

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

En Madrid, a 18 de agosto de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aema Hispánica, S.L (en adelante AEMA) contra el Decreto de fecha 1 de junio de 2022 del delegado del Área de Gobierno y Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el “Acuerdo marco de servicios de ejecución de trabajos hortícolas sostenibles en huertos urbanos”, expediente 300/2021/00711, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 12 y 13 de abril de 2022, respectivamente, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE de mayo de 2022 la licitación del contrato de referencia con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.044.727,66 euros.

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 19 de mayo 2022, se reúne la mesa de contratación para proceder a dar cuenta del informe técnico relativo a la valoración de los criterios basados en juicio de valor de fecha 13 de mayo y la posterior apertura de los sobres que contienen los criterios valorables en cifras o porcentajes. El adjudicatario obtuvo 18 puntos frente a los 3 de la recurrente.

Con fecha 26 de mayo 2022, se reúne la mesa de contratación para proceder valorar los criterios valorables en cifras o porcentajes, así como para proponer la adjudicación, de acuerdo con el informe técnico de fecha 24 de mayo de 2022.

Mediante Decreto de fecha 1 de junio de 2022 del delegado del Área de Gobierno y Medio Ambiente y Movilidad se acepta la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación a favor de FORET SERVICIOS INTEGRALES S.L.U.

El 22 de julio de 2022, se interpone recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del acuerdo marco de referencia.

**Tercero.-** Con fecha 1 de agosto de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

**Cuarto.-** El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por aplicación del artículo 53 de la LCSP.

**Quinto.-** La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, formulando las mismas en el plazo establecido y de cuyo contenido se dará cuenta en el Fundamento de Derecho Quinto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

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

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se publicó el 8 de julio de 2022, presentándose el recurso el 22 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir el contenido de los pliegos en cuanto a los criterios de valoración. El apartado 14 del Anexo I estable:

*“14.1 Criterios no valorables en cifras o porcentajes (documentación a incluir en el sobre B): .....Hasta 20 puntos*

*A. Calidad Técnica de la Oferta Máx. 20 puntos.*

*Se valorará cualitativamente el contenido, grado de detalle, y la organización de la propuesta del licitador para el proyecto tipo, atendiendo a que dichas propuestas se desarrollen por encima de los mínimos, en particular respecto del plan de seguridad.*

*Se considerará la coherencia de las previsiones de dicho plan con la explicación detallada de la organización y organigrama operativo para la ejecución de los trabajos, con detalle de las actividades, teniendo en cuenta el grado de coordinación de los mismos y las medidas que se propongan para velar por la seguridad en la ejecución de los trabajos tanto respecto al ámbito de actuación, como respecto a terceros.*

*La valoración se realizará conforme a los siguientes criterios:*

*A1\* Organigrama operativo para la realización de los trabajos: hasta 2 puntos A2\**

*Diseño de un huerto escolar tipo de 50 m<sup>2</sup>, ajustado al presupuesto ofertado: hasta 3 puntos*

*A3\* Cronograma de actuaciones para la realización de los trabajos de mantenimiento en un curso escolar (de septiembre a junio, ambos inclusive): hasta 5 puntos*

*A4\* Plan de comunicación y coordinación con los centros escolares para la realización de los trabajos: hasta 3 puntos.*

*A5\* Plan de ejecución de tratamiento fitosanitarios y/o de fertilización: hasta 2 puntos*

*A6\* Plan de seguridad en la ejecución de los trabajos: hasta 5 puntos*

*TOTAL: 20 puntos*

*14.2 Criterios valorables en cifras o porcentajes (sobre C).....Hasta 80 puntos*

1. - *Compromiso de no reemplazar ni minorar el número de los trabajadores contratados por el contratista para afrontar la ejecución de cada contrato basado durante todo el plazo de ejecución de este, salvo los reemplazos que tengan su origen en las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos disciplinarios (25 puntos).*
2. – *Compromiso de adscripción y utilización de vehículos de bajas emisiones para el transporte de las personas y/o de los materiales necesarios para la realización de los trabajos previstos en el contrato durante toda su vigencia (Hasta. 20 puntos):*
  - *Toda la flota de vehículos adscritos y utilizados dispondrá de distintivo ambiental D.G.T.: 0 (20 puntos)*
  - *Toda la flota de vehículos adscritos y utilizados dispondrá de distintivo ambiental D.G.T.: ECO o 0 y ECO (10 puntos)*
3. *Oferta económica: (hasta 35 puntos)”.*

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en que el adjudicatario debió ser excluido de la licitación al haber vulnerado el secreto de las proposiciones.

