



Recurso nº 001/2014

Resolución nº 137/2014

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2014.

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 18 de diciembre de 2013, 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” (JC 789), el Tribunal 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 Estado el 11 de noviembre de 2013, y en el Boletín Oficial del Estado el 21 de noviembre de 2013, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios “Curso de inglés online para el personal del Ministerio de Fomento”, con un valor estimado de 270.000,00 euros.

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.

Segundo. Efectuados los trámites previos, con fecha 18 de diciembre de 2013 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), acuerda asignar a COMPUTER AIDED ELEARNING, S.A., una puntuación de 34,0 puntos. A continuación, en el mismo acto, se procede a la apertura de las ofertas evaluables mediante fórmulas (sobre nº 3), ascendiendo la oferta de la ahora recurrente a 72.000,00 €

En este acto, la Junta de Contratación acuerda la exclusión de la entidad recurrente. La resolución fue notificada el 20 de diciembre de 2013.

Se fundamenta su exclusión en lo siguiente:

- a) El incumplimiento por parte de la entidad recurrente de las cláusulas 13 y 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que establecen, respectivamente, la obligación de indicar la periodicidad de las tutorías y de hacerlo en el formulario previsto en el Anexo 4 del PCAP que se deberá incluir en el sobre nº 3.
- b) El incumplimiento por parte de la entidad recurrente de la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, al incluir en el sobre nº 2 información relativa a las tutorías ofertadas que tenía que haberse incluido en el sobre nº 3. Asimismo, la exclusión se fundamenta en la vulneración de los artículos 145.2 y 150.2 del TRLCSP sobre secreto de las proposiciones.

Tercero. Con fecha 30 de diciembre de 2013, la entidad recurrente presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 2013, por la que se acordó su exclusión de la licitación. En él solicita que se rectifique la resolución por la que se acordó su exclusión de la licitación.

Con fecha 23 de diciembre de 2013, presentó anuncio previo en el Registro del órgano de contratación.

Cuarto. Con fecha 23 de enero de 2014 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores en fecha 21 de enero de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones.

Con fecha 24 de enero de 2014 se ha recibido en este Tribunal el escrito de alegaciones presentado por ENGLISH WORLDWIDE, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se dirige a este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La empresa COMPUTER AIDED EARNING 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 adjudicación de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Sobre el fondo, la entidad recurrente efectúa los siguientes reproches:

a) Los pliegos no posibilitan la presentación en el sobre 3 de una oferta de tutorías que especifique la periodicidad de éstas cuando la intención del licitador es ajustarse al mínimo establecido al respecto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

b) La información sobre las tutorías incluida por la recurrente en el sobre número 2 no tiene incidencia en la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

Quinto. Sobre el primero de los reproches mencionados- los pliegos no posibilitan la presentación en el sobre 3 de una oferta de tutorías que especifique la periodicidad de éstas cuando la intención del licitador es ajustarse al mínimo establecido en el PPT-, la entidad recurrente señala, en síntesis, lo siguiente:

No ha sido posible presentar en el sobre 3 una oferta de tutorías que especifique la periodicidad de éstas pues las tutorías ofertadas deben presentarse con arreglo al modelo

previsto en el Anexo 4 del PCAP, y éste no permite, como era intención de la entidad recurrente, ofertar la periodicidad mínima establecida en el PPT, es decir, una tutoría de 30 minutos cada mes y medio. Sin embargo, ese dato sí fue expresado en su proyecto formativo presentado en el sobre número 2.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, analiza las alegaciones de la recurrente concluyendo lo siguiente:

La entidad recurrente, en contra de lo establecido en el PCAP, no incluyó en el sobre 3 una descripción de la periodicidad de las tutorías ofertadas. Asimismo, si no estaba de acuerdo con la cláusula 13 del PCAP, o tenía dudas sobre su interpretación, debió, alternativamente, recurrir el pliego, consultar al órgano de contratación, o incluir en el sobre 3 un escrito independiente en el que expresase que su intención en lo referente a la periodicidad de las tutorías era ofrecer el umbral mínimo previsto en el PPT.

La entidad ENGLISH WORLDWIDE, S.L., en su escrito de alegaciones, se adhiere en todos sus puntos al informe realizado por el órgano de contratación.

En el presente supuesto, la cláusula 13 del PCAP, referida a los criterios evaluables mediante fórmulas, establece en su apartado 2 la asignación de un máximo de 10 puntos a las tutorías ofertadas por los licitadores a razón de un máximo de 5 puntos en función de la periodicidad de las tutorías y un máximo de 5 puntos en función de la ratio de tutores por alumno.

Por su parte, el último párrafo de la cláusula 13.2 del PCAP establece lo siguiente: *“No podrán resultar adjudicatarias y serán, por tanto, excluidas las empresas que no presenten descripción de la periodicidad de las tutorías y del ratio de tutores por alumno, o si la presentada no se ajusta a lo recogido como mínimo en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

La cláusula 20 del PCAP señala que *“la proposición económica se formulará tomando como referencia el precio base de licitación y se ajustará estrictamente a los modelos que figuran como anexos 3 y 4 del presente pliego...La infracción de estas normas dará lugar a no admitir a la licitación a ninguna de las propuestas por él suscritas”*.

