

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Serveo Servicios, S.A.U. contra la adjudicación del “contrato de servicio de refuerzo de limpieza y desinfección de diversas zonas de los centros de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, así como del servicio de Limpieza ordinaria de los centros de la Dirección Asistencial dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, lote 4, expediente A/SER-007026/2022, a la empresa Óptima Facility Services, S.L. este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de marzo de 2022 se publicó respectivamente, en el DOUE el anuncio de licitación del contrato mencionado y 17 de marzo en el BOCM a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 16.582.505,75 euros.

Segundo.- Encontrándose en baja desproporcionada la mesa de contratación requiere justificación a Óptima Facility Services, S.L. (en adelante, Óptima) en los términos que figuran el informe sobre la misma, publicado el 20 de mayo en el perfil

del contratante:

“La Mesa de Contratación ha requerido a la empresa justificación de su oferta anormal, en los siguientes términos:

1. Estudio económico del coste salarial de todas las horas COVID solicitadas, inclusive el abono del 20% del salario base a todos los trabajadores que realizan este trabajo.

2. Estudio económico del coste salarial de todas las horas de limpieza ordinaria solicitadas y del personal a subrogar.

3. Estudio económico del coste de todas las prestaciones complementarias, solicitadas en el PPT, incluido materiales.

4. Estudio económico del coste de todas las prestaciones ofertadas en los criterios de adjudicación del PCAP.

5. Estudio de la cobertura de horas COVID por trabajadores adaptados por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

6. Declaración responsable de que en el caso de que sean adjudicatarios, no van a eliminar ninguna de las horas COVID, ni de las horas diarias de cada uno de los centros, establecidas en el PPT

La empresa ha realizado contestación, mediante informe justificativo de fecha 12 de mayo de 2022, de los ítems solicitados, en los que alega y va desglosando el análisis de los costes intrínsecos y extrínsecos que como empresa le supone la adjudicación del Lote 4. Así mismo aporta la Declaración Responsable solicitada en el punto 6. A la vista de las justificaciones y explicaciones ofrecidas por la empresa OPTIMA FACILITY SERVICE, SL, licitante del expediente ATSER 0070261/2022, para la contratación del servicio de desinfección COVID y la limpieza ordinaria de los centros de la DA Centro, se concluye que la oferta goza de viabilidad económica, por lo que se admiten las alegaciones formuladas por la empresa”.

Óptima presenta una extensa justificación de 39 páginas.

Tercero.- Con fecha 20 de mayo de 2022, la empresa recurrente solicitó al órgano de contratación el acceso a la documentación señalada a continuación, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 d) y 53 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

- 1º justificación de la oferta anormal,
- 2º informe de viabilidad,
- 3º toda aquella documentación que resulte necesaria obtener a raíz de la vista del expediente.

Con respecto al apartado 3 se le requirió para identificase de forma suficiente la documentación a la que deseaba acceder siendo esta la respuesta de fecha 26 de mayo de 2022: *“tomar vista y obtener copia de la JUSTIFICACIÓN DE OFERTA ANORMAL, INFORME DE VIABILIDAD por parte de la Mesa de Contratación así como del documento incluido en la oferta de OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L. en el que se refleja la intención de la subcontratación o no dentro del contrato, y a qué empresas o tipología de servicio”*.

Con fecha 27 de mayo de 2022 el órgano de contratación requirió a Óptima para que indicara y justificara debidamente, en su caso, sus motivos sobre la confidencialidad de la documentación aportada para justificar su oferta incurso en baja anormal y el documento incluido en su oferta en el que se reflejase la intención de subcontratación o no dentro del contrato y a qué empresas o tipología de servicio.

La empresa Óptima declaró como confidencial y justificó de forma motivada una serie de apartados.

Con fecha 23 de junio de 2022 se permite el acceso a la documentación solicitada en el expediente de referencia, haciéndose constar en diligencia la documentación a la que se accede.

Cuarto.- Con fecha 29 de junio de 2022 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación de la representación de la empresa Serveo Servicios, S.A.U. (en adelante, Serveo) contra la resolución, de 13 de junio de 2022, de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid por la que se adjudica el contrato. Y se solicita el acceso al

expediente. Textualmente:

“1. El acceso por parte de SERVEO al Informe de Justificación de temeridad de OPTIMA en su integridad al no poderse considerar como confidencial la documentación e información declarada como tal relativa al mismo.

2. Que se proceda a ordenar la retroacción de las actuaciones al objeto de que el órgano de contratación dé vista al recurrente en los términos señalados, al fin de que, en su caso, pueda fundar adecuadamente su reclamación contra la adjudicación en el plazo de 15 días hábiles, quedando suspendido la tramitación del procedimiento de licitación”.

El suplico del recurso se restringe a ese acceso, para poder formalizar el recurso, no haciendo alegación alguna sobre la justificación de la baja del adjudicatario.

El 7 de julio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Y el 15 de julio, se reciben alegaciones de Óptima Facility Services, S.L. al recurso de 29 de junio.

Quinto.- Por Resolución de este Tribunal de 14 de julio de 2022 se da al recurrente acceso al expediente y formalización del recurso, en los términos del artículo 52.3 de a LCSP.

Sexto.- El 28 de julio de 2022, tiene entrada en el Tribunal escrito presentado por la representación de Serveo Servicios, S.A.U. completando el recurso, del que se da traslado al órgano de contratación que presenta informe el 5 de agosto. Simultáneamente se da alegaciones a Óptima Facility Services, S.L., que las presenta en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso en plazo, el 29 de junio de 2022, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP, habiéndose publicado la adjudicación el 14 de junio, tal y como exige el artículo 52.3 de la LCSP, para esgrimir la falta de acceso al expediente administrativo, *“el incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido”*.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, Serveo alega sobre la documentación que ha conocido en el acceso al expediente en este Tribunal lo siguiente.

En primer lugar, que no cubre el adjudicatario los costes de sustitución de vacaciones, deducción que verifica mediante cálculos sobre la cantidad consignada a tal objeto por Óptima Facility Services, S.L., en incumplimiento del pliego de

prescripciones técnicas, cuyo punto 5.9.3 especifica que *“la empresa adjudicataria deberá asegurar la continuidad del servicio con las mismas condiciones de horario y jornada establecido, en cualquier caso, debiendo cubrir desde el primer día todas las ausencias, ya sean programadas o imprevistas (vacaciones, permisos, IT, enfermedad, horas sindicales, formación o cualquier otra causa). Deberá obtener permiso de la GAAP, para las modificaciones de plantillas que pueda plantear, por cambio de empleados”*.

Según Serveo la cobertura de las sustituciones de vacaciones para el contrato, que tiene duración de 4 meses, es de 8.978,50 euros, equivalente a 717,35 horas, (que es el coste de Serveo) y no los 7.470,97 euros, equivalente a 596,91 horas, de Óptima.

Con independencia que está haciendo la comparación con los propios cálculos de horas necesarios para la misma, no acreditados en el expediente, el órgano de contratación acepta al respecto la alegación del informe de Óptima: *“Se ha previsto el coste de cobertura de vacaciones en los centros objeto del Contrato, así como un coste por la cobertura de ausencias del personal titular de los centros. Optima Facility Services, S.L. dispone de una bolsa de trabajadores y un equipo de retén en la Comunidad de Madrid para realizar este tipo de coberturas. Debido al gran número de clientes que disponemos, no es limitativo para la empresa la búsqueda de personal para realizar las coberturas en todos los Contratos que disponemos. Es por esto que se dispone de personal propio de la empresa para realizar la cobertura de vacaciones, bajas, ausencias, etc. Esta mejora aportada al Contrato genera un coste menor, ya que parte de este coste forma parte de la estructura de Optima Facility Services, S.L.”*.

