

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

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Centro Especial Servicios de Limpieza de Madrid S.L. contra el Acuerdo de 22 de agosto de 2023, de la mesa de contratación por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de limpieza en edificios municipales del Ayuntamiento de Griñón (Madrid)”, número de expediente 2674/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 21 de junio de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 22 en DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 623.477,96 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura y calificación de la documentación administrativa de las ofertas presentadas, se procede a la apertura y valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, emitiéndose informe técnico que, con base en el mismo, la mesa de contratación, en su sesión celebrada el 22 de agosto de 2023, acuerda *“excluir del procedimiento a las licitadoras CENTRO ESPECIAL SERVICIOS DE LIMPIEZA DE MADRID SL y DONDORES MANAGEMENT SL, al incluir en las memorias técnicas presentadas el importe de sus proposiciones económicas, que se entiende que quiebran la objetividad en la evaluación, ya que la información adelantada puede influir y/o interferir en la correcta valoración de los criterios de adjudicación, vulnerando los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato con las otras empresas licitadoras que inspiran el procedimiento que rige la licitación”*.

Tercero.- El 14 de septiembre de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Centro Especial Servicios de Limpieza de Madrid S.L., en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 25 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de agosto de 2023, practicada la notificación el 24, e interpuesto el recurso el 14 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa transcribir de los pliegos lo siguiente:

-Cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

“Presentación de proposiciones y documentación administrativa (...)

10.4 Contenido de las proposiciones (...)

*[SOBRE/ARCHIVO ELECTRÓNICO] «B» DOCUMENTACIÓN PONDERABLE A
TRAVÉS DE JUICIOS DE VALOR*

Incluirá aquellos documentos que sean precisos para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, detallado en la cláusula 7ª del pliego de prescripciones técnicas”.

Cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

“Criterios de Adjudicación:

(..)

B) Criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor. Hasta un máximo de 30 puntos:

“Cada licitador deberá presentar un Plan General de Limpieza (..) que incluya:

(..)

- Estudio económico en el que cada licitador deberá presentar el cálculo del presupuesto anual de cada servicio debidamente justificado. El estudio deberá contener, al menos, los siguientes capítulos:

GASTOS DE PERSONAL: Para obtener los gastos de personal, se aplicarán los costes del personal detallado en su oferta por el licitador, indicando relación de personal prevista y horas/jornada laboral.

GASTOS DE MAQUINARIA: En este capítulo se contemplarán los gastos individualizados de vehículos, maquinaria, herramientas y otros que tengan incidencia en el contrato, así como cualquier otro material inventariable, al igual que los gastos derivados de combustibles, lubricantes, neumáticos, mantenimiento y reparación, seguros de los vehículos y maquinaria requerida para la realización del servicio.

GASTOS DE MATERIALES: Se contemplarán los costes individualizados del material a disponer, que tengan incidencia en el contrato.

Cualquier OTRO GASTO que el licitador considere oportuno incluir para la prestación del servicio”.

En los mismos términos se redacta la cláusula 7 del pliego de prescripciones técnicas.

Alega la recurrente que, en cumplimiento de lo establecido en los pliegos, en el plan general presenta un estudio económico que expresa el cálculo del presupuesto anual de cada servicio debidamente justificado, incluyendo los costes salariales de personal directamente adscritos al servicio, del equipo de supervisión y soporte, el coste de servicios adicionales con personal propio itinerante o empresas subcontratadas, el coste de maquinaria, equipamiento, herramienta y materiales varios, así como el coste por conceptos diversos de forma individualizada y detallada, -en cumplimiento no sólo de los mínimos indicados expresamente en el propio PPT, sino incluyendo también otros gastos oportunos-, sin que la inclusión de dichos importes o el total de dicho importe pueda o deba considerarse como una posible quiebra de la objetividad de la evaluación, o una vulneración de los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato con las otras empresas licitadoras, y por ende, no procede su exclusión.

Abunda en la idea que se ha limitado a cumplir lo dispuesto en los pliegos, recordando que los pliegos son la ley del contrato y que la ambigüedad con la que se describe el contenido mínimo exigible en el estudio económico del plan general de limpieza de modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la ha ocasionado, esto es, el órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación alega que *“a la vista del pliego de cláusulas administrativas, queda meridianamente claro que los datos económicos tan exactos NO pueden incluirse en el sobre relativo a las prescripciones técnicas, por lo que la exclusión es de todo punto correcta”*.

En este sentido señala que resulta contrario a lo establecido en el PCAP, el desvelar en el sobre B cuestiones que han de integrarse en el sobre C rompiendo así con el secreto de las ofertas.

