TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno.. 848 42 19 64 y 848 42 15 02
E-mail: Tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 92/2019

ACUERDO 93/2019, de 20 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del Lote 1 (Clínica Ubarmin) del contrato de "*Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2020 de varios centros del CHN (CHN-C y CHN-D)*".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de agosto de 2019 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2020 de varios centros del CHN (CHN-C y CHN-D)*".

Con fecha 28 de octubre de 2019, la Mesa de Contratación acordó la exclusión de la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (en adelante LACERA) del procedimiento de licitación del Lote 1-Clínica Ubarmin del citado contrato, por incumplir las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato, y en concreto por los siguientes motivos:

> "*- La diferencia, en porcentaje, con las horas óptimas del pliego es del 5,89%, valor superior al 5%. En el apartado 8.2.3 del cuadro de características del pliego regulador se indica: "… ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +/- 5%; en caso contrario la oferta será excluida".*
> *- Los anexos propuesta técnica 1 y 1 bis no son concordantes, por lo que es contrario a lo dispuesto en la el apartado 10.2 del cuadro de características del pliego regulador que rige esta contratación.*"

La notificación de dicha exclusión se produjo el mismo 28 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de noviembre de 2019, LACERA ha presentado una reclamación especial en materia de contratación pública contra dicha exclusión, alegando el desacierto de la interpretación realizada por la Mesa de Contratación respecto de su oferta, que ha determinado su exclusión. Los motivos en que se basa dicha reclamación son los siguientes:

1. Señala la reclamante, en primer lugar, que la cláusula 8ª del cuadro de características del contrato establece el contenido del Sobre B "Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas". Dicha cláusula prevé en su número 2 el criterio consistente en la descripción y número de puestos de trabajo, siendo obligatorio presentar para este apartado todos los datos exigidos en el modelo "Anexo Propuesta Técnica 1", y en su número 3 un Plan de limpieza basado en las Prescripciones Técnicas Particulares, donde debía incluirse la organización y distribución del personal con los horarios y coberturas propuestos en cada zona, "*ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +- 5%; en caso contario la oferta será excluida*". Para este apartado era obligatorio presentar debidamente cumplimentados todos los datos exigidos en el modelo "Anexo Propuesta Técnica 1.bis".

Por otra parte, la cláusula 10.1.1, donde se establecen los criterios de adjudicación no cuantificables mediante fórmulas, señala que del Plan de limpieza se valorarán los siguientes aspectos:

"*a. Organización y distribución del personal con los horarios y coberturas propuestos en cada zona, ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +/- 5%. Deben concordar los anexos Propuesta técnica 1 y 1 bis, conforme las horas ofertadas y la distribución de los trabajos de personal. Hasta 30 puntos*".

Asimismo, manifiesta la reclamante que "*en la cláusula 1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas se recoge que las horas óptimas para la ejecución de las tareas de limpieza serán 31.885 horas, sin que se contemple, en ningún caso, que*

dichas horas se corresponden, únicamente, con las prestadas por el personal a incluir en el Anexo Propuesta Técnica 1, en el cual se establece la siguiente precisión <No incluir en este Anexo a los encargados generales, supervisores, etc…. que se incluirán en el Anexo Propuesta Técnica 1.Bis)>”.

Señala LACERA que no incorporó en el Anexo Propuesta Técnica a la encargada general del servicio, limitando su oferta, tal y como se exigía, a la descripción y determinación del número de puestos de trabajo del personal con categorías de “peón de limpieza” y “especialista”, cuyas horas de prestación de servicio ascendían a 30.007,55 horas anuales, las cuales fueron tenidas en consideración por la Mesa de Contratación para determinar que su oferta suponía una diferencia del 5,98% con las horas óptimas del pliego.

Sin embargo, dichas horas no se corresponden con el número total de horas ofertadas, sino que estas han de ser incrementadas con las horas a prestar por la encargada general adscrita al servicio, quien, de conformidad con el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Navarra, publicado en el BON nº 70, de 70 de abril de 2017, tendrá una jornada máxima de 1.673,20 horas anuales.

En consecuencia, “*las horas ofertadas por LACERA ascienden a un total de 31.680,75 horas anuales, lo que supone que la diferencia, en porcentaje, con las horas óptimas previstas en el pliego sea solamente de un 0,64%, por lo que la oferta presentada por esta mercantil no se encontraría incursa en causa de exclusión*”.

Concluye la reclamante señalando que no trata con su reclamación de dar un nuevo contenido a su oferta, sino que esta información era claramente deducible de los datos contenidos en los Anexos Propuesta Técnica 1 y 1 bis, aludiendo al carácter vinculante de los pliegos rectores del contrato con cita de sendos acuerdos de este Tribunal.

2. En segundo lugar, señala la reclamante que en el acto impugnado se ha puesto de relieve la falta de concordancia entre los Anexos Propuesta Técnica 1 y Propuesta

Técnica 1 bis ofertados, y si bien considera que esta discordancia responde a la interpretación realizada por la Mesa de Contratación en cuanto al número de horas ofertadas, de existir otros motivos por los que aquella estimara que los anexos presentados no son concordantes entre sí, deberían haberse puesto de relieve en el acuerdo de exclusión, a los efectos de evitar una posible indefensión.

