

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

En Madrid, a 9 de octubre 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DEL SECTOR DE LAS INSTALACIONES Y LA ENERGÍA (AGREMIA) contra el Acuerdo de fecha 17 de septiembre de 2024 de la mesa de contratación del Organismo Autónomo Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, por el que se le excluye de la licitación en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicios para la configuración, organización, gestión, impartición y evaluación de formación profesional para el empleo en itinerarios formativos de carácter dual con orientación profesional y con la provisión de intermediación laboral directa incluidos en la Escuela de Empleo Verde y Oficios del Organismo Autónomo local Agencia para el Empleo de Madrid”, con nº de expediente 300/2024/00261, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 15 de julio de 2024 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de

regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 7.552.873,67 de euros y un plazo de ejecución de dos años.

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

En base al informe técnico emitido por el Departamento de Orientación e Intermediación, de fecha 17 de septiembre de 2024, de valoración de los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes establecidos en el PCAP, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la recurrente tras comprobar que AGREMIA anticipa en su proyecto el incremento del número de alumnos incorporados al mercado laboral, lo que supone contaminación en el ejercicio de valoración de criterios de adjudicación.

El 25 de septiembre de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo.

Tercero. - El 3 de octubre de 2024 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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 (en adelante LCSP).

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. - La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al 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 de exclusión se notificó el 17 de septiembre de 2024, e interpuesto el recurso el día 25 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión 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. - El recurso se fundamenta en la indebida exclusión de su oferta.

Alega que, si analizamos las consecuencias de la inclusión de documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas en el sobre de la oferta que se valorara mediante un juicio de valor, los tribunales administrativos de recursos contractuales han determinado la exclusión de la oferta, pero no se trata de una exclusión automática. Huyendo de posturas

excesivamente formalistas, entienden que debe analizarse que el error cometido se haya producido o no, su trascendencia y, que el error traiga o no causa de los requerimientos del PCAP o del PPT. Al efecto, cita jurisprudencia y doctrina de Tribunales de resolución de recursos contractuales.

A su juicio, en el presente caso, es obvio que nos encontramos ante un supuesto en el que el error cometido por esta parte al incluir un dato valorable en base a fórmula, carece de la suficiente entidad o trascendencia como para suponer un riesgo de infracción del principio de objetividad e igualdad.

Añade que el valor incluido erróneamente en el sobre de documentación valorable conforme a criterios distintos a fórmulas o cifras, es el que otorga la puntuación mínima estipulada en los pliegos, lo que difícilmente puede afectar o contaminar la decisión de los servicios técnicos, a diferencia de lo que ocurriría si se hubiera incluido un valor superior que permitiría, a la hora de la valorar la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables, obtener una puntuación final superior.

Por tanto, es posible obviar la información introducida por error en el sobre de condiciones sujetas a valoración mediante juicio de valor sin que, en modo alguno, afecte o contamine la valoración realizada en ese punto de la oferta y que sólo será oportunamente valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (por tanto de forma totalmente objetiva y no subjetiva) en el momento en que se proceda a la apertura del sobre que contiene la documentación sujeta a valoración mediante fórmulas basadas en cifras o porcentajes, momento al que se ha impedido llegar a la recurrente al haberla excluido del proceso de licitación de forma unilateral y sin posibilidad de subsanación.

Concluye su alegato, solicitando la adopción de medidas cautelares.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el error cometido por AGREMIA en ningún caso trae causa de las estipulaciones del PCAP y del PPT encargados de regir el contrato, y la prueba evidente de ello es que de las tres entidades presentadas al procedimiento de contratación, tan solo la recurrente ha incurrido en el error que reconoce haber cometido.

En cuanto a considerar la información desvelada por AGREMIA como fiable, no hay duda alguna de que la propia recurrente admite haber incurrido en el error de anticipar que ofertaba uno de los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes que se puntúa en el Anexo I del PCAP con 10 puntos.

