



Recurso nº 282/2024 C. Valenciana 64/2024

Resolución nº 519/2024

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 19 de abril de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.L.S., en representación de **SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L.U.**, contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de contratación para el "*Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Elche*", con expediente **SERV/ABR/2023000052**, convocado por el Ayuntamiento de Elche; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elche (Alicante), el expediente y los pliegos para el contrato de servicio de ayuda a domicilio, tanto el anuncio de licitación como los pliegos se enviaron a la publicación en el DOUE y se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 2 de junio de 2023, sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado de 19.961.538,48 €.

Segundo. El procedimiento de contratación ha seguido los trámites que, para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, regula la vigente 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).

La fecha máxima para la presentación de las proposiciones quedo señalada hasta las 14:00 horas del día 3 de julio de 2023.

Tercero. Dentro del plazo de presentación de ofertas, se han formalizado las siguientes:



- BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.,
- CLECE, S.A.,
- OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.,
- PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005, S.L.,
- UTE MACROSAD, SCA y POVINET S.C.V. (SAD Elche),
- SANIVIDA, S.L., y
- SERVISAR SERVICIOS ASISTENCIALES S.L.U.

Cuarto. La mesa de contratación en la sesión de 5 de julio de 2023, procedió a la apertura de los sobres con la documentación administrativa (DEUC y declaración responsables), emitiendo requerimiento de subsanación a varias licitadoras.

Quinto. El 7 de agosto de 2023 se reunió la mesa de contratación del Ayuntamiento de Elche para el análisis de las subsanaciones, que fueron aceptadas y en unidad de acto, se decretó la apertura de los sobres B con las ofertas cuya valoración depende de un juicio de valor. La mesa acordó la admisión de las ofertas y la remisión de su contenido a la unidad responsable para la valoración individualizada de cada una de ellas.

Sexto. El informe técnico de valoración de estas ofertas data de 4 de octubre de 2023 que fue aprobado por la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 19 de octubre de 2023.

En la misma sesión se acordó la apertura de los sobres con los criterios de adjudicación evaluables automáticamente y a continuación se analizó, primero, si las empresas habían superado el umbral mínimo en la fase de los criterios cualitativos y segundo, si existían ofertas incursas en presunción de baja anormal.

La mesa de contratación declaró que todas las empresas superaban el umbral mínimo en los criterios cualitativos y detectó hallarse en situación de baja anormal, la oferta



presentada por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., concediéndole un plazo de 5 días naturales a los efectos del artículo 149 de la LCSP.

Séptimo. El 17 de noviembre de 2023 se emite el informe técnico sobre las justificaciones presentadas por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., en el sentido de aceptarlas a los efectos de la viabilidad en la buena ejecución del contrato.

Reunida la mesa de contratación el día 22 de noviembre de 2023 aprueba el referido informe y tras la concreción del orden de prelación de ofertas, declara mejor oferta calidad/precio, la presentada por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

El orden de prelación de ofertas constantado en el acta levantada es:

1. OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., propuesto para la adjudicación.
2. SERVISAR SERVICIOS ASISTENCIALES, S.L.U. (la recurrente).
3. PROTECCION GERIÁTRICA 2005, S.L.
4. CLECE, S.A. 5. SANIVIDA, S.L.
6. UTE MACROSAD S.C.A. y POVINET, S.C.V.
7. BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.

Se le requiere la documentación del artículo 150.2 de la LCSP a OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

Octavo. En consecuencia, el órgano de contratación, —bastanteada la documentación del artículo 150.2 de la LCSP—, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elche acuerda la adjudicación del contrato a OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y además, en el mismo acuerdo decreta:



“Declarar la confidencialidad de la documentación aportada para justificar la baja temeraria por parte de la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y del informe técnico emitido el 17 de noviembre sobre la misma, conforme a la propuesta de la Mesa de contratación”.

Noveno. El 4 de marzo de 2024, la representación de SERVISAR SERVICIOS ASISTENCIALES, S.L.U., formaliza en sede electrónica recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación. Solicita que se le conceda el acceso al expediente administrativo, así como plazo para ampliar el presente recurso, de conformidad con el artículo 52 de la LCSP. Asimismo, considera que la oferta de la adjudicataria es inviable y debe ser inadmitida la justificación de la oferta anormalmente baja y/o excluida por falta de acreditación de los requisitos para contratar, por lo que solicita que, con retroacción del procedimiento a dicho momento, se ordene la adjudicación del contrato a SERVISAR por ser la licitadora clasificada en primer lugar.