Asimismo, manifiesta que la Mesa de Contratación podría haber hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 97 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, atendiendo a la jurisprudencia y doctrina que se cita, conforme a la cual, las entidades contratantes deben aplicar un criterio restrictivo y antiformalista en lo que hace a la exclusión de las ofertas.

Concluye la reclamante señalando que, en todo caso, "*en ningún momento, la falta de concordancia entre los anexos presentados venía fijada como causa de exclusión en los pliegos rectores del contrato, sino que, únicamente, se configura como criterio de adjudicación, de forma que solo debería de tenerse en cuenta para la ponderación de las ofertas*".

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita que, previa suspensión del procedimiento de adjudicación, se declare el acto recurrido no ajustado a derecho, procediéndose a su anulación y ordenándose la retroacción del expediente al momento anterior a su emisión, para que en la adjudicación se tenga en cuenta como oferta no excluida la proposición de la sociedad reclamante.

TERCERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2019, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) ha aportado el expediente del contrato y ha presentado un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Tras exponer los hechos que antecedieron a la interposición de la reclamación señala, en primer lugar, que "*el quid de la cuestión está en que la empresa Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., no incluyó en el Anexo Propuesta Técnica 1, las horas*

a prestar por la encargada de limpieza adscrita al servicio porque considera que de acuerdo con los datos que en el pliego se exigía incluir en el Anexo Propuesta Técnica 1, no habría que incluirla y, por el contrario, la Mesa de Contratación considera que sí había que incluirla y que en dicho Anexo deben ofertase las horas óptimas para la prestación del servicio de limpieza, por lo que la oferta de Lacera no cumpliría con la exigencia de que no se supere el margen de +/- 5%."

Se alude, a continuación, al informe emitido por el vocal técnico de la Mesa de Contratación, que se adjunta, donde se señala que en el anexo propuesta técnica 1 "*están incluidas las Encargadas de limpieza, ya que son personal subrogable, y mano de obra directa con presencia en el centro. Que la leyenda de <No incluir Encargados Generales, Supervisores, etc…> hace referencia a personal de control de la empresa que no es subrogable y que no realiza su actividad en el centro de trabajo.*

De esta manera ha sido entendido por todos los demás licitadores de este expediente con la única excepción de Lacera Servicios y Mantenimiento.

En el anexo del expediente <Listado Personal a subrogar C. Ubarmin Lote 1> se relaciona todo el personal a subrogar del citado lote. En este listado aparecen todos los trabajadores de mano de obra directa para el contrato de limpieza. Aparecen con sus categorías peón limpieza, especialista y encargada y se corresponden con los trabajadores que realizarán su labor de forma directa en el centro de trabajo."

Se señala, a continuación, que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece que el encargado del respectivo centro es "el responsable directo de la limpieza", que debe estar localizable las 24 h en un único número de teléfono y que supervisará la asistencia del personal a su cargo de trabajo, "*por lo que es obvio que el encargado o encargada de la limpieza es mano de obra directa y con presencia en el centro, por lo que debe incluirse en el Anexo Propuesta Técnica I*".

Establece que el error del licitador a la hora de presentar su oferta no es un error puramente formal que se pueda subsanar con una simple aclaración, por lo que la Mesa no la solicitó, ya que ello hubiera implicado probablemente la modificación de la oferta.

Asimismo, señala que la diferencia de horas existente entre la "Propuesta Técnica 1" y la "Propuesta Técnica 1 bis" es de más de 1.900 horas y no de 1.673,20 horas, que son las que pretende el recurrente que se consideren para valorar su oferta.

Por último, respecto a la falta de concordancia entre los anexos 1 y 1 bis, se señala que para obtener puntos en este apartado los anexos deben ser concordantes y que los puntos se otorgan proporcionalmente por metros cuadrados correctamente asignados, evaluándose los dos aspectos: el tiempo asignado a cada zona del centro y el nivel de detalle sobre los locales objeto de limpieza.

"*Es cierto que esto se puede considerar un criterio de valoración y no una causa de exclusión, tal y como alega el recurrente, aunque sería dudoso ya que en el pliego se exige que los anexos <deben ser concordantes> y en este caso, la diferencia de horas era muy elevada y por ello, se consideró que la oferta debía ser excluida también por este motivo, pero, en cualquier caso, es claro que la oferta no estaba dentro del margen del +/- 5% de horas óptimas y por ello se excluyó la misma sin solicitar aclaración.*"

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta por el incumplimiento de las Prescripciones Técnicas Particulares del contrato.

CUARTO.- El 14 de noviembre de 2019 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP. Con fecha 19 de noviembre, la mercantil ACCUAE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. ha presentado un escrito de alegaciones, en el que señala lo siguiente:

- Que manifiesta su conformidad con la resolución dictada por la Mesa de Contratación en fecha 28 de octubre de 2019, y con los pronunciamientos contenidos en la misma.

