

“Expediente: Expte. 2022/15712 (Plataforma HELP)”

Resolución: 2/2022

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, 27 de abril de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. A.J.M.G. en nombre y representación de PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L.** contra el decreto de 4 de marzo de 2022, en el que se adopta acuerdo de exclusión como licitadora de la mercantil PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. por incluir documentación del sobre relativo a criterios evaluables mediante fórmula en el sobre relativo a criterios evaluables mediante juicio de valor, según el Informe emitido por el Servicio Técnico de Bienestar Social, en relación al procedimiento de licitación relativo a *“prestación del servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella”* (SE 134/21), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 16 de julio de 2021, el órgano de contratación, mediante Decreto nº 2021/10296, aprobó el expediente de contratación para la prestación del servicio de Ayuda a Domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, por procedimiento abierto, trámite ordinario y sujeto a regulación armonizada.

El valor estimado del contrato es de 24.208.296 euros, IVA excluido.

Los respectivos anuncios de licitación han sido publicados tanto el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), como en la plataforma de contratación del sector público con fecha 23 de julio de 2021.

SEGUNDO. – Reunida la mesa de contratación el día 23 de febrero de 2022 para la valoración de los criterios basados en juicio de valor, se procedió a dar lectura del Informe Técnico de Valoración de fecha de 15 de febrero de 2022, en el que entre otros extremos figura literalmente lo siguiente:

“Habiéndose requerido Informe de Valoración de criterios evaluables sujetos a juicios de valor para la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (Expte. SE 134/21), han sido evaluadas cada una de las Memorias remitidas por las empresas licitadoras con el siguiente resultado:

En el punto 28.2 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas, en el que se recoge la documentación a incluir en el Sobre Número 2 para la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, se establece que (página 57 del PCAP):

“La confusión o error en la documentación a incluir en los sobres, supondrá el rechazo de la proposición correspondiente”.

De esta forma, tras la lectura de las Memorias remitidas por las empresas, se ha detectado que varias de estas empresas han incluido en el Sobre Número 2 documentación correspondiente al Sobre Número 3, en concreto la documentación referente a:

28.2 Sobre número 3: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Oferta económica”

(...)

4.- ASISTENZIA

La entidad ASISTENZIA plasma en la página 43 de su Proyecto de Prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio para el Ayuntamiento de Marbella lo siguiente:

Pasaremos a todos los trabajadores a contratos fijados cuando lleven dos años de antigüedad y no tres como marca la Ley en los contratos por obra o servicio (modelo 501 y 401).

(...)

De esta forma, han incluido en el Sobre de Criterios Subjetivos documentación requerida en el Sobre de Criterios Objetivos conforme al Punto 28.2. Sobre número 3: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Oferta económica, en el Punto c)- Indicar si se oferta el siguiente compromiso de estabilidad del total de la plantilla adscrita a la prestación del servicio, mediante el aumento del porcentaje de trabajadores fijos, que en caso de aceptarse deberá cumplirse a la finalización de cada una de las anualidades del contrato abajo indicadas (...)

RESULTANDO, que, en el Acta emitida correspondiente a la citada sesión de la Mesa de Contratación, consta literalmente lo siguiente:

A la vista del Informe anteriormente transcrito, la Mesa de Contratación, por unanimidad, acuerda EXCLUIR a los siguientes licitadores:

(...)

- PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. (CIF: B53977013), por incluir documentación del sobre relativo a criterios evaluables mediante fórmulas en el sobre relativo a criterios evaluables mediante juicio de valor, según el Informe emitido por el Servicio Técnico de Bienestar Social”.

Exclusión que es reiterada por el órgano de contratación en virtud de Decreto nº 3673/2022 de fecha 4 de marzo de 2022 y notificado en la misma fecha a la licitadora excluida, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. – El día 21 de marzo de 2022, D. A.J.M.G. en nombre representación PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. interpone recurso especial en materia de contratación en relación al acuerdo de exclusión adoptado por la mesa y el órgano de contratación, en relación a la licitación del contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando, en síntesis, que se anule, revoque y en todo caso se deje sin efecto la resolución impugnada, y por tanto la exclusión del procedimiento de contratación de la oferta presentada por dicha licitadora, a fin de ser admitida en el procedimiento de licitación, solicitando por medio de otrosí que al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 51 LCSP, por parte del Tribunal se adoptase medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, a fin de que el recurso interpuesto no pierda su finalidad legítima y no quede comprometido el interés general.