Al no llevar a costes del contrato todas las sustituciones por vacaciones, no acredita Serveo el incumplimiento de la cláusula transcrita del PPT.

Por otro lado, Óptima alega que *“como ya se detalló en el escrito de justificación de la baja anormal, se ha previsto el coste de cobertura de vacaciones en los centros objeto del contrato, así como un coste por la cobertura de ausencias del personal*

titular de los centros, claramente justificable y llegando a la cobertura del 100% del total de las horas exigidas en pliegos.

OPTIMA dispone de una bolsa de trabajadores y un equipo de retén en la Comunidad de Madrid para realizar este tipo de coberturas. Debido al gran número de clientes que disponemos, no es limitativo para la empresa la búsqueda de personal para realizar las coberturas en todos los Contratos que disponemos. Por este motivo, se dispone de personal propio de la empresa para realizar la cobertura de vacaciones, bajas, ausencias, etc. Esta mejora aportada al contrato genera un coste menor, ya que parte de este coste forma parte de la estructura de OPTIMA.

En la justificación presentada, OPTIMA argumentó que dispone de brigadas de personal especializado y de personal de limpieza ya incorporados en otros contratos en la Comunidad de Madrid, sin coste alguno para el presente contrato. Estas brigadas se utilizarán para realizar coberturas de absentismo y la realización de tareas especializadas como refuerzo del personal especializado existente en el contrato.

Dentro de este coste, también se ha tenido en cuenta un encargado de sector que viene en subrogación con una jornada de 10 horas semanales y una antigüedad del 18/09/1998.

Otro de los costes tenidos en cuenta en esta partida son las bonificaciones por la contratación de personal con riesgo de exclusión social y/o diversidad funcional. La contratación de este personal permite a OPTIMA la obtención de una bonificación por parte del estado.

Estas contrataciones se realizarán para los siguientes servicios:

- Cobertura de absentismo*
- Cobertura de vacaciones*
- Bolsa de horas para servicios extraordinarios*
- Nuevas contrataciones por jubilaciones del personal existente en la actualidad*

De la misma manera, con el fin de garantizar la cobertura del Contrato y de las posibles situaciones puntuales difíciles de identificar, se incluyó en el coste de ejecución del contrato una bolsa COVID de 100 horas a disposición de la Administración durante la vigencia del contrato. Esta bolsa de horas inicial valorada es la indicada en el pliego de condiciones”.

Procede desestimar este motivo relativo a la sustitución en vacaciones.

Se alega un déficit de 2.166,86 horas en el Centro Rural de Perales del Río, según los cálculos numéricos que Serveo realiza, pero que no acreditan que sean erróneos los de Óptima, la cual asevera *“queda incluido en la oferta presentada por OPTIMA el coste de las horas del personal para la realización del servicio de limpieza para los Servicios de Atención Rural de Perales del Río (159 horas), así como el coste del plus de peligrosidad exigido en el apartado 2 del PPT. En este coste se han tenido en cuenta todos los productos necesarios para la realización de las tareas señaladas (detergentes, productos de limpieza, etc.) que cumplirán todos ellos con los requisitos establecidos en el PPT. Queda garantizado la cobertura y realización del servicio exigido en pliegos”*.

Procede desestimar este motivo, no se acredita error en la Administración.

Afirma que no existe concordancia entre los gastos generales y beneficio industrial consignados en dos tablas, del 3% al 0,35%, esta última en la que llama tabla resumen, que no figura en la justificación de Óptima.

Tanto en los cuadros de la justificación, como en el desarrollo del texto figura un 3% de beneficio industrial + gastos generales, siendo estos últimos del 2%.

Procede desestimar este motivo.

Se alega incumplimiento de las horas de servicio. Según el órgano de contratación *“sí que existen diferencia en el número de horas dentro del personal a subrogar, lo cual puede explicarse por la falta de concordancia entre los listados de subrogación y el listado de horas a contratar, lo que no les exime de la no subrogación del personal que sea susceptible de subrogar legalmente, ni de la prestación de dichas horas, tal y como se indica en el PPT”*.