- Que, respecto al incumplimiento del apartado 8.2.3 del cuadro de características del pliego regulador, se refieren "*al hecho de que la labor de la encargada supervisora, a cuyo concepto imputa la recurrente el incumplimiento del margen de horas óptimas recogido en el Pliego, es una tarea administrativa, y como tal no constitutiva de personal directo en cuanto a horas de limpieza, a la luz también de los recogido en los artículos 29 y siguientes del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, registrado y publicado en el BOE mediante Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo*".

- Que entienden que "*la falta de concordancia entre los anexos (Propuesta Técnica 1 y 1 bis) no es, ni ha sido, en ningún caso considerada por el órgano licitador como una causa de exclusión en sí misma, como se alega en el recurso presentado por LACERA, sino que es una consecuencia de la que sí es verdadera causa de exclusión, fruto de lo previsto en la referida 8.2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas*".

- Que no puede considerarse que la subsanación de dicho error se reduzca a una mera aclaración o corrección en la línea de lo señalado por el Tribunal Supremo o el TJUE, sino que puede suponer verdaderamente una nueva oferta, así como que, de entre las seis ofertas presentadas, únicamente la recurrente ha incurrido en causa de exclusión por exceder en este punto.

Se solicita, por lo tanto, que se desestime la reclamación formulada por LACERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (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 impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, 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 los motivos legalmente tasados, la infracción de las normas de concurrencia en la licitación del contrato, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- La reclamante fundamenta su reclamación en la errónea interpretación que la mesa de contratación realiza de las cláusulas 8.2.3 y 10.1.1 del cuadro de características del contrato puesto que la consecuencia de dicha interpretación desacertada es el motivo de su exclusión.

Respecto a la cláusula 8.2.3, en la que se establece como causa de exclusión ofertar horas que supongan una desviación superior o inferior al 5% de las horas óptimas previstas en el pliego técnico, considera que la Mesa de Contratación ha valorado únicamente las horas del personal incluido en el “Anexo Propuesta Técnica 1”, donde no se incluye la figura de “encargada general”, que sí se incluye en el “Anexo Propuesta Técnica 1.bis”. Y por tanto, incluyendo dicha figura, las horas ofertadas por la reclamante no incurrirían en la desviación que constituye la causa de exclusión.

Respecto a la cláusula 10.1.1, en la que se establece dos criterios de adjudicación relativos al Plan de limpieza, en el primero de ellos se señala que “*deben concordar los anexos Propuesta Técnica 1 y 1bis, conforme a las horas ofertadas y la distribución de los trabajos de personal*”, sin embargo, la falta de concordancia entre dichos anexos no se establece como causa de exclusión de la licitación. Asimismo, si la Mesa de Contratación hubiera detectado otros motivos distintos del número de horas ofertado por

los que dichos anexos no son concordantes, lo debería haber puesto de relieve en el acuerdo de exclusión, para evitar la indefensión de la reclamante, pudiendo haber hecho uso de la potestad prevista en el artículo 97 de la LFCP, debiendo aplicarse un criterio restrictivo y antiformalista en la exclusión de las ofertas.

Por su parte, el SNS-O, considera que la categoría de "encargada" es personal de mano de obra directa, y por tanto debía incluirse en el "Anexo Propuesta Técnica 1", indicando que dicha categoría es distinta a la de Encargados Generales o Supervisores, a la que alude el citado Anexo, que es personal de control de la empresa y no realiza su actividad en el centro de trabajo. Asimismo, se señala que la diferencia de horas existente entre ambos anexos es superior a 1.900, y no de 1.673,20 como indica la reclamante. Se indica que todos los demás licitadores han realizado la interpretación en el sentido que se señala.

Respecto a la posibilidad de haber formulado una solicitud de aclaración al respecto se señala que en todo caso ello hubiera conllevado una modificación de la oferta por parte de LACERA. Por último, respecto a la falta de concordancia de los anexos, se admite que puede no constituir causa de exclusión, pero que es dudoso, así como que la diferencia de horas era muy elevada, por lo que se consideró que también debía constituir un motivo de exclusión.

El tercer interesado por su parte manifiesta, respecto al incumplimiento del apartado 8.2.3 que la labor de la encargada supervisora, a cuyo concepto imputa la recurrente el incumplimiento del margen de horas óptimas recogido en el Pliego, "*es una tarea administrativa, y como tal no constitutiva de personal directo en cuanto a horas de limpieza, a la luz también de los recogido en los artículos 29 y siguientes del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, registrado y publicado en el BOE mediante Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo*". Respecto a la falta de concordancia entre los anexos considera que no ha sido la causa de exclusión "*sino que es una consecuencia de la que sí es verdadera causa de exclusión, fruto de lo previsto en la referida 8.2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas*". Finalmente considera que no cabe la subsanación de dicho error mediante una mera aclaración o corrección en la línea de lo señalado por el Tribunal Supremo o el

TJUE, porque puede suponer verdaderamente una nueva oferta, así como que, de entre las seis ofertas presentadas, únicamente la recurrente ha incurrido en causa de exclusión por exceder en este punto.

