



Recurso nº 424/2019

Resolución nº 660/2019

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

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. B.J.A., en representación de KALAMAN CONSULTING, S.L., contra su exclusión de los lotes 1 y 2 del procedimiento "*Servicio de asesoría jurídica y apoyo en materia de contratación del Sector Público, para Activa Mutua 2008*" convocado por Activa Mutua 2008, M.A.T.E.P.S.S. nº 3, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 12 de septiembre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación y los pliegos de la licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, de la contratación del servicio asesoría jurídica en materia de contratación del sector público para Activa Mutua 2008, Mutua colaboradora con la seguridad social. El valor estimado del contrato es de 217.030 euros. Se licita en tres lotes.

Segundo. Tras la tramitación del procedimiento, el órgano de contratación, el 29 de noviembre de 2018, dictó acuerdo de clasificación de las ofertas de los tres lotes de la licitación, así como requerimiento de documentación, al amparo del artículo 150.2 LCSP, a las empresas mejor clasificadas, y en fecha 3 de diciembre se notifica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público a la licitadora CHAVERRI & LOITEGUI el requerimiento indicado.

Tercero. Las empresas requeridas presentan la documentación dentro del plazo concedido, y se procede a excluir de los lotes 1 y 2 a CHAVERRI & LOITEGUI, por haber participado como una Comunidad de Bienes que carecen de personalidad jurídica propia,



y, por tanto, carecen de capacidad para contratar con el sector público. Dicha exclusión fue recurrida y confirmada posteriormente por este Tribunal en la Resolución 171/2019, de 1 de marzo.

Cuarto. En fecha 20 de diciembre de 2018, el órgano de contratación, al amparo también del artículo 150.2 LCSP requirió, a la empresa recurrente, la justificación de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 LCSP, respecto de los lotes 1 y 2; la documentación fue presentada el 4 de enero de 2019.

Quinto. En fecha 7 de marzo de 2019, se acordó la exclusión de KALAMAN CONSULTING, S.L, lo que fue notificado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 20 de marzo; el acuerdo de exclusión se fundamenta en el *«cambio de su oferta técnica en la persona ofertada como perfil Senior, que había sido objeto de valoración sujeta a juicio de valor»*.

Sexto. Tras nuevos requerimientos a las siguientes empresas mejor clasificadas, en los lotes 1 y 2, se procedió a la adjudicación del lote 1 a la empresa IURA ADVOCATS, S.C.P. y el Lote 2 a la empresa ANDERSEN TAX & LEGAL IBERIA, S.L.P.

Séptimo. En fecha 8 de abril de 2019, se interpuso recurso por la empresa KALAMAN CONSULTING, S.L. La empresa recurrente solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión, se proceda a admitir al personal propuesto para la ejecución del contrato y se adjudiquen los lotes 1 y 2 de la licitación a su favor. Subsidiariamente se solicita que se proceda a declarar la nulidad del acuerdo de exclusión y se retrotraiga el procedimiento al momento de la apertura del sobre C y se le detraiga la puntuación que sea pertinente.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado para alegaciones al resto de los licitadores, habiéndolas presentado el 24 de abril la empresa que sigue en orden de puntuación a la empresa recurrente, ANDERSEN TAX & LEGAL IBERIA, S.L.P., oponiéndose a la estimación del recurso. En el mismo sentido se emitió el preceptivo informe por el órgano de contratación.



Noveno. Finalmente, por la Secretaria de este Tribunal se dictó, el 29 de abril de 2019, resolución, por delegación del Tribunal, en virtud de la cual se acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con los lotes 1 y 2, 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. La resolución de este recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con el artículo 45.1 de la LCSP, éste conocerá del recurso administrativo especial contra los actos previstos en el artículo 44 de la LCSP de la Administración General del Estado y otros poderes adjudicadores del Sector Público Estatal.

Segundo. El acuerdo de exclusión es susceptible de ser recurrido por vía del recurso especial en materia de contratación, toda vez que recae en el procedimiento para la contratación de un servicio cuyo valor estimado supera cien mil euros, de conformidad con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Tercero. Debe reconocerse legitimación a la recurrente, al amparo del artículo 48 de la LCSP, toda vez que la estimación del recurso permitiría a la recurrente continuar la tramitación del procedimiento de contratación, resultando adjudicataria.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 LCSP.