CUARTO. – En su sesión celebrada el día 23 de marzo de 2022 por parte de este Tribunal se acordó la admisión del recurso especial en materia de contratación que es objeto de la presente resolución, requiriendo al órgano de contratación la remisión del expediente para su estudio, junto con el correspondiente informe, así como pronunciamiento sobre la medida cautelar interesada por la recurrente, el cual ha sido objeto de notificación al órgano de contratación por parte de la Secretaría del Tribunal con fecha 24 de marzo de 2022.

Dentro del plazo legalmente conferido al efecto, se ha remitido a este Tribunal el expediente de contratación objeto de requerimiento, junto con el correspondiente informe, en el que el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso especial en materia de contratación, si bien sin pronunciamiento alguno en cuanto a la medida cautelar interesada por la entidad mercantil recurrente.

QUINTO. – En su sesión celebrada el día 29 de marzo de 2022, se acordó la adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada en relación a la tramitación del expediente de contratación que es objeto de la presente resolución, la cual ha sido objeto de notificación tanto al órgano de contratación como la entidad mercantil recurrente con fecha 29 de marzo de 2022.

SEXTO. – Con fecha 29 de marzo de 2022, por parte de la Secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se ha dado traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto por PROTECCIÓN GERIÁTICA 2005 S.L, a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recabado certificado del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, en el cual se indica que, dentro del plazo legalmente conferido al efecto, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de la entidad mercantil CLECE S.A. e cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

SÉPTIMO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; y en lo que no se oponga a la misma por el 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; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por la Directiva 2014/24 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016(DOUE L 3/16, de 6 de enero de 20); por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. – En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO.- En el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se dice que podrán ser objeto de recurso especial las siguientes actuaciones:

“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”.

Asimismo, se trata de un contrato de servicios con un valor estimado de 24.208.296 euros, IVA excluido, y por tanto superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO. – En relación al plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal en plazo, ya que el acuerdo de exclusión fue objeto de notificación el día 4 de marzo de 2022, por lo que atendiendo a las especialidades de cómputo de plazo de notificaciones electrónicas relativas al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso fue presentado con fecha 21 de marzo de 2022, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.c) LCSP.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, oponiéndose a la exclusión adoptada por la mesa de contratación y/o ratificada por el órgano de contratación, en torno a las siguientes consideraciones, que pasamos a exponer:

“Pues bien, considera esta parte que los datos del proyecto de esta Licitadora que se han reseñado en el Informe Técnico de Valoración no constituyen una anticipación o revelación de los criterios evaluables mediante fórmulas a incluir en el Sobre nº 3 y, por tanto, que no hay causa alguna que justifique la exclusión de la oferta presentada por esta mercantil.

En efecto, el Informe Técnico de Valoración incurre en error, ya que la medida ofrecida en el Proyecto no determina, presupone o anticipa el criterio automático relativo al compromiso de establecibilidad del total de la plantilla adscrita a la prestación del servicio al referirse a cuestiones distintas.

(...)

Como puede apreciarse, el criterio automático está referido al porcentaje de trabajadores fijos en plantilla que el licitador se compromete a mantener o aumentar al finalizar cada anualidad del contrato y su eventual prórroga, sin que se permita disminuir el porcentaje actual.

Pues bien, el proyecto de esta licitadora únicamente señala que convertirá en fijos a aquellos trabajadores con contrato por obra o servicio determinado, modelos 501 y 401, que lleven dos años de antigüedad, pero de esta medida no es posible deducir cual será el compromiso que va a ofertar esta mercantil sobre la estabilidad del total de la plantilla a final de cada anualidad, pues nada se dice en el proyecto acerca de si estos trabajadores convertidos en fijos podrán ser despedidos o no y, en este caso, si serían sustituidos o no al final de cada año, como las decisiones que adoptará esta empresa en materia laboral en aquellas otras situaciones de baja voluntaria o excedencia de estos trabajadores.

