada adscrita al referido servicio hasta ese momento.”*

El precepto transcrito no deja lugar a dudas cuando prevé con carácter obligatorio la subrogación de los trabajadores en activo, de aquellos con derecho a reserva de puesto de trabajo o que se encuentren en situación de incapacidad temporal,

excedencia que dé lugar a aquella, vacaciones, etc., así como los trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a aquellos. Resultando así que, en contra de lo sostenido por la reclamante, y como contempla el listado de subrogación publicado por el órgano de contratación, sí procede la subrogación de los trabajadores con contratos tipo 410 y 510. Así lo expusimos en nuestro Acuerdo 37/2021, de 13 de abril, también en relación con un contrato de limpieza del SNS-O, donde concluimos que *“la oferta de los licitadores debe contemplar, en relación al coste de personal, como mínimo, el que derive de aplicar el convenio colectivo sectorial, y ello, respecto de la totalidad del personal a subrogar, y no exclusivamente del personal contratado con carácter indefinido, como manifiesta el reclamante. Así resulta de la LFCP, del pliego, y del art. 24 del convenio colectivo transcrito.*

Por este motivo, no podemos compartir el método utilizado por el reclamante para calcular el coste de la mano de obra, en el que se ratifica y reconoce no incluir en la relación con el coste de Mano de Obra: “En la información aportada para el concurso, listado de subrogación de trabajadores del centro hay 69 trabajadores cuyos contratos son fijos del centro, códigos de contrato 100, 200 y 540 no incluimos los eventuales y los interinos en esta consideración por cuanto la contratación de suplentes por vacaciones, días de libranza y por absentismo serán objeto de otra cuenta más adelante. Los contratos no incluidos son los de código 410 Interinos a tiempo completo y 510 Interinos a tiempo parcial, con ello, el listado de trabajadores objeto de subrogación es el siguiente (...).” Razón por la cual bastaría para desestimar este motivo de impugnación puesto que resulta notorio el incumplimiento de lo dispuesto en la LFCP, en el pliego y en el art. 24 del convenio colectivo transcrito a la hora de calcular el coste del personal a subrogar.”

Pronunciamiento donde también abordamos y rechazamos la cuestión ahora alegada relativa a la duplicidad del gasto al haberse considerado ya en la partida de absentismo, razonando que *“tampoco cabe estimar que la valoración del coste del personal temporal a subrogar suponga una duplicidad al considerar el coste de absentismo, como se fundamenta, dado que la razón de contratar a dicho personal no será, en todos los casos, cubrir las ausencias generadas por aquel. Así, el art. 15.1 del*

Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), permite la celebración de contratos de duración determinada en otros supuestos”.

En definitiva, la justificación aportada acredita, y así lo reconoce la propia reclamante en su escrito de reclamación, que la oferta no contempla el coste de subrogación de todo el personal a que viene obligado conforme al convenio colectivo de aplicación, con infracción de lo preceptuado en el artículo 67 LFCP y en el artículo 24 de dicha norma convencional; motivo por el cual el rechazo de la oferta anormalmente baja resulta obligado por imperativo de lo dispuesto en el artículo 98.4 de la LFCP, que, oportuno es recordar, determina que *“En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral”.*

Así lo pone de relieve la Resolución 14/2022, de 14 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que razona que *“(…) Examinando el informe técnico, se observa que este concluye que la oferta realizada no alcanza a cubrir el gasto que se deriva del personal a subrogar (...)*

En este sentido, debe añadirse que la imposibilidad de la empresa de hacer frente a los gastos salariales y sociales no es una cuestión menor del que deba desentenderse el órgano de contratación a la hora de analizar la viabilidad de la oferta, pues debe ser valorada en todo caso al examinar la justificación por mandato del artículo 149.4 de la LCSP (EDL 2017/226876), cuyo párrafo último señala: (...).

