



EB 2020/183

Resolución 025/2021, de 12 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titulararena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. frente a la exclusión de la oferta de la UTE formada por las empresas AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. / HYDROMETEOROLOGICAL INNOVATIVE SOLUTIONS, S.L. en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Detección temprana y “Nowcasting” de los fenómenos meteorológicos adversos para la predicción y alerta de inundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua-URA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de diciembre de 2020 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. (en adelante AQUATEC) frente a al acuerdo de exclusión del contrato de “Detección temprana y “nowcasting” de los fenómenos meteorológicos adversos para la predicción y alerta de inundaciones en el ámbito de la CAPV”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua-URA

SEGUNDO: El mismo día 18 de diciembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8





de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 22 de diciembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de diciembre, se han recibido las alegaciones de METEOBIT el 30 de diciembre.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 40/2020, de 28 de diciembre, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.B.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la



mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Agencia Vasca del Agua tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La recurrente se ha limitado a cumplir con los requerimientos de los pliegos, pues el cuadro resumen de los anexos exige que en el sobre 1 se incluya el Anexo II.2 “Compromiso de adscripción de medios”. En todo caso, la existencia de un error sería imputable al órgano de contratación por la defectuosa redacción del citado Anexo.
- b) Se alega que el hecho de incluir en el sobre A información evaluable en el sobre C no es motivo suficiente para la exclusión porque dicha información se basa en fórmulas automáticas.
- c) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento para que se evalúe la oferta de la recurrente; subsidiariamente,



se declare la exclusión de las ofertas admitidas por haber completado indebidamente el Anexo II.2 del Pliego y, en el caso de que esto último no fuera posible, que se declare la cancelación de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso, en síntesis, por los siguientes argumentos:

- a) La experiencia del personal es en la presente licitación a la vez solvencia y criterio de adjudicación. De una lectura razonada y atenta de los pliegos se desprende que, si la experiencia es objeto de valoración como criterio, ese concreto dato no puede ser incluido ni mencionado en otro sobre distinto. Esa atenta lectura es necesaria para compensar las imprecisiones/abstracciones de los pliegos.
- b) Es posible rellenar la columna de experiencia de la tabla “Compromiso de adscripción de medios materiales (sic)” sin aportar ninguna información relacionada con la presentación de la oferta valorable mediante fórmulas automáticas.
- c) En definitiva, nos encontramos ante una imprecisión de los pliegos que puede ser salvada a través de un estudio-lectura atento de los pliegos, amén de las consultas que se pueden formular al poder adjudicador, y dado que se ha producido una contaminación en los sobres que permite anticipar información relativa a la puntuación a obtener en un momento posterior, la exclusión es correcta.

OCTAVO: Alegaciones de METEOBIT

La alegante manifiesta su total adhesión a los argumentos esgrimidos por la recurrente y, por ello, solicita la revocación de la resolución de exclusión de las



ofertas afectadas con retroacción de las actuaciones para que puedan continuar en la licitación y, si ello no fuera posible, se declare la nulidad del procedimiento de licitación por haber sido los propios pliegos los que han propiciado el conocimiento anticipado de la información relativa a los años de experiencia de los medios humanos propuestos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación; en concreto, el contenido relevante para el caso es el siguiente:

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

(...)

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas (50 puntos):

(...)

Criterio 2: EXPERIENCIA

Ponderación: de 0 a 5 puntos

(...)

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

Los documentos exigidos para tomar parte en el procedimiento se presentarán dentro de los archivos electrónicos o sobres que se indican a continuación.

24.1.- SOBRE A: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS.

(...)

Compromiso de adscripción de medios según el modelo que figura en el ANEXO II.2.

ANEXO II.2.- COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

¹Dña./D....., en nombre propio o en representación de (operadora económica) con NIF..... (de la operadora económica); en relación con el expediente nº URA/001A/2020.

DECLARA:

Que en relación con los medios a adscribir a la ejecución del contrato:

- a) Se compromete a adscribir a la ejecución del contrato los medios que figuran en el cuadro "Compromiso de adscripción de medios".
- b) Se compromete a aportar la documentación indicada en la cláusula 25.2 de cláusulas específicas del contrato, para acreditar que dispone de los medios



identificados en el Cuadro “Compromiso de adscripción de medios”, dentro del plazo que establece el artículo 150.2 LCSP.

En....., a..... de.....de 2020

Firmado:

¹En el caso de que dos o varias operadoras económicas presenten oferta con el compromiso de constituirse formalmente en UTE si resultan adjudicatarias, esta declaración deberá ser firmada por la representación de todas y cada una de ellas.

CUADRO “COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS”.

Expediente número URA/001A/2020

HUMANOS					
REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS			MEDIOS HUMANOS PROPUESTOS ¹		
Perfil profesional			Nombre y apellidos	Titulación	Experiencia
Titulación	Experiencia	Dedicación			
Responsable de los trabajos: Titulación universitaria o doctorado en física, matemáticas o ingeniería superior	Experiencia laboral mínima de ocho (8) años en predicción numérica de fenómenos meteorológicos y análisis de radar meteorológico que ampare un nivel de conocimientos técnicos adecuados				
Técnico/ a: Titulación universitaria o doctorado en física, matemáticas o ingeniería superior.	nivel de conocimientos necesarios en meteorología para la realización de los trabajos rutinarios con una experiencia laboral mínima de tres (3) años con conocimientos extensos en predicciones numéricas, teledetección, estaciones meteorológicas y radar.				
Técnico/ a: Titulación universitaria o doctorado en física, matemáticas, ingeniería superior o geología	un nivel de conocimientos necesarios en hidrología para la realización de los trabajos rutinarios con una experiencia laboral mínima de tres (3) años con amplios conocimientos en el desarrollo de modelos hidrológicos.				
Técnico/ a: Titulación universitaria o doctorado en física, matemáticas, ingeniería de telecomunicaciones o informática.	Nivel de conocimientos necesarios en informática para la realización de los trabajos rutinarios con una experiencia laboral mínima de tres (3) años con conocimientos extensos en el desarrollo de herramientas numéricas e informáticas relacionadas con aplicaciones meteorológicas o hidrometeorológicas				

En....., a..... de.....de 2020

¹ A cumplimentar por la licitadora.