SEXTO.- Expuestos sucintamente los argumentos contradictorios de las partes debemos comenzar por recordar lo que establece, en relación con las cuestiones controvertidas, el pliego del contrato.

El cuadro de características del contrato regula, en su cláusula 8.2 el contenido del Sobre B "Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas" en los siguientes términos:

"1 - (…).

2 – Descripción y número de puestos de trabajo, diferenciando días laborables, sábados, domingos y festivos, desglosados en turnos (mañana, tarde, noche) y categorías (limpiador/a, peón, …) con indicación del número de horas de mano de obra directa a realizar del personal asignado al Centro.

Para este apartado será obligatorio presentar debidamente cumplimentados todos los datos exigidos en el modelo "Anexo Propuesta Técnica 1".

3 – Plan de Limpieza basado en las Prescripciones Técnicas Particulares comunes, que acredite el cumplimiento del contrato y que será el referente para la organización del trabajo. El Plan de limpieza será acorde con cada zona del centro o centros, conforme al tipo de actividad asistencial que se desarrolle en la misma; deberá tener en cuenta el personal destinado a cada zona, el sistema de limpieza y maquinaria a utilizar, las tareas ordinarias y extraordinarias; como mínimo incluirá:

● *Organización y distribución del personal con los horarios y coberturas propuestos en cada zona, ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +- 5%; en caso contrario la oferta será excluida. Incorporará fichas de trabajo individualizadas, detallando horarios y tareas a desempeñar en cada puesto funcional de lunes a viernes, sábados y domingos y/o festivos del personal descrito en el Anexo anterior (Propuesta técnica 1). Para este apartado será obligatorio presentar debidamente cumplimentados todos los datos exigidos en el modelo "Anexo Propuesta Técnica 1.bis".*

(…)”.

La cláusula 10.1.1 regula los “Criterios no cuantificables mediante fórmulas” del siguiente modo:

“Del Plan de Limpieza basado en las Prescripciones Técnicas, que acredite el cumplimiento del contrato y que será el referente para la organización del trabajo se valorarán los siguientes aspectos:

a) Organización y distribución del personal con los horarios y coberturas propuestos en cada zona, ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +/- 5%. Deben concordar los anexos Propuesta técnica 1 y 1 bis, conforme las horas ofertadas y la distribución de los puestos del personal. Hasta 30 puntos.”

Por otra parte, en el Anexo V, dedicado a las Prescripciones Técnicas, se establece, en su cláusula 1.1, que las horas anuales óptimas para la ejecución de las tareas de limpieza en el Lote 1, referido a la Clínica Ubarmin, son 31.885 horas para 27.950 metros cuadrados.

El anexo Propuesta Técnica 1, anexo donde debe formularse la propuesta relativa a la descripción y número de puestos de trabajo, conforme dispone la cláusula 8.2 del cuadro de características del contrato, contiene el siguiente encabezamiento:

“Anexo Propuesta Técnica 1: RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. HORAS DE MANO DE OBRA DIRECTA LIMPIADORES (PRESENCIALES)

Se utilizará una tabla para cada lote del CHN.

(No incluir en este Anexo a los encargados generales, supervisores, etc,... que se incluirán en el Anexo Propuesta Técnica 1.bis).”

En dicho anexo además, en las notas a pie de página, se insiste, respecto a las categorías, expresamente lo siguiente:

“(1) Categoría: Limpiador/a, especialista, cristalero/a, etc. No incluir Encargados generales, Supervisores, etc…”.

Por su parte, en el anexo Propuesta Técnica 1-bis, debe formularse la propuesta relativa a la organización y distribución del personal con los horarios y coberturas propuestos en cada zona conforme dispone la cláusula 8.2 del cuadro de características del contrato, y presenta el siguiente encabezamiento:

"Anexo Propuesta Técnica 1-bis: Plan de limpieza".

De igual modo debemos reseñar que en el anuncio publicado en el Portal de Contratación se incluyeron sendos documentos que relacionan el personal a subrogar en cada uno de los tres lotes en que se divide el contrato. Respecto al Lote 1, se establecen las siguientes categorías: Peón limpieza; Especialista; y Encargada.

Finalmente, destacar que a la obligación de subrogación de los trabajadores y a la información sobre los mismos aluden las cláusulas 17.7.2 de los pliegos reguladores y 17.7 del cuadro de características del contrato, respectivamente.

SÉPTIMO.- Una vez detallado el contenido de los pliegos, procede entrar a analizar las alegaciones formuladas y la concurrencia o no de los dos motivos de exclusión aducidos por el SNS-O.

En primer lugar debemos partir, tal como hemos transcrito, de que las prescripciones técnicas establecen un número de horas anuales óptimas para la realización de los trabajos en el Lote 1 de 31.885 horas.

