

Recurso 269/2017**Resolución 270/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de diciembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PEARSON EDUCACIÓN, S.A.** contra la Resolución, de 6 de octubre de 2017, del Director del Instituto Andaluz de Administración Pública, adscrito a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se adjudica el contrato denominado “Contratación para 2017 de los servicios de docencia y gestión administrativa y técnica de cursos de inglés y francés en modalidad online y presencial, destinados al personal al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía y del personal no judicial de la Administración de Justicia”, respecto al lote 1 (Expte. 2016/000066), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de marzo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 17 de



marzo de 2017 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 52 y el 22 de marzo de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 69.

El valor estimado del contrato asciende a 792.600 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. Es de aplicación a esta licitación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, rige en la misma lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El objeto del contrato se fraccionó en 10 lotes, dictándose, el 6 de octubre de 2017, resolución del órgano de contratación por la que se adjudica, entre otros, el lote 1. La resolución de adjudicación se remitió a los licitadores mediante escritos fechados el 6 de octubre de 2017, publicándose también en el perfil de contratante.

CUARTO. El 27 de octubre de 2017, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PEARSON EDUCACIÓN, S.A. (PEARSON, en adelante) contra la resolución de adjudicación del contrato.

El 13 de noviembre de 2017, se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del escrito de interposición del recurso, así como del informe sobre el mismo, expediente de contratación y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

QUINTO. Mediante escritos de 22 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento



concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad GOFLUENT S.L.U. (GOFLUENT, en adelante).

SEXTO. El 23 de noviembre de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 1 del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel resulta procedente al amparo de lo estipulado en el artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente*



a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”

En el supuesto analizado, no consta la fecha efectiva de remisión a la recurrente de la resolución de adjudicación. No obstante, aun cuando se tomara como fecha inicial para el cómputo del plazo el 6 de octubre de 2017 -día en que se dictó la resolución-, el recurso se habría interpuesto en plazo, toda vez que consta su presentación en el Registro del órgano de contratación el pasado 27 de octubre.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, los cuales deben entenderse circunscritos a la adjudicación del lote 1, al ser este el único lote donde la recurrente presenta oferta aunque no especifique tal extremo en su escrito de impugnación; así lo pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe al recurso y se deduce del contenido del propio escrito de interposición.

PEARSON solicita la anulación de la resolución de adjudicación a fin de que, en el criterio de evaluación automática A.7 del Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se aplique correctamente su oferta que asciende a 210.000 clases totales ó 35.000 clases por nivel, y subsidiariamente, se anule el citado criterio de adjudicación del PCAP, convocándose una nueva licitación.

El Anexo VII del PCAP, denominado “Criterios de adjudicación y baremos de valoración”, establece en su apartado A) los criterios evaluables de forma automática, previendo para los lotes 1 y 10 (cursos de inglés y francés modalidad online) el criterio -que se reproduce a continuación- donde PEARSON centra los motivos de su impugnación:

“A.7 Numero de clases virtuales por niveles: 5 puntos

El licitador que proponga mayor numero de clases virtuales obtendrá 5 puntos. El resto de forma proporcional según la fórmula:

Puntuación = (Número de clases ofertadas) x 5 / (Mayor número de clases ofertadas).”



Procede, pues, analizar la pretensión principal de la recurrente en la que insta la anulación de la adjudicación del lote 1 para que se valore correctamente su oferta con arreglo al criterio A.7 que se acaba de transcribir

A juicio de PEARSON, la mesa de contratación ha errado al interpretar que su oferta en el mencionado criterio ha sido de 600 clases virtuales y otorgarle por ello 0,905 puntos en aplicación de la fórmula antes descrita, frente a los 5 puntos recibidos por la oferta adjudicataria (GOFLUENT). Alega que la proposición de esta empresa en el criterio de adjudicación fue de 3.312 clases virtuales, mientras que la suya fue de 210.000 clases virtuales y se estructuraba del siguiente modo (los términos que se exponen a continuación son literales del recurso):

- «1. Cada alumno dispone de "600 tickets" para asistir a clases en grupo.*
- 2. Teniendo en cuenta 2.800 alumnos máximo, serían un total de 1.680.000 clases.*
- 3. Al ser grupos de 8, serían un total de 210.000 sesiones para cada grupo.*
- 4. Nuestra oferta es en TOTAL 210.000 clases para cada uno de los niveles.*

El número de clases por nivel asegura que todo alumno de un nivel determinado, la pueda tener independientemente del número de alumnos totales que haya en ese nivel.

En definitiva la oferta se identifica claramente (600 clases por alumno X 2.800 alumnos / 8 niveles) = 210.000 "Numero de clases virtuales por niveles" para su puntuación».

