

Recurso 120/2020

Resolución 330/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARDOR LEARNING SPAIN 2018, S.L.** contra la resolución de adjudicación del contrato de servicios denominado "Cursos de idiomas, modalidad teleformación (on line) de inglés y francés "Lote 1", (Expte. CONTR 2019/342344), tramitado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, adscrito a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de octubre de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 596.600,00 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en



adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el órgano de contratación con fecha 27 de febrero de 2020, dicta resolución por la que adjudica el Lote 1, de los dos que conforman el referido contrato de suministro, a favor de la entidad goFLUENT, SLU.

La citada resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 27 de febrero de 2020, constando en el expediente que con esa misma fecha se cursó la notificación de la misma a los licitadores.

CUARTO. El 12 de mayo de 2020, la entidad ARDOR LEARNING SPAIN 2018, S.L.. (en adelante, ARDOR LEARNING) presentó en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. La tramitación del citado recurso en este Tribunal se hallaba suspendida en virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 3 de junio de 2020, da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y le solicita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El requerimiento fue atendido, con fecha 8 de julio de 2020.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 13 de agosto de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas. Haciendo uso del trámite concedido, goFLUENT, SLU que las presentó dentro el plazo señalado para ello.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

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 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 596.600,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que “El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que “*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se



haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada se publicó en el perfil de contratante el 27 de febrero de 2020, y con esa misma fecha se cursó su notificación a los licitadores, sin que obre en el expediente la efectiva fecha de recepción de la misma. En cualquier caso, y teniendo en cuenta la suspensión del cómputo de plazos administrativos prevista en la citada disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, el recurso presentado el 12 de mayo de 2020 se ha interpuesto dentro de plazo legalmente previsto.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

ARDOR LEARNING solicita en su escrito de recurso a este Tribunal, la anulación de la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato, así como la anulación de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, previstos en el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares. Y fundamenta sus pretensiones en los siguientes motivos:

En primer lugar alega que el hecho de que en el pliego no se haya establecido un límite máximo para los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, ha determinado que la oferta seleccionada tenga una cantidad desmesurada e irrealizable en varios de los criterios de valoración, de imposible ejecución en la práctica y ofertados con el objetivo de obtener la máxima puntuación en fraude del resto de licitadores.

La entidad recurrente centra el alegato de la argumentación en uno de esos criterios, el de “Aumento de número de clases telefónicas”, para el que el Anexo XI del pliego establece una puntuación máxima de 15 puntos. Pues bien, el adjudicatario ofertó una cantidad de 33.600 clases telefónicas, frente a las 8.400 del siguiente licitador o las 4.200 del tercer valorado. Lo que supondría, según afirmaciones de la recurrente, que el adjudicatario debería realizar 1.400 clases a la semana durante los seis meses previstos de duración del contrato. A continuación el recurso cuantifica los medios humanos necesarios para llevar a cabo las clases ofertadas, y calcula que deberían dedicarse a dicha labor 20,5 profesores. A los que han de sumarse los 20,5 profesores necesarios para la corrección de redacciones y además los 70 tutores



necesarios para la realización del curso online. Concluye que todo ello supone la contratación de un mínimo de 41 profesores a jornada completa. A continuación realiza determinadas hipótesis de los costes salariales que ello supondría, para concluir que por lo expuesto queda probada la irracionalidad económica de la oferta del adjudicatario y su inviabilidad, habiendo sido propuesta en fraude de ley con el único objetivo de obtener la máxima puntuación.

Además argumenta, que es muy difícil que los alumnos puedan dedicar el tiempo que todo ello le exigiría: 100 horas de curso online, 24 clases telefónicas de 30 minutos, 24 redacciones y participación en aulas virtuales y foros, ello sobre todo, teniendo en cuenta que deberán cumplir con las obligaciones laborales de su puesto de trabajo.

La segunda de las alegaciones, contenidas en el recurso, se centra en que los criterios de adjudicación, en los términos que aparecen recogidos en el pliego, provocan distorsiones y falta de equilibrio en la contratación, vulnerando los principios que han de regir la contratación pública, a saber, el principio de igualdad, transparencia y libre concurrencia.

Considera que unos criterios así fijados, colisionan con lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, que establece expresamente en su apartado 5 que los criterios(...)

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (...)

Finaliza el recurso afirmando que el pliego incurre en un vicio de nulidad radical, lo que implica la anulación de los criterios de adjudicación mencionados y por ende del procedimiento de adjudicación, por lo que en cuanto al plazo para la interposición del mismo, ha de estar a la excepción prevista en el último párrafo del artículo 50. 1 b), en el que tras afirmarse que con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos si el recurrente, con carácter previo a su interposición, ha presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, concluye con que tal previsión no es de aplicación en el caso de nulidad de pleno derecho, supuesto de aplicación al pliego que rige la presente licitación.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso considera que el criterio de adjudicación “Aumento del número de clases telefónicas”, resulta de gran relevancia para la formación de idiomas online y, que la oferta presentada por la empresa goFLUENT; S.L. cumple los requisitos establecidos en el pliego que rige la contratación y, que es viable y perfectamente ejecutable.

Defiende lo adecuado del referido criterio dada la importancia de ofertar al alumnado el mayor número de clases telefónicas, y ello dado que el curso se desarrolla íntegramente online, sin sesiones presenciales. Por ello las clases telefónicas individuales son la principal herramienta para que los participantes puedan practicar sus destrezas en expresión. Considera que cuanto mayor número de clases telefónicas tenga el alumnado, mejor será la calidad de la formación, la satisfacción del alumnado y la mejora global del aprendizaje del idioma. Y esa ha sido la experiencia de ediciones anteriores de esta formación de idiomas modalidad teleformación, en el que se han ofertado un alto número de clases telefónicas durante el curso y se han desarrollado los servicios con adecuado nivel de calidad.