Asimismo, el apartado 2 de la cláusula 8.2 del Cuadro de características del contrato establece como contenido del sobre B ("Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas"), la descripción y número de puestos de trabajo, "*con indicación del número de horas de mano de obra directa a realizar del personal asignado al Centro*". Además, la oferta de este apartado ha de realizarse utilizando el modelo del "Anexo Propuesta Técnica 1". En dicho anexo se insiste en que han de señalarse las "horas de mano de obra directa limpiadores (presenciales)", y hasta en dos

ocasiones se señala que no deben incluirse en dicho anexo los encargados generales, supervisores, etc., “que se incluirán en el Anexo Propuesta Técnica 1.bis”.

Por su parte, el apartado 3 de la cláusula 8.2 establece la obligación de presentar un Plan de Limpieza basado en las Prescripciones Técnicas Particulares, que incluirá, como mínimo, la organización y distribución del personal, y un sistema de control de ejecución, valoración y calidad de las tareas. Centrándonos en el primero de sus contenidos, se señala que se deberán ofertar “*obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +- 5%; en caso contrario la oferta será excluida*”. Se señala, asimismo, que incorporará fichas de trabajo individualizadas, detallando horarios y tareas, “*del personal descrito en el Anexo anterior (Propuesta técnica 1)*”. La oferta de este apartado ha de realizarse obligatoriamente conforme al modelo del “Anexo Propuesta Técnica 1.bis”.

Tras lo expuesto procede entrar ya a analizar la primera de las cuestiones planteadas, consistente en determinar si la apreciación del margen del +- 5% respecto de las horas óptimas, según prescribe el pliego, ha de realizarse atendiendo al personal incluido en el Anexo Propuesta Técnica 1, tal y como se ha hecho por la Mesa de Contratación, o bien al personal incluido en el Anexo Propuesta Técnica 1.bis. como al contrario sostiene la reclamante.

Pues bien, teniendo en cuenta la literalidad de la cláusula 8.2 del Cuadro de características del contrato, como los transcritos anexos, llegamos a la conclusión de que la cuantificación de las horas ofertadas respecto a las horas óptimas debe hacerse conforme al personal incluido en el Anexo Propuesta Técnica 1.bis, puesto que así se deduce de los estrictos términos en que los que el pliego está redactado tal como procedemos a exponer.

En primer lugar, porque la desviación de un porcentaje superior o inferior al 5% del número anual de horas óptimas como causa de exclusión de la licitación está incluido en el apartado relativo al Plan de Limpieza, respecto del que se exige la presentación del Anexo Propuesta Técnica 1 bis, anexo en el que como hemos visto ha

de incluirse a los encargados generales y supervisores, porque así se indica expresamente en el Anexo Propuesta Técnica 1.

En segundo lugar debemos tener en cuenta que la referencia que en el Plan de Limpieza se realiza a este último anexo alude exclusivamente a la presentación de las fichas de trabajo del personal de mano de obra directa y por tanto debe circunscribirse a dichos efectos.

Partiendo pues de que el margen de desviación de las horas óptimas ha de aplicarse respecto del personal del Anexo Propuesta Técnica 1 bis, debemos determinar a continuación si la inclusión de la figura de "encargada" en el citado anexo es correcta, como defiende la reclamante, o bien, debería haberse incluido también en el Anexo Propuesta Técnica 1, por tratarse de personal de mano de obra directa, como sostiene el SNS-O.

A este respecto, hemos de comenzar señalando que no se aprecia en los pliegos reguladores la diferenciación alegada por el SNS-O entre la figura de "*encargada de limpieza*", como personal de mano de obra directa con presencia en el centro y subrogable, frente a la de "Encargados Generales" o "Supervisores", como personal de control de la empresa que no realiza su actividad en el centro de trabajo y que no resulta subrogable.

Así, los pliegos técnicos aluden en diversas ocasiones a personal que tiene la responsabilidad de organizar el servicio de limpieza, y controlar y vigilar la correcta ejecución del mismo, pero sin diferenciar nítidamente entre ambas figuras. En concreto encontramos dichas menciones en las siguientes cláusulas del Anexo V de las prescripciones técnicas:

"*2. PROGRAMA DE TRABAJO*

(….) Las personas que ostentan la responsabilidad de la organización del servicio de limpieza deberán vigilar y controlar la ejecución correcta, por parte del personal a su cargo, de los planes de trabajo establecidos para las diferentes áreas o

zonas del hospital y hacer que se cumplan oportuna y escrupulosamente, conforme a la metodología establecida".

"4. ORGANIZACIÓN

(…) La planificación, programación y seguimiento de estas limpiezas generales se comunicará por parte de los encargados a la Sección de Servicios generales mediante un registro de las mismas en las que los responsables de cada área del hospital/centro verificarán su realización.

