



EB 2024/069

Resolución 185/2024, de 15 de octubre, 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 la empresa LKS NEXT GOB TECH EUSKADI, S.COOP., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de Desarrollo e Implementación de un Aplicativo Informático para la Gestión Productiva y de la Formación y Orientación de los Centros Penitenciarios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa”, tramitado por Aukerak, Agencia Vasca de Reinserción Social.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de mayo de 2024 ha tenido entrada 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 la empresa LKS NEXT GOB TECH EUSKADI, S.COOP., (en adelante, LKS) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de Desarrollo e Implementación de un Aplicativo Informático para la Gestión Productiva y de la Formación y Orientación de los Centros Penitenciarios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa”, tramitado por Aukerak, Agencia Vasca de Reinserción Social.

SEGUNDO: El 9 de mayo 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 entre los días 9 y 23 de mayo de 2024.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de mayo, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 13/2024, de 27 de mayo, se acordó la suspensión provisional del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R. DEL C.E., que actúa en nombre y representación de LKS NEXT GOB TECH EUSKADI, S.COOP.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios 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 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

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Aukerak, Agencia Vasca de Reinserción Social tiene la condición de poder adjudicador y, concretamente, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, el recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) El recurrente alega que la exclusión impugnada se basa en una interpretación errónea de la cláusula específica 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que recoge la solvencia exigible. Asimismo, se le ha privado de la posibilidad de subsanar el contenido del sobre A y se le ha aplicado improcedentemente la cláusula 25 del PCAP, pensada para el licitador propuesto como adjudicatario. Finalmente, señala la incongruencia entre el contenido de la cláusula 21 del PCAP y las cláusulas 25 PCAP y 6.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).
- b) LKS alega que no es necesario que el perfil de Director del proyecto cuente con un certificado UDA o similar y que solo se requiere a un 50% del resto de perfiles que cuenten con experiencia acreditable en proyectos con UDA, Spring o equivalente por un mínimo de dos años, y que dichos conocimientos se puedan acreditar con base en certificaciones o equivalente. Por ello, se entiende que la recurrente cumple los requisitos de solvencia exigidos por los pliegos.

c) Por otro lado, según la cláusula 21 del PCAP, la documentación acreditativa de la solvencia sólo ha de aportarse por el licitador que haya presentado la mejor oferta; en todo caso, se trataría de una omisión subsanable, de acuerdo con los artículos 141.2 y 176 de la LCSP.

d) El recurrente afirma que hay una discrepancia en la documentación contractual, concretamente entre las cláusulas 25 del PCAP y 6.2 del PPT y la cláusula 21.2 del PCAP, que recoge los criterios de solvencia técnica de modo diferente y que es el que debe aplicarse.

e) Adicionalmente, se alega que no figura entre los criterios de adjudicación (cláusula 22 del PCAP) la experiencia del diseñador gráfico, en incongruencia con el PPT. Tampoco se incluyen los certificados UDA como aspecto a evaluar en la experiencia, lo que es incongruente con que sea fundamento de la exclusión.

f) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado, permitiendo que LKS continúe en el procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Los pliegos especifican que el requerimiento de experiencia y certificados se refiere al 50% de las personas asociadas a cada perfil profesional “personas que ocupen los perfiles” y no al número de perfiles, como pretende el recurrente.

b) Aunque no se exige en el momento de la presentación del sobre “A” probar o acreditar la disponibilidad de los medios personales ni el cumplimiento de los requisitos por éstos, sí debe formularse un compromiso de adscripción de medios. La recurrente pretende equiparar esta declaración (Anexo II.2) a la acreditación de lo que más adelante se pedirá a la empresa propuesta como

adjudicataria. Sin que LKS haya formulado petición de aclaración alguna, lo cierto es que su compromiso de adscripción de medios carece de perfil de diseñador con certificado, por lo que no se cumplen los requisitos mínimos fijados en los pliegos.

c) No se trata de una omisión subsanable, pues no se aprecia ningún error que induzca a pensar que la voluntad del licitador era distinta de la efectivamente expresada.

d) No hay incongruencia en los pliegos; si existiera alguna duda sobre el equipo humano, la especificación correspondiente está en la cláusula 6.2 del PPT.

e) No hay contradicción entre la experiencia solicitada como solvencia y la establecida como criterio de adjudicación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente impugna su exclusión del procedimiento de adjudicación, fundamentada en que su compromiso de adscripción de medios no cumple con lo requerido en las cláusulas específicas 21 y 25 del PCAP y en la cláusula 6.2 del PPT. El análisis del recurso debe partir del contenido de dichas estipulaciones, que son firmes por no haber sido impugnadas en tiempo y forma, vinculando al poder adjudicador y a los participantes en la licitación.

(...

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

...

II.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

...

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

...

21.6.- Adscripción obligatoria de medios: sí, de conformidad con el Cuadro <Compromiso de adscripción de medios= del ANEXO II.2.

La efectiva disponibilidad de estos medios debe ser acreditada solamente por la licitadora que haya presentado la mejor oferta mediante los documentos indicados en la cláusula 25.2 de cláusulas específicas del contrato.