Décimo. La Secretaría General del Tribunal reclamó el expediente y el informe del órgano de contratación, que fue remitido en plazo y en forma y siguiendo el curso de este procedimiento de revisión de actuaciones administrativas en materia de contratos del sector público y, así, en la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Del mismo modo, se concedió a las licitadoras el plazo común de cinco días para abrir el trámite de audiencia. El 22 de marzo del presente, ha registrado en este Tribunal, sus alegaciones en tiempo y forma, la adjudicataria, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., instando la desestimación del recurso y defendiendo la viabilidad de las justificaciones dadas a su oferta. También interesa la imposición de una multa a la recurrente, pues a su juicio, es manifiesto el carácter infundado e inviable del recurso interpuesto.

Undécimo. Por Resolución de la Secretaría General del Tribunal, dictada por delegación de este, con fecha 14 de marzo del presente, se acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53



de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 2/6/2021).

Segundo. La recurrente SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L.U., ha presentado oferta en esta licitación y quedo situada en el segundo orden de prelación en las valoraciones por lo que goza de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación ex artículo 48 de la LCSP.

Tercero. Uno de los presupuestos legales para abrir la vía del recurso especial en materia de contratación es que nos hallemos ante uno de los contratos relacionados en el artículo 44.1 de la LCSP y dentro de ellos, que se trate de una de las actuaciones administrativas que a renglón seguido define el Legislador en el artículo 44.2 del mismo texto legal como norma imperativa o de "*ius cogens*".

Se reúnen ambos requisitos pues se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera con creces los 100.000 € y la actuación impugnada se contrae a una de las relacionadas en el artículo 44.2 letra c) de la LCSP, la adjudicación del contrato.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en el plazo de quince días hábiles (artículo 50 de la LCSP) y se han cumplido las demás prescripciones formales de este recurso especial en materia de contratación.

Quinto. A juicio de la defensa de la recurrente, se ha de anular el acuerdo de adjudicación de este contrato pues resulta inviable la oferta de la adjudicataria, que en su consideración ha de ser excluida de la licitación.

Fundamenta la anulación de la adjudicación en los siguientes motivos:

1. Anulación por indefensión ante la negativa de acceso a determinados documentos declarados confidenciales y solicita ahora en esta sede al amparo del artículo 52 de la LCSP el acceso completo del expediente de contratación.

A los efectos del artículo 52 de la LCSP, la defensa de la recurrente esgrime que:

“Mi representada solicitó en tiempo y forma al órgano de contratación el acceso al expediente administrativo, el cual fue denegado por el Excmo. Ayuntamiento de Elche como luego se fundamentará, por lo que desde este momento ya dejamos interesado al Tribunal al que nos dirigimos, a efectos de que nos conceda el acceso al expediente de contratación en sus oficinas como previene el art. 52.3 LCSP anteriormente invocado, en particular a la siguiente documentación:

- A.- Documentación presentada por la adjudicataria OHL a fin de justificar la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados.

- B.- Informe técnico evacuado por el Servicio técnico del Excmo. Ayuntamiento de Elche, en base al cual se admite la justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada por la adjudicataria OHL.

- C.- Documentación presentada por la adjudicataria OHL para la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación (art. 150.2 LCSP), concretamente los certificados de hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la seguridad social”.

Ante tal negativa, esto es, el no acceso a estos documentos obrantes en el expediente de licitación electrónica, la impugnante considera que todo lo actuado ha de ser anulado pues existe un vicio de indefensión y de esta forma matiza que:

“Que está situación provoca a esta parte una absoluta indefensión jurídica material y formal, al ser una documentación suficientemente relevante que obrara en poder de esta parte para poder fundamentar de manera más consistente nuestro recurso. Implicando un



perjuicio real y efectivo para esta parte en sus posibilidades de defensa (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/1995, entre otras). En conclusión, esta parte no ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar debidamente la posibilidad de interponer recurso y fundarlo debidamente.

Esta situación vulnera los derechos de defensa al habernos visto privados de la posibilidad de formular el recurso debidamente y aportar pruebas, en su caso. Lo que conlleva, asimismo, una vulneración a la lesión del derecho a la tutela jurídica efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución, Por tanto, puede concluirse que concurre la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992”.