De esta forma, podría darse el caso, por ejemplo, de que un trabajador convertido a fijo en la segunda anualidad pidiese la baja voluntaria y no fue reemplazado al finalizar la tercera anualidad del contrato –con lo que se reduciría el número de trabajadores fijos de la plantilla en esa anualidad-, o que esta empresa se comprometiera a sustituirlo, medida que en modo alguno puede saberse con la sola lectura del proyecto presentado a licitación.

Tampoco el proyecto permite conocer que decisión adoptará esta empresa si el trabajador temporal abandona la empresa antes de que cumpla los dos años de antigüedad en la prestación del servicio, que no se sabe si algún trabajador llegará a cumplir, ante la incertidumbre de la situación económica actual.

Lo mismo podemos decir de los trabajadores con contrato fijo en plantilla, ya que nada se dice que ocurrirá cada vez que se produzca la conversión de uno de los trabajadores temporales con contratos por obra o servicios determinado, es decir, si esta conversión conllevaría la salida de la plantilla de un trabajador fijo o no, o si, los trabajadores que actualmente tiene un contrato fijo serían reemplazados en los casos de despido, baja voluntaria, etc. para mantener o aumentar la plantilla con contrato de esta clase en cada anualidad.

Tampoco se recoge en el proyecto si esta mercantil tiene prevista o no nuevas contrataciones y que tipo de contrato utilizaría en este caso.

Por tanto, el proyecto de esta mercantil no anticipa, ni revela, cual es el compromiso que va a ofertar respecto a la estabilidad de la plantilla, pues la mera indicación de que se pasarán todos los trabajadores con contrato por obra o servicio determinado, modelos 501 y 401, a contratos fijos cuando lleven dos años de antigüedad, no permite saber qué es lo que se va a ofertar respecto a este criterio.

De hecho, ni la Mesa de Contratación, ni el Informe de Valoración, han indicado cual sería a su juicio, el compromiso estabilidad de la plantilla que supuestamente habría ofertado esta empresa.

De esta forma, el Proyecto de esta mercantil no compromete la imparcialidad, igualdad de trato y objetividad en la valoración de las ofertas, ya que no puede concluirse que haya incluido documentación del sobre relativo a criterios evaluables mediante fórmulas en el sobre relativo a criterios evaluables mediante juicio de valor, por lo que la exclusión acordada ha de anularse por su contrariedad a Derecho.

Pero es más, aunque se estimara que se ha producido algún tipo de irregularidad, lo que contemplamos a efectos dialécticos, la doctrina de los Tribunales administrativos ha venido estableciendo que la exclusión de licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, ni automático y que la exclusión del procedimiento solo resulta procedente cuando dicha actuación haya vulnerado el secreto de las proposiciones y haya podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

Es decir, no basta la mera irregularidad formal para excluir la proposición, sino que el defecto ha de tener una influencia real y efectiva que impida la valoración objetiva de las candidaturas, lo que no ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, en el que ni el informe de valoración, ni el órgano de contratación, indican siquiera indiciariamente, de que forma la medida ofertada por esta empresa habría influido en la valoración objetiva de las ofertas”.

De forma que a tal efecto viene a concluir y solicitar la recurrente que se anule, revoque y deje sin efecto su exclusión en el procedimiento de licitación, por las razones anteriormente aducidas.

SEXTO. – A la pretensión de la recurrente, se opone el órgano de contratación, considerando que habría de ratificarse por este Tribunal la válida exclusión de la hoy entidad mercantil aquí recurrente, sobre la base fundamentalmente de las siguientes consideraciones:

“Hemos de recordar que la exclusión de la entidad PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. se realizó en el informe técnico citado habiendo vulnerado con su declaración de que “Pasaremos todos los trabajadores a contratos fijos cuando lleven dos años de antigüedad y no tres como marca la Ley en los Contratos por obra o servicio determinado (modelo 501 y 401)” una de las valoraciones a realizar tras la apertura del Sobre de Criterios Objetivos, es decir, el elemento a valorar tras la apertura del sobre de criterios objetivos.

