

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Saniprotect, S.L. contra la aplicación de los criterios de desempate del Acuerdo Marco a la adjudicación de varios contratos basados en el Lote 6 “Mascarillas de Protección FFP2 y FFP3” del Acuerdo Marco de Suministro de Equipos de Protección Individual y Equipos Sanitarios (9 Lotes) del Ayuntamiento de Madrid, con número de expediente 300/2020/00733, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 2 de abril de 2021 se publica el anuncio de licitación del acuerdo marco en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El valor estimado del acuerdo marco es de 40.674.394,95 euros, y el del lote 6 de 5.194.307,28 euros. A este lote concurren 48 licitadores. El objeto del lote es el suministro de mascarillas FFP2 y FFP3.

**Segundo.-** La mesa de contratación del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, en su reunión de 30 de abril de 2021, excluye a la recurrente por no aportar correctamente la documentación requerida, de la empresa Guangzhou Fengle

Medical Technology. Habiendo recurrido contra esta exclusión, este Tribunal por Resolución nº 260/2021 de 10 de junio, estima su recurso anulando dicha exclusión.

**Tercero.-** La adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco se realiza sin nueva licitación aplicando los criterios de adjudicación regulados en la cláusula 18 del PCAP sobre los dos tipos de mascarillas licitadas y entre el mínimo de 3 adjudicatarios que se seleccionan para cada lote.

En el lote 6 mantienen ofertas los tres adjudicatarios en el acuerdo marco con 99.62 puntos, 99,92 puntos y 99,21 puntos, respectivamente.

Cada contrato basado se adjudica en expediente independiente donde figuran los criterios de adjudicación, y en su caso, los criterios de desempate a aplicar, la propuesta de adjudicación y la conformidad del adjudicatario a la misma.

**Cuarto.-** En fecha 15 de julio de 2021 se requiere a la recurrente para que aporte la documentación relativa a los criterios sociales de desempate para el caso de que se produzca dicha eventualidad y conforme a la cláusula 18.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, reguladora de los empates en los contratos basados en el acuerdo marco

*“En caso de que, atendiendo a la fórmula anterior, se produzca un empate durante el primer año de vigencia del Acuerdo Marco, se aplicarán los criterios de desempate previstos en la Apartado 13.10 de estos pliegos, atendiendo a la documentación presentada por las empresas adjudicatarias con ocasión de la adjudicación del Acuerdo Marco”*

Por su parte establece la cláusula 13.10 del PCAP: *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 147.2 LCSP, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los Criterios de Adjudicación previstos en el Apartado 11 de los presentes pliegos se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:*

a) *Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.*

b) *Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.*

c) *Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.*

d) *El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate”*

**Quinto.-** En fecha 17 de noviembre se notifica a la recurrente la publicación de un contrato basado en el acuerdo marco contra el que presenta el recurso especial en materia de contratación. Tras la búsqueda en PCSP recurre contra 14 contratos basados en el acuerdo marco.

**Sexto.-** El 29 de noviembre de 2021 presenta el recurso especial en materia de contratación en contra de la aplicación de los criterios de desempate, solicitando que este Tribunal declare:

*“a La inexistencia de desempate alguno entre las empresas Saniprotect S.L. y Torroval y López Servicios Profesionales SL;*

*b. La necesidad de que, en el caso de proceder a un desempate entre ambas empresas, se puntúe a Saniprotect SL reconociendo que su plantilla está compuesta al 100% por personas procedentes de una situación de exclusión social en el momento de firmar el contrato de trabajo y al 100% también con contrato indefinido;*

*c. la nulidad de todos los contratos basados adjudicados a Torroval y López Servicios Profesionales SL para el suministro de mascarillas FFP2 antes y después de la presentación de este recurso especial”.*

**Séptimo.-** El 4 de diciembre del 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, así como el recurso, a que se refiere el

artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Octavo.-** No se ha estimado necesario dar traslado del recurso para alegaciones, dado el contenido de la resolución, y en base al artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

### **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 empresa participante en la licitación, de acuerdo con lo previsto en el 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 fue notificado el 17 de noviembre del 2021, interponiéndose el recurso el 29 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la aplicación de los criterios de desempate del acuerdo marco a la adjudicación de varios contrato basados de un acuerdo marco, cuyo valor estimado individual es inferior a 100.000 euros, por lo que atendiendo al valor de los mimos la actuación no sería recurrible de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y la interpretación de los Tribunales Administrativos de Contratación, tal y como alega el órgano de contratación.

En fecha 17/11/2021 se publica en el PCSP la adjudicación de contrato basado en el Acuerdo Marco de valor estimado 572 euros, tal y como consta en la publicación de la adjudicación, que es objeto de esta impugnación.

Ninguno de los 14 contratos o pedidos localizados excede de 100.000 euros. El órgano de contratación cita 24 contratos que no exceden de esa cuantía, sumando 59.000 euros el total del valor estimado de los mismos, y de cuantías muy distintas.