Con base en lo anterior, la recurrente estima que el dato a tener en cuenta para realizar el cálculo de la puntuación debió ser el "número total de clases por nivel" y no el que tomó la comisión técnica de "600 clases por alumno"; por tanto, el resultado, según la fórmula del pliego, tendría que haber sido:

- 5 puntos para PEARSON ($210.000 \times 5 / 210.000$).
- 0,07 puntos para GOFLUENT ($3.312 \times 5 / 210.000$).



Concluye que, incluso forzando el criterio de que el total de clases por nivel supondría prorratear el número total de clases entre los 6 niveles, su oferta seguiría siendo superior al alcanzar el número de 35.000 clases en cada uno de los 6 niveles, siendo la puntuación la siguiente:

- 5 puntos para PEARSON ($35.000 \times 5 / 35.000$).
- 0,47 puntos para GOFLUENT ($3.312 \times 5 / 35.000$).

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone a este alegato señalando que, a la hora de aplicar la fórmula establecida en el criterio de adjudicación controvertido, no había duda respecto a la cantidad ofertada por GOFLUENT que ascendía a 3.312 clases virtuales distribuidas en tres niveles, explicándose en la oferta la distribución de las mismas tanto en días laborables (24 clases diarias) como en fines de semana (18 clases), lo cual suponía 138 clases semanales y un total de 3.312 para 24 semanas de duración del curso (6 meses).

En cambio, alega el órgano de contratación que en la oferta de PEARSON se expresaban 600 clases por alumno y un total de clases virtuales de 210.000, haciendo como observación a pie de página que *"Se consideran 2.800 alumnos en grupos de 8"*. Estima dicho órgano que el pliego no especifica que deba realizarse ningún tipo de operación aritmética para llegar al número de clases que constituyen la oferta, por lo que la interpretación realizada por la mesa de contratación fue que el número de clases ofertadas por la recurrente era de 600, independientemente de cualquier otra operación o cuenta que pudiera haber realizado.

En definitiva, señala que si el pliego no alude a clase virtual por alumno o por grupo, en la oferta no debió realizarse ninguna operación teniendo en cuenta tales parámetros, y mientras en el caso de GOFLUENT quedaba claro que su oferta era de 3.312 clases virtuales, en el supuesto de PEARSON se entendió que la oferta era de 600; de lo contrario, no se explica por qué expresó tal cifra en su proposición y si lo que pretendía era obtener un número mayor de clases mediante la multiplicación de aquella cifra por el total de alumnos dividiendo el resultado por 8 (número máximo de alumnos por clase según el PPT), también podría realizarse la misma operación



con la oferta de GOFLUENT y el resultado sería de 1.159.200 aulas virtuales, por lo que, aplicando la fórmula del criterio, la puntuación sería la misma que efectuó la mesa de contratación.

Así pues, concluye el órgano de contratación que se trata, en definitiva, de que los parámetros de aplicación de la fórmula del PCAP sean los mismos para todos los licitadores.

En sus alegaciones al recurso, GOFLUENT aduce que la oferta de PEARSON incurría en inconsistencia que la hacía inviable y que debió ser excluida, si bien el órgano de contratación optó por aplicar una criterio menos severo y más antiformalista, considerando 600 clases virtuales como el número máximo a las que un alumno podría optar, garantizando con ello la transparencia, concurrencia e igualdad de trato.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes procede el examen de la cuestión controvertida y para ello hemos de partir del tenor del criterio “número de clases virtuales por niveles” y de su fórmula de valoración que solo utiliza como parámetro definidor el mayor número de clases virtuales ofertadas sin especificar que dicho número deba ser por alumno o por grupos.

Así las cosas, mientras la proposición de la adjudicataria se ajustaba al tenor del pliego delimitando las clases virtuales por niveles y el número total de clases (3.312), no así la de la recurrente que introducía elementos no previstos en la descripción del criterio -como el concepto de grupos de 8 alumnos de entre un total de 2.800- para realizar el cómputo total de clases virtuales ofertadas.

No obstante, como señala el informe al recurso y la propia adjudicataria en su escrito de alegaciones, lo relevante es que en la valoración de las ofertas se respete el principio de igualdad de trato y se utilicen los mismos parámetros de evaluación. Así, en el supuesto analizado, la mesa de contratación pudo no valorar la oferta de la recurrente en el criterio en cuestión por no ajustarse a la literalidad de sus términos e



introducir datos no establecidos en su definición. En cambio, en lugar de optar por esta solución más perjudicial para PEARSON, escogió otra que le resultaba más favorable consistente en computar 600 clases virtuales, en coherencia con el número máximo de clases virtuales ofertado por la adjudicataria al que puede acceder cada alumno (3.312). Tal solución es además respetuosa con el principio de igualdad de trato que -como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016 (asunto C-6/2015), aludiendo a su vez a la Sentencia, de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio y otros- implica que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas, como en el momento en que estas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora.