...

25.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LA LICITADORA QUE HA PRESENTADO LA MEJOR OFERTA

...

25.2.- Documentación a efectos de acreditar la disponibilidad de los medios materiales y humanos a los que se refiere la cláusula 21.6 de cláusulas específicas del contrato: no procede

...)

(...

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

...

6. EQUIPO, PLANIFICACIÓN Y ORGANIZACIÓN

...

6.2. Organización del equipo de trabajo

Las empresas licitadoras, definirán en sus ofertas los recursos necesarios para cubrir el alcance del proyecto y propondrán la estructura de profesionales adecuada asegurando:

- Proveer los perfiles técnicos necesarios
- Facilitar el número de personas necesarias por perfil

La composición del equipo de trabajo contará, al menos, con los siguientes perfiles profesionales:

- **Jefe/a o Director/a de Proyecto**, persona encargada de la relación con AUKERAK para el presente contrato y responsable de la gestión global del mismo y con capacidad de decisión técnica y económica sobre el contrato. Mínimo requerido de 5 años de experiencia en el ámbito de dirección de proyectos similares al objeto del contrato.
- **Analista Funcional**: Encargado de comprender las necesidades del cliente y traducirlas en requisitos funcionales que guíen el desarrollo de la aplicación. Mínimo requerido de 2

años de experiencia en la ejecución de trabajos de igual o similares características al objeto del contrato.

- **Analista Técnico:** Se encarga de definir la arquitectura tecnológica de la aplicación, tomando en cuenta los requisitos funcionales y asegurando la viabilidad técnica. Mínimo requerido de 2 años de experiencia en la ejecución de trabajos de igual o similares características al objeto del contrato.
- **Analista-Programador/a:** Combina las habilidades de análisis y programación para desarrollar componentes clave de la aplicación, traduciendo los requisitos en código. Mínimo requerido de 2 años de experiencia en la ejecución de trabajos de igual o similares características al objeto del contrato.
- **Programador/a:** Especializado en la escritura de código, implementa las funcionalidades de la aplicación de acuerdo con las especificaciones técnicas y funcionales. Mínimo requerido de 2 años de experiencia en la ejecución de trabajos de igual o similares características al objeto del contrato.
- **Diseñador/a:** Responsable de crear la interfaz de usuario y el diseño visual de la aplicación, asegurando una experiencia atractiva y usable para los usuarios finales. Mínimo requerido de 2 años de experiencia en la ejecución de trabajos de igual o similares características al objeto del contrato.

Al menos un 50% de las personas asociadas a cada perfil citado, excepto en el caso del perfil de Jefe/a o Director/a de Proyecto, deberán contar con experiencia acreditable en proyectos con UDA (Utilidades de Desarrollo de Aplicaciones), Spring o equivalente por un mínimo de 2 años y acreditación de dichos conocimientos en base a Certificaciones o equivalentes.

El equipo de trabajo propuesto estará formado por personal técnico con categoría profesional y nivel de especialización adecuados a las necesidades planteadas en cada momento, de acuerdo con las actividades que se vayan desarrollando.

La empresa licitadora debe comprometerse, en caso de ser adjudicataria, a mantener el equipo, según lo establecido en su oferta, y durante el periodo fijado en cada actividad específica.

Asimismo, la empresa adjudicataria deberá asegurar la disponibilidad de recursos con los conocimientos requeridos para mantener los niveles de servicio y la planificación acordados que permita hacer frente a sus posibles contingencias imprevistas en su personal.

La modificación de alguno de los componentes del equipo adscrito a la ejecución de los trabajos, sin observar el procedimiento y requisitos exigidos que se señalan a continuación, facultará a AUKERAK para calificar dicha modificación como una rotación no planificada. La reiteración en el número de rotaciones no planificadas (mayor o igual al 30 % del Equipo) faculta a AUKERAK para instar a la resolución del contrato.

El equipo será configurado y dimensionado por la empresa licitadora en base a la información descrita en el pliego, así como a su experiencia por el tipo de actividades a realizar.

La empresa licitadora deberá describir en su Documento de Propuesta Técnica:

186/30650

- La organización (perfiles) del equipo de proyecto asignado a la realización de las actividades resultantes del presente pliego.
- Las funciones de los mismos.
- Las horas de trabajo previstas por cada perfil dentro del proyecto utilizando el siguiente formato:

Descripción Perfil	Gest.Proyecto Horas %	Análisis Horas %	Diseño Horas %	Construcción Horas %	Implantación Horas %	TOTAL HORAS
Jefe/a Proyecto						
Analista Funcional						
Analista Técnico						
Analista Programador						
Programador						
Diseñador						
TOTAL						

(...)

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación, las cuales conducen a la estimación del recurso:

1) El artículo 76.2 LCSP establece que los órganos de contratación podrán incluir en los pliegos la exigencia a los licitadores de que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Dichos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211 LCSP, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 LCSP si se incumplen por el adjudicatario.