Como manifestábamos en la Resolución 245/2021, de 3 de junio de este Tribunal: *“El recurso se interpuso contra el acuerdo de no adjudicación de dos contratos basados en Acuerdo Marco, ninguno de los cuales su valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto no es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) de la LCSP.”*

Dice el artículo 44 de la LCSP: *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

*a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*

*b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos”.*

El análisis conjunto de las letras b) y a) del artículo lleva a la conclusión que el umbral para el recurso especial en materia de contratación se fija de forma

diferenciada para el acuerdo marco y para los contratos basados en los límites de la Letra a) (cuando tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior), siendo en el caso de servicios 100.000 euros”.

Tal y como afirma la Resolución 58/2020 de 14 de febrero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: *“Debe tenerse en cuenta que el legislador, a la hora de determinar los contratos sujetos al recurso especial, ha optado por un criterio cuantitativo objetivo, su valor estimado, considerando que aquellos contratos que no alcancen el valor estimado determinado en la LCSP, no deben gozar de la especial protección que supone el recurso especial. En este sentido, los contratos basados en un acuerdo marco deben desvincularse del valor estimado de éste. Se trata de contratos que, sin perjuicio de que se basen en un acuerdo marco, cuentan con su propio valor estimado y establecen una relación bilateral entre el poder adjudicador y el adjudicatario de aquel.*

*En consecuencia, al ser el valor estimado del contrato basado de suministro que nos ocupa inferior a 100.000 euros, este no es susceptible de recurso especial en materia de contratación”.*

Además de la literalidad del artículo, entender lo contrario supondría favorecer los contratos basados en Acuerdo Marco frente a los de servicios, suministros y de obras que se liciten al margen de Acuerdos Marcos sujetos al umbral, tal y como señala la Resolución 650/2019 de 13 de junio del TACRC.

Por todo lo anterior, en base al artículo 55.c) de la LCSP procede la inadmisión del recurso, dado que ningún contrato basado en el acuerdo marco excede de 100.000 euros.

Procede estimar esta alegación del órgano de contratación, inadmitiendo el recurso especial en materia de contratación.

No obstante, en el recurso se impugna la aplicación de una cláusula del acuerdo marco, cuyo importe excede del umbral para acceder al recurso especial en materia de contratación. Esta cláusula de desempate se aplica por remisión de la regulación de los contratos basados al acuerdo marco, proyectándose sobre todos los contratos a celebrar durante su vigencia, cuyo importe excede el umbral que da acceso al recurso especial en materia de contratación, siendo 5.194.307,28 euros el importe a repartir entre los tres adjudicatarios del lote. En tal supuesto, quedaría al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad del recurso especial en materia de contratación, impidiéndolo siempre que no haga un pedido por encima de la cuantía del mismo a ningún licitador, siempre que el umbral se fijara por la cuantía del contrato basado. Lo que se impugna es la aplicación de los criterios de desempate del acuerdo marco, que se proyecta sobre todos los contratos basados, cuyo importe total es muy superior al umbral de los 100.000 euros. Es por esta razón que se entiende procedente pronunciarse con carácter cautelar sobre la cuestión, habida cuenta puede haber múltiples aplicaciones de los criterios de desempate en un lote con un valor estimado superior a los cinco millones de euros.

Afirma el recurrente en primer lugar que no procede la aplicación de la cláusula de desempate porque no hay empate. A este respecto refiere a la adjudicación del acuerdo marco, donde existen las puntuaciones consignadas en antecedentes, encontrándose en segundo lugar.

Esta alegación no sería admisible porque el empate se produce en los contratos basados en el acuerdo marco, no en este mismo.

Según el órgano de contratación en los contratos basados en el acuerdo marco, la recurrente resultó adjudicataria de contratos basados por un valor estimado total de 61.290 euros y la adjudicataria recurrida de 24 contratos basados por valor estimado de 59.383,50 euros.

De aplicarse su argumentación y siendo el segundo en el acuerdo marco, no obtendría contrato basado alguno.

No se estimaría válida la alegación y con ello la letra a) de su suplico (antecedente sexto).

El segundo motivo aduce que no se le ha informado de su puntuación y la de los otros licitadores obtenidos en los criterios de desempate, que no se encuentra publicada.

Contesta el órgano de contratación que la información y documentación aportada por las empresas para acreditar la condición de discapacidad de sus trabajadores en plantilla o personal en situación de exclusión social, datos sobre género, etc. que sirve de base al órgano de contratación para la adjudicación de los contratos basados se considera información sensible que debe ser tratada de manera confidencial por contener datos de carácter personal que deben ser objeto de especial protección y que, bajo ningún concepto, deben ser objeto de publicidad a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

También que la tramitación de cada contrato basado se realiza en expediente independiente, donde constan su objeto, los criterios de adjudicación, las puntuaciones, la aplicación o no de los criterios de desempate, las propuestas y conformidades de los adjudicatarios. Se remiten copias de ellos, donde se comprueba figuran todos estos extremos.