Quinto. La empresa recurrente admite que la persona llamada a desempeñar el puesto de perfil “*senior*” en el contrato no coincide con la presentada en su momento en la oferta. No ofrece explicaciones de la razón de esta modificación subjetiva, pero considera que la nueva jurista propuesta presenta unos méritos similares a quien sustituye. Alega falta de motivación del acuerdo de exclusión. El órgano de contratación, sin valorar los mayores o menores méritos de cada una de las personas propuestas, considera que se ha



producido una modificación de la oferta, razón fundamental por la que ha sido excluida la empresa recurrente. Alega la singularidad de este supuesto respecto de los precedentes citados en el recurso resueltos por este Tribunal, en concreto cita, por error, la Resolución 1217/2018, pero la correcta es la Resolución nº 1184/2018, del Recurso nº 1217, de 21 de diciembre, y las resoluciones que se citan en dicha Resolución (como la Resolución 749/2018, de 31 de julio). Subraya que, en este caso, el equipo de trabajo no era solo una condición de solvencia, sino un criterio de valoración, en los siguientes términos:

«de la simple observación de los CV de cada perfil quedan patentes las diferencias existentes entre ellos (...), quedando acreditados los motivos que llevaron al órgano técnico a valorar el CV del perfil S.A.M. con la máxima puntuación. Según ya se hizo constar en el acuerdo de exclusión de la hoy recurrente, el "Equipo de Trabajo" era un criterio de valoración sometido a juicio de valor, con una puntuación máxima de 20 puntos, según se establece en el apartado E) del Cuadro de Características del contrato (Anexo O del PCAP). El órgano técnico, en la valoración del "Equipo de trabajo" ponderó los 20 puntos máximos según el siguiente desglose: 10 puntos para "Abasto/experiencia/detalle del equipo de trabajo", 5 puntos para "Experiencia en Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social" y 5 puntos para "Equipo extra/experiencia/detalle", y así establecer una ponderación equitativa e igualitaria para todos los licitadores de cada lote. El órgano técnico, tras revisar el curriculum aportado en la oferta técnica como personas con perfil senior y perfil junior del equipo de trabajo adscrito a la ejecución de los lotes 1 y 2 del contrato, decidió otorgar la máxima puntuación para dicho apartado: 10 puntos", especialmente debido a la experiencia de la persona designada para el perfil senior y responsable del proyecto (con iniciales S.A.M.), el perfil con más relevancia para la ejecución del contrato. Por todo ello, queda patente que en ningún caso existe falta de motivación de la valoración de las ofertas, como se pretende alegar por la recurrente, y que, en cualquier caso, deberá recurrir y acreditar dicho extremo impugnando el correspondiente ACUERDO DE ADJUDICACIÓN de los lotes 1 y 2, pero en ningún caso puede tener cabida en el objeto del presente expediente de recurso contra el ACUERDO DE EXCLUSIÓN recurrido. En definitiva, se pretende por la recurrente en todo su escrito de recurso tergiversar el motivo de su exclusión de los Lotes 1 y 2 de la licitación, alegando que esta parte lo motivó en base a las diferencias entre ambos perfiles, y haciendo alusión a que ambos perfiles reúnen los requisitos



mínimos exigidos en los pliegos (hecho que nadie pone en duda), cuando queda patente, de la simple lectura del acuerdo de exclusión, que el motivo fundamental de su exclusión es por haber modificado su oferta, que fue objeto de valoración (adicional a los requisitos mínimos exigidos en los pliegos), Y que acarrea automáticamente un quebranto indiscutible de los principios inspiradores de la contratación del sector público, en especial los principios de no discriminación y de igualdad de trato que consagran los artículos 1 Y 132 de la LCSP». (...) «Por ello, esta parte entiende que desde el momento en que KALAMAN CONSULTING, SL, reconoce y no pone en duda que modificó su oferta, y que el objeto de modificación fue sometido a valoración de juicio de valor, este hecho debe acarrear necesariamente y justifica en su plenitud la exclusión de KALAMAN CONSULTING, SL, tanto por suponer una distorsión de los criterios que en su día fueron objeto de baremación como Por no permitir expresamente los Pliegos la variación de la plantilla, y porque ello conlleva necesariamente discriminación hacia el resto de licitadores cuyas ofertas fueron asimismo objeto de valoración, vulnerándose así los principios de no discriminación y de igualdad de trato que consagran los artículos 1 y 132 de la LCSP. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Resolución nº 614/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 7 de Julio de 2017».

