



EB 2021/103

Resolución 149/2021, de 17 de septiembre, 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 SISTEMAS INFORMÁTICOS ABIERTOS, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de centro de operaciones de seguridad para monitorización y respuesta ante incidentes de BATERA”, tramitado por EJIE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de junio de 2021 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 SISTEMAS INFORMÁTICOS ABIERTOS, S.A.U. (en adelante, SIA) contra la adjudicación del contrato “Servicios de centro de operaciones de seguridad para monitorización y respuesta ante incidentes de BATERA”, tramitado por EJIE.

SEGUNDO: El mismo día 8 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se 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 11 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de junio, el día 30 de junio se recibieron las alegaciones de INETUM ESPAÑA, S.A (en adelante, INETUM), adjudicataria impugnada.

CUARTO: Con fecha 30 de abril de 2021, se dictó la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO (en adelante, “Resolución 73/2021”), que resolvió el recurso especial EB 2021/21, interpuesto por INETUM contra la adjudicación del contrato que es objeto de la presente impugnación en favor de SIA. En su parte dispositiva figura el siguiente apartado:

“**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INETUM ESPAÑA, S.A. contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Servicios de Centro de Operaciones de Seguridad (SOC) para la monitorización y respuesta ante incidentes de BATERA”, tramitado por Eusko Jaurlaritzaren Informatika Elkarte, EJIE S.A, en los términos expresados en el apartado d) de esta resolución.”

Por su parte, el citado apartado d) de la Resolución citado señala, entre otros contenidos, el siguiente:

“Una vez concluido que los pliegos permiten que se efectúen ofertas a cero euros, que en el procedimiento que nos ocupa la oferta excluida no se halla incurso en temeridad, que la finalidad perseguida por la recurrente es la obtención del contrato y que su oferta no puede calificarse de inadecuada o fraudulenta, no procede la exclusión por la mera aplicación de unas fórmulas que conducen, junto a la suma de la puntuación correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, a un resultado ahora no deseado por el poder adjudicador pero sujeto a las reglas del procedimiento establecido por él mismo. Todo ello conduce a la estimación del recurso, si bien ésta ha de ser parcial porque se ha de retrotraer el procedimiento al objeto de que se readmita la oferta de la recurrente y se continúe el procedimiento de adjudicación.”

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PREVIO: Naturaleza y admisibilidad de las pretensiones del recurso

Previamente a la verificación del cumplimiento por el escrito de impugnación de los requisitos de admisión que, “sensu contrario”, establece el artículo 55 de la



LCSP, debe determinarse la naturaleza de las pretensiones en él contenidas. A continuación, se expone dicha naturaleza y las consecuencias procedimentales que de ella se derivan:

1) SIA solicita la anulación de la adjudicación impugnada y la retroacción de actuaciones por dos motivos:

a) En primer lugar, alega que el acto impugnado contradice la Resolución 73/2021 porque, en contra de lo ordenado por ésta, ha alterado la fórmula de aplicación del criterio de adjudicación que evalúa los precios unitarios. A juicio de este Órgano, SIA está en realidad planteando un incidente de ejecución de los previstos en el artículo 36.3 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 “RPRE”). Consecuentemente, el análisis de esta cuestión se limitará a la comprobación de la correcta ejecución de la Resolución 73/2021, sin que sea posible abrir un debate sobre la legalidad de esta última, el cual solo puede producirse en el marco del correspondiente recurso contencioso administrativo (ver, por ejemplo, la Resolución 30/2017 del OARC / KEAO y el artículo 59.1 de la LCSP).

b) En segundo lugar, se argumenta que la oferta de la adjudicataria impugnada debió ser excluida por infringir un requisito establecido en los pliegos. Esta pretensión debe tramitarse. Debe tenerse en cuenta que SIA ha visto alterada su posición de adjudicataria como consecuencia de la ejecución de la Resolución 73/2021, que resolvió el recurso especial interpuesto por INETUM. En este sentido, tanto SIA como INETUM tienen un “interés legítimo equivalente” en refutar cada uno de ellos la oferta del otro (ver, por ejemplo, las STJUE de 4/7/2013, C-100/12, ECLI: EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13,



ECLI:EU:C:2016:199, así como la Resolución 131/2021 del OARC / KEAO y las que en ella se citan). En el caso que nos ocupa, solo INETUM pudo hacerlo efectivo en el procedimiento que finalizó con la Resolución 73/2021, pues la posición procedimental de SIA en dicho procedimiento era la de un mero interesado al que, como tal, no se le permitió formular pretensión alguna que la Resolución debiera resolver (ver, por ejemplo, la Resolución 56/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no puede ahora negarse a SIA el acceso al recurso especial para que pida la anulación de la nueva adjudicación y la exclusión de INETUM, siempre y cuando ello no suponga, de hecho, impugnar la Resolución 73/2021.