Es incuestionable el que los mandatos establecidos en los preceptos de la LCSP y el PCAP antes consignados han de ser aplicados en todo caso, y son ineludibles con independencia de que el precio se determine en función de la ratio coste por metro cuadrado -dato que, salvo error u omisión (S.E.U.O.) no se ha logrado contrastar en los Pliegos que deba regir la formulación de la oferta económica-, o por el hecho la empresa recurrente aplique un especial sistema para calcular el ritmo y rendimiento de

trabajo según el denominado Índice Bedaux. Nada de lo dicho excusa a su incumplimiento.

Y, siendo también incuestionable que existe una obligación de subrogación, pues no es su existencia objeto de controversia, si la oferta incurra en temeridad no justifica que el importe ofrecido alcance los costes de la subrogación, tal circunstancia se erige en causa suficiente para rechazar la justificación dada al quedar demostrada la desproporcionalidad y temeridad de la oferta económica . Así lo resolvimos en la en la Resolución nº 1520/2011, de 5 de noviembre, en la que decíamos:

“En lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto, el órgano contratante no puede interpretar los pliegos que rigen la contratación ni las propias manifestaciones de los licitadores, de tal forma que su exclusión resulte fundada en el presunto incumplimiento de una obligación de subrogación de los trabajadores. Y ello porque, en puridad, tal subrogación no puede constituir, si hemos de observar correctamente el sentido de los preceptos legales que la regulan, una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares al adjudicatario del contrato.”
No obstante, lo anterior, el convenio colectivo sectorial citado en el PCAP como de aplicación a los trabadores que presente sus servicios en el marco de este contrato, el II Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BOE de 15 de julio de 2015), sí recoge en su artículo 38 el derecho de subrogación de los trabajadores afectados por cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios. Existe, por tanto, en el procedimiento de contratación la obligación de subrogación impuesta al adjudicatario derivada de la normativa convencional aplicable. [...]

Entiende este Tribunal que procede desestimar el recurso: Nos encontramos, en este caso, por una parte, con una obligación de subrogación impuesta al adjudicatario por el convenio colectivo sectorial aplicable y con la prestación del servicio según justifica la recurrente en su totalidad por personal ajeno al que es objeto de subrogación. No se discute en ningún caso, la procedencia de la subrogación. Partiendo de esta obligación que no puede ser desconocida por los licitadores ni por el adjudicatario, se justifica la oferta incurra en anormalidad, únicamente en base a la inexistencia de beneficio industrial y al abono de las retribuciones mensuales de las cooperativistas, de acuerdo con lo previsto en convenio. La oferta de la recurrente se

encuentra incurso en presunción de temeridad por resultar inferior, conforme a lo establecido en el apartado 20 del Anexo I del PCAP, en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas [...]

Se omiten, sin embargo, en la justificación presentada las consecuencias al formular la oferta de la obligación de subrogación impuesta: no se ofrece explicación alguna del destino de los trabajadores a subrogar, cuyos datos aparecen listados en el Anexo I del PPT, ya sea el despido u otras alternativas legales dentro de la potestad organizativa de la empleadora medidas que las que van a derivar costes para la sociedad cooperativa directamente o como consecuencia de las reclamaciones judiciales ante el orden social de los trabajadores afectados. En este contexto en el que se reducen a su máxima expresión los márgenes de la recurrente es indudable que los costes adicionales en los que incurra la sociedad cooperativa derivados de asumir la obligación de subrogación de los trabajadores pueden comprometer la viabilidad futura del contrato. De lo expuesto se deduce la necesaria desestimación del recurso interpuesto, pues no se observa arbitrariedad o error manifiesto en la decisión del órgano de contratación de rechazar la oferta de la recurrente, pues ésta, al presentar una justificación incompleta, no ha desvirtuado la valoración realizada por el órgano de contratación”.

Por consiguiente, estando acreditado que la oferta de la recurrente no cubre la totalidad del coste derivado del personal a subrogar, queda confirmado esta es anormalmente baja y que el órgano de contratación ha actuado de manera ajustada a Derecho al excluirla de la licitación, no habiéndose incurrido por ello en ninguna de las causas que legitimarían entrar a revisar una decisión adoptada sobre esta cuestión con fundamento en la llamada discrecionalidad técnica.