2. Inviabilidad de la oferta presentada por la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. A continuación, el escrito de formalización del recurso denuncia los motivos por los cuales no se debió aceptar la oferta de la adjudicataria, y de forma resumida los anticipa así:

“1. Motivo número 1: el informe justificativo de la viabilidad de la oferta, presentado por OHL SERVICIOS INGESAN, no ha tenido en cuenta la duración total del contrato sino únicamente el plazo inicial sin incluir las dos prórrogas anuales previstas (obligatorias para el contratista), no considerando por tanto los incrementos de costes en dicho periodo. Se desarrolla en el fundamento 1.1 del presente escrito.

2. Motivo número 2: el informe justificativo de la oferta presentado por OHL SERVICIOS INGESAN no ha tenido en cuenta el coste de las vacaciones del personal. Se desarrolla en el fundamento 1.2 del presente escrito.

3. Motivo número 3: la aceptación de la justificación económica de OHL SERVICIOS INGESAN supone el incumplimiento de la Memoria Justificativa del Ayuntamiento. Se desarrolla en el fundamento 1.3 del presente escrito.

4. Motivo número 4: el Precio ofertado por OHL es inferior al precio del actual contrato, habiéndose incrementado sin embargo los costes de ejecución. Se desarrolla en el fundamento 1.4 del presente escrito.



5. Motivo número 5: falta de acreditación de la adjudicataria OHL del cumplimiento de obligaciones tributarias y con la seguridad social, según se desprende del Acta publicada en el perfil del contratante en fecha 31 de enero de 2.024, por la que admite la documentación acreditativa de los requisitos para resultar adjudicataria del contrato. Se desarrolla en el fundamento 2 del presente escrito”.

Tras un larga fundamentación de cada uno de dichos motivos, SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L.U., en los que expone que por sí solos son suficientes para excluir la oferta de la adjudicataria, la defensa de la recurrente suplica a este Tribunal, primero, el derecho de acceso al expediente en esta sede con el fin de cumplimentar su recurso y segundo la estimación del recurso con anulación del acuerdo de adjudicación y exclusión de la oferta de OHL INGESAN SERVICIOS, S.A., para que, con retroacción del procedimiento se ordene adjudicación del contrato a SERVISAR por ser la licitadora clasificada en primer lugar.

Sexto. Por su parte el Ayuntamiento se opone a las pretensiones anulatorias sostenidas por la recurrente, en el informe evacuado el 14 de marzo de 2024 y suscrito por la Técnico de la Administración General.

1. Sobre el acceso al expediente y limitaciones. Tras la cita literal del artículo 133 de la LCSP, el informe del Ayuntamiento de Elche clarifica cuanto sigue:

“Como se ha mencionado anteriormente, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 14 de diciembre de 2023 declaró la confidencialidad de la documentación aportada para justificar la baja temeraria por parte de la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN S.A. y del informe técnico emitido el 17 de noviembre sobre la misma, conforme a la propuesta de la mesa. Es decir, la declaración de confidencial no se extiende a todo el contenido de la oferta, ni a todo el contenido de los informes y resto de documentación obrante en el expediente, sino únicamente a los documentos anteriormente mencionados.

El recurrente alega que el órgano de contratación ha denegado el acceso ‘sin motivación alguna más allá del acta, de la totalidad del contenido de los informes y resto de documentos solicitados. Cuando este órgano podría haber facilitado a esta parte, datos globales sin informar totalmente del contenido exhaustivo de los informes solicitados con



el fin de cumplir con los principios de transparencia y evitar causar indefensión jurídica en la que se ha visto esta parte', afirmaciones sobre las que me hallo en total desacuerdo, puesto que el acceso a la documentación requerida y la posibilidad y oportunidad de un nuevo estudio sobre la viabilidad de la oferta, se desestimó motivadamente mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 1 de febrero de 2024. Debemos hacer hincapié, además, que el informe del TAG municipal de fecha 22 de noviembre de 2023, recogido íntegramente en el Acta de la Mesa de la misma fecha, que se halla publicada en la PLACE, justifica exhaustiva y detalladamente los motivos por los que se considera satisfactoria y válida la oferta económica presentada por la mercantil OHL, especificando minuciosa y detalladamente en qué se basa dicha mercantil para efectuar el cálculo de costes de personal y demás elementos esenciales en la ejecución del servicio, considerando acreditada su experiencia en la ejecución de este tipo de servicios. Entendiendo, por tanto, que la mercantil recurrente no se halla en completa indefensión, dado que es conocedora del contenido de dicho informe, tal como se deduce del escrito presentado. Por tanto, consideramos que el procedimiento seguido en la adjudicación de este servicio es totalmente válido y ajustado a derecho, no pudiendo ser objeto de anulación".

