**Recurso 554/2021**
**Resolución 95/2022**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de febrero de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de centralita e información y atención al público en los Hospitales de la Agencia Pública Empresarial Hospital Alto Guadalquivir" (Expte.PA38/APESHAG-12345678/21), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 11 y 17 de agosto de 2021, se publicó, respectivamente, en el el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.108.040 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 26 de octubre de 2021, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda proponer al órgano de contratación; la exclusión de las entidades FACTUDATA XXI, S.L. y CONEXIÓN CULTURA, S.L. (en adelante la UTE) al considerar, una vez tramitado el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, que su oferta es inviable y, asimismo, la adjudicación del contrato.

El 1 de diciembre de 2021, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el contrato y en la que no se manifiesta de forma expresa sobre la exclusión de la UTE. Esta resolución, junto con la notificación de la exclusión -que no se acuerda de forma expresa- se notifica a la UTE y se publica en el perfil de contratante, respectivamente, el 3 y el 7 de diciembre de 2021.

**SEGUNDO.** El 12 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FACTUDATA XXI, S.L. (en adelante FACTUDATA o la recurrente) contra la exclusión de la oferta de la UTE que entiende tácitamente adoptada en la citada resolución, de 1 de diciembre de 2021, por la que el órgano de contratación adjudica el contrato. En su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibido.

Con fecha 10 de enero de 2022, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación que había sido solicitada por la entidad recurrente.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la entidad FACTUDADA ahora recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con otra una unión temporal (UTE FACTUDATA XXI, S.L., CONEXIÓN CULTURA, S.L.), de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *«En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».*

En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 1391/2021, de 29 de noviembre (Roj: STS 4398/2021) en la que se concluye que *«las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, en concreto, una Unión Temporal de Empresas (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa con relación a la actuación administrativa desplegada en el procedimiento de contratación».*

**TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la oferta de la UTE de la que la recurrente forma parte, que se ha de entender adoptado de forma tácita en la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.**

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta al considerar que la misma es viable de acuerdo con la justificación presentada a requerimiento de la mesa de contratación.

Como punto de partida procede mencionar que no es objeto de controversia el hecho de que la proposición económica de la recurrente se encontraba dentro de los parámetros establecidos en el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particuales (en adelante PCAP) para que se procediera a dar el trámite de audiencia previsto en el artículo 149 de la LCSP para la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

En este sentido según figura en el expediente, el 27 de septiembre de 2021, la mesa de contratación acuerda solicitar a la recurrente que justificara la viabilidad de su oferta y posteriormente se le realizó el siguiente requerimiento que se transcribe, en parte, a continuación:

> *«por la presente se les da traslado a fin de que justifique plena y oportunamente la viabilidad de la oferta y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:*
> *a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación o los servicios prestados.*
> *b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos o prestar los servicios.*
> *c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos o prestar los servicios.*
> *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.*
> *A estos efectos, rogamos procedan proporcionar a esta Mesa la citada información en un plazo máximo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación, así como alegar cuanto a su derecho convenga».*

Con fecha 21 de octubre de 2021, se emite por parte de los servicios del órgano de contratación informe técnico sobre la justificación presentada por la UTE acerca de la viabilidad de su oferta. En dicho informe, en síntesis, se indica que atendiendo al desglose de gastos de personal se detecta que el coste anual del hospital de alta resolución (en adealente HAR) Sierra de Cazorla contrasta de forma notable -por ser inferior- a los importes previstos para el resto de HAR del órgano de contratación *«siendo el cuadrante de presencias físicas el mismo en todos los hospitales de alta resolución, cuando el HAR Sierra de Cazorla se encuentre al 100%».*

En este sentido en el mencionado informe se manifiesta que la UTE calcula los gastos de personal del mencionado HAR considerando el servicio que se presta en el mismo actualmente y no el 100% del servicio que es lo que se exige en los pliegos que rigen la presente licitación. En este sentido, en el informe se hace alusión al apartado primero del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) donde se hace referencia a este extremo.

En el informe se concluye, que no es posible la prestación del servicio en el HAR Sierra de Cazorla con el personal y el coste asociado al mismo en la justificación aportada por la UTE. Además, se indica que la UTE argumenta en su justificación que el órgano de contratación *«pretende un redimensionamiento a la baja del personal existente en el servicio de centralita e Información y que, bajo este argumento, subrogará a todas las personas que actualmente prestan el servicio, aunque únicamente adscribirá al servicio el número de personas que establece el pliego»* sobre esta cuestión se señala en el informe *«Debe quedar claro que el pliego no plantea redimensionamiento alguno de personal. La Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir no solo considera necesario todos los recursos humanos que actualmente están prestando el servicio, sino que, además, considera que cuando el HAR Sierra de Cazorla vaya incrementado su actividad, será necesario paralelamente incrementar los recursos humanos, hasta alcanzar los niveles reflejados en el pliego»*. Por todo lo anterior, en el informe se concluye que la oferta de la UTE es inviable. El documento se publica en el perfil de contratante el 3 de noviembre de 2021.

El 26 de octubre de 2021, tiene lugar sesión de la mesa de contratación en la que según figura en el acta levantada al efecto, tras dar cuenta del informe técnico anteriormente mencionado, se propone al órgano de contratación excluir la oferta de la recurrente al entender que no ha justificado suficientemente la viabilidad de su oferta y propone la adjudicación al órgano de contratación.

Como anteriormente se ha indicado, el órgano de contratación dictó resolución, el 1 de diciembre de 2021, en la que acuerda adjudicar el contrato, sin previamente acordar de forma expresa la exclusión de la oferta de la UTE, que se entiende acordada de forma presunta al no haber valorado su oferta y haber procedido, como se ha mencionado, a adjudicar el contrato a otra entidad.

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

La recurrente combate su exclusión alegando, en síntesis:
- Que el requerimiento de justificación de su oferta incursa inicialmente en valores anormales o desproporcionados fue genérico, y por esta razón la mesa de contratación debió proceder a solicitar aclaración sobre la justificación presentada por la UTE en lugar de excluirla directamente.
- Respecto del contenido del informe sobre la viabilidad de su proposición, la recurrente argumenta que consideró la realidad del servicio del HAR Sierra Cazorla a la hora de hacer su oferta económica dado que así interpreta que lo exige el PPT. Considera que el aumento en la actividad del mencionado HAR no deja de ser algo incierto y que incluso en la anterior licitación también se preveía y no llegó a darse. Que el Servicio Andaluz de Salud va a asumir los fines de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias por lo que ese aumento de actividad puede quedar en entredicho dentro de dicha asunción de funciones.

En este sentido argumenta que:

> *«La Comisión Técnica de Valoración en su informe expone que del pliego se extrae de forma clara la necesidad de realizar la oferta económica considerando el HAR Sierra de Cazorla al 100% de actividad, afirmando que "de hecho, así lo han considerado el resto de licitadores". Sin embargo, por el resto de*

*licitadores, la Comisión Técnica de Valoración se refiere únicamente al actual adjudicatario, que ha sido, junto con la UTE, la única entidad a la que se le ha requerido que justifique su oferta. Por ello, consideramos que no puede afirmar taxativamente que todos los licitadores han realizado sus ofertas en dichos términos, pues es una información de la que no dispone y que simplemente presupone.*
*A nuestro parecer, el pliego establece claramente la necesidad de ajustar el presupuesto a la actividad real del HAR Sierra de Cazorla, y por ello la UTE ha tenido en cuenta precisamente la actividad actual del mismo. Cuando existe controversia en la interpretación de una cláusula, es doctrina de los Tribunales Administrativos que esta oscuridad no puede favorecer a la parte que hubiese ocasionado la misma, es decir, al órgano de contratación».*

- Que la UTE ha ha provisionado 33.300 euros anuales en concepto de absentismo y actualización de convenio (que son partidas que pueden llegarse a utilizar o no), y además que estima un beneficio anual de 25.980,96 euros, por lo que considera que existirían fondos suficientes para poder hacer frente al incremento progresivo de personal en caso de que finalmente fuera necesario.

Asimismo, argumenta, que FACTUDATA es centro especial de empleo, por lo que el aumento en la actividad del HAR Sierra de Cazorla se cubriría con personal discapacitado, con la percepción de las respectivas subvenciones que ello lleva aparejado, lo que, en definitiva, se traduciría como un incremento en el coste de personal mucho menor que el de cualquier otra entidad al uso y perfectamente asumible con el margen de beneficio que ha estimado la UTE.

Por lo anterior, solicita que se acuerde la nulidad de la exclusión impugnada y que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas para que se incluya la de la UTE.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en síntesis, argumenta lo siguiente:
- Que la recurrente presenta un pormenorizado análisis que ha puesto de relieve con total claridad, que la oferta de la empresa recurrente no ha contemplado completa y correctamente la valoración correspondiente a uno de los hospitales objeto de licitación, en concreto, al Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla.

Argumenta, que en el propio escrito de recurso la recurrente reconoce que la valoración de la oferta se hizo sin tener en cuenta la presentación del 100% de servicio en el HAR Sierra de Cazorla, en el sentido indicado en los pliegos.

- Respecto a la pretendida oscuridad de los pliegos, argumenta que la recurrente realiza una interpretación sesgada y que de la interpretación conjunta del PCAP y del PPT se concluye que la oferta económica se debe realizar teniendo en cuenta el pleno funcionamiento del mencionado hospital pese a que la facturación del servicio deba seguir un criterio de proporcionalidad.

- Con relación a las otras partidas que la recurrente considera que pueden compensar la hipotética prestación del servicio al 100% en el HAR Sierra de Carzorla el órgano de contratación argumenta que *«No entendemos que la invocación de que hay cantidades presupuestadas para el absentismo y actualización del convenio que se pueden llegar a desviar para hacer frente al incremento de las necesidades de personal previstas sean alegaciones válidas a estos efectos, porque las provisiones realizadas deben estar destinadas a cubrir los fines que expresamente se han anunciado, que son lógicas y en eso adecuadas, dejarían de serlo desde el momento en que las mismas pudieran distraerse para su empleo en unos fines distintos de los manifestados»*.

En definitiva, solicita que se desestime el recurso.

**SEXTO. Consideraciones del Tribunal.**

A la vista de las alegaciones de FACTUDATA se puede concluir que el recurso se vertebra en torno a las siguientes cuestiones:
- Que el requerimiento realizado por la mesa de contratación a la UTE para que justificase la viabilidad de su oferta fue genérico.
- Que los pliegos eran oscuros o ambiguos y que esa oscuridad no debe perjudicar a la recurrente en tanto que ella no la ha ocasionado.
- Que la mesa o el órgano de contratación debieron solicitarle aclaraciones sobre la justificación presentada antes de excluirla y que en ese caso habría podido acreditar la viabilidad de su oferta atendiendo a las particularidades de FACTUDATA como empleador y a otras partidas de la proposición.

En primer lugar se analizará la alegación relativa al requerimiento efectuado por la mesa de contratación que la recurrente indica que ha sido genérico.

Sobre esta cuestión procede indicar que el requerimiento, efectivamente, es genérico y reproduce parte del artículo 149 de la LCSP, sin adaptarlo a las circunstancias concretas del presente contrato. Sin embargo, en el presente supuesto este Tribunal concluye que esta cuestión no impidió a la UTE presentar la justificación de su oferta que, como el propio órgano de contratación indica en su informe, es detallada y del que, a su juicio, se desprende la inviabilidad de la oferta, pero no por falta de información, sino porque precisamente a la vista de la documentación aportada se desprende que la proposición económica de la UTE no se ajusta a los costes de personal requeridos en la prestación del servicio en los términos establecidos en los pliegos.

En este sentido, el órgano de contratación sobre esta cuestión argumenta en su informe al recurso:

> *«No podemos estar de acuerdo con tal aseveración dado que, en primer lugar, la Agencia ha formulado, como se reconoce en el propio recurso, requerimiento a la ahora recurrente para que justificara plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, y se señalaron en particular una serie de valores que, como es conocido, tienen soporte en la legislación al estar expresamente dispuestos en la normativa de aplicación. Pero la contestación a tal requerimiento no ha sido, ni mucho menos, una justificación que no haya recogido ni dado respuesta a los motivos reales que han llevado a la empresa recurrente a presentar una oferta sensiblemente inferior al límite establecido en los pliegos, sino todo lo contrario, la justificación al requerimiento realizado por la mesa, ha consistido en un pormenorizado análisis que ha puesto de relieve con total claridad, que la oferta de la empresa recurrente no ha contemplado completa y correctamente la valoración correspondiente a uno de los hospitales objeto de licitación y, en concreto, al Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla.*
>
> *En efecto, en la justificación que ha aportado la recurrente, se observa cómo ha hecho un cálculo relativo a la totalidad de las horas que exigía el contrato al 100%, que asciende a 854 horas según el propio informe de la UTE, y lo ha «actualizado» a la situación de Cazorla, reduciendo el número de horas semanales totales a 802 horas (ver punto 1.1.6 del escrito de justificación). Ello queda más claro aún cuando (en el punto 1.1.7 del escrito de justificación relativo al Coste salarial anual del personal) se hace un análisis pormenorizado de los costes salariales previstos del personal y se nos indica que, en el Hospital de Cazorla, se tenían calculados los costes salariales de dos trabajadores, uno de ellos a tiempo parcial, que se han presupuestado en 22.640,19 €, cuando en el resto de los Hospitales de Alta Resolución semejantes (Sierra de Segura, Puente Genil, Alcaudete, Valle del Guadiato, y Alcalá La Real) los costes salariales comprenden a los propios de 3*

*profesionales, lo que supone un volumen de 49.862,76 €; 47.587,40 €; 48.446,58 €; 48.446,58 € y 49.863,03€ respectivamente.*

*Por si existiera alguna duda, el propio recurso que ahora analizamos reconoce que, ciertamente, la valoración de la oferta presentada se formuló sin tener en cuenta la dispensación del servicio al 100% en el Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla, que era el exigido en los pliegos.*

*En consecuencia, la recurrente ha formulado una justificación concreta, precisa y suficientemente clara sobre las causas que motivaron la oferta anormalmente baja que había sido detectada, y una vez analizada la citada justificación y constatadas las causas por las cuáles se ha realizado la bajada anómala, la mesa llegó a la conclusión de que dicha oferta no era viable, proponiendo, en consecuencia, la exclusión».*

Por tanto, este Tribunal concluye que aunque efectivamente el requerimiento fue genérico, en los términos anteriormente expuestos, ello no impidió a la UTE presentar una justificación pormenorizada sobre su oferta y fue precisamente dado a ese detalle que el órgano de contratación detectó la inviabilidad de la misma, sin que se pueda concluir que un requerimiento más detallado hubiera podido concluir en otro resultado. Por lo anterior, procede la desestimación de este motivo de recurso.

En segundo lugar, la recurrente alega la oscuridad o ambigüedad de los pliegos al cuestionar si los mismos establecen con suficiente claridad que las ofertas presentadas habían de contemplar el 100% del servicio dispensado en el Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla.

En este sentido, procede indicar que el motivo por el que en el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de la UTE se propone la exclusión de la proposición reside en que, a la vista de los datos incluidos en la justificación, en el informe se concluye que esta se realiza sobre la base de los costes de personal con el funcionamiento actual del HAR Sierra de Cazorla sin tener en cuenta las necesidades que habría si el mismo estuviera en pleno funcionamiento, situación que se prevé en los pliegos rectores de la licitación.

El órgano de contratación sobre esta cuestión argumenta que los pliegos no son en absoluto oscuros o ambiguos y considera indudable *«el hecho de que la pretensión contenida en los pliegos aspiraba a que las ofertas fueran formalizadas teniendo en consideración la totalidad del servicio en la totalidad de los centros gestionados por la Agencia y detallados en los propios pliegos, los cuales incluyen el Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla a pleno rendimiento. En dicho Hospital, al igual que en el resto de Hospitales de Alta Resolución de la Agencia, se prevén dos turnos (de 08:00 a 15:00 y de 15:00 a 22:00 los laborales, y otros dos turnos con las mismas horas los domingos y festivos, prestación que, de facto, exige la presencia de 3 trabajadores por centro.*

*Por lo demás, entendemos que resulta incuestionable, que si es reconocido por la propia recurrente que la oferta económica no ha tenido en consideración, a la hora de formularse, la necesidad de cubrir la totalidad del servicio que va a resultar necesario en el complejo proceso de apertura a pleno rendimiento del centro Hospitalario de Cazorla, y que esa es la causa por la cual se han excedido los límites de la baja anormal de una forma sensible, introduciéndose una oferta que, según los cálculos económicos de la propia recurrente, llevaría el contrato necesariamente a pérdidas para dicha empresa en el momento en que el centro estuviera al 100% de su actividad, la oferta resulta inviable».*

Procede ahora recordar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: (v.g.Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) *«la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando*

*incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos» .*

En este sentido y como el órgano de contratación argumenta en su informe de las distintas cláusulas de los pliegos se desprende que la propuesta económica debía contemplar el funcionamiento del HAR Sierra de Cazorla a pleno rendimiento.

