

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fundación Cedel, contra el Acuerdo, de 13 de marzo de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación “Acuerdo marco de atención a personas adultas con discapacidad intelectual en centro ocupacional, de formación, oportunidades e inserción laboral, cofinanciado parcialmente por el Fondo Social Europeo en el Marco del Programa Operativo de la Comunidad de Madrid, 2021-2027” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente AM-002/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 7 de febrero en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 8 en el DOUE y el 14 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco es de 349.759.552,27 euros y su plazo de duración será de 48 meses.

A la presente licitación se presentaron 46 entidades, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 13 de marzo de 2023 se procede a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa.

En este mismo acto la Fundación Cedel es excluida de la licitación por el siguiente motivo: *“La entidad ha incluido en el sobre nº 1 la oferta económica y los criterios evaluables de forma automática, por lo que la mesa ha conocido su oferta antes de la apertura pública del sobre nº 2 (que es donde deberían haberse incluido dichos documentos, tal como se indica en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), lo que invalida su oferta”.*

Tercero.- El 22 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Fundación Cedel en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 29 de marzo de 2023 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 46.1 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 13 de marzo de 2023, notificado el 14, e interpuesto el recurso el 22 de marzo, 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.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- La cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que: *“Las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua, y constarán de DOS (2) SOBRES ELECTRÓNICOS: SOBRE Nº 1: DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA. SOBRE Nº 2: PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA”*.

Manifiesta el recurrente que presentó en tiempo y forma la documentación exigida en el Acuerdo Marco y que en el justificante de presentación consta que fueron aportados:

- Dos veces el documento de declaración relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad.

- Diecisiete veces el documento DEUC.

Explica que conoce perfectamente el contenido de la documentación a incluir en cada sobre, y viendo las duplicidades en cuanto a la aportación de documentación, así como, la inserción de documentación correspondiente al sobre 2 en el sobre 1, y que además, presentó varios documentos que no aparecen en el recibo de presentación telemáticas concluye que esos errores se deben al mal funcionamiento de la plataforma.

Por su parte el órgano de contratación alega que la cláusula 13 del PCAP establece de forma detallada la documentación que se debe incluir en cada sobre, por lo que al incluir en el sobre 1 la documentación del sobre 2 ha incumplido los pliegos y se ha producido una ruptura del secreto de las proposiciones.

En cuanto al mal funcionamiento de la plataforma señala que son simples alegaciones del recurrente pero que no acredita nada al respecto y que no ha recibido ninguna comunicación de Madrid Digital sobre la existencia de ninguna incidencia en el portal de contratación, a lo que añade que ninguna de las 45 restantes licitadoras tuvo ningún problema. En consecuencia, el error es exclusivamente del licitador.

No obstante, refiere que es doctrina consolidada que este error en la presentación de las proposiciones no debe suponer una exclusión automática, sino que hay que analizar el caso concreto. Al respecto cita la Resolución 704/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en un supuesto similar

al presente confirma la exclusión del recurrente por incluir la oferta económica en el sobre 1.

Por ello, considera que la actuación de la mesa de contratación fue correcta.

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal analiza el expediente de contratación y comprueba que efectivamente la entidad incluyó en el sobre 1 la documentación relativa a la oferta económica y a los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas. Como señala el órgano de contratación el recurrente no acredita que el error se deba al funcionamiento de la plataforma por lo que no se puede tomar en consideración dicha alegación.

Dicho lo anterior, el debate se centra en determinar si la inclusión de la documentación citada en el sobre 1 conlleva la exclusión de la Fundación Cedel.

El artículo 157 de la LCSP dispone:

“1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.

Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

2. 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 cumplían 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”.

De acuerdo con lo establecido en el PCAP en el sobre 1 se incluye: el DEUC que es la declaración responsable del licitador sobre el cumplimiento de los requisitos previos, la declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad y plan de igualdad, declaración relativa al centro en el/los que se oferten plazas, en el supuesto de Uniones Temporales de empresarios el compromiso de constituirse en UTE en caso de resultar adjudicatarios, y otras declaraciones en el caso de entidades pertenecientes al mismo grupo o empresas extranjeras.

En definitiva, la información a incluir en el sobre 1 son simplemente declaraciones, por lo que a juicio de este Tribunal el conocimiento de la oferta económica y de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas no influye en la calificación de la documentación administrativa.

En la presente licitación no hay criterios sujetos a juicio de valor. El hecho de que Fundación Cedel haya incluido en el sobre 1 la oferta económica y la documentación correspondiente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas es una irregular no invalidante pues en nada puede influir la puntuación a otorgar a los licitadores al ser criterios aplicables mediante fórmulas. Cuestión diferente es que el procedimiento también estableciese criterios sujetos a juicio de valor, circunstancia que no acontece, pues en ese caso al elaborar el informe técnico sobre los criterios subjetivos se podía ver conculcada la imparcialidad exigida.

En definitiva, dado que no se menoscaba la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores procede estimar el recurso y en consecuencia se anula el acuerdo por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fundación Cedel contra el acuerdo, de 13 de marzo de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación “Acuerdo marco de atención a personas adultas con discapacidad intelectual en centro ocupacional, de formación, oportunidades e inserción laboral, cofinanciado parcialmente por el Fondo Social Europeo en el Marco del Programa Operativo de la Comunidad de Madrid, 2021-2027” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente AM-002/2023.

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.