



EB 2022/037

Resolución 84/2022, de 19 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INORCA CONSULTORES, S.L. y KYNDRYL ESPAÑA, S.A. (como sucesor de VIEWNEXT, S.A.), contra la adjudicación del contrato de “Servicio para la implantación y mantenimiento del sistema de gestión comercial (SIGA)”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia / Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de febrero de 2022 se presentó 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 INORCA CONSULTORES, S.L. y KYNDRYL ESPAÑA, S.A. (como sucesor de VIEWNEXT, S.A.), contra la adjudicación del contrato de “Servicio para la implantación y mantenimiento del sistema de gestión comercial (SIGA)”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia / Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa.

SEGUNDO: El día 28 de febrero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron una copia del expediente de contratación y 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). La citada documentación se recibió en este OARC / KEAO el día 4 de marzo.





TERCERO: Remitido el recurso a los interesados con fecha 9 de marzo, se han recibido alegaciones de SOLUCIONES AVANZADAS DEL AGUA, SERVICIOS Y MEDIOAMBIENTE, S.L. y de AGMSOFT CONSULTING, S.L. (en adelante, UTE SAMAS - AGMSOFT) el día 16 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.H.I. que actúa en su nombre.

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

Nos hallamos ante un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El objeto del recurso es la adjudicación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso especial ha sido interpuesta en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia / Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa (en adelante, CABB) tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

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

- a) Tanto el informe como el acuerdo de la Mesa de contratación que sustentan la aceptación de la oferta sospechosa de anormalidad no están debidamente motivados en contra de lo expresado en el artículo 149.4 de la LCSP, ya que incluye meras afirmaciones aportadas por la UTE adjudicataria, pero no analiza si la ejecución del contrato es viable conforme a la información facilitada.
- b) El informe sobre la justificación no tiene en consideración el beneficio industrial, ya que la UTE adjudicataria señala que no percibirá ningún beneficio económico y, no obstante, no hay cálculos efectuados que avalen la viabilidad del contrato.
- c) En la propuesta técnica se especificó un equipo de proyecto que tras la adjudicación ha variado sin que se especifique respecto a todos estos últimos que cumplen los requisitos exigidos (apartado G de la carátula del PCAP). Igualmente, se alega que se ha valorado su oferta con 0 puntos en los aspectos tecnológicos y de hardware ofertados, cuando era un aspecto de la oferta subsanable.
- d) Finalmente, solicita la nulidad del Decreto de adjudicación, que se retrotraigan las actuaciones a la fecha en la que se dictó para que se deseche la oferta de la adjudicataria y se dicte resolución adjudicando el contrato a la recurrente y se les dé traslado a los efectos de completar el recurso la información y/o documentación presentada por la UTE adjudicataria para la justificación de la oferta anormalmente baja.



SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE SAMAS - AGMSOFT

La UTE adjudicataria se opone a la pretensión del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) No procede permitir el acceso de la recurrente a la documentación de la oferta motivadamente declarada confidencial que contiene (i) datos personales de trabajadores, (ii) datos de proveedores y precios, (iii) descripción del know how propio y datos relacionados con la descripción del software.
- b) En lo que respecta a la oferta económica, (i) tanto el informe sobre la justificación de la temeridad como el acuerdo del órgano de contratación están debidamente motivados porque, no sólo se resumen las condiciones ofertadas, sino que se hace una valoración de las mismas, breve pero expresiva y (ii) tiene en consideración el beneficio industrial, efectuando la recurrente una interpretación sesgada e interesada del informe sobre la justificación de la temeridad.
- c) Por lo que respecta a la oferta técnica, (i) la composición del equipo técnico, que es un requisito de solvencia y no un criterio de adjudicación y cabe sus sustitución conforme a la cláusula 29 del PCAP, ha variado debido a la duración del procedimiento de adjudicación (iniciado en el 2019 y adjudicado en el 2022), si bien los cambios propuestos obedecen a perfiles profesionales mejorados, (ii) no ha existido infracción de los límites de la discrecionalidad en la asignación de puntos en el criterio de adjudicación “Gestión de productos y facturación” y (iii) el trámite de subsanación del artículo 81.2 del RD 1098/2001 se refiere a la documentación administrativa, no a la oferta técnica; en este caso, la aportación de nuevos datos supondría alterar las reglas del juego, con la posible alteración de la valoración de los criterios de adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El CABB se opone a la impugnación con los siguientes argumentos:



- a) La recurrente no indica las razones por las que se ha infringido el artículo 149 de la LCSP mientras que, por el contrario, se ha dado cumplimiento a todo lo regulado en dicho artículo.
- b) Estudiada la declaración de confidencialidad presentada por la UTE adjudicataria de la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta, se acordó estimarla si bien se concedió al recurrente acceso a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (que también había sido declarada confidencial). En todo caso, la recurrente ha podido interponer recurso suficientemente fundado.
- c) En lo que respecta a la valoración técnica, (i) es en el momento de cumplimiento de los requisitos previos cuando se comprueba que el equipo propuesto cumple con lo exigido en el PCAP, (ii) la oferta de la recurrente tiene mejor puntuación que la UTE adjudicataria en la valoración del criterio impugnado y (iii) el apartado 3.1.5 del PPT exige que la oferta técnica detalle todos sus elementos y la determinación de los “part number” es lo que describe el producto a emplear.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita acceso a la documentación presentada por la UTE adjudicataria de justificación de la oferta alegando que, sin la referida documentación, no puede conocer si la información o documentación presentada es “suficiente” o reúne lo señalado en el artículo 149 y siguientes de la LCSP.

Dado que su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, debe analizarse en primer lugar la solicitud de acceso al expediente.

- a) Sobre la solicitud de acceso al expediente



Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resoluciones 13 y 107/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE), y en el artículo 28.2 de la Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, para el supuesto de las actividades reguladas. La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió



por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se desestima el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) La documentación cuya vista se solicita, relativa a la justificación de la oferta anormalmente baja, contiene la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución de las tareas, así como datos de proveedores, por lo que se estima suficientemente justificada la aplicación del artículo 133 de la LCSP, que impide a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial y que afecte, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (ver, por ejemplo, Resolución 10/2018 del OARC/KEAO, la Resolución 196/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y el Acuerdo 106/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Madrid).
- 2) La recurrente ha tenido acceso al informe sobre la justificación de la baja donde se resumen las explicaciones aportadas por la adjudicataria del contrato y ha podido fundar su pretensión consiste en la anulación de la



adjudicación. Llegados a este punto, no se observa qué puede añadir a este reproche lo que pudiera deducirse del análisis completo de la justificación de la baja, más allá de la mera búsqueda de errores que, como anteriormente se ha señalado, no está amparada por el derecho de acceso.

Por todo ello, habida cuenta de la confidencialidad de la documentación y de que la recurrente ha accedido al informe sobre la justificación de la oferta de la adjudicataria, no procede el acceso al expediente pretendido por la recurrente.

b) Sobre la suficiencia de la motivación de la estimación de las justificaciones de la oferta

Alega la recurrente que la motivación aducida por el poder adjudicador para estimar las justificaciones sobre la viabilidad de la oferta es insuficiente. Esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver, en este sentido la Resolución 114/2019), que el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad, cuyos límites son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, así como el seguimiento de los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, para determinar si la oferta analizada puede ser normalmente cumplida (ver, por todas, la Resolución 62/2016). En este caso, no se aprecia que CABB haya dejado de respetar ninguno de dichos límites. Así, la decisión impugnada se ha basado en un informe que acepta las posibles justificaciones mencionadas en el artículo 149.4 de la LCSP, como son las condiciones excepcionalmente favorables para prestar el servicio (empresa integrante de la UTE que dispone de central de compras, se evitan costes de formación porque es personal propio de plantilla el que ejecutará el servicio y los costes de desplazamiento porque



están ubicados en un edificio propiedad de una de las adjudicatarias próximo a CABB ...) y otra admitida por el artículo 85.6 del RGLCAP, que permite que se tenga en cuenta la relación entre la solvencia de la empresa (experiencia de las empresas integrantes de la UTE en trabajos similares anteriores).

- 2) En contra de lo alegado por la recurrente, el informe justificativo no afirma que la UTE SAMAS – AGMSOFT no percibirá ningún beneficio económico, sino que, al margen del legítimo interés en obtener un beneficio, considera que la adjudicación de este contrato puede servir para conseguir su objetivo de posicionarse en el mercado como proveedores de referencia del tipo de soluciones ofertadas. En resumen, se dice que la UTE además del beneficio económico espera obtener un beneficio reputacional. No obstante, es de señalar que la finalidad del procedimiento establecido en el art. 149 de la LCSP es detectar ofertas que comprometan la viabilidad del contrato. Por esta razón, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a empresas que van a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios o incluso a pérdidas si dicha ejecución se acredita viable (ver, en este sentido, la resolución 1/2017 de este OARC / KEAO, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, que solo permite excluir las ofertas de precio “0” cuando se pruebe en el correspondiente procedimiento contradictorio su carácter anormalmente bajo). No obstante, como se ha indicado, este extremo no se deduce de las justificaciones que obran en el informe.
- 3) El acto impugnado debe estimarse como suficientemente sustentado. Debe recordarse igualmente que la decisión de aceptar una oferta inicialmente sospechosa de anormalidad requiere únicamente de una motivación simple, a diferencia de lo que sucede con la decisión de rechazarla, que precisa de una motivación reforzada (ver, por ejemplo, la Resolución 42/2015 del OARC / KEAO). Esta diferente exigencia se deriva del hecho de que la aceptación de una oferta especialmente baja no es