El personal de la empresa adjudicataria que realice las tareas objeto del contrato será regido por encargados en número suficiente para garantizar la mejor dirección, organización y supervisión de los trabajos, así como la eficacia de sus trabajadores. Ellos son los responsables directos de la limpieza, y el puente de unión con el centro. (…).

La empresa designará un interlocutor único o encargado, válido para establecer las relaciones con el centro y localizable las 24h en un único número de teléfono. (…).

El encargado supervisará la asistencia del personal a su cargo al trabajo, así como su eficacia y contará con poderes suficientes del contratista para la resolución inmediata de cuantos defectos e incidencias sean observados en la prestación del servicio, siempre que no supongan modificaciones no autorizadas.

Para cubrir las vacaciones y ausencias del encargado la contrata designará otra persona para que realice sus funciones en dichas ausencias."

"5.2. Uniformidad e identificación

(…) Los encargados supervisarán que la uniformidad esté siempre en correcto estado de uso y limpieza".

"10. CONTROL DE CALIDAD

Cada centro podrá solicitar a los encargados responsables del servicio de limpieza los documentos de control de calidad oportunos (supervisión de procedimientos, ejecución de tareas, etc.)".

Como se puede comprobar de su transcripción, los pliegos técnicos aluden a la figura de los "*encargados*" con diferentes funciones que podemos sintetizar en que se trata de "*responsables directos de la limpieza, y el puente de unión con el centro"*, "*interlocutor único o encargado*" de la empresa contratista que ha de estar localizable las 24 horas por teléfono por lo que no parece que sea personal de mano de obra directa ni por tanto esté asignado a la ejecución del contrato y en consecuencia no es subrogable. Y se refiere a ellos, sin mayores matizaciones con la denominación de "encargados" y por tanto en modo alguno se distingue entre "*encargada de limpieza*", "Encargados Generales" o "Supervisores".

Y por tanto, cuando en el Anexo Propuesta Técnica 1, se señala entre las categorías que deben hacerse constar en el mismo: "*Limpiador/a, especialista, cristalero/a, etc. No incluir Encargados generales, Supervisores, etc.*", lo que se concluye es que en este Anexo no debe incluirse la figura del *encargado*, contrariamente a lo defendido por el SNS-O.

Igualmente, las cláusulas 17.7.2 de los pliegos reguladores y 17.7 del cuadro de características del contrato, que aluden a la obligación de subrogación de los trabajadores, tampoco establecen la diferenciación defendida por el SNS-O.

Por su parte, en el artículo 24 del Convenio Colectivo del Sector Limpieza de Edificios y Locales de Navarra (BON núm. 70, de 10 de abril de 2017), se regula la subrogación en este sector, en su art. 41 prevé que en todo lo no regulado en el presente convenio, se aplicará lo previsto en el Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales que en su artículo 32 (BOE núm. 123, de 23 mayo 2013), regula el Grupo profesional III del sector de la siguiente forma:

"Los trabajadores/as adscritos a este grupo profesional realizan funciones de coordinación y supervisión, de ejecución autónoma que exijan habitualmente iniciativa

por parte de los trabajadores que los desempeñan, comportando, bajo supervisión, la responsabilidad de los mismos y pudiendo ser ayudados por otro u otros trabajadores.

Poseen titulación adecuada o conocimientos adquiridos en el desempeño de su profesión.

Las divisiones funcionales de este grupo profesional son, a título meramente enunciativo: Encargado General, Supervisor o Encargado de Zona, Supervisor o Encargado de Sector, Encargado de Grupo o Edificio y Responsable de Equipo."

Tampoco en este artículo se detalla la diferenciación entre "Encargadas de limpieza" y "Encargados Generales" o "Supervisores", como alega el SNS-O.

De todo ello resulta que la figura del "encargado" debía incluirse en el Anexo Propuesta Técnica 1 bis, y no en el Anexo Propuesta Técnica 1, por venir así previsto expresamente en este último, no siendo admisible la matización o diferenciación realizada por el SNS-O entre "Encargada de limpieza" y "Encargados Generales" o "Supervisores", ya que esta no aparece explícitamente ni en el propio pliego ni en el Convenio colectivo sectorial.

Al respecto debemos recordar la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación al definir los requisitos o especificaciones técnicas, pero una vez determinadas éstas en el pliego regulador, no cabe, en atención al carácter vinculante de dicho documento contractual, relativizarlas ni obviarlas durante el proceso de licitación (Sentencia 442/2018, de 21 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra) y por tanto si bien en su momento, en la redacción de los pliegos, el órgano de contratación pudo haber precisado correctamente la diferenciación ahora pretendida entre "Encargada de limpieza" y "Encargados Generales", al no hacerlo en su momento no cabe ahora pretender inferir de las funciones que se les encomiendan en el pliego dicha distinción.

En este punto conviene traer a colación la doctrina sobre los requisitos para que la exclusión de un licitador por incumplimiento de pliego resulte ajustada a derecho y que exige que el incumplimiento sea expreso y claro, tal y como pusimos de manifiesto

en el Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre, de este Tribunal: *"A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.*

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado".