- 2) Por otro lado, SIA argumenta en su escrito (página 10 y siguientes) en contra de la Resolución 73/2021 “con la finalidad de que el OARC revise su propia resolución”; el recurrente califica expresamente esta parte de su impugnación como “Recurso Especial de Revisión”. Tal y como alega INETUM, esta pretensión no puede admitirse a trámite. Los apartados 1 y 3 del artículo 59 de la LCSP establecen la imposibilidad de que la Resolución que pone fin al procedimiento de recurso especial pueda ser revisada por un medio distinto del correspondiente recurso contencioso administrativo, incluyendo cualquier recurso administrativo ordinario o extraordinario o procedimiento de revisión de oficio (ver, por ejemplo, la ya citada Resolución 30/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no se tendrán en cuenta las alegaciones correspondientes contenidas en el recurso.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora que obtendría la adjudicación en caso de prosperar la impugnación y la representación de M.E.M.F., 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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, EJIE tiene la condición de poder adjudicador, aunque no 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 siguientes motivos:

a) El acto impugnado contradice lo dispuesto en la Resolución 73/2021, que señalaba la imposibilidad de que el poder adjudicador introduzca ningún elemento valorativo o juicio discrecional en la aplicación de las fórmulas que rigen la aplicación de los criterios de adjudicación evaluables automáticamente



con base en dichas fórmulas. Concretamente, SIA alega que la aplicación de las fórmulas que valoran los precios unitarios cuando la oferta es “0” conduce a un resultado indeterminado porque el resultado de dividir la oferta más baja (0) entre la oferta propuesta (0) es matemáticamente indeterminado. Sin embargo, EJIE ha optado por asignar a los conceptos ofertados a precio 0 el importe de 0,0001 euros para hacer operativa la fórmula, lo que no está permitido por la Resolución 73/2021 y perjudica la puntuación final obtenida por SIA.

b) La oferta de INETUM debió ser excluida por infringir el apartado 28 (página 41) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que exige, bajo pena de exclusión de la proposición, que todos los importes se expresen con dos decimales; concretamente, el concepto que infringe esta regla es la equivalencia 10kFPM/1Keps, para el que INETUM señala el valor de 0,107.

c) Finalmente, se solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la adjudicación a INETUM para que se excluya su proposición y se adjudique el contrato a SIA.

SEPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

EJIE alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Para hacer operativa la fórmula, se ha asignado a los licitadores que han ofertado el precio “0” el importe 0,0001, sin alterar los criterios de adjudicación y otorgando la máxima puntuación a la oferta más baja; de este modo la fórmula se ha aplicado igualmente a todas las ofertas, compensando los errores en la hoja de cálculo facilitada por EJIE que hayan podido perjudicar a los operadores económicos, que no son causantes del error.

b) Por lo que se refiere a la exclusión de la proposición de INETUM por infringir el apartado 28 del PCAP, se alega que dicho apartado no es aplicable porque el punto de la oferta que supuestamente la contradice no es un “importe”, concepto



al que se refiere la estipulación y que, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), alude a la “cuantía de un precio, crédito o saldo”, sino un dato numérico que dimensiona otro concepto (concretamente, una equivalencia que dimensiona el número de eventos por segundo o flujos por minuto).

OCTAVO: Alegaciones de INETUM

Por su parte, el adjudicatario impugnado alega lo siguiente:

- a) La solución aplicada por EJIE para aplicar la fórmula no implica la introducción de ningún elemento valorativo en ella; por el contrario, a falta de normas específicas en los pliegos válidos se opta por un criterio comúnmente admitido, que es atribuir un valor simbólico a la oferta de importe “0” con el único objetivo de operar lógicamente; el recurso cita en su apoyo varias resoluciones de tribunales de recursos contractuales.
- b) La prohibición de presentar en la proposición importes con tres decimales se hace en el contexto de los “criterios de aplicación de fórmulas”, concretamente las referidas a las que valoran los precios unitarios, lo que no es el caso del número al que se refiere el recurrente, que es una relación entre dos valores.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Son dos las cuestiones que determinan la viabilidad del recurso. Por un lado, debe comprobarse si el acto impugnado respeta el contenido de la Resolución 73/2021 y la ejecuta correctamente. En segundo lugar, debe analizarse la solicitud de que la oferta de INETUM sea excluida por infringir los pliegos que rigen la licitación.



