



Recurso nº 1116/2021

Resolución nº 1417/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.B., en nombre y representación de COGNODATA CONSULTING, S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por el Instituto de Crédito Oficial para contratar el *“Servicio de puesta en marcha de una solución de gestión comercial de clientes/CRM del Instituto de Crédito Oficial, Entidad Pública Empresarial”*, expediente ICO-15-2021, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de abril de 2021 se envió para su publicación en el Diario de la Unión Europea (DOUE), y con fecha 30 de abril de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) el anuncio de licitación y los pliegos del expediente ICO-15-2021 denominado *“Contratación de servicio de puesta en marcha de una solución de gestión comercial de clientes/CRM del Instituto de Crédito Oficial”* aprobado por la Comisión de Contratación del Instituto de Crédito Oficial (en adelante, ICO).

Segundo. La presentación de ofertas era exclusivamente por medios electrónicos a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. El plazo de presentación de las mismas finalizaba el 31 de mayo de 2021, a las 14:00 horas.

Tercero. A la licitación convocada se presentaron catorce ofertas, entre ellas la correspondiente a la recurrente, COGNODATA, S.L. En el Acta nº 3 de la Mesa de Contratación celebrada el 28 de junio de 2021, se acuerda excluir a la citada empresa, por haber incluido información relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas en sobre



distinto al indicado en aplicación de lo dispuesto en el punto 11.2.3 del Pliego de Condiciones Generales.

El acuerdo de exclusión se notifica con fecha 28 de junio de 2021 a través de la PLACSP.

Cuarto. Con fecha 15 de julio de 2021 D. F.M.B., en nombre y representación de COGNODATA CONSULTING, S.L., interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. El órgano de contratación ha remitido al Tribunal el expediente de contratación e informe de alegaciones, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 26 de julio de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 5 de agosto de 2021 acordando adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es el competente para conocer el mismo a tenor del artículo 45 de la vigente LCSP y 22.1.1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).



Segundo. Se recurre el acuerdo de exclusión del procedimiento “*Contratación de servicio de puesta en marcha de una solución de gestión comercial de clientes/CRM del Instituto de Crédito Oficial*”, de la licitación convocada por el ICO, cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 €, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 44.2 b) de la LCSP.

Tercero. La empresa recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso al amparo del artículo 48 de la LCSP, al haber sido excluida de la misma.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir, de acuerdo con el artículo 50.1 c) de la LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo de la cuestión, corresponde analizar si el acuerdo de exclusión que constituye el objeto del presente recurso, es conforme a Derecho, y, en definitiva, verificar, si efectivamente, tal y como entiende el órgano de contratación, COGNODATA, S.L., ha incluido en el sobre B de su propuesta, esto es, proposición relativa a criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, criterios cuantificables mediante fórmulas.

En concreto, el licitador incluye en la página 11 de su propuesta (documento 15 del Expediente de contratación remitido) la siguiente información:

“La implantación de la herramienta se hará en 10 semanas, siguiendo el siguiente calendario”.

La incorporación en el sobre B del cronograma indicado, que refleja el plazo de implementación de la herramienta, implica, y así lo entiende el órgano de contratación en su informe:

“(…) que se pueda obtener el plazo de reducción de puesta en marcha, plazo que se solicitaba y valoraba en el sobre C”.

Por el contrario, la recurrente, entiende que la incorporación de esta información en el sobre B, se justifica en el objetivo de evitar descripciones generalistas, tal y como refleja el Pliego



de Condiciones Generales en su punto 13.2; esta información, relativa al Plan de proyecto, implantación y mantenimiento de la solución, exige incluir no sólo la metodología, calidad y coherencia, sino también el detalle de las tareas, cómo se organizan en el tiempo, su cronograma, responsables, hitos y esfuerzos necesarios; de esa manera especifican el plan del proyecto, se detalla su duración y cada fase y sub-fase, de manera que se evitan generalidades tal como exige el órgano de contratación. Entiende que la redacción del Anuncio y el Pliego de Condiciones Generales, han resultado imprecisas y contradictorias en cuanto a los requisitos y forma de justificarlos tanto en el sobre B y C, ya que se solicita un plan del proyecto en el sobre B, se requiere el número de semanas en que se reduce el proyecto en el sobre C, y se exige a los licitadores que los criterios del sobre C no estén en el sobre B.