2. Sobre la aceptación de las justificaciones dadas a la oferta presentada por OHL INGESAN SERVICIOS, S.A. y los motivos de oposición expresados por la recurrente para apoyar sus pretensiones de anulación de la adjudicación con exclusión de dicha oferta, el informe del órgano de contratación evalúa cada uno de estos motivos (5) de la siguiente forma:

2.1. En el informe justificativo de la viabilidad de la oferta presentado por OHL SERVICIOS INGESAN S.A. no se ha tenido en cuenta la duración total del contrato, sino únicamente el plazo inicial sin incluir las dos prórrogas anuales previstas (obligatorias para el contratista), no considerando por tanto los incrementos de coste en dicho período.

En contra de lo expresado por la recurrente, el informe del órgano de contratación expone que:



“En el informe emitido por el Técnico de Administración General de fecha 22 de noviembre de 2023, se indica que ‘El estudio económico planteado tiene una fecha de inicio del contrato desde el 01/01/2024, por lo que, por la duración del contrato, estudia las anualidades 2024 y 2025. Se considera adecuado realizar el estudio iniciándose desde la anualidad 2024, toda vez que no resulta razonable pensar que el contrato pueda ser adjudicado antes de que finalice el presente año’.

Asimismo, y tal como se señala en el informe referido, la mercantil adjudicataria justifica satisfactoria y ampliamente su oferta, especificando todos los detalles que acreditan el precio ofertado y el procedimiento seguido para su cálculo, contemplando el coste económico en base a la previsión de las horas anuales de servicio, costes de personal (según Convenio Colectivo, calculando el gasto mediante la aplicación de las Tablas aprobadas mediante Resolución de fecha 13 de diciembre de 2022, que prevé los incrementos salariales para los ejercicios 2024 y 2025), teniendo en cuenta la cobertura de absentismo, permisos, descansos, licencias, horas sindicales, etc., coste medio de los materiales, ratio porcentual sobre el coste de personal del servicio para kilometraje y combustible, etc.. Asimismo, especifica su previsión económica, indicando las partidas habilitadas para dar respuesta a las exigencias del pliego, así como a las mejoras propuestas en su oferta.

En definitiva, la referida mercantil justifica amplia y detalladamente la viabilidad de su oferta, detalle y minuciosidad que no puede trasladarse a los dos años de posible prórroga del contrato, debido a la inexistencia de datos concretos para su efectivo cálculo, señalando como prueba de ello el hecho de que las tablas salariales sólo incluyen los incrementos salariales hasta el año 2025, con lo cual el incremento salarial que pueda preverse o calcularse no puede ser exacto, sino que por el contrario resultaría ser un dato meramente ficticio, por lo que la previsión relativa al coste del personal, en su conjunto, resultaría inexacta y, por tanto, falta de fiabilidad, y todo ello teniendo en cuenta que el coste de personal constituye una de los capítulos más importantes del coste de dicho servicio.

Por otro lado, el presente contrato es objeto de financiación por parte de la Generalitat Valenciana, a través del Contrato-Programa para la colaboración y coordinación interadministrativa y financiera en materia de servicios sociales.

Dicho contrato-programa establece una financiación anual para los ejercicios 2021-2024, por parte de la Generalitat Valenciana para el Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Elche.

A lo largo del presente ejercicio se prevé que la Consellería remitirá al Ayuntamiento el borrador del nuevo contrato programa para la colaboración y coordinación interadministrativa y financiera en materia de servicios sociales, que abarque los ejercicios 2025 a 2028. Por todo ello entendemos que no existe una absoluta seguridad de que el Ayuntamiento disponga de financiación suficiente para la prestación de este servicio en los próximos ejercicios 2025 a 2028”.

2.2. El informe justificativo de la oferta presentada por la mercantil adjudicataria no ha tenido en cuenta el coste de las vacaciones del personal.

Contradice así esta alegación, el informe del Ayuntamiento de Elche remitido a este Tribunal:

“Respecto al segundo argumento aducido por la mercantil recurrente relativo a que en el informe justificativo de la oferta, presentado por la mercantil adjudicataria, no se ha tenido en cuenta el coste de las vacaciones del personal, debemos señalar que dicho argumento es totalmente erróneo puesto que en el informe afecto a confidencialidad suscrito por el Técnico de Administración General de fecha 17 de noviembre de 2023 se indica que en la documentación presentada por la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN S.L, se contempla y especifica el coste relativo al absentismo, permisos, descansos, licencias, horas sindicales, etc., y el emitido posteriormente con fecha 22 de noviembre del mismo año, en el que señala que ‘(...) Contempla cobertura de absentismo, permisos, descansos, licencias, horas sindicales, etc. Contempla asimismo un porcentaje sobre el coste de la empresa como desplazamiento. Ambos porcentajes se estiman adecuados y razonables’.