2) Este Órgano ha señalado (ver su Resolución 106/2021) que del artículo 76 LCSP, titulado “Concreción de las condiciones de solvencia” e insertado en la subsección denominada “Solvencia”, se deduce lo siguiente:

- El compromiso de adscripción de medios es un modo de acreditación de la solvencia, adicional al certificado de clasificación o a los medios previstos en los artículos 88 y siguientes de la LCSP. Por lo tanto, no es un modo de probar el cumplimiento de las prescripciones técnicas ni tampoco se trata de documentación que deba aportarse para aplicar los criterios de adjudicación que identificarán la oferta económicamente más ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 71 y 84/2021 del OARC / KEAO).
- El citado compromiso de adscripción es, como su propio nombre sugiere, un compromiso del licitador que pasa a formar parte del clausulado obligacional del contrato con él formalizado si resulta ser el adjudicatario. Cuando lo exijan los pliegos, el compromiso del artículo 76.2 de la LCSP se inserta en el procedimiento de adjudicación en dos fases diferenciadas, que imponen los siguientes requisitos:

(i) las proposiciones de los licitadores deben incluir el compromiso de adscripción y

(ii) el licitador que haya presentado la mejor oferta debe acreditar la disposición efectiva de los medios a los que se refiere el compromiso.

- La falta de cumplimentación de los requisitos (i) y (ii) anteriores conlleva la exclusión de la proposición o la consideración de que el licitador que ha presentado la mejor oferta la ha retirado, respectivamente. La inobservancia del compromiso por el contratista es un incumplimiento del contrato que puede tener consecuencias como la resolución del negocio jurídico o la imposición de penalidades. Como tal incumplimiento, su existencia solo puede constatarse a propósito de la ejecución del contrato y no durante el procedimiento de adjudicación.

3) En el caso analizado, la cláusula específica 21.6 del PCAP señala que el órgano de contratación decide utilizar la posibilidad prevista en el artículo 76.2 LCSP y solicita, como parte de la solvencia, un compromiso de adscripción de medios. Además, añade, en coherencia con el artículo 150.2 LCSP, que la efectiva disponibilidad de estos medios solo se acreditará, previamente a la adjudicación, por el licitador que haya presentado la oferta más valorada. Por su parte, la cláusula específica 25.2 del PCAP, declara que “no procede” la acreditación de dicha disponibilidad.

4) Lo expuesto en el apartado anterior supone una clara contradicción, pues una cláusula contiene una exigencia de adscripción de medios y la otra indica que no es necesario acreditar su disponibilidad. Por su parte, el Anexo II.2 del PCAP, que contiene la parte del modelo de oferta a la que deben ajustarse el compromiso de adscripción y el cuadro en el que se resume el personal a adscribir, no menciona la experiencia concreta exigible a cada perfil profesional. La cláusula 6.2 del PPT sí señala el requisito de que el 50% de las personas asociadas a cada perfil (salvo el

jefe o director del proyecto) cuenten con cierta experiencia acreditable mediante certificaciones o equivalentes.

- Como ha señalado reiteradamente este Órgano (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita), la existencia en los pliegos de cláusulas contradictorias es una infracción del principio de transparencia (artículo 1.1 LCSP). Este principio obliga al poder adjudicador a procurar que las reglas del procedimiento de adjudicación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación contractual (i) para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y (ii) para que la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas responden a los requisitos aplicables al contrato. No se puede trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas dispersas en distintos documentos contractuales (y ubicadas de forma sistemáticamente improcedente, como se explicará más adelante), 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 (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil). 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 esta tarea, y mucho menos en un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento.
- No cabe aceptar que la exclusión se funde en una infracción de la cláusula 6.2 del PPT, que fija los requisitos de cada perfil profesional. En primer lugar, como ya se ha señalado en el apartado 2) anterior, el compromiso de adscripción y las prescripciones técnicas son dos figuras distintas con

características sustantivas y procedimentales diferentes. Mientras que la declaración sobre la primera se incluye dentro de la solvencia del licitador, a quien es exigible su cumplimentación, la segunda se refiere a la fase de ejecución del contrato, y su cumplimiento debe exigirse al contratista. Además, el PPT no es el documento en el que ha de indicarse la documentación que debe presentar el licitador, por lo que no puede entenderse que la cláusula 6.2 pueda completar lo que, en este aspecto, no ha establecido el PCAP, documento en que sí ha de constar este extremo. En este sentido, además de lo señalado anteriormente sobre la aplicación del principio de transparencia, un consolidado criterio interpretativo establece que las contradicciones entre documentos contractuales han de resolverse en favor de la aplicación del documento en el que ha de ubicarse el contenido debatido (ver, por ejemplo, las Resoluciones 44/2018 y 116/2022 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2021, nº 700/2021, ECLI: ES:TS:2021:2029, así como los artículos 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa LKS NEXT GOB TECH EUSKADI, S.COOP., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de Desarrollo e Implementación de un Aplicativo Informático para la Gestión Productiva y de la Formación y Orientación de los Centros Penitenciarios de Araba, Bizkaia y

Gipuzkoa”, tramitado por Aukerak, Agencia Vasca de Reinserción Social, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión de la recurrente.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para el cumplimiento de 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, 2024ko urriaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de octubre de 2024