Compartimos, en este sentido, las manifestaciones indicadas en el Informe técnico de 24 de marzo de 2022, cuando dice:

“...el elemento a valorar tras la apertura del Sobre de Criterios Objetivos será única y exclusivamente si se oferta el compromiso de estabilidad del total de la plantilla adscrita a la prestación del servicio, mediante el aumento de porcentaje de trabajadores fijos, que deberá cumplirse a la finalización de cada una de las anualidades del contrato con la aplicación de la siguiente tabla:

Anualidad	Porcentaje de trabajadores fijos
<i>Fin primera anualidad</i>	<i>Mantener el porcentaje sobre la plantilla existente a la firma de contrato</i>
<i>Fin segunda anualidad</i>	<i>Incremento igual o superior al 2% sobre la estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>
<i>Fin tercera anualidad</i>	<i>Incremento igual o superior al 4% sobre lo estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>
<i>Fin primer año prórroga</i>	<i>Incremento igual o superior al 6% sobre la estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>

La entidad ha revelado dentro del Proyecto incluido en el Sobre de Criterios Subjetivos que al finalizar la segunda anualidad del contrato todos los trabajadores van a pasar a la condición de fijos, revelando una información que se va a valorar tras la apertura del Sobre de Criterios Objetivos con la mera aplicación de la Tabla anteriormente incluida.

No es relevante para esa valoración ni se van a tener en cuenta, puesto que no se puede controlar el devenir del desarrollo de la normativa y el mercado laboral en una empresa, eventualidades tales como las descritas en el Recurso de PROTECCION GERIÁTRICA 2005 S.L. como son las casuísticas descritas en el documento del recurso: si estos trabajadores convertidos en fijos podrán ser despedidos o no y, en ese caso, si serían sustituidos o no al final de cada año, como las decisiones que adoptará la empresa en materia laboral en aquellas otras situaciones de baja voluntaria o excedencia de estos trabajadores, relatando diferentes casuísticas sobre baja voluntaria y no reemplazo, abandono de la empresa por parte del trabajador sin sustitución, que los trabajadores no llegasen a cumplir dos anualidades dada la incertidumbre de la situación económica actual, si la conversión de uno de los trabajadores temporales en fijo conllevaría la salida de la plantilla de un trabajador fijo, si se reemplazarían los trabajadores fijos en caso de despido o baja voluntaria, ...para mantener o aumentar la plantilla con trato de esta clase en cada anualidad.

En la Cláusula 28.2.c) del PCAP se recoge que se valorará la adscripción al compromiso de estabilidad recogido en la Tabla, “a la finalización de cada una de las anualidades del contrato”.

Una vez comprobada a la finalidad de cada una de las anualidades del contrato si la empresa está cumpliendo el compromiso referido sobre estabilidad, no se puede determinar ni comprobar si entre la finalización de esa anualidad y la siguiente la plantilla de la empresa se a ver alterada en cuanto a eventualidades derivadas de la aplicación de la normativa laboral y del Convenio Colectivo que generen tanto derechos como obligaciones para las partes.

De esta forma, la entidad PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. con su declaración recogida en la página 43 del Proyecto si revela información a valorar en el Sobre de Criterios Objetivos:

- Pasaremos todos los trabajadores a contratos fijos cuando lleven dos años de antigüedad y no tres como marca la Ley en los Contratos por obra o servicio determinado (modelo 501 y 401).

Esta información revela la intención de la empresa para la finalización de la segunda anualidad del contrato, no pudiendo alegar, que esta se pueda ver alterada por la casuística que han expuesto, pues esta casuística eventualmente podrá ocurrir entre el desarrollo de cada una de las anualidades, siendo que su valoración se hará en el momento exacto del cumplimiento de cada anualidad del contrato.

Por lo tanto, consideramos que los argumentos esgrimidos por la licitadora PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L., en su recurso no desvirtúan en forma alguna el motivo de exclusión alegado y recogido tanto en el Informe Técnico de la Delegación de Derechos Sociales como en el decreto de exclusión impugnado”.

Por tanto, lo preceptuado en el PCAP es claro. Se recoge expresamente en sus cláusulas 27 y 28 y su vulneración, del mismo modo, tampoco arroja la menor duda.

En el mismo sentido cabe citar numerosos informes y resoluciones. Todos ellos han dedicado numerosas resoluciones a estas cuestiones, sobre todo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (...).”.