2.3. Incumplimiento de la Memoria Justificativa del contrato al haberse aceptado la justificación económica presentada por la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

En este aspecto, el informe del órgano de contratación matiza que:



“(…) cabe mencionar que la estimación de coste del servicio reflejada en la Memoria Justificativa del contrato resulta ser una mera previsión, dado que el Ayuntamiento no puede conocer con exactitud su coste real.

Sin embargo, en la documentación presentada por la mercantil adjudicataria, según el referido Informe emitido por el TAG municipal de fecha 22 de noviembre de 2023

‘(…) La mercantil presenta, aun sin ser necesario, un riguroso estudio económico punto por punto de su oferta, lo que demuestra que se ha realizado desde el más profundo conocimiento de la repercusión que cada gasto tiene en la misma. Dicho estudio se ha ido desglosando en el presente informe, habiéndose podido comprobar la seriedad de la oferta presentada, que encuentra justificación en los cálculos efectuados por la mercantil.

Por tanto, la justificación presentada por la mercantil se basa en los siguientes elementos:

- 1. Reducción de costes por implantación de la empresa y experiencia en contratos de Servicio de Ayuda a Domicilio.*
- 2. Pertenencia de la empresa a un importante grupo empresarial, grupo OHLA, matriz del grupo.*
- 3. Descuentos obtenidos por volumen de compras y rappels sobre compra.*
- 4. Inversión en inmovilizado material y medios materiales punteros.*
- 5. Respeto de la normativa medioambiental, social y laboral.*
- 6. Análisis detallado de los costes del servicio”.*

2.4. El precio ofertado por OHL es inferior al precio del actual contrato.

Esta alegación se pone en conexión con la anterior en el informe del órgano de contratación y se ratifica sobre ello:



“La justificación de la oferta presentada por la mercantil puede considerarse satisfactoria toda vez que:

- Es completa, es decir, explica todos los detalles que justifican el precio y el procedimiento seguido para su cálculo.

- Se basa en prácticas adecuadas de mercado.

- Parte de hipótesis de realización del contrato realistas y adecuadas”.

2.5. Falta de acreditación por parte de la adjudicataria OHL del cumplimiento de obligaciones tributarias y con la seguridad social.

El Ayuntamiento de Elche en el informe elevado a este Tribunal puntualiza que:

“Asimismo, la recurrente alega que en el expediente no consta justificación por parte de la adjudicataria OHL del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, argumento que resulta ser completamente falso, puesto que en el expediente se hallan certificados emitidos por la Seguridad Social y por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), ambos de fecha 28 de noviembre de 2023, de estar al corriente de pago de sus respectivas obligaciones. Asimismo, consta Informe de SUMA, emitido en la misma fecha, en el que acredita la no existencia de deudas en período ejecutivo”.

En conclusión, suplica a este Tribunal la desestimación del recurso y la confirmación de la legalidad del acuerdo de adjudicación por ser conforme a Derecho, tras haberse cumplido formal y materialmente las exigencias del artículo 149 de la LCSP cuando se detecta la existencia de una oferta incurso en presunción de valores anormalmente bajos.

Séptimo. Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo planteadas, en primer lugar, la recurrente alega infracción del derecho de acceso al expediente por la indebida declaración de confidencialidad hecha por el órgano de contratación en lo que a la justificación de viabilidad de la oferta de la adjudicataria se refiere y en lo tocante al informe de aceptación.

Considera la recurrente que se ha aceptado indebidamente por el órgano de contratación el carácter confidencial de documentación presentada en la justificación que carecía de tal carácter, lo que ha impedido a la recurrente ejercer su derecho de defensa frente al acuerdo de adjudicación de manera plena.

En dichas solicitudes solicitaba el acceso al expediente completo de las entidades licitadoras y en concreto a la siguiente documentación: justificación de la baja temeraria aportada por la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. e Informe técnico emitido el 17 de noviembre por parte del Ayuntamiento de Elche. Ahora la recurrente solicita en fase de recurso la siguiente documentación:

A.- Documentación presentada por la adjudicataria OHL a fin de justificar la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados.