La empresa adjudicataria, ANDERSON TAX & LEGAL IBERIA, S.L.P., coincide con los argumentos del órgano de contratación y alega, además, el precedente de la Resolución 1184/2018, del Rec. nº1217/2018, de 21 de diciembre. Sin embargo, como se expone en la continuación, dicha Resolución llega a una conclusión contraria a la expuesta por la empresa adjudicataria.

Sexto. Pues bien, expuestos los argumentos en conflicto, este Tribunal, en primer lugar, considera que debe despejarse la impugnación fundamentada en la falta de motivación del acuerdo impugnado, adoptado el 7 de marzo de 2019. La lectura del acuerdo de exclusión revela que esto no es así, puesto que el acuerdo está perfectamente motivado. La prueba es que no se ha producido indefensión alguna a la empresa recurrente para fundamentar su recurso.

Séptimo. En cuanto al fondo del asunto, es decir, en los términos expuestos, si el cambio de la persona con perfil senior supone una modificación de la oferta que debe producir la



exclusión de la empresa recurrente, este caso ha sido tratado por el Tribunal, en la citada Resolución 1217/2018, de 21 de diciembre, aunque en ella, no fue necesario pronunciarse sobre este extremo, si bien como *obiter dicta*, anticipa la decisión que procede adoptar en este caso. En efecto, existen resoluciones relacionadas con el incumplimiento de las condiciones de solvencia técnica requerida, o que se pronuncian sobre las consecuencias de un cambio de medios personales en la ejecución del contrato. Lo peculiar de este caso, es que, como alega el órgano de contratación, el “perfil” del equipo de trabajo ha valorado para otorgar puntuación a la oferta técnica de las empresas que han concurrido en la licitación.

Ahora bien, aunque el órgano de contratación alegue lo contrario, a esta conclusión, la constatación de la modificación de la oferta técnica, solo puede llegarse previo análisis del C.V. de las personas propuestas. En efecto, en un trámite tan avanzado en la licitación, como el previsto en el artículo 150.2 LCSP, es doctrina de este Tribunal, que la exclusión debe considerarse con carácter restrictivo, por las consecuencias asociadas (pérdida de la adjudicación y, en su caso, ejecución de la garantía provisional). En este caso, aunque se haya valorado el perfil de la persona inicialmente propuesta, lo cierto es que no se deduce del pliego que la ejecución del contrato solo pueda realizarse con una persona física determinada.

Siendo así, procede analizar si el cambio del “perfil senior”, supone realmente una modificación de la oferta, porque el C.V. de la nueva persona difiera sustancialmente del valorada por el órgano de contratación.

Y aunque el Tribunal ha respetado en doctrina reiterada que existe un ámbito de discrecionalidad técnica de la que disponen de los órganos de contratación para realizar valoraciones de las características técnicas cuyo conocimiento no está a su alcance, siempre que sean motivadas y no arbitrarias, no concurre esta salvedad en este caso. En efecto, el contrato tiene un contenido no solo jurídico, sino relativo a la gestión de contratos, aspecto este sobre el que el Tribunal dispone de un conocimiento directo.

Desde esta perspectiva, analizados los perfiles de las dos personas propuestas por la empresa, este Tribunal entiende que dichos perfiles son similares. Coinciden, por



ejemplo, el hecho de preparación de oposiciones jurídicas (letrados de Cortes Generales, Cuerpo superior de Administradores civiles –Ayuntamiento de Madrid-, respectivamente), y la experiencia profesional cualificada en el ámbito de contratación, como resulta de sus currículos. Esta similitud queda acreditada en la página 6 del escrito de recurso, donde se establece una comparación entre uno y otro perfil, como también consta de los documentos aportados con el escrito del recurso. En ambos casos se aprecia una experiencia similar en el asesoramiento de empresas en materia de contratación pública, así como de administraciones públicas (elaboración de pliegos, gestión de procedimientos contractuales, etc.), y un puesto similar en la organización de la entidad recurrente. A ello debe añadirse la asistencia también similar a cursos relacionados con la contratación pública.

En definitiva, y a juicio de este Tribunal, desde la perspectiva del carácter restringido de la apreciación de motivos de exclusión en esta fase, según doctrina asentada, no se ha producido una modificación de la oferta técnica puesto que las personas propuestas disponen de un C.V. semejante.

De lo contrario, las variaciones que inevitablemente pueden existir en el personal de las empresas licitadoras, serían en todo caso determinantes de la exclusión en esta fase procedimental, conclusión que no puede generalizarse y que este Tribunal considera no es aplicable a este caso.