Con base en las consideraciones anteriores, procede desestimar la pretensión principal de anulación de la adjudicación del lote 1.

SEXTO. La desestimación de la pretensión anterior obliga a examinar la articulada en el recurso con carácter subsidiario, consistente en que se anule el citado criterio de adjudicación del PCAP.

En fundamentación de la nulidad del criterio de adjudicación A.7 del Anexo VII del PCAP, PEARSON aduce que el mismo carece de las precisiones necesarias, toda vez que el mayor número de clases ofertadas se concreta una vez presentadas las proposiciones; en tal sentido, argumenta que el pliego no establece el número mínimo ni el límite máximo de cursos adicionales, lo que supone una indeterminación que puede conducir a errores en la valoración.

Frente a este alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que la recurrente, al presentar su oferta, aceptó incondicionalmente el contenido del pliego sin salvedad ni reserva alguna, no habiendo solicitado tampoco ninguna aclaración respecto al criterio ahora cuestionado, por lo que debe aceptar el pliego en los términos en que ha sido redactado al ser ya un acto consentido y no poderse reabrir el plazo para su impugnación.



Pues bien, el motivo aquí analizado exige abordar si es posible la impugnación del PCAP con ocasión del recurso interpuesto contra un acto posterior como es la adjudicación. Conforme a doctrina reiteradísima de este Tribunal (v.g. Resoluciones 39/2015, de 10 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 389/2015, de 17 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril entre otras), el pliego es “lex inter partes” por lo que, una vez que ha sido aceptado y no impugnado por los licitadores, pasa a ser un acto firme y consentido y ello impide denunciar vicios o irregularidades del mismo con motivo de la impugnación de la adjudicación.

En el supuesto analizado, la apreciación que ahora realiza la recurrente acerca de que la redacción del criterio era imprecisa o indeterminada al no concretar un número mínimo de cursos ni el límite máximo de cursos adicionales a entregar, pudo y debió alegarla en el plazo legalmente establecido para la impugnación del pliego, en lugar de esperar a la terminación de la licitación para, una vez conocido que no ha resultado adjudicatario, combatir la adjudicación esgrimiendo que el pliego que consintió y aceptó no es conforme a derecho.

Este Tribunal, en numerosas ocasiones (v.g. Resolución 422/2015, de 10 de diciembre) ha declarado que la doctrina expuesta sobre la inatacabilidad del pliego es aplicable aunque el vicio del que adolezca sea de nulidad de pleno derecho pues, en caso contrario, se estaría dejando al albur de los licitadores la elección del momento procedimental en que resultaría posible denunciar los vicios de nulidad de los pliegos, pudiéndose dar la circunstancia de que un licitador impugne los mismos, una vez concluida la licitación, por la única razón de no haber resultado adjudicatario. Por lo demás, este es el criterio que, a *sensu contrario*, mantiene la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.



Así pues, debe concluirse que si un licitador razonablemente informado y con normal diligencia puede entender las condiciones de la licitación en el momento en que se anuncia la licitación y tiene conocimiento del contenido de los pliegos, debe impugnar dichas condiciones, si las considera ilegales, en el plazo legalmente establecido para recurrir los pliegos, transcurrido el cual estos devienen inatacables.

Finalmente, hemos de señalar que en la reciente Resolución 196/2017, de 2 de octubre, de este Tribunal se refuerza la posición expuesta con doctrina del Tribunal Supremo; concretamente, en dicha resolución se cita la Sentencia del Alto Tribunal de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448) donde se señala que “(...) *las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los pliegos, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico. En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación*”.

Con base en las consideraciones que anteceden, procede también desestimar la pretensión subsidiaria de anulación de la licitación y del PCAP por ilegalidad del criterio de adjudicación A7 del Anexo VII.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PEARSON EDUCACIÓN, S.A.** contra la Resolución, de 6 de octubre de 2017, del Director del Instituto Andaluz de Administración Pública, adscrito a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se adjudica el contrato denominado “Contratación para 2017 de los servicios de docencia y gestión administrativa y técnica de cursos de inglés y francés en modalidad online y presencial, destinados al personal al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía y del personal no judicial de la Administración de Justicia”, respecto al lote 1 (Expte. 2016/000066).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 23 de noviembre de 2017.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