B.- Informe técnico evacuado por el Servicio técnico del Excmo. Ayuntamiento de Elche, en base al cual se admite la justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada por la adjudicataria OHL.

C.- Documentación presentada por la adjudicataria OHL para la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación (art. 150.2 LCSP), concretamente los certificados de hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En la medida en que la recurrente alega indefensión por la insuficiente información suministrada, solicita vista del expediente, a efectos de completar la información suministrada, pudiendo, en tal caso, ampliar sus alegaciones (artículo 52 de la LCSP).

Expuestas así las posturas de las partes, debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en efecto, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales.



En la Resolución 1239/2022, de 13 de octubre (citada en la nº 244/2024, de 22 de febrero) se ha sintetizado la doctrina de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad, señalando lo siguiente:

“Procede recordar la doctrina más reciente de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. Así, en la Resolución nº 616/2019, y la más reciente nº 926/2020 de fecha 26 de agosto de 2020 han perfilado los requisitos del ejercicio del derecho a la declaración de la confidencialidad de parte de la oferta del licitador, en los siguientes términos:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada.

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018).



De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor excluido como garantía del derecho a recurrir”.

Aplicando esta doctrina al caso de este recurso, si bien es discutible el carácter confidencial de parte de la documentación solicitada, también ha de afirmarse que esta documentación no es imprescindible para examinar la justificación de la baja aportada por la adjudicataria, pues del propio escrito de formalización del recurso donde se analizan exhaustivamente las justificaciones de la oferta dadas por OHL INGESAN SERVICIOS, S.A., se concluye que contiene los datos necesarios como para permitir a la aquí recurrente tener un conocimiento suficiente de los motivos en los que ha justificado la adjudicataria sus ventajas competitivas y los bajos precios ofertados, suficiente -por tanto- para que pueda valorarse la validez de la justificación aportada.

Es decir, de las alegaciones de la recurrente SERVISAR puede concluirse que ha llegado a su conocimiento la información más que suficiente como para poder saber en qué razones concretas la adjudicataria, estando incurso en presunción de anormalidad, ha justificado la viabilidad de su oferta para, tras su conocimiento, poder rebatirlas sin merma alguna en su recurso, como de hecho hace en su escrito, en el que considera -por los motivos que ha estimado oportunos- que estas razones no son admisibles y no justifican la baja ofertada.

Así, en el acta de la sesión de 22 de noviembre de 2023, publicada en la PLACSP, se exponen de manera extensa los argumentos de la adjudicataria para justificar su oferta, así como los del informe técnico para su aceptación, los cuales no afectan a la confidencialidad declarada, y que han servido de base para fundamentar el presente recurso.

La documentación a la que finalmente no se ha dado acceso a la recurrente no se considera necesaria para que pueda tener información de la justificación de la viabilidad de la oferta



de la adjudicataria, pues la impugnante SERVISAR conoce los motivos en que se basa y se alza contra ellos sin merma alguna en el ejercicio de sus derechos.

Por ello, este Tribunal considera que no se ha producido indefensión a la recurrente y que la declaración de confidencialidad aceptada por el órgano de contratación finalmente no ha vedado a la recurrente de conocer ningún dato esencial que le haya afectado a su derecho a recurrir y cuestionar la conformidad a Derecho del acuerdo de adjudicación impugnado.

Respecto de la solicitud de acceso a la documentación presentada por la adjudicataria para la acreditación de los requisitos previos a la adjudicación, concretamente, los certificados de hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, dichos certificados no se incluyeron entre los documentos concretos por los que solicitó al órgano de contratación el acceso al expediente, por lo que la recurrente no habría cumplido este requerimiento previo, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 52 de la LCSP.

De acuerdo con lo expuesto, la primera alegación no puede ser estimada ni procede, por consiguiente, conceder el derecho de acceso al expediente en esta sede de conformidad con el artículo 52 de la LCSP.

Octavo. A continuación, considera la recurrente que no es correcta la aceptación por el órgano de contratación de la baja presentada por OHL INGESAN SERVICIOS, S.A.

La recurrente discrepa de la aceptación de los motivos que ha ofrecido la adjudicataria para justificar la baja ofertada.