Según Óptima *“el coste de las categorías y pluses se han tenido en cuenta en base a los listados de subrogación definidos en los pliegos de condiciones para el presente lote, como punto de partida para la valoración. Después de realizar visitas a los centros, y de las comprobaciones realizadas, hemos podido averiguar que en los centros objeto del contrato, el personal que está prestando el servicio no coincide al 100% con el listado de subrogación de los pliegos de condiciones aportado por la empresa que actualmente presta el servicio. Es por ello que una vez analizadas las diferentes categorías necesarias para la prestación del servicio y las horas por categorías exigidas en pliegos, se realiza por parte de OPTIMA un planteamiento óptimo del servicio acorde a las necesidades reales del servicio, dando cobertura y cumpliendo con la programación establecida en los PPT”.*

Procede desestimar esta alegación.

Se afirma por Serveo que Óptima no justifica disponer de las bonificaciones que alega: *“En el listado que aporta de personal que prestará servicio en los diferentes centros no se concreta ningún tipo de contrato bonificado a la seguridad social, por lo que no queda justificado en modo alguno de dónde viene realmente esa bonificación. En el certificado de subcontratista tampoco aparece nada relacionado con subcontratación a Centros Especiales de Empleo ni similares. Si el origen de las bonificaciones tuviera su origen en la contratación de nuevo personal, esta circunstancia no consta indicada como aumento de coste”.*

Según el órgano de contratación *“Optima incluye una partida de bonificaciones, que por falta de datos no se puede ni refutar, ni rechazar, puesto que se refiere a contrataciones futuras por vacaciones, ITE o jubilaciones”.*

Según afirma Óptima dispone de bolsas de personal bonificable por todo el territorio nacional, que es nuevo personal, que implica una disminución de coste sobre el personal no bonificable:

“Optima Facility Services, S.L. ha previsto llevar a cabo la cobertura de bajas laborales y las sustituciones de personal —vacaciones, incapacidades temporales,

etc.— mediante la contratación de personal bonificable; esto es, gracias a personas con dificultades de inserción en el mercado laboral o en riesgo de exclusión social.

Las bonificaciones derivadas de la realización de dichas horas suponen un ahorro de coste de personal. El objetivo de nuestra Compañía es aumentar la partida de bonificaciones, disponiendo de una reducción en coste de personal para afrontar otros costes imprevistos o posibles desviaciones de la previsión económica.

La aplicación de esta medida comportará un aumento de las bonificaciones, motivo que permite a Optima Facility Services, S.L. disponer de un “cojín” que nos facilite ser económicamente rentables y competitivos.

Asimismo, nuestra Empresa intentará, en la medida de lo posible, llevar a cabo nuevas incorporaciones de personal con diversidad funcional”.

Procede desestimar este motivo: si lo va a contratar no dispone de la acreditación todavía y no implica aumento de coste, sino disminución sobre el personal no bonificable.

Procede desestimar esta alegación.

Según Serveo existen diversas incongruencias respecto a los importes calculados en las diferentes partidas de las prestaciones complementarias, no coincidiendo las frecuencias de los trabajos o los importes con el tiempo de ejecución de los 4 meses. Cita retirada de papel, cartón , cartuchos y tóner; destrucción de papel confidencial; jaulas; trabajos programados, urgentes y generales.

A tenor del informe del órgano de contratación “las cifras del cuadro de los costes de las prestaciones complementarias que recoge Optima, contienen datos incomprensibles, pero que, debido a su escasa relevancia económica, no son relevantes en la adjudicación”.

En contestación al recurso Óptima explica cómo se ha realizado el cálculo del coste de cada una de las prestaciones, cuyo importe total alcanza 11.462 euros, frente a los 25.146 que deberían ser, según los prolijos y no acreditados cálculos de Serveo.