Vistas las posiciones de las partes y revisado el expediente de contratación se constata que, de acuerdo con el literal de los pliegos, era necesario incluir en el sobre

B, que contiene la documentación ponderable mediante juicio de valor, un estudio económico que debe presentar el cálculo del presupuesto anual de cada servicio debidamente justificado. Además, se determinan los capítulos que debe contener, como son los *“costes del personal detallado en su oferta”, “gastos individualizados de vehículos, maquinaria, herramientas... al igual que los gastos derivados de combustibles (...)”, “costes individualizados de la materia a disponer”, “cualquier otro gasto”*. Como se observa tanto el PCAP como el PPT exigen un estudio económico detallado. Por ello, no entiende este Tribunal cómo el órgano de contratación alega que el pliego no solicitaba *“los datos económicos tan exactos”*.

La recurrente en el proyecto técnico presenta costes de personal, maquinaria, herramientas, materiales varios y conceptos diversos. En definitiva, cumple con lo prescrito en los pliegos, por lo que no procede su exclusión.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas ni obviarlas durante el proceso de licitación.

No obstante, lo anterior, no le falta razón al órgano de contratación al señalar que al incluir la recurrente en el sobre que contiene la documentación valorable

mediante criterios sujetos a juicio de valor, los costes de su oferta, se vulnera la imparcialidad en la valoración de las mismas. Sin embargo, esta circunstancia es provocada por la propia aplicación de los pliegos.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la 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”*.

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”.

Como se ha apuntado anteriormente el conocimiento de los costes de la oferta es previo a la valoración de los sometidos a juicio de valor, pero no se debe a un error de la recurrente sino al debido cumplimiento de lo establecido en los pliegos.

A la luz de la doctrina expuesta, es preciso analizar si el conocimiento de los costes puede tener una influencia real en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, de modo que pueda influir en su objetividad.

Atendiendo a que la oferta económica se valora con 40 puntos y los criterios cuya ponderación depende de un juicio valor 30 puntos, este Tribunal concluye que el conocimiento de los datos económicos, que tienen un peso importante en el conjunto de la proposición, vulnera la objetividad de la valoración de los criterios subjetivos, toda vez que ya se ha producido la apertura de la proposición económica del único licitador que continúa en el procedimiento.

La consecuencia es que no se puede ordenar la retroacción del procedimiento para valorar la oferta de la recurrente pues la imparcialidad en el presente caso se vería truncada, por ello procede anular todo el procedimiento de licitación.

En este sentido se pronuncia la Resolución 5/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía **“Sin embargo, en el presente supuesto, realizar por el órgano técnico correspondiente una nueva valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, una vez conocido el contenido íntegro de las proposiciones de todas las entidades licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática al encontrarse el contrato ya adjudicado, supondría una quiebra irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que constituyen el objetivo primordial perseguido por los artículos 146.2 de la LCSP cuando dispone en su párrafo segundo que “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”, y por el 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina que ”**

La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos ", así como por la cláusula 7.1.2 del PCAP, que recoge dicho mandato legal, estableciendo un procedimiento de valoración de la oferta en dos momentos separados, valorando en primer lugar, las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor y, en segundo lugar, conforme a los criterios de valoración automáticos.

En definitiva, la necesidad de respetar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.

*En consecuencia, a la vista de los artículos 146.2 de la LCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, **la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación, respecto del lote 8**, lo cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario.*

Este criterio de anulación de la licitación se viene sosteniendo por todos los Órganos y Tribunales administrativos de recursos contractuales, incluido éste (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2016, de 3 de junio, 244/2016, de 14 de octubre, 300/2016, de 18 de noviembre, 71/2017, de 6 de abril, 109/2017, de 25 de mayo, 133/2017, de 27 de junio, 198/2017, de 6 de octubre, 259/2017, de 29 de noviembre y 235/2018, de 8 de agosto, 115/2019, de 17 de abril, entre otras)".

Por último señalar que, si se convocase una nueva licitación, el órgano de contratación deberá tomar en consideración lo aquí expuesto, configurando unos pliegos que respeten lo establecido en el 157.2 de la LCSP, con la debida separación de lo que se solicita que se incluya en los distintos sobres que contienen la

documentación que se valora mediante criterios sujetos a juicio de valor respecto de la que se valora mediante la mera aplicación de fórmulas, de tal manera que garanticen la objetividad y transparencia en la valoración de las ofertas.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Centro Especial Servicios de Limpieza de Madrid, S.L. contra el Acuerdo de 22 de agosto de 2023, de la mesa de contratación por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de limpieza en edificios municipales del Ayuntamiento de Griñón (Madrid)”, número de expediente 2674/2023, anulando su exclusión y, en consecuencia, declarando la nulidad del procedimiento debiendo, si se considera oportuno, convocar nuevamente la licitación.

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 multa 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.