



Recursos nº 1156/2018, 1174/2018, 1178/2018, 1180/2018 y 1181/2018 (acumulados)
Resolución nº 1215/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 28 de diciembre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. F. J. M. M., en representación de KPMG AUDITORES, S.L (recurso número 1156/2018), D. L. R. B. en representación de ERNST&YOUNG, S.L. (recurso número 1174/2018), D. A. J. J. M., actuando en nombre y representación de OESIA NETWORKS, S.L. (recurso 1178/2018), D. J. M.G. B., en representación de HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P. (1180/2018) y D. C. C. G., en representación de UTE AGROCONSULTING INTERNACIONAL S.A. – BDO AUDITORES, S.L.P. (1181/2018), contra su respectiva “exclusión” del procedimiento “*Gestión de expedientes de seguimiento y reintegro de subvenciones otorgadas por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Expediente2018/CTR/0900891*”, convocado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 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), el Tribunal, de conformidad con la Ley en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 15 de septiembre de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio de licitación para la contratación del servicio Gestión de expedientes de seguimiento y reintegro de subvenciones otorgadas por la Agencia Española de



Cooperación Internacional para el Desarrollo, expediente 2018/CTR/0900891. El contrato se licita por procedimiento abierto y su valor estimado es 1.473.600,00 euros

Segundo.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, la mesa de contratación del citado expediente se reúne en fecha 10 de octubre de 2018 para la apertura del sobre 1 de documentación administrativa, admitiendo a licitación, entre otros, a las empresas recurrentes.

Tercero.- Con fecha 17 de octubre de 2018, la mesa de contratación se reúne para proceder a la apertura del sobre 2 de oferta técnica, haciendo constar en el acta de la reunión como resultado, entre otros, acordar la exclusión de las empresas recurrentes por haber incluido en el sobre 2 de Oferta Técnica datos relativos a criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas vulnerando así el carácter secreto de las proposiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 del LCSP. Dicho acuerdo, con un enlace al acta de la reunión de la Mesa, se publica el 23 de octubre en la plataforma de contratación del sector público.

En el acuerdo de la mesa se determina excluir a las empresas recurrentes, por “haber incluido en el sobre dos de documentación administrativa y técnica, datos relativos a criterios evaluables mediante fórmula matemática como son los relativos a la mejora en la experiencia del personal (ref. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el apartado 3.3.1.1.B), considerándose vulnerando así el carácter secreto de las proposiciones en cada fase de licitación, de conformidad con lo dispuestos en el artículo 139.2 de la LCSP”.

Cuatro. se presentaron recursos en las siguientes fechas del año 2018: 8 de noviembre recurso 1156, 13 de noviembre, recurso, 1174, 14 de noviembre recursos 1178, 1180 y 1181, por las respectivas empresa recurrentes, ante este Tribunal.

Quinto. Por parte de la Secretaria del Tribunal se solicitó al resto de licitadores sus alegaciones al respecto, no habiéndose presentada ninguna. Se han recibido informes del órgano de contratación sobre los recursos planteados.



Sexto. Con fecha 18 de noviembre, por parte de la secretaría del Tribunal, se acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los recursos interpuestos, presentan entre sí identidad sustancial de objeto y fundamento, de modo que existe entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, por lo que se acuerda su acumulación, al amparo tanto del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) como del artículo 13 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).

Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, y se formulan frente a actos de exclusión lo que constituyen, actos recurribles según el artículo 44 de la citada LCSP.

Segundo. Las empresas recurrentes están legitimadas para la interposición del recurso por haber participado en la licitación.

Tercero. Las empresas recurrentes han presentado los recursos en tiempo y forma.

Cuarto. Los recursos se fundamentan en idéntica motivación. Consideran las empresas recurrentes que no es cierto que, como se ha decidido por el órgano de contratación, tal y como se expuso en los antecedentes de hecho, hayan incluido en el sobre destinado a ir la oferta técnica sujeta a valoración subjetiva, datos relativos a la oferta económica.

A estos efectos, debe recordarse la doctrina de este Tribunal, por ejemplo, en la Resolución 848/2018 de 1 de octubre, que, aun referida al anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos, es perfectamente aplicable a este caso según la cual:



“Sexto. En cuanto a la posible anticipación de la oferta a incluir en el último sobre en el inmediatamente anterior, hemos dicho reiteradamente que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluable automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa.

Así, el artículo 1 del TRLCSP establece, entre sus fines, el 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). Asimismo, el artículo 145.1 y 2 del TRLCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. (...) Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)”. Establece el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, que “el órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere



el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”. Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del PCAP, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el PCAP, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres independientes la documentación a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP, de la que contiene la oferta.

Finalmente, el artículo 150.2 del TRLCSP, al regular los criterios de valoración de las ofertas, dispone que “los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...). 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. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

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. En efecto, la jurisprudencia ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas (STS de 20 de noviembre de 2009, SAN de 6 de noviembre de 2012), por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión, pues ha de acreditarse que tal actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. 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."

Es el artículo 139 LCSP el que se fundamenta en la actualidad esta doctrina, al disponer que:

"Proposiciones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. 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 (...) "-

Por su parte, en el pliego de condiciones administrativas de este contrato, consta –página 15 del pliego- que:



“La introducción en el sobre n.º 1 de documentos o información relacionados con la «oferta técnica», así como sobre la oferta económica y la introducción en el sobre nº 2 de documentos o información relacionada con los criterios evaluables mediante fórmula matemática, dará lugar a la exclusión automática del licitador, siempre que dicha información o documentación vulnere el carácter secreto de la proposición”.