En cuanto a la oferta presentada por la adjudicataria, el órgano de contratación la considera totalmente aceptable tanto desde el punto de vista técnico y pedagógico. Y ello dado que con el número de clases ofertadas, teniendo en cuenta la duración del contrato, seis meses, el alumnado tiene la posibilidad de realizar hasta 24 clases telefónicas durante el curso, que equivalen a cuatro clases telefónicas al mes, una a la semana. Y ello en un amplio horario de mañana o tarde, comprendido entre las 9 a las 21 horas. Por todo expuesto, a juicio del órgano de contratación, el número de clases telefónicas ofertadas resulta un parámetro óptimo, totalmente realizable

Finaliza el informe esgrimiendo que la recurrente, dispuso de un plazo para recurrir el contenido de los pliegos. Además 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.

Por último, la entidad goFLUENT, SLU se opone a lo pretendido por la recurrente, en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en el procedimiento de recurso, aquí se dan por



reproducidos. Y en él solicita a este Tribunal que acuerde la imposición de multa, por entender que concurren los requisitos previstos para ello en el artículo 58 de la LCSP.

SEXTO. Pues bien, entrando a analizar los motivos del recurso, se ha de poner de manifiesto que la entidad recurrente plantea, de un lado, la impugnación del clausulado del PCAP en lo relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas -en concreto, el “aumento de clases telefónicas”- y de otro, la irracionalidad e inviabilidad de la oferta realizada por la adjudicataria en el criterio en cuestión.

El primer alegato 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, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril, 274/2019, de 6 de septiembre, 3/2020, de 14 de enero, 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 no previsión, en el pliego, de un tope máximo en los criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas y en concreto en el de “Aumento de clases telefónicas”, provoca distorsiones en la valoración de las ofertas, vulnerando los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia, es toda ella una apreciación que pudo 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 adjudicataria, 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 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 ”.*

Procede, pues, la desestimación del motivo analizado.



El segundo alegato del recurso se centra en la inviabilidad económica de la oferta realizada por la adjudicataria en el criterio “aumento del número de clases telefónicas” consistente en 33.600 clases. La recurrente esgrime una serie de razones para llegar a la conclusión de la irracionalidad de la proposición adjudicataria, todo lo cual ha sido motivado -según afirma- por la inexistencia de un tope máximo en la mejora descrita en el pliego.

En cambio, en el informe al recurso el órgano de contratación defiende que la proposición de goFLUENT, S.L. es viable y perfectamente ejecutable desde un punto de vista técnico y pedagógico. En tal sentido, expone los argumentos para llegar a tal conclusión y añade que *“En ediciones anteriores de esta formación de idiomas modalidad teleformación, se han ofertado un alto número de clases telefónicas a realizar durante el curso y se han desarrollado los servicios con adecuados niveles de calidad”*.

Asimismo, la entidad adjudicataria, en sus alegaciones al recurso, manifiesta que la recurrente hace una serie de cálculos arbitrarios que carecen del mínimo rigor, partiendo de juicios subjetivos sobre la organización y el régimen retributivo del personal contratado por goFLUENT, y de cálculos erróneos sobre las horas de trabajo que finalmente desarrollarán los profesores.

Pues bien, como punto de partida, hemos de afirmar que el criterio de adjudicación cuestionado ha sido aceptado por la recurrente quien no impugnó el PCAP en su momento procedimental oportuno. Así pues, se trata de una actuación firme que, en lo que se refiere al criterio “aumento del número de clases telefónica”, implica pasar por esa ausencia de tope máximo a la hora de valorar las ofertas presentadas.

Dicho lo anterior, la inviabilidad económica que sostiene la recurrente se funda en sus propios cálculos, los cuales no son respaldados por el órgano de contratación ni por la interesada quienes defienden la razonabilidad de la oferta adjudicataria con sus propios argumentos.

Al respecto, la nulidad de la adjudicación solo podría sostenerse si la oferta de goFLUENT, SLU fuese materialmente imposible (artículo 1272 del Código civil) y tal imposibilidad se apreciara *ab initio* de manera patente y clara; pero no es esto lo que acontece a priori en el supuesto analizado, donde frente a los argumentos de la recurrente se esgrimen otros que impiden apreciar esa irracionalidad automática de la proposición, debiendo ser en sede de ejecución contractual donde, en su caso, cabrá verificar el



cumplimiento de las condiciones ofertadas, con las consecuencias a que eventualmente pudiera haber lugar si dichas condiciones no fuesen respetadas.

Procede igualmente desestimar este motivo y con él, el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Por último, debemos abordar si procede acordar la imposición de multa solicitada por la entidad adjudicataria -goFLUENT, SLU.- en su escrito de alegaciones. La adjudicataria sostiene que la recurrente ha actuado con mala fe y temeridad en la interposición del recurso, por lo que solicita la imposición de multa.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 15/2019, de 22 de enero, 226/2019, de 9 de julio y 410/2019, de 3 de diciembre, 28/2020, de 4 de febrero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”.*

En el presente supuesto, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica; en consecuencia no cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

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 **ARDOR LEARNING SPAIN 2018, S.L.** contra la resolución de adjudicación del contrato de servicios denominado “Cursos de idiomas, modalidad teleformación (on line) de inglés y francés "Lote 1", (Expte. CONTR 2019/342344), tramitado por el Instituto Andaluz de Administración Pública.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 1.

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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