Sexto. Para determinar si la decisión de la mesa de excluir al licitador fue o no conforme a derecho, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP:

“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”.

Al haber incluido la licitadora en el sobre B información relativa a criterios cuya valoración se realizarán mediante fórmula, su admisión podría incurrir en una infracción del artículo 139 de la LCSP antes referido en un doble sentido: en primer lugar, por no respetar la forma de presentación de las proposiciones que exige el Pliego en el punto 11.2.3. y en segundo lugar anticipar información a la mesa de contratación y vulnerar el principio del secreto de las proposiciones hasta su apertura.

No obstante, esta afirmación debe ponderarse de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que se mantiene que la exclusión automática del licitador que yerra en la inclusión de documentos en los sobres o archivos requeridos, se ha considerado en algunas ocasiones



contraria al principio antiformalista que rige la contratación administrativa y merecedora de la oportuna subsanación, por lo que esto nos lleva a analizar las circunstancias del caso concreto.

En la Resolución nº 62/2013 y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que el entonces vigente TRLCSP pretendía al disponer en el artículo 150.2 in fine (criterios de valoración de las ofertas) 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 (...) no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas.

La pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siembre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza”.

Este razonamiento del legislador, queda completado con lo que dispone en el vigente artículo 146.2 de la LCSP que establece:

“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”.

Se advertía en nuestra Resolución nº 191/2011 que:



“(...) la norma cuando se refiere a “documentación” no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después de forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores”.

No obstante, tal y como adelantábamos anteriormente, la exclusión del licitador por la inclusión indebida en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal (Resolución nº 233/2011).

En efecto, los Tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta de un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual o se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.



Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013 de 11 de julio, y así lo recogíamos, entre otras, en nuestra Resolución nº 574/2019 de 23 de mayo, del siguiente modo:

“Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: la 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 incluyan 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”.

Como concluye la Resolución nº 784/2018, solo en aquellos casos en los que sea patente que los datos revelados no tienen influencia en el secreto debido de las proposiciones y la objetividad de los órganos de contratación, no afectando la igualdad entre licitadores, será procedente admitir las proposiciones; de ahí la casuística existente en este tipo de supuestos.

Séptimo. En el presente caso, como indicábamos, COGNODATA, S.L., ha sido excluido de la licitación por haber incluido en el sobre B de su propuesta, esto es, proposición relativa a criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, criterios cuantificables mediante fórmulas, ya que al incorporar el cronograma general del proyecto que refleja el plazo de implementación de la herramienta, ha supuesto, y así lo ha entendido el órgano de contratación en su informe:



“(…) que se pueda obtener el plazo de reducción de puesta en marcha, plazo que se solicitaba y valoraba en el sobre C”.

Efectivamente, de la lectura del punto 2.1 de su oferta (Documento 15 del Expediente de contratación), se extrae que el plazo de implantación de la herramienta será de 10 semanas, que permite llegar al referido plazo de reducción de implantación del proyecto, que se exige en el sobre C, poniéndolo en relación con el plazo máximo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, fijado en 4 meses en el punto 3.2.1 (Documento 8 del Expediente de Contratación).

De acuerdo con lo que dispone el punto 13.2.A.2 del Pliego de Condiciones Generales que describe los conceptos incluidos en la valoración mediante juicios de valor, en lo que se refiere al *“Plan de proyecto, implantación y mantenimiento de la solución”*:

“Se valorará la metodología de trabajo, la calidad y la coherencia de la propuesta a utilizar para la prestación de los servicios objeto de la contratación a la que se refiere el presente documento, de forma que se asegure la correcta implementación de los desarrollos necesarios para la implantación de la herramienta, así como el seguimiento de la puesta en marcha, todo ello adaptado a los requisitos técnicos y funcionales del proyecto. No se valorarán descripciones generalistas de metodologías, sino exclusivamente su aplicación específica a los servicios solicitados”.

