



Recurso nº 444/2016

Resolución nº 494/2016

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de junio de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. A. D. B., en nombre y representación de COMPUTER AIDED ELEARNING, S.A., contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento de 11 de mayo de 2016, por la que se acordó su exclusión de la licitación del contrato de servicios “Curso de inglés online para el personal del Ministerio de Fomento” (Expdte 011622OE0076), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.** Por el órgano de contratación se convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de abril de 2016, y en el Boletín Oficial del Estado el 14 de abril de 2016, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios de curso de inglés online para el personal del Ministerio de Fomento, con un valor estimado de 247.500,00 euros.

**Segundo.** El procedimiento de licitación se tramitó conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

**Tercero.** Efectuados los trámites previos, con fecha 11 de mayo de 2016 la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento, una vez estudiado el informe realizado por los técnicos de las proposiciones no evaluables mediante fórmulas (Sobre nº 2) en el que se asigna a COMPUTER AIDED ELEARNING, SA una puntuación de 25 puntos, acuerda su

exclusión “*por incluir en sus ofertas no evaluables mediante fórmulas (Sobre nº 2) información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas (Sobre nº 3) incumpliendo por una parte, las Cláusulas 11, 13, 18 y 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, por otra parte, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Así mismo, la exclusión también se fundamenta en la vulneración de los artículos 145.2 y 150.2 del TRLCSP, sobre el secreto de proposiciones*”.

Dicha resolución, contra la que se interpone el presente recurso, fue notificada a la actora el 12 de mayo de 2016.

**Cuarto.** El 27 de mayo de 2016 tiene entrada en el Ministerio de Fomento escrito de COMPUTER AIDED ELEARNING, SA (CAE, en adelante) impugnando su exclusión de la licitación, escrito que fue recibido en el presente Tribunal el 30 de mayo de 2016.

**Quinto.** Con fecha de 30 de mayo de 2016 el órgano de contratación emitió informe interesando la desestimación del presente recurso.

Con fecha de 7 de junio de 2016 se dio traslado del recurso a las demás partes interesadas para que alegaran lo que a su derecho conviniera, sin que se haya evacuado el trámite.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

**Segundo.** La empresa COMPUTER AIDED ELEARNING está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, se

han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

**Tercero.** El objeto del recurso es la resolución de exclusión de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros susceptible por tanto de recurso especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

**Cuarto.** La resolución recurrida acordó la exclusión de COMPUTER AIDED ELEARNING, SA (en lo sucesivo CAE) *“por incluir en sus ofertas no evaluables mediante fórmulas (Sobre nº 2) información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas (Sobre nº 3)”*.

A la vista de esta redacción la recurrente concluye que ha sido excluida por indicar en el sobre 2 la periodicidad de las tutorías ofertadas. El órgano de contratación replica que no es aquel el motivo por el que ha sido excluida CAE sino por indicar en el sobre 2 la ratio de profesores por alumno.

A la luz de esta circunstancia concluye este Tribunal la existencia de un vicio de motivación. A nuestro juicio no basta con que la Junta de Contratación alegue de un modo genérico que el licitador ha incluido en el sobre 2 información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas sino que es preciso indicar exactamente qué información ha sido incluida indebidamente.

Así lo avala el criterio de este Tribunal quien, basándose en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene establecido que aunque no es precisa una motivación exhaustiva, sí que es imprescindible una suficiente identificación tanto de los hechos como de los fundamentos legales en que se basa la decisión de excluir a un licitador.

Así, en la Resolución 424/2016, de 3 de junio, dijimos: *“Constituye doctrina jurisprudencial reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, el que la motivación no precisa de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante para que los interesados tengan el debido conocimiento*

*de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes.*

*En el concreto ámbito de la contratación pública, como ha indicado este Tribunal de forma reiterada la motivación no precisa un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses; el parámetro con el que se ha de juzgar la suficiencia de la motivación es si el recurrente ha podido interponer fundadamente el recurso.*

*Pues bien, analizado el tenor literal de dicho acuerdo, podemos concluir que el mismo no contiene una expresión suficiente de las razones por las que no se ha admitido la oferta.*

*Este Tribunal considera, que, efectivamente, el acuerdo de exclusión no satisface, la exigencia de una mínima motivación, pues es claro que no basta con conocer que la recurrente no ha alcanzado la puntuación mínima exigida para poder interponer fundadamente el recurso, sin explicitar el concreto motivo o causa. Por otra parte, no debemos olvidar que la exclusión de una oferta es una medida extrema que requiere de una fundamentación suficiente.”*

En el presente caso es evidente que la resolución acordando la exclusión de CAE no identifica los motivos en que se basa con la suficiente precisión como para permitirle la impugnación con garantías de dicha decisión. Extremo que se evidencia en que CAE pensaba que se le estaba excluyendo por un motivo distinto del que fundó su exclusión. Error que es enteramente imputable al órgano de contratación, quien únicamente dijo que el ahora recurrente había incorporado en su sobre 2 datos que no debían incorporarse en dicho momento pero sin concretar en modo alguno cuáles eran aquellos datos que CAE indebidamente incluyó en el sobre 2.