Y por tanto debemos dar la razón a la reclamante puesto que, tal como hemos constatado, los términos en que está redactado el pliego resultan ambiguos o confusos,

no resultando nítida la pretendida diferenciación defendida por el SNS-O entre la *encargada* como personal de mano de obra directa y subrogable, del *encargado general o supervisor*, personal de control de la empresa que no realiza su actividad en el centro de trabajo y que no resulta subrogable.

A mayor abundamiento, la falta de claridad del pliego en este aspecto se pone de manifiesto de nuevo al examinar la postura sostenida por la tercera interesada que ha presentado alegaciones a la reclamación, y que aporta un nuevo perfil de la *encargada supervisora*, como personal que realiza tareas administrativas y que no constituye personal directo "*en cuanto a horas de limpieza, a la luz también de los recogido en los artículos 29 y siguientes del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, registrado y publicado en el BOE mediante Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo*".

De igual modo, debemos poner de manifiesto que en el presente caso, la pretendida omisión en la oferta de la empresa reclamante, viene inducida, cuando menos, por la redacción del propio pliego, y por tanto este carece de la "*claridad suficiente para que todos los licitadores, en igualdad de condiciones, puedan disponer de los elementos de juicio necesarios para formular correctamente sus ofertas,…*" y en consecuencia no se garantiza *"la plena efectividad de los principios en los que se asienta la contratación pública"* (Resolución 27/2017, de 13 de enero, del Tribunal Central de Recursos Contractuales) .

A este respecto, la Resolución 810/2018, de 14 de septiembre, del TACRC, señala lo siguiente:

"Este Tribunal en la Resolución 505/2018, de 25 de mayo, que cita otras resoluciones, recoge la doctrina que mantiene sobre la oscuridad de las cláusulas de los pliegos, señalando: "(…) en Resolución nº 019/2014, de 17 de enero de 2014, recaída en el Recurso nº 927/2013, la ambigüedad u obscuridad de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores. Se lee en tal Resolución cuanto sigue: «Noveno. Como se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, los Pliegos aplicables no son

claros, ni respecto del número de técnicos que deben ejecutar las prestaciones del contrato ni respecto de la titulación y cualificación que se exige a unos (residentes) y otros (sustitutos o de reserva).

Sobre la "oscuridad" de los Pliegos este Tribunal ya se ha manifestado en numerosas ocasiones (como referencia, Resoluciones 49/2011, de 24 de febrero, 49/2013, de 30 de enero, o 232/13, de 20 de junio), en el sentido de que los contratos públicos son, ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los Pliegos, si no es posible resolverlas de acuerdo con las previsiones de la legislación de contratos públicos, deben decidirse conforme a los preceptos generales del Código Civil y también acudiendo a la interpretación lógica de las cláusulas del contrato (Resolución 234/12, de 24 de octubre), siendo de especial relevancia el criterio establecido en el artículo 1.288 del Código Civil, con arreglo al cual "la interpretación de las cláusulas oscuras no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad" ni, consecuentemente, jugar en perjuicio de los contratistas (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981).

También ha considerado aplicable este Tribunal el artículo 1.282 del Código Civil, con arreglo al cual ha de atenderse, como criterio de interpretación de los Pliegos, a los actos de los contratistas, coetáneos y posteriores al contrato".

Tras lo expuesto debemos concluir que la forma de proceder de la empresa reclamante resulta ajustada atendiendo a la redacción del pliego regulador, al incluir a la encargada dentro del Anexo Propuesta Técnica 1 bis, y no dentro del Anexo Propuesta Técnica 1, y por tanto la desviación respecto al número de horas óptimo debió calcularse utilizando los datos reflejados por los licitadores en el Anexo Propuesta Técnica 1 bis, dado que esta causa de exclusión se recoge en el apartado correspondiente al Plan de Limpieza.

En consecuencia, no cabe apreciar la concurrencia de la primera de las causas de exclusión aducidas, puesto que no se aprecia un incumplimiento del pliego expreso y

claro, requisitos exigidos para que este opere como causa de exclusión de la licitación y por ende, procede estimar el presente motivo de impugnación.

OCTAVO.- Respecto a la segunda causa de exclusión que rebate el reclamante, debemos comenzar precisando que en la comunicación cursada a la reclamante se identifica erróneamente la cláusula incumplida, se señala como tal el apartado 10.2 del cuadro de características del pliego regulador, cuando en realidad se trata de la cláusula 10.1.1. Este hecho, sin embargo, no ha provocado indefensión alguna en la reclamante, dado que conoce el motivo y la cláusula correcta en que este aparece como se deduce del contenido de su reclamación.

Precisado lo anterior, recordemos que la cláusula 10.1.1. establece los criterios de adjudicación no cuantificables mediante fórmulas, señalando la valoración de sendos aspectos del Plan de Limpieza. Respecto del primero de ellos, consistente en la organización y distribución del personal, se señala que "*deben concordar los anexos Propuesta técnica 1 y 1 bis, conforme las horas ofertadas y la distribución de los puestos de trabajo*".