En los conceptos incluidos en la valoración mediante fórmulas, que se incluirán en el sobre C, el punto 13.2.B.4, se refiere a la *“Reducción en el plazo de puesta en marcha”*, evaluando este apartado hasta un máximo de 5 puntos, otorgando un máximo de 5 puntos si el licitador reduce tres semanas de ejecución en la implantación, siendo este plazo el umbral de saciedad.

Llegados a este punto y como cuestión previa, es necesario que nos detengamos sobre la posible contradicción entre ambos puntos, la cual se alega por la recurrente y, en consecuencia, el posible riesgo de incluir en la información del sobre B relativa a la planificación o implementación del proyecto, información que ha de integrar el sobre C, relativa a la reducción del plazo de entrega.



El órgano de contratación, a resultas de una consulta que se resolvió en la PLACSP con fecha 20 de mayo de 2021, especificó (refiriéndose a la información del sobre B) que:

“(...) el licitador podrá incluir su planificación en porcentaje respecto de su duración total estimada, teniendo en cuenta de no incluir ningún criterio cuantificable en la misma”.

Examinada la redacción de ambos puntos del Pliego, punto 13.2.A.2 y 13.2.B.4, se debe coincidir con el órgano de contratación en que no se produce la contradicción en la redacción del Pliego, ya que perfectamente se puede abordar el contenido del sobre B, en lo que se refiere al plan de proyecto, implantación y mantenimiento de la solución, sin mencionar expresamente una planificación en semanas, sino una programación en valores porcentuales, que permitan al órgano de contratación conocer y examinar esta información, que ha de estar basada exclusivamente en criterios de juicio de valor, sin ponderar ningún elemento cuantificable, que tendrá que ser tenido en cuenta en otro momento del procedimiento de contratación.

A mayores, el órgano de contratación dio esta solución en la PLACSP, circunstancia que impide alegar desconocimiento, ignorancia o error por ninguno de los licitadores en relación a la forma de presentar la documentación solicitada en lo que se refiere a este punto.

Octavo. Finalmente, y partiendo de la inexistencia de contradicción en el Pliego, por los motivos antes expuestos, resta examinar, si la exclusión de COGNODATA, S.L., ha resultado excesivamente formalista y contraria al principio de concurrencia, o por el contrario ha podido vulnerar el artículo 139.1 de la LCSP, y con ello, la importancia del secreto de las comunicaciones 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 el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto.

Sin perjuicio de lo anterior, y siendo respetuosos con la ponderación de todas las circunstancias que concurren en presente supuesto, debemos también tener en cuenta, si efectivamente la incorporación de datos en un sobre diferente al que corresponde, puede

calificarse de error vencible o mero “*lapsus*”, o, por el contrario, no puede acogerse a dicha definición.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, y en particular advertida la aclaración realizada por el órgano de contratación con fecha 20 de mayo en relación a la forma de rellenar el sobre B, indicando, que no se podrá incluir ninguna información cuantificable y orientando a los licitadores en aquella tarea, al sugerir la inclusión de porcentajes, debemos confirmar la adecuación de la exclusión de la recurrente al entender que dicha exclusión no ha producido de manera absolutamente automática, sino que, efectivamente, se ha basado en una adecuada ponderación de todos los elementos de este expediente; llegar a otra conclusión implicaría no solo desconocer el contenido y obligación resultante del artículo 139.1 de la LCSP, sino también vulnerar el principio de igualdad de trato a todos los licitadores, que sí han respetado la forma de presentar sus respectivas ofertas, y muy especialmente ha lesionado la objetividad del órgano de contratación de las ofertas y el conocimiento sucesivo de información, ya que no podemos calificar de “*intrascendente*” la información anticipada por COGNODATA, S.L., al revelar, en un momento inadecuado, el plazo de reducción de implantación del proyecto, y condicionar de ese modo, el criterio del órgano de contratación en un momento del expediente en el sólo debe estar guiado por un juicio de valor en el que sólo podrá ser asistido por los informes técnicos que considere oportunos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. D. F.M.B., en nombre y representación de COGNODATA CONSULTING, S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por el Instituto de Crédito Oficial para contratar el “*Servicio de puesta en marcha de una solución de gestión comercial de clientes/CRM del Instituto de Crédito Oficial, Entidad Pública Empresarial*”, expediente ICO-15-2021.

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 multa 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.