A la vista de ello procedería retrotraer las actuaciones para que el órgano de contratación, a los efectos de que CAE pudiera interponer recurso debidamente fundado, motivara las concretas causas por las que la interesada ahora recurrente fue excluida del proceso de adjudicación, si bien en virtud de lo expuesto en el fundamento siguiente se

hace innecesario notificar debidamente motivada la exclusión de la empresa recurrente por la inclusión en el sobre 2 del ratio de tutores por alumno.

**Quinto.** Pasamos seguidamente a examinar el fondo de la cuestión, esto es, si es ajustada a Derecho la exclusión de CAE por incluir en el sobre 2 la ratio de profesores por alumno.

Resulta a nuestro juicio incuestionable que dicho dato no debía incluirse en el sobre 2 sino en el sobre 3. Así, la referencia tanto a la periodicidad de las tutorías como al ratio de tutores por alumno aparece en el epígrafe 13.2 del PCAP por lo que conforme al apartado III.2 del cuadro de características y de la cláusula 18 del PCAP se impone su inclusión el sobre 3 y no en el segundo sobre como hizo la recurrente.

Ahora bien, no cabe aplicar una medida tan extrema como la exclusión de un licitador de modo automático sino que procede analizar si la indebida inclusión de un dato en el sobre 2 es contraria a los artículos 145.2 y 150.2 del TRLCSP y al artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, como sostiene el órgano de contratación.

Esta misma cuestión fue ya analizada por este Tribunal en su Resolución 137/2014, de 21 de febrero, en un procedimiento en el que fueron partes las mismas entidades intervinientes en el presente. En aquel caso se dijo << *Así las cosas, es necesario determinar si la inclusión por la entidad recurrente de información sobre las tutorías en el sobre nº 2 referida a la ratio tutor/alumnos y a su periodicidad pueden afectar a la valoración de la documentación que compone este sobre, pues la información incluida en el sobre nº 3 es evaluable de forma automática y no está sujeta a juicios de valor.*

*En este sentido, como ya señalábamos en nuestra resolución 47/2012 de 3 de febrero, recursos 18 y 19/2012, el artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el de garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. En el mismo sentido, el artículo 139 de la citada Ley señala que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”.*

*El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).*

*A esta exigencia obedece que los artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.*

*En fin, son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150. 2 del TRLCSP disponga que “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y que el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, disponga, de un lado, en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y, de otro, el artículo 26 imponga que “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”.*

*De otra parte, la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre nº 2 resulta ratificada en el sobre nº 3, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador*

*ni, menos aun, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.*

*Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, ello haría que los técnicos, al realizar su valoración, dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP. Ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145.2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo.*

*En el presente supuesto, la entidad recurrente presenta en el sobre nº 2, concretamente en la descripción de su proyecto formativo (pg. 89 y 93), datos referidos a la ratio tutor/alumnos y a la periodicidad de las tutorías que por su naturaleza corresponden en exclusiva al sobre nº 3. Ahora bien, estos datos coinciden exactamente con el umbral mínimo que para la prestación del servicio establece el PPT-ratio máxima de 30 alumnos/docente y como mínimo una tutoría telefónica en inglés de al menos 30 minutos cada mes y medio-. Por consiguiente, su expresión en el sobre nº 2 no condiciona la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, ni rompe el principio de separación entre los criterios que dependen de juicio de valor y los criterios que dependen de fórmulas.*

*Cabe citar, a este respecto, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, en la que se indica que "Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2.*

*LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, 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.”*

*Estima este Tribunal, pues, que la presentación por la entidad recurrente de los datos indicados en el sobre nº 2 no infringe los artículos 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo y 145.2 y 150.2 del TRLCSP, sobre el secreto de las proposiciones, citados con anterioridad. Como consecuencia de ello, procede la estimación de este motivo del recurso. >>*

Procede reiterar aquel pronunciamiento, toda vez que en el presente caso la oferta de la de ratio de tutores vuelve a ser el mínimo exigido por el PPT: una ratio máxima de 30 alumnos/tutor (página 89 de la oferta y página 4 del PPT) por lo que, como sucediera en el precedente citado, no se aprecia que al incluirse dichos datos en el sobre 2 se condicionara la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, o se rompiera el principio de separación entre los criterios que dependen de juicio de valor y los criterios que dependen de fórmulas.

En consecuencia, procede anular el acto de exclusión, y el de adjudicación en caso de haberse dictado éste, y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de clasificación de las ofertas, al objeto de que se considere la oferta de la empresa COMPUTER AIDED ELEARNING, S.A., cuya valoración técnica ascendió a 25,0 puntos según consta en el informe de valoración técnica de 11 de mayo de 2016 (Documento nº 13 del expediente).

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. J. A. D. B., en nombre y representación de COMPUTER AIDED ELEARNING, S.A., contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento, de 11 de mayo de 2016, por la que se acordó su exclusión de la licitación del contrato de servicios “*Curso de inglés online para el personal del Ministerio de Fomento*” (Expdte 011622OE0076), al no ser ajustado a derecho el acto de exclusión de su oferta, y, en consecuencia, anular dicho acto, y el de adjudicación en caso de haberse dictado éste, y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de clasificación de las ofertas.

**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 47.5 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.