Quinto. Trasladando esta doctrina a los casos planteados, se observa lo siguiente:

-en el mencionado pliego de las cláusulas particulares se prevé como parte de la oferta evaluable a través de fórmulas matemáticas (cláusula 3.3.1.1), en el apartado B, la mejora de la experiencia aportada, en los siguientes términos:

“Mejora en la experiencia aportada: 30 puntos.

- Por cada año adicional de experiencia en gestión de justificación de subvenciones del personal encargado del control de calidad de los informes: 5 puntos hasta un máximo de 10 puntos.

- Por cada año adicional de experiencia en gestión de justificación de subvenciones del personal encargado de la tarea número 3, de apoyo a la gestión del área: 5 puntos por año y persona, hasta un máximo de 20 puntos.

Esta experiencia deberá acreditarse para su valoración mediante certificado de realización de las tareas indicadas expedido por la Empresa para las que esas personas las hubieran desempeñado. De no ser posible esta forma, la empresa podrá justificarlo de otro modo que deberá ser evaluado para su eventual aceptación al hacer la valoración de la oferta y por la mesa de contratación. La presentación de ese certificado implica el compromiso de la empresa licitadora de aportar a esa persona en particular o a otra que reúna la misma experiencia acreditable del mismo modo en caso de resultar adjudicataria del contrato”.

-por su parte, en la regulación del contenido de la oferta técnica sujeta a valoración subjetiva, el pliego prevé lo siguiente:

“3.3.1.2 Criterios técnicos sometidos a juicio de valor (36 puntos)



Se presentará una memoria que describirá los aspectos que se indican a continuación, a cada uno de los cuales se asignará la puntuación máxima que se indica en cada caso:

La metodología a emplear en general y para la elaboración y entrega de los informes, y una planificación de las tareas: se valorará hasta 8 puntos.

La disponibilidad para mejorar el ritmo de entrega de los informes, y la forma de realizar el control de calidad y corrección de dichos informes: se valorará hasta 8 puntos.

Plan de trabajo para la realización de la tarea número 3: se valorará hasta 12 puntos.

Eventuales garantías de apoyo para seguridad jurídica en las propuestas de guía y modelos de informes y para seguimiento informático/ofimático de las tareas realizadas: se valorará hasta 8 puntos”.

Pues es bien, aunque la motivación de la resolución de exclusión es ciertamente escueta, puede deducirse de ella, que la razón común por la que las empresas recurrentes han sido excluidas de la licitación es por el hecho de haber incluido en la oferta técnica un elemento que no se precisaba, según acaba de exponerse, y es la experiencia de los diferentes responsables del contrato en el caso en que les fuera adjudicado. En efecto, a diferencia de la empresa adjudicataria que, según se deduce del expediente, anunciaba mejoras en la experiencia de los responsables, pero no identificaba su experiencia concreta ni sus curricula vitarum, en el caso de las empresas recurrentes, y mediante anexos a sus ofertas técnicas, se identifican perfectamente los miembros del equipo de responsables con una descripción clara de su experiencia. Así sucede en el anexo de la oferta técnica, documento número 13,b) del expediente, páginas 59 y siguientes, donde se expone los curricula de los responsables del contrato, respecto de la empresa OESIA; en lo que se refiere a la empresa ERNST&YOUNG, S.L en las páginas 69 y siguientes y, finalmente, en el documento número también 13 b) del expediente, anexo, respecto de la empresa KPMG. Este hecho acredita el incumplimiento del pliego y el fundamento de la causa de exclusión de las empresas, puesto que de los datos de los curricula puede deducirse su correspondiente influencia en la valoración objetiva, en la que, como también se ha expuesto, se considera como mejora valorable matemáticamente la cuantificación, a efectos de puntuación, del exceso sobre los mínimos establecidos como requisitos de



solvencia, de la experiencia adicional de los responsables del equipo, expuesta y desarrollada en sus currícula. No puede alegarse ambigüedad en el pliego de condiciones, puesto que ninguna licitadora planteó duda alguna. La especialización de estas empresas en el ámbito de la auditoría refuerza la diligencia que deberían haber acreditado en la comprensión del pliego.

El que el órgano de contratación hubiera dispuesto de estos datos hubiera podido condicionar la valoración global de la licitación al poder prever el resultado de una parte importante de la valoración económica y resulta contrario al artículo 139.2 LCSP.

En síntesis, las empresas excluidas deberían haberse abstenido de incluir los currícula de los responsables del contrato, al revelar datos que deberían ser tenidos en cuenta en la parte de la oferta valorable objetivamente. Por esta razón procede la desestimación de los recursos.

Sexto. En el caso de la empresa HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., procede también desestimar su solicitud de indemnización por los perjuicios ocasionados por el órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. F. J. M. M., en representación de KPMG AUDITORES, S.L (recurso número 1156/2018), D. L. R. B. en representación de ERNST&YOUNG, S.L. (recurso número 1174/2018), D. A. .J. J. M., actuando en nombre y representación de OESIA NETWORKS, S.L. (recurso 1178/2018), D. J. M.G. B., en representación de HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P. (1180/2018) y D. C. C. G., en representación de UTE AGROCONSULTING INTERNACIONAL S.A. – BDO AUDITORES, S.L.P. (1181/2018), contra su respectiva “exclusión” del procedimiento “*Gestión de expedientes de seguimiento y reintegro de subvenciones otorgadas por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el*



Desarrollo, Expediente 2018/CTR/0900891", convocado por la AECID, confirmando la resolución recurrida.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada.

Tercero. Constatar que no concurre mala fe ni temeridad en el recurso interpuesto, artículo 58.2 LCSP.

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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.