SÉPTIMO. – Asimismo, se opone a la estimación de las pretensiones de la recurrente, la licitadora CLECE S.A. que habiendo comparecido dentro el trámite contemplado en el art. 56.3 LCSP, viene a formular, al respecto entre otras las siguientes alegaciones:

“Como se señala en el acuerdo de exclusión, la entidad aquí recurrente incluyó en la página 43 de su Proyecto de Prestación del Servicio recogido en el sobre de criterios subjetivos lo siguiente:

“Pasaremos a todos los trabajadores a contratos fijos cuando lleven dos años de antigüedad y no tres como marca la Ley en los contratos por obra o servicio (modelo 501 o 401)”

Como puede apreciarse, tal afirmación hace referencia a uno de los criterios objetivos contenidos en el PCAP, según hemos visto en el apartado anterior. Y, de hecho, partiendo de lo expresado podría incluso determinarse la puntuación que sería atribuible por este criterio.

A este respecto, debemos reseñar que en el listado de trabajadores con derecho a subrogación que se incluye en la documentación del procedimiento de licitación se refleja la situación contractual de cada trabajador, incluyendo la fecha de antigüedad y el tipo de contrato de cada uno de ellos.

Por lo que, con lo expresado por la recurrente se puede determinar el número de trabajadores cuyo contrato se compromete a transformar en fijos y en que anualidad del contrato se producirá dicha conversión.

La recurrente sostiene en su escrito de recurso que de lo expresado “no puede deducirse cuál será el compromiso que va a ofertar esta mercantil sobre la estabilidad del total de la plantilla al final de cada anualidad, pues nada se dice en el proyecto acerca de si estos trabajadores convertidos en fijos podrán ser despedidos o no y, en este caso, si serían sustituidos o no al final de cada año, como las decisiones que adoptará esta empresa en materia laboral en otras situaciones de baja voluntaria o excedencia de estos trabajadores.

La argumentación resulta completamente artificiosa pues lo que se plasma en el proyecto es claramente un compromiso de incremento de los trabajadores con contrato fijo.

Obviamente dicho compromiso no puede atender a circunstancias contingentes que pudieran producirse como la baja voluntaria de trabajadores con contratos temporales antes de alcanzar los 2 años de antigüedad o la necesidad de ejercer medidas disciplinarias por el empresario (como podría ser el despido). Circunstancias estas que desde luego no obstan una realidad patente y es que la recurrente ha incluido en el sobre de criterios subjetivos un compromiso que se refiere a uno de los criterios evaluables mediante fórmulas automáticas.

De acuerdo con la reiterada e inconcusa doctrina de nuestra jurisprudencia y de los Tribunales Administrativos Contractuales, la inclusión de datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de criterios sujetos a juicio de valor supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley y debe conllevar la excusión del procedimiento de adjudicación de la proposición que incurra en tal circunstancia.

(...)

En el presente caso, resulta indudable que se incluyó en el Sobre 2, relativo a criterios sometidos a juicio de valor, información correspondiente a criterios correspondientes a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Y de ello no cabe más que colegir la posible influencia en la valoración de los criterios subjetivos.

Aun cuando pudiéramos admitir, a los meros efectos dialécticos, que lo plasmado en el sobre 2 de la recurrente no permite extraer con exactitud la puntuación a asignar mediante fórmulas para el apartado correspondiente a estabilidad en el empleo, lo cierto es que con lo expresado en su propuesta se adelanta con suficiente grado de detalle un elemento de los criterios subjetivos. Y es precisamente esta circunstancia lo que contraviene el principio de igualdad de trato, pues los licitadores no excluidos no han incluido referencia a este respecto. Por lo que, la mesa de contratación, incluso de forma inconsciente, podría valorar de forma sesgada la propuesta de la recurrente respecto de aquellos otros licitadores que no han hecho mención alguna en su propuesta a la estabilidad en el empleo e incremento de trabajadores fijos.

En definitiva, la actuación de la recurrente puede comprometer la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos. Por lo que, resulta proporcionado y ajustado a Derecho el acuerdo de exclusión ahora impugnado”.

OCTAVO. – Vistas las alegaciones de las partes contendientes, procede analizar el fondo de la cuestión que se suscita, que, en suma, queda sintetizada en determinar si por parte de la entidad mercantil hoy aquí recurrente con ocasión de la presentación y apertura de la documentación aportada en el sobre nº 2 referido a criterios sujetos a juicio de valor ha adelantado información a valorar con ocasión de la apertura del sobre nº 3 referido a criterios cuantificables mediante fórmula o de aplicación automática, o si por el contrario la información que ha sido objeto de inclusión en el sobre nº 2 carece de relevancia a los efectos de la valoración de la oferta.