a) Sobre la ejecución de la Resolución 73/2021

El recurrente alega que la Resolución 73/2021 ha sido incorrectamente ejecutada porque se han retrotraído actuaciones alterando el funcionamiento y contenido de las fórmulas que determinan la aplicación de criterios de adjudicación automáticos relativos al precio, lo que la citada Resolución prohíbe. Las fórmulas debatidas (apartado 28 del PCAP, página 40) tienen el formato siguiente:

Peso relativo expresado en % * Precio más bajo ofertado

Precio de la oferta evaluada

En síntesis, SIA entiende que la actuación de EJIE, consistente en aplicar la fórmula como si la oferta de INETUM hubiera sido de 0,0001 euros a pesar de que el importe realmente ofertado fue 0 es una alteración de dicha fórmula. Según la recurrente, la correcta aplicación de la fórmula a la oferta de INTEUM, tal y como esta empresa la ha presentado, llevaría a que la fórmula diera un resultado matemáticamente indeterminado (0/0). Esta alegación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La conclusión de que la introducción de un precio “0” en las fórmulas llevaría a un resultado indeterminado es correcta desde el punto de vista matemático más estricto, es decir, operando con números abstractos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las citadas fórmulas no operan en términos puramente abstractos, sino con números que representan puntuaciones que, a su vez, miden la ventaja económica que aporta cada proposición; dicho de otro modo, son criterios de adjudicación. A juicio de este Órgano, es ésta la perspectiva desde la que debe analizarse la cuestión.
- 2) Partiendo del hecho de que (i) la fórmula cuya aplicación se debate no fue impugnada en su momento, (ii) que el precio propuesto (0 euros) aporta



al poder adjudicador la mayor ventaja que puede identificar un criterio de adjudicación que mide el precio, que es la realización sin contraprestación monetaria de la prestación y que (iii) no es aceptable que el resultado de la evaluación de una oferta sea un número de puntos “indeterminado”, debe considerarse que la ejecución de la Resolución por el poder adjudicador es correcta, dado que es claro que la fórmula busca que el precio más bajo obtenga la puntuación máxima posible.

- 3) Por otro lado, la opción de dar como resultado dicha puntuación es la única razonable y coherente con la naturaleza del criterio de adjudicación debatido y es además respetuosa con la ponderación atribuida a éste, sin que la recurrente plantee cuál debió ser la correcta ejecución de la Resolución 73/2021 de este OARC / KEAO, que no consta a fecha de hoy que haya sido recurrida ante la jurisdicción contencioso – administrativa.

Sobre la exclusión de la oferta del adjudicatario impugnado

El recurrente alega la infracción del apartado 28 del PCAP (página 41), cuyo contenido es el siguiente:

“Normas para cumplimentar las Excel modelo de oferta sobre B:

(...)

3. Todos los importes deben incluirse con dos decimales, no admitiéndose con menos o más decimales.

(...)

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos conlleva la exclusión de la oferta.”

A juicio de este Órgano, y tal y como señalan el poder adjudicador y el adjudicatario impugnado, este motivo de recurso debe desestimarse. La palabra “importe” evoca el resultado de la medición de una magnitud monetaria, tal y como señala el diccionario de la RAE (mencionado por EJIE), que habla de la “cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo”, y no a cantidades que expresen conceptos de otro tipo. Esta definición es además coincidente con la acepción y el uso más común de la palabra; así, se dice “el importe del déficit de la



Comunidad Autónoma”, “el importe de la oferta del licitador” o “el importe de la cuenta de la cena en el restaurante”, pero no “el importe de la velocidad máxima que puede alcanzar un vehículo”, “el importe de la distancia entre la Tierra y la Luna” o “el importe de la fuerza de la gravedad”. Dado que acudir a la literalidad es el criterio de interpretación preferente de los pliegos (a falta de datos que permitan entender que la intención del poder adjudicador era otra), no puede considerarse que la oferta de INETUM haya infringido las bases de la licitación (ver, por ejemplo, las Resoluciones 146/2018 y 93/2020 del OARC / KEAO, así como el artículo 1.281 del Código Civil). A la misma conclusión desestimatoria se llega si se tiene en cuenta que el principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP) impide perjudicar al licitador que se acoge a una interpretación aceptable de los pliegos (como sin duda ha hecho el adjudicatario recurrido) aplicándole otra que supone su exclusión y que no es la que deduciría inequívocamente un licitador normalmente diligente (ver, por todas, la Resolución 113/2021 del OARC / KEAO).

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: En relación con el recurso especial interpuesto por SISTEMAS INFORMÁTICOS ABIERTOS, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de centro de operaciones de seguridad para monitorización y respuesta ante incidentes de BATERA”, tramitado por EJIE:

- 1) Inadmitir el recurso extraordinario de revisión contra la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO.



2) Desestimar el recurso especial.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: 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 irailaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de septiembre de 2021