En consecuencia, acreditado que la oferta de la reclamante es anormalmente baja y que no cubre la totalidad del coste derivado de la subrogación del personal a que viene obligada no podemos sino confirmar la legalidad de su exclusión del procedimiento; circunstancia que determina, por sí sola, la desestimación de la reclamación interpuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, oportuno es señalar que el resto de las alegaciones formuladas por la reclamante como fundamento de la acción de

impugnación ejercitada tampoco consiguen desvirtuar las conclusiones alcanzadas en el informe técnico que analiza la justificación aportada por la reclamante.

En este sentido, no podemos perder de vista que la concurrencia de valores anormales en una oferta supone una presunción iuris tantum de que la oferta puede no ser cumplida, que puede ser destruida mediante prueba en contrario; correspondiendo al licitador cuya oferta está incurso en presunción de anormalidad la carga de justificar debidamente su viabilidad, lo que en ocasiones puede requerir la aportación de documentación justificativa de los precios ofertados. Justificación cuya finalidad no es otra que demostrar de modo satisfactorio que no corre peligro la futura ejecución del contrato y que consiste en explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento de licitación. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en el pliego.

Pues bien, partiendo de tales premisas, respecto a los “costes directos de producción” (productos, equipos de limpieza y otros materiales, ofimática, equipos de protección individual y vestuario) que la reclamante cuantifica en 89.730,25 euros frente a los 217.300,65 euros previstos en el presupuesto del contrato, lo cierto es que no aportó justificación alguna que avalara los importes señalados, más allá de realizar referencias genéricas a descuentos en compras de material, maquinaria y consumibles, o a la disposición de maquinaria procedente de la ejecución de servicios ya finalizados. Justificación sobre la viabilidad de la oferta que resulta absolutamente genérica e insuficiente para la Mesa de Contratación; parecer que se ratifica por este Tribunal, máxime cuando en el escrito de interposición se limita a señalar, nuevamente de forma genérica, que puede garantizar el cumplimiento de los mismos con los importes señalados, sin aportar documentación alguna que sustente los costes calculados y su acierto, ni concretar de qué acuerdos o maquinaria dispone la reclamante.

Conclusión que debemos hacer extensiva a las otras consideraciones que expone la reclamante a fin de justificar los ahorros como consecuencia de las soluciones técnicas adoptadas, de las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para ejecutar el contrato y de la originalidad de los servicios propuestos, tales como un estudio de cargas de trabajo y la mecanización de tareas, un sistema de gestión del absentismo propio que permite la reducción de costes por debajo de los habituales en servicios similares, el uso de la aplicación informática GLAO que permite ahorros considerables mediante la optimización de los tiempos de trabajo, y la distribución de tareas y control de la calidad, aludiendo también a su experiencia en contratos similares y a su implantación a nivel nacional; consideraciones, como decimos, formuladas en términos genéricos que no alcanzan la concreción deseable a los efectos de la consecución de la finalidad que persigue en el trámite de justificación de las ofertas anormalmente bajas.

Finalmente, respecto a las objeciones que el informe técnico plantea sobre los gastos generales y el beneficio industrial, debemos tener en cuenta que se trata de conceptos que pueden variar en función de la organización de cada entidad, resultando que como indica la Resolución 544/2021, de 2 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no existe un porcentaje legal para el beneficio industrial y los gastos generales en los contratos de servicios, dependiendo de la estrategia de la empresa; resolución que señala que *“La ausencia de beneficio industrial es admitida por la doctrina de los Tribunales Especiales de Contratación en base a que en ocasiones ese beneficio industrial se transforma en la nueva solvencia adquirida o la necesidad de apertura a un nuevo mercado o como en este caso que se considere la nueva contratación como estratégica para la empresa, podríamos decir que se trata de un beneficio industrial no dinerario, pero existente” (Resolución nº 140/2020 de 20 de junio del TACPCM)*”