Señala que a través del visionado de la oferta técnica de la empresa adjudicataria, ha constatado la aportación en el Sobre B de determinada documentación evaluable en el sobre C, lo que supone un adelanto de información, violando, de una forma fragante, el principio de secreto de las proposiciones que rige en todo proceso licitatorio.

A tenor de lo mostrado en la oferta técnica del sobre B, la empresa FORET, al indicar en su oferta que *“En caso de ausencia vacacional o por cualquier otra razón, será sustituido por una persona del equipo con la experiencia y capacidad suficiente para encargarse de manera provisional del desempeño de sus labores”* de todo el personal que conforma el equipo asignado por FORET, de una forma indiscutible, está incluyendo en el sobre B información valorable mediante cifras y fórmulas, dado

que, explícitamente, se está comprometiendo, de una forma explícita, a, no reemplazar el personal asignado, al comprometerse a no sustituir el personal ante vacaciones u otras muchas causas (por ejemplo: bajas laborales por accidentes, enfermedades (...), aspectos todos ellos fuera de los casos excepcionales marcados en el propio criterio de valoración (suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos), atendiendo a la definición que realiza de los términos “suspensión” y “extinción” el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (se puede comprobar, de una forma sencilla, que las vacaciones y otras situaciones en las que no se pretende reemplazar el personal quedan excluidas de las causas de suspensión y de extinción definidas en la citada normativa). Esta manifestación anticipa en el Sobre B, de una forma indudable, que la empresa FORET incluirá tal compromiso en el Sobre C, lo que supone de facto la exclusión de la licitadora, al vulnerarse el principio de secreto de las ofertas.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, respecto a lo manifestado por el recurrente (*“dado que, explícitamente, FORET se está comprometiendo, de una forma explícita, a NO REEMPLAZAR EL PERSONAL ASIGNADO, al comprometerse a no sustituir el personal ante vacaciones u otras muchas causas”*) existe una evidente contradicción entre la indicación de FORET (que en determinados casos sustituirá a su personal), y la conclusión contraria que de ella hace AEMA, (que con su oferta no sustituirá a su personal se está comprometiendo a no reemplazar a su personal). Incide en que partir de esta contradicción conduce a conclusiones erróneas como atribuir a la propuesta que hace FORET de sustituir a su personal, el carácter formal del compromiso de no reemplazar a su personal previsto en el criterio de adjudicación y que se debería aportar, en su caso, en el sobre C. Por ello, y dada la contradicción, no cabe deducir como hace AEMA, que *“Esta manifestación anticipa en el Sobre B, de una forma indudable, que la empresa FORET incluirá tal compromiso en el Sobre C”*.

A su juicio, concepto previsto en el criterio de adjudicación que alude a “*no reemplazar a un trabajador*” no es equiparable al concepto de sustitución previsto en la oferta de FORET. Este propone la sustitución en caso de vacaciones u otras razones. Con ello, lo único que pretende FORET es dar continuidad a la prestación de los trabajos sin que posibles eventualidades incidan en los plazos de ejecución marcados. Así, con ello simplemente está poniendo de manifiesto que asume la prescripción del PPT que establece que “*La dotación de medios humanos que el empresario seleccionado dedicará a estos trabajos será la necesaria en cada momento para la adecuada prestación del servicio*”, prescripción que para su cumplimiento conlleva implícitamente la necesaria sustitución de aquellos trabajadores que por motivos variados no pudieran ejecutar su prestación, con el fin de mantener el número de trabajadores necesarios para la correcta ejecución del trabajo asignado.