sino la aplicación del principio general de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP) y la consecuencia natural del procedimiento de selección de las proposiciones, que busca que éstas sean tan provechosas como sea posible para el poder adjudicador; por el contrario, el rechazo de una oferta teóricamente ventajosa es, en el contexto de un procedimiento de adjudicación, un acto que debe acompañarse de una exhaustiva acreditación de que no puede ser razonablemente cumplida por ser una excepción a dicho principio general. Esta consideración no se opone a que el artículo 149.6 de la LCSP diga ahora que la aceptación de la oferta requiere la debida motivación, pues se refiere a establecer el carácter esencial de dicha motivación para la validez de la aceptación, y no a elevar su intensidad. En conclusión, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica y, además, su decisión goza «iuris tantum» de una presunción de validez que no ha sido desvirtuada por la recurrente mediante pruebas o argumentos que acrediten que la justificación de la UTE SAMAS - AGMSOFT no es viable por implicar incumplimientos normativos o basarse en hipótesis o prácticas inadecuadas, o por ser incompleta (ver el artículo 149.4 de la LCSP).

c) Sobre la oferta técnica

Se impugnan varias cuestiones relacionadas en distinto grado con la evaluación de la oferta técnica: (i) variaciones en el grupo de trabajo inicialmente presentado y (ii) la valoración de los part numbers con una petición de subsanación de la oferta en este punto. Ninguna de estas dos alegaciones puede ser estimada por las siguientes razones:

- 1) La presentación de un equipo mínimo de 10 personas certificados en la herramienta a implantar en el que al menos 3 de ellos tenga una experiencia de al menos tres años en proyectos de implantación de sistemas para la gestión comercial en el ámbito del agua y / o sector energético se configura en el apartado F del PCAP como un requisito de



solvencia económica o financiera, cuyo cumplimiento se deberá acreditar tras la propuesta de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato. El PCAP no exige que en el momento de la presentación de la oferta se acredite el cumplimiento del requisito de solvencia (cláusula 15 A 1) del PCAP) y mucho menos que las personas físicas que componen el equipo de trabajo sean las mismas en el momento de presentación de la oferta de la solvencia (es suficiente con el DEUC) y en el momento de la adjudicación. El recurrente confunde los criterios de selección del operador económico, que son aquellos que le habilitan a participar en el procedimiento de adjudicación, con los criterios de adjudicación, que sirven para comparar ofertas al objeto de identificar la oferta con la mejor relación calidad/precio.

- 2) El apartado K 1 de la carátula del PCAP referido a “Criterios sometidos a juicio de valor: 50 puntos”, señala que se deberá presentar Memoria técnica-funcional referente a la forma de dar cumplimiento a cada uno de los puntos funcionales del pliego. El posible “no cumplimiento” de un punto considerado básico u obligatorio afectaría a la puntuación de la oferta aunque no la eliminaría (salvo en los puntos funcionales marcados en rojo). Entre estos puntos básicos se encuentra en la cláusula 3.1.5 del PPT en su apartado 2 “Implantación de la estructura hardware y software de la solución a implantar”, la exigencia de que la oferta detalle los part number de los elementos. Consecuentemente, la valoración de la oferta en este apartado en 0 puntos es correcta. En lo que respecta a la subsanación de este extremo, se ha de manifestar que, si bien el principio general es el de la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o los errores de la documentación de la oferta técnica o económica (ver, en este sentido la Resolución 23/2018 de este OARC / KEAO), únicamente de forma excepcional ha admitido tal posibilidad siempre que se respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación o negociación de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018). En el supuesto que nos ocupa, la posibilidad de que la recurrente pudiera aportar información contractual sujeta a valoración una



vez abiertas y valoradas el resto de las ofertas implicaría una negociación de su oferta, lo cual está terminantemente prohibido en un procedimiento abierto (ver el artículo 156.1 de la LCSP).

d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa INORCA CONSULTORES, S.L. y KYNDRYL ESPAÑA, S.A. (como sucesor de VIEWNEXT, S.A.), contra la adjudicación del contrato de “Servicio para la implantación y mantenimiento del sistema de gestión comercial (SIGA)”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia / Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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



CUARTO: 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, 2022ko maiatzaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de mayo de 2022