El Anexo 4 del PCAP establece un modelo de propuesta de tutorías para el servicio en el que no se prevé la posibilidad de ofertar las tutorías que como mínimo establece el PPT. En este sentido, el PPT, en el apartado referido a Tutorías, establece que *“se realizará por el profesor una tutoría telefónica en idioma inglés de al menos 30 minutos de duración, previa cita acordada con el alumno, como mínimo cada mes y medio”*.

Este Tribunal ha manifestado en resoluciones anteriores, entre ellas, la nº 49/2011, que los contratos públicos son, ante todo, contratos y las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.

En este sentido, es menester recordar que, como ha señalado la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo *«pacta sunt servanda»* con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o Sentencia de 13 mayo de 1982).

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (*si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

Asimismo, como hemos señalado en otras resoluciones (valga de referencia la nº 147/2011), al examinar si las cláusulas del pliego adolecen de ambigüedad y, por tanto, pueden ser objeto de interpretaciones distintas, hay que partir de *“que los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla junto con aquellas otras que estén relacionadas con la misma”*.

Por otro lado, este Tribunal, en resoluciones anteriores (por todas, la Resolución 49/2011, de 24 de febrero), también ha señalado que cuando los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado.

En el supuesto que venimos examinando observamos cierta ambigüedad en las cláusulas de los pliegos a las que se ha venido haciendo referencia, concretamente, en la 13.2 y en la 20 del PCAP. En efecto, la cláusula 13.2 señala que quedarán excluidas las empresas que no presenten descripción de la periodicidad de las tutorías y del ratio de tutores por alumno; la cláusula 20 del PCAP indica que la proposición económica se ajustará estrictamente a los modelos que figuran como anexos 3 y 4 del PCAP.

Sin embargo, el Anexo 4 del PCAP establece un modelo de propuesta de tutorías para el servicio en el que no se prevé la posibilidad de ofertar una periodicidad en las tutorías que no supere el umbral mínimo que establece el PPT-30 minutos cada mes y medio-, sino sólo la de mejorar ese umbral mínimo.

Así pues, los licitadores estaban obligados a presentar en el sobre nº 3 una descripción de la periodicidad de las tutorías y de la ratio de tutores por alumno ofertados, y a hacerlo en el modelo establecido en el anexo 4 del PCAP. Sin embargo, este modelo no prevé la posibilidad de ofertar las tutorías que como mínimo establece el PPT.

Así las cosas, este Tribunal considera que, siendo la intención de la recurrente ofertar una periodicidad en las tutorías que no superase el umbral mínimo que establece el PPT, fue correcta su decisión de dejar en blanco la casilla de dicho modelo correspondiente a

la periodicidad de las tutorías. El órgano de contratación debía haber entendido entonces que la recurrente ofertaba dicho umbral mínimo.

Es cierto, como indica el órgano de contratación en su escrito de alegaciones, que el recurrente podía haberle consultado, o haber presentado, junto con el obligatorio modelo del anexo 4, un escrito independiente indicando expresamente su intención de no superar el umbral mínimo en la periodicidad de las tutorías. Sin embargo, la omisión de estas acciones no puede conducir a una sanción tan severa como la exclusión de la recurrente de la licitación, cuando ésta ninguna responsabilidad tiene en la ambigüedad detectada en los pliegos.

De acuerdo con estas consideraciones, el motivo debe ser estimado.

Sexto. El segundo de los reproches mencionados por la entidad recurrente consiste en que, en contra de lo señalado en la resolución de exclusión, la información sobre las tutorías incluida en el sobre número 2 por esta entidad no tiene incidencia en la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor. A este respecto señala, en síntesis, lo siguiente:

La información facilitada en el sobre nº 2 relativa a la ratio tutor/alumnos ofertada se ajusta al umbral mínimo establecido en el PPT, por lo tanto, no tiene ninguna incidencia en la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor. Por otro lado, el proyecto formativo incluido en el sobre nº 2 es el único lugar idóneo para expresar la voluntad de la entidad recurrente de cumplir los requisitos mínimos de las tutorías expresados en el PPT.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la entidad recurrente incluyó en el sobre nº 2 información relativa a las tutorías que contraviene lo establecido en el último párrafo de la cláusula 11 del PCAP, y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público. En este sentido, la cláusula 11 del PCAP señala que *“Las empresas que presenten documentos o aporten datos que permitan deducir el contenido de su oferta económica en el sobre que incluya documentación a ser valorada mediante criterios no evaluables mediante formulas serán excluidas de la licitación.”*

Los pliegos, según señala el órgano de contratación, no permiten la presentación en el sobre nº 2 de información sobre la ratio tutor/alumnos. Asimismo, desde el momento en que se incluyó esa información en el sobre nº 2 se habría producido la infracción de los artículos 145.2 y 150.2 del TRLCSP sobre el secreto de las proposiciones.

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 competencia, 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.

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 34,0 puntos y su oferta económica fue de 72.000 €, según consta en el acta de 18 de diciembre de 2013 (Documento nº 7 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 18 de diciembre de 2013, 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” 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 del 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 los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.