Pues bien, para analizar la conformidad a Derecho de la aceptación por el órgano de contratación de la oferta de la adjudicataria, pese a estar incurso en presunción de anormalidad o ser desproporcionada, y decidir si las razones ofrecidas y su justificación son válidas, ha de partirse de lo que la LCSP señala al respecto en el apartado 4 del artículo 149 sobre la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al



licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

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 sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

5. En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.



7. Cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados”.

Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por este Tribunal, la finalidad de este procedimiento es la de evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar antes su viabilidad.

Por un lado, respecto de la amplitud o suficiencia en orden a justificar la baja temeraria, también es doctrina reiterada y unívoca de este Tribunal 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.

Así, cabe citar la Resolución 375/2019, de 11 de abril, en la que dijimos:

“A la vista de lo alegado por el recurrente, la cuestión a dilucidar es si la decisión del órgano de contratación de aceptar, a propuesta de la Mesa, las justificaciones de la empresa FERMAC es o no ajustada a Derecho, lo que exige examinar la suficiencia de dicha justificación.

Sobre esta cuestión, es doctrina de este Tribunal, recogida en la resolución nº 126/2018, de 9 de febrero, que a su vez se remite a la contenida en la resolución 142/2013, la siguiente.

«A modo de recapitulación, la doctrina mantenida por el Tribunal determina que:

1. Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.



2. El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

3. La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante». El artículo 152.3 del TRLCSP detalla el posible contenido de la justificación de viabilidad que compete ofrecer al licitador (...). En cuanto al alcance de dicha justificación, el Tribunal viene entendiendo (por todas, Resolución 86/2016, de 5 de febrero), que «la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. 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» (...).»

Por otro lado, en cuanto a la motivación de la aceptación de la justificación de la temeridad, la doctrina de este Tribunal no exige la exhaustividad que se requiere en los supuestos de rechazo de las ofertas incursas en presunción de temeridad. Así, en la Resolución nº 1254/2020 se cita la Resolución nº 814/2020, de 17 de julio (Recurso 562/2020) que declaró: “De esta manera, tal y como hemos señalado de forma reiterada, es el rechazo de la oferta el que 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, empero si es necesario una mínima valoración de los elementos de dicha oferta, y de las circunstancias y alegaciones dadas por la licitadora...”).

En cuanto a los cinco motivos por los que la recurrente se opone a la aceptación de la justificación de la oferta incurso en temeridad de la adjudicataria, cabe destacar:



Motivo 1.- Falta de inclusión de las subidas salariales durante los dos años de prórroga obligatoria del contrato.

Teniendo en cuenta que la duración del contrato es únicamente dos años, quedando la prórroga a decisión del Ayuntamiento, y que el Convenio colectivo que señala la recurrente solo hace mención a incrementos salariales en los años 2024 y 2025, cabe concluir que la justificación de la oferta se ha realizado con base en el ámbito temporal del contrato y las tablas del convenio de referencia.

El órgano de contratación en su informe señala que la previsión del incremento salarial durante 2026 y 2027 no puede preverse o calcularse de forma exacta, sino que por el contrario resultaría ser un dato meramente ficticio, por lo que la previsión relativa al coste de personal, en su conjunto, resultaría falta de fiabilidad.

Motivo 2.- Falta de inclusión del coste de vacaciones del personal.

En el acta de la mesa de contratación, a la que ha tenido acceso la recurrente se revela que el adjudicatario “Con respecto al personal directo del SAD, es decir, auxiliares de ayuda a domicilio, la mercantil parte de las horas estimadas de servicio anual, dividiendo las mismas en las 52 semanas del año, obteniendo un promedio de horas semanales. Para dar respuesta a dicho promedio incluye una tabla en la que incorpora a todo el personal subrogable, con los costes totales facilitados por la anterior adjudicataria, e incorporando una nueva contratación para dar respuesta a las horas promediadas”.

De acuerdo con el informe del órgano de contratación y de la documentación aportada por la propia adjudicataria, en el cálculo del coste directo de personal se incluye el coste de vacaciones del personal.

Motivo 3.- Incumplimiento del coste hora medio para los 4 años de la Memoria Justificativa del Ayuntamiento.

Cabe señalar que el coste medio que se incluye en la Memoria Justificativa del servicio no es obligatorio, sino una estimación para poder determinar el presupuesto base de licitación, por lo que la confirmación del argumento invocado por la recurrente impediría la realización

de bajas en el coste por hora y haría estéril la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 149.4 LCSP.