Es cierto que la empresa recurrente parece dudar de esta conclusión, al plantear como pretensión subsidiaria una nueva valoración, detrayendo los puntos correspondientes, pero esta petición, además de ser inviable jurídicamente, como debería conocer dicha empresa, no puede prevalecer sobre el argumento principal de la similitud de los C.V. de las personas propuestas.

Como se expresó en la citada Resolución 1184/2018 (Rec. nº 1217), F.J. undécimo:

«Por último, el recurrente considera que, el hecho de haber modificado, aprovechando el trámite de subsanación, la identidad de una de las traductoras puestas a disposición de la ejecución del contrato, implica una variación de la oferta.



Ciertamente, el PCAP incluía como criterio de adjudicación “La formación jurídica de los profesionales adscritos al contrato con carácter permanente”, la cual se acreditaba “Mediante la inclusión en el sobre número 3 de las titulaciones oficiales acreditativas de la formación jurídica de los profesionales (traducidas al castellano en su caso)”.

Dicho criterio de adjudicación implica que se considerara como mejor oferta el hecho de que el personal adscrito a la ejecución del contrato dispusiese de una determinada formación jurídica (no exigible como requisito mínimo, pues en tal caso no sería admisible como criterio de adjudicación), por lo que podría considerarse una variación de la oferta si el licitador que ha ofertado un personal con dicha formación, en una fase posterior de la adjudicación del contrato (como la del art.150.2) variase las características de los medios personales ofertados. De igual modo, si durante la ejecución del contrato efectuase dicha variación, no se trataría de una variación de la oferta sino un incumplimiento del contrato, pues el contratista se obliga a ejecutarlo con arreglo a la oferta realizada.

Sin embargo, analizada la oferta realizada por STUDIO MORETTO podemos apreciar como en dicho apartado obtuvo 0 puntos, por lo que no puede considerarse que se haya producido una variación de la oferta, lo que hace innecesario analizar si el personal propuesto para la ejecución del contrato por el licitador efectivamente dispone de las mismas titulaciones jurídicas que fueron objeto de oferta.

Debe recordarse, además, respecto al carácter inmutable del equipo personal puesto a disposición de la ejecución del contrato, que el propio PCAP no obligaba a “que se indiquen los nombres y apellidos”, aunque habilitaba al órgano de contratación a exigirlo (cláusula 15.5.2) y que el propio PPT permitía modificar durante la ejecución dichas personas, siempre que mantuvieran los requisitos de titulación y experiencia.

Es decir, el compromiso de adscripción de medios personales exigido por los Pliegos no se refiere a personas con una identidad determinada, sino con unos requisitos de titulación y experiencia, por lo que resulta evidente que el cambio de identidad, conservando los requisitos de titulación y experiencia ofertados (o los mínimos exigidos por el PPT), no puede reputarse una variación de la oferta.



De hecho, este Tribunal ya se ha pronunciado de forma análoga en ocasiones anteriores, como en nuestra Resolución 749/2018, de 31 de julio en la que afirmamos “El compromiso de adscribir unos concretos medios personales o materiales debe efectuarse antes de la propuesta de adjudicación, y debe exigirse con la documentación administrativa, incluso cabe exigir enunciarlos antes de dicha propuesta. Ahora bien, ese compromiso lo es para la ejecución del contrato y puede llegar a configurarse como obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato, pero siempre es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir, se cumple con lo adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles. Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir dos ingenieros industriales con una experiencia x en los cinco últimos años, y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impide que si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda este sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos. Lo mismo cabe decir de la cosa materiales fungibles, cual es un camión de x características. Pues bien, si en el PCAP se hubiese exigido el compromiso de adscripción y la concreción de las características de los recursos comprometidos sin identificarlos nominativamente, y estos datos fuesen defectuosos, nada hubiera impedido que se requiriese la subsanación».

En consecuencia de todo lo anterior, este Tribunal debe estimar el recurso interpuesto y anular el acto impugnado de exclusión de la recurrente, de modo que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al acto de exclusión y se continúe el procedimiento por sus trámites con la recurrente propuesta como adjudicataria.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. B.J.A., en representación de KALAMAN CONSULTING, S.L., contra su exclusión de los lotes 1 y 2 del procedimiento “Servicio de asesoría jurídica y apoyo en materia de contratación del



Sector Público, para Activa Mutua 2008" convocado por Activa Mutua 2008, M.A.T.E.P.S.S. nº 3, acto que se anula, de modo que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al acto de exclusión y se continúe el procedimiento por sus trámites con la recurrente propuesta como adjudicataria.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP

Tercero. 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.

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 los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.