A tal respecto, hemos de partir de las previsiones contenidas en el art. 146.2 LCSP cuando viene a disponer 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*”.

Asimismo, el art. 26 del Real Decreto 817/2009, dispone que “*la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor deberá presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de ésta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos*”.

Como se viene reiterando de forma constante, y prácticamente uniforme por parte de los diferentes órganos de garantías en materia contractual, las cautelas legales anteriormente enunciadas, persiguen garantizar la independencia y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas, a fin de impedir que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor pueda verse influenciada por un conocimiento anticipado de información que haya de ser objeto valoración en una fase posterior de la licitación con ocasión de la valoración de los criterios sujetos a fórmula o aplicación automática, pues lo contrario podría implicar una quiebra de uno de los principios nucleares de la contratación del sector público plasmado en el art. 1.1 LCSP, como es el de igualdad de trato entre los licitadores.

En tal sentido, puede traerse a colación en relación a la denominada doctrina de “contaminación de los sobres”, entre otras muchas la **Resolución nº 246/2019, de 9 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía**, que al respecto viene a recordar que:

“Es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de órgano de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal –antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) y ahora en el artículo 146.2 LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicio de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que “(...) la finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad en el proceso de valoración de las ofertas, impidiendo un conocimiento previo de datos –que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tiene por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores.

Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.

Quiere decirse, pues, que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1. LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

Partiendo de la premisa expuesta, si un licitador infringe aquel mandato, difícilmente podrá repararse, por vía de subsanación, la quiebra de aquellas garantías, por cuanto el conocimiento anticipado que la ley trata de impedir se habrá producido ya de modo inevitable. Como señalamos en la Resolución 218/2018, de 13 de junio, “nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo 145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP”.

Y, asimismo, en el sentido que venimos expresando resulta sumamente ilustrativa la **Resolución nº 66/2020, de 22 de mayo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi**, cuando al respecto viene a referir que:

“Sobre esta cuestión, este OARC/KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 19/2020) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante formula condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, consciente o inconscientemente, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa.

El sistema anula también del denominado “efecto halo” en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.

La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que queda que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver en este sentido la Resolución 43/2020 del OARC/KEAO)”

Haciendo traslación de la doctrina asentada por los diferentes órganos competentes para la resolución de recursos especial en materia de contratación, a lo acontecido en la licitación de la que trae causa el presente recurso, hemos de partir de la cláusula nº 35 del PCAP, en la cual y entre otros, se contempla como uno de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas (sobre nº 3), el siguiente:

“35.2.C)- COMPROMISO DE ESTABILIDAD del total de la plantilla adscrita a la prestación del servicio, mediante el aumento del porcentaje de trabajadores fijos, que en caso de aceptarse deberá cumplirse a la finalización de cada una de las anualidades del contrato abajo indicadas. Se valoración con 8 puntos, según la siguiente escala:

Anualidad	Porcentaje de trabajadores fijos
<i>Fin primera anualidad</i>	<i>Mantener el porcentaje sobre la plantilla existente a la firma de contrato</i>
<i>Fin segunda anualidad</i>	<i>Incremento igual o superior al 2% sobre la estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>
<i>Fin tercera anualidad</i>	<i>Incremento igual o superior al 4% sobre lo estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>
<i>Fin primer año prórroga</i>	<i>Incremento igual o superior al 6% sobre la estipulado en el VII Convenio Colectivo</i>

Se justifica dicho criterio en que un aumento de la estabilidad de la plantilla adscrita a la prestación del servicio, supondrá necesariamente un incremento en la calidad de su prestación de forma que la estabilidad de la plantilla permite una mayor adherencia de los usuarios con el/la auxiliar.

Con 30 días de antelación a la finalización de cada una de las anualidades y eventuales prórrogas del contrato, la empresa aportará relación actualizada de los trabajadores adscritos a este servicio en la que incluyan la relación contractual de cada uno de ellos”.