Sostiene que la conformidad a Derecho de la exclusión del licitador por introducir documentación del sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes en el sobre de criterios no valorables en cifras o porcentajes, es ampliamente reconocida por las resoluciones de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, citando doctrina al respecto.

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.

A este respecto, la STS 523/2022, de 4 de mayo de 2022 dice *“Partiendo de lo anterior, queda pendiente analizar cuál es la consecuencia que deriva de los razonado y del incumplimiento, en definitiva, de la regla del deber de secreto de las ofertas a la que se refieren los artículos citados y transcritos. La parte codemandada, en sus alegaciones, da a entender que no se trataría, en cualquier caso, de un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación, manifestando, como también hemos visto, que material o realmente no se llega a dar una información relevante.*

Como expone la STS de 20 de noviembre de 2009 (Rec. 520/2007)" el carácter secreto de las proposiciones. Se 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 las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento

previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias."

En esta línea recuerda la STS de 22 de octubre de 2014 (Rec. 3111/2013) que "Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando".

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.””

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas las Resolución 227/2024 de 6 de junio, Resolución 167/2023, de 27 de abril y la Resolución 511/2021 de 4 de noviembre.

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, los criterios de valoración recogidos en los PCAP incluyen criterios sujetos a juicio de valor y criterios sujetos a cifras o porcentajes.

La cláusula 19 del Anexo I del PCAP recoge “*Criterios no valorables en cifras o porcentajes:*

- Presentación de un proyecto técnico y su valoración. Hasta 40 puntos.

Criterios valorables en cifras o porcentajes

- PROPOSICIÓN ECONÓMICA. Hasta 30 puntos.

- Incremento del número de alumnos incorporados al mercado laboral en contrato indefinido a jornada completa, llevando en la empresa incorporado un mínimo de 6 meses o superior. Hasta 30 puntos.

Por 180 alumnos incorporados al mercado laboral en contrato indefinido a jornada completa, llevando en la empresa incorporado un mínimo de 6 meses o superior.....10 punto.

Por 270 alumnos incorporados al mercado laboral en contrato indefinido a jornada completa, llevando en la empresa incorporado un mínimo de 6 meses o superior 20 punto.

Por 360 alumnos incorporados al mercado laboral en contrato indefinido a jornada completa, llevando en la empresa incorporado un mínimo de 6 meses o superior.....30 puntos”.

No se plantea discrepancia en el error cometido por la recurrente al introducir información de un criterio sujeto a cifras o porcentajes en el sobre donde debe incluirse los criterios sujetos a juicio de valor, al ser admitido por las partes.

La discrepancia se centra exclusivamente en las consecuencias jurídicas que dicho error lleva aparejado, que han sido expuestas anteriormente en sus respectivos alegatos.

En el caso que nos ocupa, se ha anticipado en su oferta uno de los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes que se puntúa en el Anexo I del PCAP con 10 puntos.

A juicio de este Tribunal, se ha anticipado un dato, hasta entonces desconocido y que puede tener influencia en la adjudicación del contrato. Esta circunstancia lleva a considerar que efectivamente se ha producido una vulneración del secreto de las proposiciones que llevaría a considerar una eventual contaminación de la valoración de la oferta en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor.

En consecuencia, la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

Sexto. - Al haberse dictado resolución no procede pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitadas.

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 interpuesto por la representación de ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DEL SECTOR DE LAS INSTALACIONES Y LA ENERGÍA (AGREMIA) contra el Acuerdo de fecha 17 de septiembre de 2024 de la mesa de contratación del Organismo Autónomo Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, por el que se le excluye de la licitación en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicios para la configuración,

organización, gestión, impartición y evaluación de formación profesional para el empleo en itinerarios formativos de carácter dual con orientación profesional y con la provisión de intermediación laboral directa incluidos en la Escuela de Empleo Verde y Oficinas del Organismo Autónomo local Agencia para el Empleo de Madrid”, con n.º de expediente 300/2024/00261.

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.