Atendiendo a la justificación aportada por la adjudicataria y tras un análisis exhaustivo de la misma, el informe técnico concluye de forma motivada que:

“La justificación de la oferta presentada por la mercantil puede considerarse satisfactoria toda vez que:

- Es completa, es decir, explica todos los detalles que justifican el precio y el procedimiento seguido para su cálculo.*
- Se basa en prácticas adecuadas de mercado.*
- Parte de hipótesis de realización del contrato realistas y adecuadas”.*

La recurrente discrepa de esta conclusión alegando que los motivos no pueden ser aceptados, no son válidos conforme la normativa laboral y mercantil, implicando a su juicio, incluso un coste menor de estos servicios de ayuda a domicilio que en años anteriores, empero, tal y como se ha expuesto más arriba, es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP no tiene por objeto que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada mediante pruebas o acreditación de los motivos que le permiten rebajar el precio ofertado, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Y precisamente esto es lo que ha ocurrido en el supuesto ahora analizado, en que se han ofrecido una serie de argumentos y razones que determinan un ahorro de costes personales y materiales suficientes como para minorar el coste total que le supondrá, al adjudicatario, la ejecución del contrato; razones que se han considerado suficientes por el órgano de contratación para concluir que, tras las explicaciones ofrecidas, no puede asegurarse que el contrato no pueda ser llevado a cabo satisfactoriamente con la baja ofertada, aceptando por ello la oferta.



Es decir, se han ofrecido, argumentos al objeto de justificar la baja ofertada, y estos han sido valorados como suficientes al basarse en hechos y circunstancias objetivas, no en meras hipótesis, sin incurrir en prácticas inadecuadas y sin afectar a los derechos de los trabajadores. Lo que no cabe, de acuerdo con la doctrina expuesta, es que este Tribunal sustituya el criterio técnico de apreciación de justificación de la baja por otro criterio que entrañe realmente una valoración alternativa, no apoyada en la constatación de un error u omisión que impida aceptar la valoración como correcta.

Motivo 4.- El precio ofertado es inferior al precio actual del contrato.

Hay que tener en cuenta que cada licitación es diferente y sus resultados pueden variar dependiendo de la concurrencia al procedimiento y la valoración comparativa de las ofertas. Además, la circunstancia alegada no determina, por si sola y teniendo en cuenta el importe de la oferta, que se trate de una práctica inadecuada, debiendo tener en cuenta en el análisis las condiciones actuales, asumiendo que la fluctuación del mercado no es siempre, ni con carácter general al alza, pudiendo ser también a la baja.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto respecto de los motivos de impugnación 1-4, debe confirmarse el criterio del órgano de contratación al concluir que el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que ha de ejecutar, pues en la valoración y análisis llevado a cabo por el informe técnico no constan errores o incumplimientos tanto normativos -disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes de acuerdo con los Convenios Colectivos de aplicación- como derivados de las exigencias que contienen los Pliegos para la ejecución de la prestación del contrato.

Por ello cabe concluir que el informe técnico cumple con creces la motivación que se exige para aceptar una oferta incurso en presunción de temeridad, aportando argumentos para concluir sobre su viabilidad y, en consecuencia, la proposición económica fue correctamente admitida, por lo que se desestiman estos motivos de impugnación.

En cuanto al motivo de impugnación número 5, esto es, la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, se trata de una afirmación que se fundamenta en el acta de la mesa de contratación, de 10 de enero de



2024 (publicada el 31 de enero), en la que no se hace referencia expresa a la presentación de la citada documentación.

Según alega la adjudicataria, en la documentación administrativa se presentó una declaración (VI del PCAP) por la que se autorizaba al órgano de contratación al acceso a esta información, por lo que la referencia a la documentación presentada por el adjudicatario en el Acta de 10 de enero de 2024, omitiendo la acreditativa de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, no implicaría el incumplimiento de este requisito. Asimismo, la adjudicataria acompaña a su escrito de alegaciones al recurso los citados certificados positivos, emitidos el 11 de diciembre de 2023.

El órgano de contratación señala que en el expediente se hallan los certificados emitidos por la Seguridad Social y por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), ambos de fecha 28 de noviembre de 2023, de estar al corriente de pago de sus respectivas obligaciones.

En consecuencia, dicho motivo debe ser también desestimado.

De acuerdo con lo expuesto este recurso ha de ser desestimado confirmando la legalidad de la admisión de la oferta y del acuerdo de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.L.S., en representación de SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de contratación para el “*Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Elche*”, con expediente SERV/ABR/2023000052, convocado por el Ayuntamiento de Elche, confirmando su legalidad.



Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo previsto por el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES