

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

En Madrid, a 19 de junio 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.L.S., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil Donas Madrugadoras S.L., contra la resolución número 20192050, de la Sra. Concejala Delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad, del Ayuntamiento de Arganda del Rey por la que se acuerda excluir a la licitadora y adjudicar a BCM Gestión de Servicios S.L. del contrato “Servicio de personal de apoyo al profesorado de educación infantil en los colegios públicos de Arganda del Rey” por procedimiento abierto, conforme a varios criterios de valoración, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Publicada la convocatoria, de un valor estimado de 120.000 euros, del procedimiento en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de fecha 11 de febrero de 2019, transcurrido el plazo de presentación de ofertas se presentaron las siguientes empresas:

Donas Madrugadoras, S.L.

BCM Gestión de Servicios, S.L.

Segundo.- La cláusula XVII del Pliego de cláusulas Administrativas del concurso para la contratación del “Servicio de personal de apoyo al profesorado de educación infantil en los colegios públicos de Arganda del Rey” establece que entre la documentación que se debía incluir en el Sobre 1, denominado “Documentación Administrativa y documentación relativa los criterios no cuantificables de forma automática”, debía figurar la siguiente: 3. Documentos que permitan valorar las condiciones de las ofertas según los criterios de adjudicación no cuantificables en cifras o porcentajes (cláusula XVIII. A).

Por su parte, la cláusula XVIII, en su apartado A establece que deberá incluirse en dicho Sobre 1 el Proyecto de Gestión que deberá ajustarse a las funciones que aparecen en el punto 1.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). El citado punto, bajo la rúbrica “Recursos humanos y funciones de los profesionales”, dispone que *“La acreditación se realizará una vez clasificadas las empresas y antes de la adjudicación del contrato, debiendo incorporar un currículum a la oferta que se presente al efecto”*.

En el Sobre 2, denominado “Proposición Económica y documentación relativa a los criterios cuantificables de forma automática”, debía incorporarse, según se dispone en la misma cláusula XVII, además de la proposición económica, los documentos relativos a la oferta, distintos del precio, que se deban cuantificar de forma automática (cláusula XVIII. B), entre ellos, los relativos al Personal con cualificación profesional adicional, debiendo acreditarse la formación de cada uno de ellos mediante los certificados oficialmente reconocidos.

Abierto por la Mesa el Sobre 1 y solicitado Informe Técnico de valoración, según se indica en la Resolución recurrida se advierte que Donas Madrugadoras S.L. había incluido la relación de personal que prestará el servicio y su formación, una información que corresponde al Sobre nº 2, en concreto, la del personal con cualificación profesional adicional. Es decir, se incluyó información cuantificable por criterios automáticos en un sobre en el que tan solo se debieron incluir los *currículum*

a los que se hacía referencia en el punto 1.3 del PPT, es decir, aquella información cuantificable por juicios de valor.

Es por ello que, tal y como se motiva en la resolución recurrida, se acordó la exclusión de Donas Madrugadoras S.L., puesto que se había infringido lo establecido en el artículo 146.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), cuyo tenor literal es el siguiente: “(...) *En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas. (...)”

Tercero.- En fecha 8 de mayo se notifica a Donas Madrugadoras la exclusión, presentando recurso especial en materia de contratación en fecha 28 de mayo.

Cuarto.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 4 de junio. La adjudicataria presenta alegaciones en fecha 17 de junio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador en el procedimiento, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recuso se presenta en plazo, el 28 de mayo , es decir, no más tarde de los quince días siguientes a la fecha en que se le notifica su exclusión y la adjudicación, cumpliendo el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente alega lo siguiente:

1º Infracción de lo dispuesto en el artículo 146.2.b) de la LCSP, por indebida aplicación. Falta de motivación de la resolución recurrida por los siguientes motivos:

- En primer lugar, entendemos que el apartado 1.3 del Pliego de prescripciones técnicas: bajo el epígrafe “Recursos humanos y funciones de los profesionales”, induce a error al establecer lo siguiente: *“la acreditación se realizará una vez clasificadas las empresas y antes de la adjudicación del contrato, debiendo incorporar el currículum a la oferta que se presente al efecto”*.

Leídas las cláusulas XVII y XVIII del PCAP no hay posibilidad de error, pues diferencian claramente la documentación que debe ir en cada sobre.

En la cláusula XVII, apartado “Contenido de las proposiciones”, establece que en el Sobre 1 contendrá la documentación, que será la siguiente:

- “1. Declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, de conformidad con el artículo 140, apartado 1 de la LCSP 9/2017 {Anexo III} o ajustado al formulario de Documento europeo único de contratación {DEUC} {Anexo IV}.*
- 2. Se indicará claramente la dirección del licitador, el número de teléfono de contacto y el número de fax o dirección de correo electrónico a efectos de notificación de posibles incidencias.*
- 3. Documentos que permitan valorar las condiciones de las ofertas según los criterios de adjudicación no cuantificables en cifras o porcentajes (cláusula XVIII. A)”*

Y que en el Sobre 2, la documentación será la siguiente:

- “1. Oferta económica ajustada al modelo contenido en el Anexo I.*
- 2. Documentos relativos a la oferta, distintos del precio, que se deban cuantificar de forma automática (cláusula XVIII. B)”.*

La cláusula XVIII establece los criterios de adjudicación y entre los automáticos la formación del personal que debía prestar el servicio.

La cláusula XVIII establece un total de 256 puntos de adjudicación y entre ellos, 75 correspondientes a *“criterios cuya ponderación corresponde a un juicio de valor”* y que se atribuyen a un *“Proyecto de Gestión”*, que comprende el Proyecto específico para el Curso Escolar ajustado a las funciones del punto 1.3 del PPT.

Entre los criterios automáticos se atribuyen hasta 90 puntos por el personal con cualificación adicional y 20 puntos por personal adicional para funciones varias.

El punto 1.3 del PPT no induce a error, pues refiere a los recursos mínimos de personal, con la cualificación mínima exigida, no a las mejoras sobre los mismos objetos de valoración. Es respecto de este personal mínimo que se exigirá la acreditación una vez clasificadas las empresas y antes de la adjudicación del contrato.

2º En segundo lugar, mantiene la recurrente que en ningún caso han vulnerado la obligación de secreto, ni tampoco, el conocimiento de los *curriculum* de las trabajadoras ha supuesto quebranto del principio de igualdad de trato ni el de objetividad en la valoración, afirmando que:

“a) Como consta en el Informe Técnico del proyecto de gestión emitido a tenor del punto 1.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas por la Técnica de Educación e Infancia, no se han valorado los curriculum de las trabajadoras incluidos indebidamente en el proyecto de gestión de la recurrente.

b) Pero es que además, si tenemos en cuenta los criterios de valoración recogidos en el PCAP, queda acreditado que aun excluyendo la valoración por Personal de cualificación adicional (estipulación XVIII. letra B) que en el apartado de los cursos homologados de cualificación relacionados con atención a niños con discapacidad – tiene un máximo de 45 puntos -, y que como después se dirá alcanzaría en el caso de esta parte un total de 45 puntos, Donas Madrugadoras S.L. tendría mayor puntuación que la empresa adjudicataria - BCM Gestión de Servicios S.L. –

c) Difícilmente pudo distorsionarse la voluntad de los miembros de la Mesa de contratación al conocer los curriculum que se integraban en el proyecto de gestión de Donas Madrugadoras S.L.; y esto lo decimos porque ya los integrantes de la Mesa conocían tanto a dicha empresa, como a sus integrantes y a sus trabajadoras, así como los curriculum de las mismas.”

A estos argumentos contesta el órgano de contratación: *“En cuanto al primer argumento. es cierto que por la Técnico de Educación no se han puntuado dichos curriculum, pero también es cierto, si al conocer los mismos se ha podido contaminar la valoración ya que esta al valorar el Proyecto presentado, conoce de antemano el personal que va a prestar el servicio que resulta que va a ser el mismo que lo presta en la actualidad como bien reconoce la recurrente, y esa circunstancia que puede contribuir a que el proyecto sea de mayor calidad y que conforme al pliego es un dato que no tiene por qué conocer la Mesa en ese momento del procedimiento.*

En cuanto al segundo argumento. propone la recurrente que dado que aun no valorando los curriculum, presentados indebidamente, serían las mejor posicionadas

una vez aplicado el resto de criterios de adjudicación, y que por tanto la mesa no debía de excluirles en ese momento sino en uno posterior, la Mesa de contratación propone la exclusión en el momento procedimental oportuno, 'aplicando el clausulado de los pliegos que son la ley del contrato, ya que esperar para excluir o no a un licitador, para ver si es la más ventajosa, vulneraría los derechos del otro licitador que en este caso si ha cumplido la ley del contrato.

En cuanto al tercer argumento. es un atrevimiento por parte de la recurrente afirmar que la Mesa ya conoce de antemano dicha empresa, como a sus integrantes y a sus trabajadoras, así como los curriculum de las mismas, cuando en el contrato objeto del presente recurso, no figura la obligación de subrogación de personal alguno, por lo tanto la Mesa de contratación no tiene conocimiento sobre el personal que va a proponer ningún licitador en caso de resultar adjudicatario, y que la empresa haya prestado el servicio con anterioridad, ha de suponer que se adivine el proyecto que van a presentar.”

Como recuerda el adjudicatario el secreto de las proposiciones es un principio antiguo. El artículo 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), dispone que *“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”*, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse *“ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados”* (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que *“se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”*.

El secreto de las proposiciones que impone el artículo 80 del RGLCAP 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 ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo, de tal suerte que mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias.

Por su parte, el artículo 146.2.b) de la LCSP, dice actualmente: “(...) *En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas. (...)”

Al incluir información que debía formar parte del Sobre 2, se anticipó un criterio de valoración automático en el Sobre 1, que sólo debía incluir los criterios de valoración sujetos a juicio de valor, lo que conculca no solo el propio tenor literal del Pliego sino también lo dispuesto en el artículo 146 LCSP, con las garantías que la valoración separada y sucesiva de ambos tipos de criterio implican para preservar los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores.

Debe señalarse que esta separación legal de fases no presume la falta de probidad de la Mesa de contratación o de los Asesores, que necesariamente modificarían su calificación de los criterios subjetivos de conocer la valoración objetiva, como parece dar a entender el recurrente. Es esta una prueba diabólica, exigir de la mesa probar que no le ha influido ese conocimiento previo. Por eso es indiferente, toda su argumentación acerca de que la Mesa conozca o no al personal ofertado, o que deba esperar a la apertura del Sobre 2 para efectuar la exclusión. La norma impone la exclusión en caso de incluir en el sobre de documentación administrativa o en el de criterios de adjudicación no cuantificables en cifras o porcentajes, la documentación relativa a estos últimos.

Cuando no se incluyan criterios sujetos a juicio de valor, y, por ende, no se afecte al secreto de las proposiciones, no procede la exclusión (así en nuestra Resolución nº 105/2019 de 20 de marzo).

En el caso presente los juicios de valor del Sobre 1 giran sobre el Proyecto de Gestión, con una valoración de 75 puntos, y la eventualidad de que incida en la valoración del Proyecto la cualificación adicional del personal ofertado, incluida en el Sobre 2 (que es una mejora sobre el PPT), evaluable hasta con 90 puntos, es palmaria. Es el mismo personal exigido por el PPT, conforme al cual se redacta el Proyecto de Gestión, pero con una Cualificación profesional adicional a los mínimos requeridos. Es decir, existe una conexión evidente entre la documentación del Sobre 1 (que incluye los criterios de valoración no sujetos a fórmulas) y la del Sobre 2 (que entre los criterios de adjudicación automáticos incluye las mejoras de cualificación sobre el personal incluido en el Proyecto de Gestión del Sobre 1).

Es de aplicación en sus términos estrictos la doctrina sobre separación de la documentación y secreto de las proposiciones, recogida, entre otras muchas, en nuestra Resolución nº 261/2016 de 1 de diciembre de 2016: *“La regla del secreto de las proposiciones tiene por base dos principios básicos: el primero, evitar manipulaciones de los licitadores y garantizar la fiabilidad del sistema con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del mismo favoreciendo la presentación de ofertas competitivas al desconocer las de las demás empresas. Cabe recordar que la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa se hace en sesión no pública de la Mesa de contratación mientras que las proposiciones deben ser abiertas en sesión pública. En segundo lugar, se pretende garantizar que las ofertas económicas no sean conocidas cuando sean objeto de valoración proposiciones técnicas susceptibles de juicio de valor, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula o porcentaje. Por otra parte el secreto de las proposiciones no alcanza solo a los demás licitadores sino también a los gestores del*

expediente de contratación, incluidos los miembros de la Mesa de contratación. Ello supone que la presentación de la documentación ha de hacerse con observancia de los requisitos formales exigible y cumplimiento de todas y cada uno de los trámites procedimentales previstos”.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.L.S., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil Donas Madrugadoras S.L., contra la resolución número 20192050, de la Sra. Concejala Delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad, del Ayuntamiento de Arganda del Rey por la que se acuerda excluir a la licitadora y adjudicar a BCM Gestión de Servicios SL del contrato “Servicio de personal de apoyo al profesorado de educación infantil en los colegios públicos de Arganda del Rey”

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

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.