Por otro lado, entre la documentación aportada por la recurrente en el Sobre A DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS, consta en el expediente remitido a este Órgano el compromiso de adscripción de medios cumplimentado, en concreto, y en lo que al objeto del recurso se refiere, la columna experiencia con la cifra de años de la misma correspondiente a cada perfil profesional. Debe indicarse que los años de experiencia constituyen el segundo de los criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas, los cuales deben de incluirse en el Sobre C.

La exclusión impugnada se basa en que la introducción de los datos relativos a la columna experiencia anticipan un contenido relativo a un criterio de adjudicación automático por lo que procede el rechazo de la oferta. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir el secreto de la oferta (doctrina general)

Sobre esta cuestión este Órgano, ya en su Resolución 12/2013 estableció su doctrina (confirmada en su reciente Resolución 118/2020) conforme a la legislación vigente de aquél momento (plenamente aplicable a la actual, de conformidad con lo establecido en los artículos 139 y 146 de la LCSP) en la que se señalaba que resulta indiferente que el licitador incluyera parte de la documentación valorable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de documentación de capacidad y solvencia (A) o en el sobre de criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (C), ya que lo relevante es que lo incluyó en un sobre que se abrió de forma previa a aquel que contenía la documentación referida a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, de tal forma que se quebró el principio de secreto de la oferta y por lo tanto el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación se ajustó a la normativa de contratos del sector público. Ahora bien, la exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, siendo lo realmente relevante para que se produzca el efecto excluyente el que se haya vulnerado materialmente el secreto exigido por el artículo 139.2 de la LCSP.



b) Sobre la oferta presentada por AQUATEC.

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a) anterior y del contenido del Sobre 1 presentado por la recurrente, es claro que la documentación incluida en este último contiene datos concernientes a un criterio de adjudicación, revelando así anticipadamente aspectos de la proposición que debieran haber permanecido secretos hasta la apertura de la oferta (artículo 26 del 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). Así, AQUATEC ha incluido en este sobre A los años de experiencia de las personas asignadas al contrato, lo cual constituye la información necesaria para aplicar el criterio evaluable mediante fórmula Experiencia a incluir en el sobre C.

c) Sobre la ambigüedad u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción

Una vez concluido que ha existido una infracción del secreto de la oferta, debe analizarse si dicha infracción es imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP).

c1) Sobre el alcance del principio de transparencia

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las



ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente



informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

c 2) Sobre la oscuridad en los pliegos del procedimiento de adjudicación

Contrastada la citada doctrina con la literalidad de las cláusulas a cuya oscuridad el recurrente imputa la infracción que ha supuesto la vulneración del secreto de la oferta y que ha sido la causa de su exclusión, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) Este Órgano aprecia una oscuridad o ambigüedad (“imprecisiones/abstracciones”, como reconoce el propio poder adjudicador) en los pliegos. Concretamente, el Sobre A del cuadro “Compromiso de adscripción de medios” exige cumplimentar los datos relativos a la experiencia de las personas asignadas al contrato, puesto que el cuadro tiene un bloque de columnas denominado Medios humanos propuestos, cuyo superíndice remite a una nota al pie del cuadro que textualmente dice: A cumplimentar por la licitadora, no es de extrañar que este requerimiento se satisfaga por el licitador con la información numérica de los años de experiencia del personal que se compromete a adscribir al contrato, como hace el propio poder adjudicador en las correspondientes el modelo. Por otro lado, no hay en los pliegos ninguna indicación específica relativa a la forma de cumplimentar la repetida columna, de forma que se advirtiera a los licitadores de que tuvieran especial cuidado para evitar el riesgo, más que previsible, de incluir datos que pudieran anticipar prematuramente una información que debía ser valorada en un momento posterior.



2) Consecuentemente, puede considerarse que existe una oscuridad en los pliegos, consistente en un documento que debe cumplimentarse e incluirse en la proposición y que puede inducir a incluir datos que revelan el resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula. Por ello, el poder adjudicador ha incumplido su deber de transparencia y ha colocado al licitador ante la necesidad de interpretar una cláusula oscura. Con independencia de la opinión que este Órgano pueda tener sobre la posibilidad de rellenar dicho cuadro sin mencionar una determinada cifra, lo cierto es que en ningún caso podría servir para fundar la exclusión del recurrente, pues no cabe que un poder adjudicador se sirva de la omisión de su deber de transparencia para perjudicar al licitador que la padece.

d) Conclusión

Como consecuencia de lo anteriormente manifestado, procede estimar el recurso interpuesto, lo que conlleva la anulación del acto impugnado. La consecuencia de la anulación sería, en principio, la retroacción de actuaciones para incluir la oferta de la recurrente y proceder a su valoración. No obstante, tal opción no es posible porque al haberse desvelado el secreto de las ofertas ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. frente a la exclusión de la oferta de la UTE formada por las empresas AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. / HYDROMETEOROLOGICAL INNOVATIVE SOLUTIONS, S.L. en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Detección temprana y “Nowcasting” de los fenómenos meteorológicos adversos para la predicción y alerta de inundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua-URA, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko otsailaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de febrero de 2021