Según afirma el órgano de contratación todas las resoluciones de adjudicación de contratos basados, así como todos los informes de valoración de ofertas que sirven de base para que el órgano de contratación adjudique los mismos son públicos, en el sentido de que no sólo se notifican a los adjudicatarios de los contratos basados, sino que además se publican en Plataforma de Contratación del Sector Público. Esto implica que cualquier tercero, incluso sin ser parte en el acuerdo marco, tiene acceso y puede visualizar y descargarse los informes de valoración de ofertas y las resoluciones de adjudicación de todos los contratos basados, que contienen los criterios de adjudicación y, en su caso, los criterios



sociales de desempate y la puntuación otorgada por el órgano de contratación en cada contrato basado.

Acompaña a su recurso el interesado la notificación de la adjudicación de la partida de 572 euros, que impugna. Comprueba este Tribunal que clicando en los enlaces que incorpora la notificación de la adjudicación del pedido, da acceso tanto al informe de adjudicación como al informe sobre los criterios de adjudicación, incluyendo la puntuación de los criterios de desempate.

Procedería desestimar esta alegación, porque efectivamente se publican los criterios de desempate aplicados en cada pedido del lote, motivando así la adjudicación de los criterios de desempate conforme al artículo 151 de la LCSP, y posibilitando que cada licitador tenga conocimiento de las razones de la adjudicación a su favor o a favor de otros, para eventualmente impugnarlos.

Solicita el recurrente se puntúe en los criterios de desempate a Saniprotect, S.L. reconociendo que su plantilla está compuesta al 100% por personas procedentes de una situación de exclusión social en el momento de firmar el contrato de trabajo y al 100% también con contrato indefinido

No obstante la confidencialidad, el órgano de contratación anexa la declaración del recurrente por la que solicita se le otorgue la máxima puntuación posible alegando que el 100% de sus trabajadores está en situación de exclusión social.

Según comprueba este Tribunal no aporta ninguna documentación acreditativa de tal condición conforme al requerimiento realizado, que rezaba: *“deberán aportar declaración responsable suscrita por el representante legal de la empresa en la que se especifiquen los porcentajes y/o cifras que justifiquen el criterio social anterior en relación con el número de trabajadores que conforman la plantilla, junto con los contratos de trabajo y/o documentos de cotización a la Seguridad Social, Informe de Trabajadores en Alta en un Código de Cuenta de*

*Cotización (ITA) en el que constan los códigos de cuenta de cotización y las claves de los tipos de contrato, así como cualquier otra documentación admisible en Derecho que acredite el citado criterio”.*

Lo que aporta según su propia respuesta es *“declaración responsable sobre la situación laboral de XXX previa a la constitución de Saniprotect, SL así como su declaración de IRPF del ejercicio fiscal 2020 y otros documentos adjuntos referenciados en el cuerpo de la citada declaración”.*

Es documentación acreditativa de la situación personal del recurrente en 2019, previa a la constitución de la sociedad licitadora, documentación privada de una entidad bancaria, situación que cambia tras la constitución de la sociedad en junio de 2020, de la que es propietario al 50% (el otro es su cónyuge con el que se encuentra casado en separación de bienes), administrador único y único trabajador autónomo, y que ya en 2021 factura más de 800.000 euros, no encontrándose por ello en situación de exclusión social cuando licita.

Es documentación personal que no atañe además a trabajador alguno de la empresa licitadora, que se constituye posteriormente a la situación que relata esa documentación.

Saniprotect no aporta ninguna documentación acreditativa de que el recurrente, D. XXX, tenga reconocida la condición de situación de exclusión social por motivos económicos en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, esto es, 21 de abril de 2021, ni por supuesto que el recurrente haya sido contratado por Saniprotect precisamente en consideración a dicha situación.

Tampoco aporta documentación acreditativa de la contratación indefinida de trabajador alguno. Según manifiesta no tiene trabajadores, y por esa razón no está inscrita como empresa en la seguridad social. Su propietario, y administrador único, está dado de alta en autónomos y es el único trabajador.

Procedería la desestimación de este motivo del recurso y con ello de la letra b) de su suplico (antecedente sexto) por el cual reclama la máxima puntuación en los criterios de desempate, reconociendo que su plantilla está compuesta al 100% por personas procedentes de una situación de exclusión social en el momento de firmar el contrato de trabajo y al 100% también con contrato indefinido. No existe situación de exclusión social acreditada por los medios legales de trabajador alguno de la empresa posterior a la constitución de la misma, no teniendo además contratados trabajadores por cuenta ajena según su propia declaración.

Procedería la desestimación de su pretensión se anulen las adjudicaciones a favor de otras empresas realizadas por los criterios de desempate, basada en la adjudicación a su favor por la aplicación de los mismos criterios, que se ha desestimado, y no impugnándose la aplicación a los mismos de esos criterios de desempate.

**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.-** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Saniprotect, S.L. contra la aplicación de los criterios de desempate de la adjudicación de varios contratos basados en el Lote 6 “Mascarillas de Protección FFP2 y FFP3” del acuerdo marco de “Suministro de Equipos de Protección Individual y Equipos Sanitarios (9 Lotes) del Ayuntamiento de Madrid”, con número de expediente 300/2020/00733.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero-** 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.