Así mismo, señala que el concepto previsto en el criterio de adjudicación de “*no reemplazar*” a los trabajadores, en las condiciones y con las excepciones señaladas en el mismo, hace referencia a la imposibilidad de que la empresa que asuma este compromiso aparte de la ejecución de un contrato basado a cualquier trabajador inicialmente contratado para su ejecución mediante la extinción o la suspensión de forma arbitraria de su contrato, excepto que esa fuera la voluntad del trabajador o se trate de un despido disciplinario. Y ello con independencia de que para asegurar la correcta ejecución del contrato la empresa procediera simultáneamente a reemplazar al trabajador despedido o suspendido por otro trabajador. Ahondando más, y como queda patente del literal del criterio, se considerarían aceptables tan solo los casos de suspensión o extinción del contrato cuando exista voluntariedad del trabajador o se trate de un despido disciplinario, por lo que no cabe la ampliación o extensión injustificada de supuestos que hace el recurrente a todos aquellos detallados en los artículos 45 y ss. y en el artículo 49 y ss del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, el adjudicatario manteniendo la misma línea argumental que el órgano de contratación sostiene que en ningún momento se está vulnerando el principio de igualdad de trato de los licitadores ni la imparcialidad del órgano, principios sobre los cuales se sostiene la LCSP, ya que manifiesta en su oferta técnica no es un compromiso de no reemplazar ni minorar el número de los trabajadores contratados. No se trata por ende, de un dato tal y como alega la recurrente, sino de una mera aclaración, realizada en todo momento de buena fe, realizada para dejar constancia la buena práctica y diligencia por parte de la adjudicataria, ante posibles situaciones comunes como son el periodo vacacional o posibles accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, entre otras.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas y con ello una vulneración de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP) establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura*

*de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”.*

En este sentido, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: ‘Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la*

*nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplieran las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.*

*La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias*

*concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.*

*La conclusión definitiva es que, aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.*

*En el mismo sentido la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC “En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación*

*de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.*

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas la 154/2017, de 17 de mayo donde se señala *“El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos”.*

En el mismo sentido, entre otras, las Resoluciones de este Tribunal 96/2019, de 6 de marzo, 186/2019, de 16 de mayo, 204/2019 de 22 de mayo.

Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir.

En el caso que nos ocupa, deben acogerse plenamente las alegaciones del órgano de contratación y del adjudicatario, en cuanto a que lo afirmado en el informe técnico incluido en el sobre B para los diversos componentes del equipo humano para (el caso de ausencia vacacional o por cualquier otra razón, será sustituido por una persona del equipo con la experiencia y capacidad suficiente para encargarse de manera provisional del desempeño de sus labores) no tiene conexión con el criterio sujeto a cifras o porcentajes referente al compromiso de no reemplazar ni minorar el número de los trabajadores contratados por el contratista para afrontar la ejecución de cada contrato basado durante todo el plazo de ejecución de este, salvo los reemplazos que tengan su origen en las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos disciplinarios.

Tampoco el perfil profesional incluido en la oferta técnica vulnera los pliegos ni adelanta información ni por ende produce la contaminación de sobres, puesto que el punto “5.1 Organigrama operativo” y “5.5 Recursos humanos” de la memoria son parte de la descripción mínima y necesaria para la valoración de uno de los criterios valorables del sobre B “Organigrama operativo para la realización de los trabajos” equipo humano adscrito al contrato.

Por consiguiente, debe considerarse que, en este caso, no se han vulnerado los principios de objetividad e igualdad de trato, ni se ha vulnerado el secreto de las proposiciones por lo que el recurso debe ser desestimado.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 la representación de la empresa AEMA HISPÁNICA, S.L contra el Decreto de fecha 1 de junio de 2022 del Delegado del Área de Gobierno y Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el “Acuerdo marco de servicios de ejecución de trabajos hortícolas sostenibles en huertos urbanos”, expediente 300/2021/00711.

**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.-** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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

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