Así se desprende de los artículos 4, 5 y 6 del PPT que establecen:

> *«Art. 4.- El HAR Sierra de Cazorla es un hospital de reciente puesta en servicio, y se ha previsto que esta no sea del 100% desde el primer momento, sino que la actividad del hospital vaya aumentando de forma progresiva desde su apertura inicial, incorporando diferentes áreas de su actividad en un tiempo hasta que esta sea completa y se preste la totalidad de la cartera de servicios prevista para el centro.*
>
> *Por ello, el servicio de centralita e información y atención al público (como otros) habrá de adaptarse a dicha progresividad, adecuándose convenientemente a las necesidades del mismo en función de la actividad hospitalaria de cada momento, sin que se dediquen recursos materiales ni humanos por exceso o por defecto en relación a las necesidades reales de cada fase de puesta en servicio de la actividad hospitalaria. Es decir, el adjudicatario dotará el servicio con los medios materiales y humanos necesarios y suficientes para prestar el servicio a plena satisfacción de los requisitos del presente pliego, pero proporcionalmente a la actividad hospitalaria realmente existente en cada momento.*
>
> *Art. 5.- Si bien el presente pliego está redactado considerando el pleno funcionamiento al 100% de la actividad del HAR Sierra de Cazorla, según lo expresado en el art. 4, el adjudicatario estará obligado a dimensionar el servicio y prestarlo proporcionalmente a la actividad real del hospital. Para ello, el interlocutor del adjudicatario irá justificando el grado de prestación del servicio en cada periodo puntualmente a la APESHAG [órgano de contratación], ante su responsable de SSGG [servicios generales] en el centro hospitalario, el cual tendrá la facultad de supervisar y aprobar o no dicha dedicación de recursos materiales y humanos.*
>
> *Art. 6.- La facturación del servicio seguirá la misma proporcionalidad que el servicio realmente prestado, sobre el importe total ofertado por el adjudicatario. Esto es, si el servicio realmente prestado en el primer mes de contrato es de un 68% del que se prestaría si el hospital estuviese funcionando al 100% de su actividad, se facturará el 68% del importe mensual previsto en la oferta económica del adjudicatario».*

Además de lo anterior, el artículo 9 del PPT establece lo siguiente:

> *«Art. 9 .- El adjudicatario será responsable del desempeño del servicio de centralita e información y atención al público, ubicado junto a la entrada principal de los hospitales en los que se desarrollará la actividad, para lo cual se prevé una presencia física de su personal tal y como se expresa en la siguiente tabla:*

| PRESENCIA FÍSICA EN LOS CENTROS | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Laborables | | Sábados, domingos y festivos | |
| | 8 a 15 h. | 15 a 22 h. | 8 a 15 h. | 15 a 22 h. |
| Hospital Alto Guadalquivir | 2 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Montilla | 2 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución Sierra de Segura | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución de Puente Genil | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución de Alcaudete | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución Valle del Guadiato | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución de Alcalá la Real | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Hospital de Alta Resolución Sierra de Cazorla | 1 | 1 | 1 | 1 |

*La presencia de turnos propuesta en la tabla correspondiente al H.A.R. Sierra de Cazorla corresponde a la dotación que se pretende para el hospital si su funcionamiento fuera al 100%, cuando a fecha de redacción del presente pliego no es así».*

De lo anterior, a juicio de este Tribunal resulta suficientemente claro que a la vista de la presencia física exigida en los centros y de las indicaciones contenidas en el PPT la oferta se debía realizar teniendo en cuenta que el centro HAR Sierra de Cazorla podía estar en algún momento de la ejecución del contrato a pleno rendimiento, dado que independientemente de lo que pudiera ocurrir posteriormente el pliego lo prevé y lo exige y como decimos es ley entre las partes y tanto los licitadores como el propio órgano de contratación se deben ajustar a lo en él dispuesto.