Procede desestimar esta alegación, no acreditándose error y no siendo una cantidad significativa sobre la oferta incurrida en baja desproporcionada.

Alega Serveo incongruencias en los importes en las mejoras de suministro, no calculándose para los 4 meses de ejecución del contrato, que cuantifica en 29.019,28 euros, diferencia entre su cálculo de 54.265,68 euros y la cantidad de Óptima de 25.246,40 euros.

Afirma el órgano de contratación que *“en cuanto a los datos ofrecidos por la empresa Óptima, referidos a las prestaciones ofertadas en el PCAP, tan sólo se solicita que la empresa aporte una declaración responsable, asumiendo su realización”*.

Óptima justifica el coste de cada una de esas partidas *“en el apartado de contenedores de residuos, el cálculo de OPTIMA está basado en la compra de dichos contenedores con una amortización de 2 años y trasladado solamente el coste que corresponde a los 4 meses de servicio. En el apartado de contenedores de papel, el cálculo se realiza teniendo en cuenta el suministro de dichos contenedores de forma que únicamente se traslada el coste que corresponde a los 4 meses de servicio. En el apartado de economía circular, el cálculo está basado en el suministro de dichos contenedores, trasladando solamente el coste que corresponde a los 4 meses de servicio. Incluso en este apartado se ha contemplado un mayor coste sobre lo que correspondería a los 4 meses de servicio”*.

Nuevamente Serveo se basa en sus propios cálculos de costes, que no acreditan que sean erróneos los de Óptima, procediendo desestimar esta alegación.

Por último, se afirma que en su informe de justificación de temeridad, Óptima calcula su oferta económica en un total de 1.227.727,78 euros, mientras el importe plasmado por Óptima en su oferta inicial era de 1.227.667,69 euros, lo que implica una modificación de su oferta. La cantidad de 1.227.727,78 euros, resulta de sumar el

importe de costes, 141.072,27 euros, (apartado 02.1 de su informe de justificación) más el importe total de venta período, 1.086.655,01 euros, (apartado 02.2 de su informe de justificación).

Tal y como afirma el órgano de contratación, no existe modificación de la oferta por el error en la cantidad consignada en la justificación de la oferta, una diferencia de 60 euros. Simplemente justifica 60 euros más que su oferta.

Procede desestimar este motivo.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación, *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”*, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Por otro lado, en resoluciones n^{os} 10/2019, 803/2018 y 877/2017, se ha recogido la reiterada doctrina de este Tribunal en la materia, que se resume en que, en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

En este momento, la función del Tribunal es el control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, no precisándose en este caso que la misma sea “*reforzada*”, dado que se admite la viabilidad de la oferta tras la justificación efectuada por el licitador.

En el caso, la motivación inicial consignada en el antecedente segundo es escueta y circunscrita a las cuestiones planteadas al licitador por la mesa de contratación. No obstante, Serveo ha tenido vista de todo el expediente y poder argumentar sobre todos los elementos que el informe técnico y la mesa entendió suficientes para justificar la viabilidad de la oferta, obteniendo respuesta de Óptima, por lo que no existe indefensión, no alegando nada al respecto el recurrente.

Considerando este Tribunal que se ha sustanciado el procedimiento contradictorio del artículo 149 LCSP, que la mesa ha motivado su decisión asumiendo el informe técnico emitido, en el que, a la vista de la justificación aportada por el licitador y lo informado por el técnico, se considera que la oferta económica puede cumplirse, se entiende que se ha cumplido el requisito de motivación en la aceptación de la oferta, no acreditándose error material alguno por la recurrente.

Procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Serveo Servicios, S.A.U. contra la adjudicación del “contrato de Servicio de refuerzo de limpieza y desinfección de diversas zonas de los centros de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, así como del servicio de Limpieza ordinaria de los centros de la Dirección Asistencial dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, lote 4, expediente A/SER-007026/2022, a la empresa Óptima Facility Services, S.L.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.