Asimismo, como se indica en el informe técnico asumido tanto por la mesa de contratación, como por el propio órgano de contratación en relación al recurso especial interpuesto ante este Tribunal, y como así puede comprobarse en el expediente que ha sido objeto de remisión ante este órgano, en la memoria presentada por la entidad mercantil aquí recurrente para su valoración como criterio a juicio de valor (sobre nº 2 Cláusulas nº 30 y 35 PCAP), expresamente se indica que:

“Pasaremos todos los trabajadores a contratos fijos cuando lleven dos años de antigüedad y no tres como marca la Ley en los contratos por obra o servicio (modelo 501 y 401”.

Junto a ello, y conforme se indica en el PCAP el compromiso de estabilidad se valora en algunos de los tramos, cuando el incremento de trabajadores fijos sea igual o superior a un determinado porcentaje sobre el estipulado en el VII Convenio Colectivo que en su artículo 18 (BOE nº 229 de 21 de septiembre de 2018), viene a disponer al respecto que:

“Estabilidad en el empleo:

A fin de fomentar la contratación indefinida y de dotar de una mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio tendrán un 80% de personal, sobre la plantilla mínima que legalmente le sea exigida en cada situación, con contratos indefinidos y durante toda la vigencia de este convenio.

En el caso de empresas de nueva creación tendrán que alcanzarse los siguientes porcentajes:

- A la finalización del primer año de actividad, el 60%*
- A la finalización del segundo año de actividad, el 80%”*

De forma que a diferencia de lo que alega la recurrente, puede colegirse sin mayor dificultad a juicio de este Tribunal, que es evidente que se ha propiciado un conocimiento anticipado al órgano evaluador, en este caso la Mesa de Contratación, de determinados datos de su oferta que debían permanecer secretos hasta la apertura del sobre nº 3 y cuyo conocimiento sin embargo ha sido desvelado con anterioridad al momento temporal en que procede el conocimiento de dicha información, de forma que a diferencia de lo que se afirma por la recurrente no es necesario que se conozca en su totalidad la oferta económica de la misma, sino que basta como es el caso, que se trate de una información que pueda influir en la fase de valoración previa, sin que resulte necesario demostrar que dicha influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que ello pueda ocurrir para que las garantías legales de objetividad e imparcialidad resulten vulneradas.

Y es que es evidente que a través de la información desvelada se está poniendo de manifiesto al menos una parte del compromiso de estabilidad de la plantilla que se pretende asumir por la hoy aquí recurrente, la cual como es patente conforme se indica por el órgano de contratación ha de ser valorada en un momento posterior al que ha sido dado a conocer por un error (voluntario o involuntario) que únicamente es achacable e imputable a la recurrente, al incluirla anticipadamente en el sobre nº 2 relativo a los criterios sujetos a juicio de valor.

Así lo recuerda entre otras muchas la **Resolución nº 315/2020, de 24 de septiembre, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía** al apuntar que:

“...sobre esta cuestión como ya viene reconociendo este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio y 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 junio, y más recientemente 275/2019, de 6 de septiembre y 319/2019, de 2 de octubre), y el resto de órganos de recursos contractuales, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo de un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetivas e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y el secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP –actual 139.2 de la LCSP-“.

En definitiva, tal como aquí acontece conforme ya hemos tenido ocasión de explicitar, la quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad así como del principio de igualdad y no discriminación se produce cuando dentro del sobre de documentación justificativa de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, se incorpore documentación, información o referencia que permita al órgano evaluador el conocimiento de elementos que deberían ser valorados después en el sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.

Por lo que, en consecuencia, considera este Tribunal que se ha producido una infracción de lo establecido en el art. 146.2 LCSP, así como en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, lo que supone que tanto la mesa como el órgano de contratación han actuado correctamente al excluir la oferta de la recurrente, ya que lo contrario implicaría no solo una vulneración del secreto de la oferta sino un trato desigual, con respecto a la resto de licitadores que han concurrido al procedimiento, y que han respetado tales determinaciones legales así como lo dispuesto en los pliegos.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. A.J.G en nombre y representación de PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L.** contra el decreto de 4 de marzo de 2022, en el que se adopta acuerdo de exclusión como licitadora de la mercantil PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L., en relación al procedimiento de licitación relativo a “*prestación del servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella*” (SE 134/21),

SEGUNDO.- Acordar, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, adoptada por este Tribunal mediante acuerdo de 29 de marzo de 2022.

TERCERO. - Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”