También sobre dichos conceptos, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 32/2022, de 21 de enero, señala que *“en las ofertas inicialmente incursas en baja anormal, la verificación por parte del órgano de contratación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de*

cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada entidad licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la entidad licitadora ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora. No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la empresa licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 28/2016, 11 de febrero, 294/2016, de 18 de noviembre, 328/2016, de 22 de diciembre y 26/2017, de 3 de febrero, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1157/2015, de 18 de diciembre)”. Doctrina que, a pesar de los términos genéricos en que está formulada, avalaría la justificación que la reclamante alega sobre estos conceptos cuando indica que posee una estructura empresarial muy importante que permite que los costes de estructura y generales se diluyan entre el gran número de clientes y contratos y que el porcentaje de beneficio industrial previsto deriva de la situación actual del mercado y como decisión empresarial estratégica con la finalidad de ser más competitivos y contar con el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea entre su cartera de clientes; si bien teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas por este Tribunal sobre el resto de las objeciones planteadas, ello no tiene incidencia en lo que al sentido de la resolución de la reclamación se refiere, pues lo cierto es que, como se ha expuesto, la justificación aportada no resulta, en conjunto, suficiente para garantizar en tales condiciones la viabilidad de la ejecución del contrato.

A la vista de lo expuesto, no podemos sino volver a reiterar que el trámite de justificación tiene como finalidad que la Mesa de Contratación, a la vista de la justificación aportada y los informes, pueda concluir si la oferta puede o no ser cumplida en los concretos términos en que ha sido formulada, de forma que la insuficiencia de tal justificación, por aportar justificaciones genéricas sobre los aspectos

cuestionados, ha determinado que la Mesa de Contratación, bajo su discrecionalidad técnica, no haya obtenido el convencimiento de que con la oferta realizada se pueda ejecutar correctamente el contrato; y ni siquiera en el seno del procedimiento de reclamación aporta elementos adicionales que puedan evidenciar como erróneas las conclusiones alcanzadas en el informe técnico, ello sin perjuicio del limitado peso que tendría tal justificación en este momento por cuanto ésta debió realizarse en el procedimiento contradictorio sustanciado en cumplimiento del artículo 98 LFCP.

Llegados a este punto, si bien es cierto que la Mesa de Contratación al considerar insuficiente la información proporcionada podía haber solicitado aclaración, en su caso, con aportación de la información y documentación necesaria para completar la justificación de la oferta económica, también lo es que como indica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 828/2020, de 17 de julio, tal potestad no tiene el alcance pretendido por la reclamante que la contempla como un trámite obligado antes de rechazar la oferta; más bien al contrario, ello resulta apropiado en aquellos supuestos en que con la información proporcionada inicialmente no cabe formar un juicio fundamentado sobre la viabilidad de la oferta; presupuesto que no concurre en nuestro caso pues, de una lado, la Mesa de Contratación no albergó duda alguna al respecto, y lo que es más importante la decisión adoptada devenía obligada por imperativo de lo dispuesto en el artículo 98.4 LFCP una vez advertido que la oferta no cubría los costes salariales derivados del personal a subrogar.

En consecuencia, este Tribunal considera que la reclamante no ha desvirtuado la presunción de acierto de que está revestido el informe técnico emitido sobre la viabilidad de la oferta, y quedando además acreditado que la oferta no cubre la totalidad del coste derivado del personal a subrogar resulta, por tanto, ajustada a derecho la decisión adoptada; motivo por el cual procede la confirmación de su exclusión del procedimiento y, por ende, la desestimación de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SACYR FACILITIES, S.A. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 29 de septiembre de 2022, por el que se excluye su oferta del Lote 1 del contrato “*SER 95/2022: Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2023 de Hospital Universitario de Navarra-B (HUN-B) y oficinas del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (RRL)*”, licitado por dicho organismo autónomo.

2º. Notificar este acuerdo a SACYR FACILITIES, S.A., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 28 de octubre de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.