Esta cláusula, por lo tanto, establece la obligación de que ambos anexos concuerden respecto a las horas y a la distribución de los puestos. Al respecto cabe realizar dos apreciaciones. En primer lugar, debemos poner de manifiesto que esta concordancia no podrá ser total, dado que en el Anexo Propuesta Técnica 1 bis deben incluirse categorías que no deben constar en el Anexo Propuesta Técnica 1 como ha quedado demostrado en nuestra anterior consideración. A ello debemos añadir, que efectivamente, tal como alega el reclamante, el incumplimiento de esta obligación de concordancia no aparece recogido como causa de exclusión de la licitación, como incluso reconoce tibiamente el SNS-O.

Sin embargo, pese a lo advertido, la Mesa de contratación acordó su exclusión, con base en el informe de valoración emitido el 23 de octubre, en el que se señala lo siguiente:

"La oferta de Lacera servicios y mantenimiento alcanza una diferencia en porcentaje con las horas óptimas de 5,89%. El pliego de prescripciones indica claramente que: "…ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +/- 5%; en caso contrario la oferta será excluida". Además de este error en la oferta de Lacera servicios y mantenimiento, los anexos propuesta técnica 1 y 1 bis no son acordes, presentando diferencias de horas. Por tanto la oferta de Lacera servicios y mantenimiento no es valorada y se propone su exclusión".

Y en consecuencia con fecha 28 de octubre de 2019 la Mesa de Contratación acordó su exclusión por los siguientes incumplimientos que le son notificados:

> "*- La diferencia, en porcentaje, con las horas óptimas del pliego es del 5,89%, valor superior al 5%. En el apartado 8.2.3 del cuadro de características del pliego regulador se indica: "… ofertando obligatoriamente las horas óptimas con un margen del +/- 5%; en caso contrario la oferta será excluida".*
> *- Los anexos propuesta técnica 1 y 1 bis no son concordantes, por lo que es contrario a lo dispuesto en la el apartado 10.2 del cuadro de características del pliego regulador que rige esta contratación.*"

En definitiva, se excluye la oferta de la reclamante por dos incumplimientos, al primero nos hemos referido en nuestro anterior fundamento, respecto del segundo, debemos poner de manifiesto que no aparece previsto como causa de exclusión de la licitación y por tanto no debería conllevar la exclusión, debemos recordar nuevamente que para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, tal y como se pone de relieve, entre otras, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 985/2015, de 23 de octubre. Incumplimiento que insistimos no se produce en este caso, y por tanto, tampoco se aprecia la concurrencia de este segundo motivo de exclusión, dado que el incumplimiento de la citada obligación no lleva aparejada tal consecuencia en el pliego. Y por tanto procede estimar también este motivo de impugnación.

Frente a esta alegación la mercantil ACCUAE considera que esta falta de concordancia entre los anexos no ha sido considerada por el órgano de contratación como causa de exclusión en sí misma, sino como consecuencia de la anterior. Sin embargo, peso a lo alegado, cabe advertir que el Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación de 28 de octubre, notificado a la reclamante, claramente se identifican, como hemos transcrito, dos motivos de exclusión.

En consecuencia, procede estimar también este segundo motivo de impugnación.

Restaría analizar los efectos de la estimación de la reclamación en orden a decidir si procede únicamente la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de tales criterios de adjudicación o debe anularse íntegramente el procedimiento, a cuyos efectos debe analizarse si se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados.

Debemos recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 LFCP "*Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo*", precepto que garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura en la forma prevista en el artículo 97 del mismo cuerpo legal.

En este sentido debemos recordar la doctrina contraria a la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas automáticas, avalada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 (citada en nuestros Acuerdos 13/2019 y 31/2019) en la que se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones cuando indica que "*se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el*

secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior."

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, resulta que la valoración afectada por la estimación de la reclamación sería, como se ha dicho, la correspondiente a los criterios no cuantificables mediante fórmulas, Sobre B de las proposiciones presentadas, realizada con anterioridad *al acto formal de apertura de las ofertas* que como sabemos ya se ha producido, por ello, afecta directamente al secreto de las proposiciones, motivo por el cual la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de tales criterios de adjudicación no resulta posible por alterar el orden lógico de sus fases y afectar al principio de transparencia y no discriminación.

Por cuanto antecede procede estimar la reclamación interpuesta por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., anulando el procedimiento de adjudicación del Lote 1 – Clínica Ubarmin del contrato, puesto que ya se ha producido la apertura de las ofertas relativas a los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas.

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. Estimar la reclamación en materia de contratación pública formulada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del Lote 1 (Clínica Ubarmin) del contrato de "*Servicios de limpieza para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea durante el año 2020 de varios centros del CHN (CHN-C y CHN-D)*" declarando la nulidad del procedimiento.

2º. Notificar este Acuerdo a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que

figuren en el expediente a los efectos oportunos y ordenar 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, 20 de diciembre de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.