Por lo demás y de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

En el presente supuesto, a la vista del escrito de justificación de la oferta de FACTUDATA y del contenido del informe técnico sobre de viabilidad no se aprecia error o arbitrariedad. A juicio de este Tribunal, en el sentido que se ha venido argumentando, en el propio informe se detecta que su proposición económica no incluye en la partida de gastos de personal el correspondiente al funcionamiento a pleno rendimiento de uno de los centros que comprenden la ejecución del contrato cuando ello sí quedaba previsto en los pliegos rectores, por tanto, queda justificado a juicio de este Tribunal el criterio adoptado en el informe de viabilidad y que posteriormente fue asumido tanto por la mesa de contratación como por el órgano de contratación. Todo lo anterior, conlleva que se haya de desestimar este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente argumenta que la mesa o el órgano de contratación debieron solicitarle aclaraciones sobre la justificación presentada antes de excluirla y que en ese caso habría podido acreditar la viabilidad de su oferta atendiendo a las particularidades de FACTUDATA como empleador y a otras partidas de la proposición.
Sobre esta cuestión procede indicar como por ejemplo este Tribunal menciona en su Resolución 86/2018, de 27 de marzo, que *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la resolución citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta». En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 532/2016, de 8 de julio.*

*Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible*

*de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración"».*

Respecto a la aplicación de esta doctrina a supuestos como el presente en el que nos encontremos en el trámite previsto en el artículo 149 de la LCSP, este Tribunal en la Resolución 538/2021, de 10 de diciembre, manifiesta: *«Las mismas prevenciones deben aplicarse a la justificación de una oferta que pudiera estar incursa en valor anormal, de otro modo se estaría otorgando a la licitadora implicada una ampliación del plazo para presentar su oferta dándole asimismo información que le permite ajustarla a las necesidades de la Administración, actuación absolutamente contraria a lo establecido en la LCSP, en particular en lo que se refiere al principio de igualdad de trato».*

En definitiva, a juicio de este Tribunal puede observarse que el órgano de contratación, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, ha seguido los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incursa en presunción de anormalidad y siendo sus alegaciones evaluadas por los técnicos con el fin de comprobar si justifica o no de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuesto. Sin embargo, no es posible exigirle un nuevo trámite de aclaración no previsto en la norma y que solo tendría lugar de forma excepcional si el órgano lo hubiera considerado necesario. Por lo anterior procede también la desestimación de este motivo de recurso.

A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que la recurrente alega que si se le hubieran solicitado aclaraciones habría argumentado que *«FACTUDATA es centro especial de empleo, el aumento en la actividad del HAR Sierra de Cazorla se cubriría con personal discapacitado, con la percepción de las respectivas subvenciones que ello lleva aparejado, lo que, en definitiva, se traduciría como un incremento en el coste de personal mucho menor que el de cualquier otra entidad al uso y perfectamente asumible con el margen de beneficio que ha estimado la UTE»* y que *«la UTE ha provisionado 33.300 euros anuales en concepto de absentismo y actualización de convenio (que son partidas que pueden llegarse a utilizar o no), y además estima un beneficio anual de 25.980,96 euros, consideramos que existirían fondos suficientes para poder hacer el incremento progresivo de personal en caso de que finalmente fuera necesario».*

Sobre lo anterior, y como el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso *«no entendemos que la invocación de que hay cantidades presupuestadas para el absentismo y actualización del convenio que se pueden llegar a desviar para hacer frente al incremento de las necesidades de personal previstas sean alegaciones válidas a estos efectos, porque las provisiones realizadas deben estar destinadas a cubrir los fines que expresamente se han anunciado, que son lógicas y en eso adecuadas, dejarían de serlo desde el momento en que las mismas pudieran distraerse para su empleo en unos fines distintos de los manifestados».* En definitiva, y aunque el órgano de contratación hubiera optado por permitir a la UTE que presentara aclaraciones a la justificación de la viablidad de su oferta, no habría podido aceptar que la misma modificase partidas que originalmente tenían una finalidad con la intención de cubrir otras necesidades dado que ello conllevaría modificar la proposición inicial presentada, cuestión que proscribe la propia LCSP y que supondría conculcar el principio de igualdad de trato a los licitadores.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar e recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de centralita e información y atención al público en los Hospitales de la Agencia Pública Empresarial Hospital Alto Guadalquivir" (Expte.PA38/APESHAG-12345678/21), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 10 de enero de 2022.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.