



EB 2021/021

Resolución 073/2021, de 30 de abril, 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 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.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de febrero de 2021 la mercantil INETUM ESPAÑA, S.A. (en adelante, ITENUM) interpuso 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) un recurso especial 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.

SEGUNDO: El día 11 de febrero este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, 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 15 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 19 de febrero, se han recibido las alegaciones de Sistemas Informáticos Abiertos, S.A. (en adelante, SIA), adjudicataria impugnada, el día 1 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora interesada en obtener el contrato y la representación de J.N.M, que actúan 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 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso especial.

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 y, pero no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

- a) La exclusión de la recurrente, basada en que su oferta de un precio de cero (0) euros para determinadas partidas incurre en fraude, no es conforme a derecho, pues cumple con todas las premisas que los tribunales y órganos de recursos contractuales exigen a las ofertas para que sean consideradas válidas.
- b) En particular, (i) la oferta de Itenum es onerosa (cuestión que el Informe jurídico no pone en duda), pues cumple con la premisa de que la oferta en su conjunto tiene un precio positivo y no se halla incurso en presunción de temeridad (ii) se han seguido las instrucciones del apartado 28 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) para cumplimentar la oferta conforme al modelo a incluir en el sobre B, que es lo que ha sido valorado conforme a fórmulas que no quedan desvirtuadas y que permiten ordenar las ofertas de manera proporcional; en este sentido, Itenum ha preparado la mejor oferta entendida ésta como la que mayor puntuación obtiene y (iii) el resultado final del procedimiento no ha supuesto otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más cara, ya que en este caso, tal y como afirma el Informe jurídico “no se conoce el importe total y se adjudica a precios unitarios” pero, en cualquier caso, la relación entre la puntuación de la oferta y el precio final no es un soporte válido para la exclusión por no motivarse la exclusión en ello.
- c) Pese a la aparente extensión del informe jurídico, este adolece de motivación suficiente para fundamentar una decisión tan grave como la de la exclusión de la oferta.



d) Finalmente, solicita declarar nula o anular la resolución impugnada, revocando la misma, para que se dicte otra ajustada a derecho que resuelva adjudicar el contrato a favor de la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de SIA

SIA, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

a) Los tribunales y órganos de recursos reconocen la posibilidad de ofertar a cero euros por alguna de las prestaciones incluidas en el pliego si dicho precio está incluido dentro del precio general del contrato y si para obtener la puntuación final no se utilizan fórmulas en las que la puntuación cambia si se consigna cero en las partidas individuales y se compensa el importe en otra partida.

b) El apartado 28 del PCAP establece que los precios de la oferta son unitarios en cada una de las partidas solicitadas. La recurrente, en las partidas unitarias SOC ha ofertado un coste de 0 euros compensándolo con un incremento en otras partidas. Es irreal que no exista precio para esta partida. SIA ha presentado oferta a todos los costes unitarios, tal y como se requiere en el PCAP, y en base a la buena fe que ha de regir la presentación de las ofertas. En contra la recurrente ha obtenido una puntuación superior a la de SIA a pesar de que su oferta (1.593.754,91 €) tiene un coste superior al de SIA (1.313.450 €). Es claro que la recurrente ha obtenido una puntuación superior a la de SIA mediante la aplicación de artificios numéricos.

c) En el presente caso no se cumple el requisito de que el resultado final de la aplicación de la fórmula no suponga otorgar una mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.

d) El acuerdo de adjudicación está suficientemente motivado. Ya que permite conocer al destinatario las razones de la decisión adoptada (exclusión por fraude de ley) y permitir frente a ella la adecuada defensa.



e) Existe otra causa de exclusión, que no ha sido apreciada por el órgano de contratación, consistente en que INETUM, en contra de lo dispuesto en la página 41 del PCAP, ha incluido en su oferta (celda D12) un importe con tres decimales a la equivalencia 10kFPM/1kEPS: 0,107.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los argumentos que concluye de la siguiente manera:

a) Los precios unitarios a cero euros, considerados como ausencia de precio para las contraprestaciones de servicios, se incluyen con la única intención de obtener más puntuación, alterar la aplicación de las fórmulas y perjudicar al resto de las ofertas. No existe, por tanto, precio para los servicios, lo que afecta al conjunto positivo de la oferta, careciendo de precios una gran parte de las prestaciones de servicios requeridas, independientemente del carácter sucesivo de las mismas.

b) La fórmula queda desvirtuada y, admitiendo la oferta excluida, no permite una ordenación proporcional de las ofertas.

c) El margen de actuación en la presentación de ofertas no implica libertad absoluta en el planteamiento de las ofertas y menos aún con la directa intención de distorsionar la aplicación de la fórmula en beneficio propio. Plantear la oferta en estos términos inculcaría el principio de competencia leal y efectiva. Además, provoca resultados absolutamente discriminatorios, arbitrarios y lesivos al interés público.

d) El resultado final supondría otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más cara, tomando como referencia el modelo de presentación con el escenario importe total, y las comparativas incluidas en el informe de oposición al recurso.



e) Teniendo en cuenta todo lo anterior la oferta de INETUM debe quedar excluida por haberse planteado en fraude de ley.

f) De aceptar las pretensiones de la recurrente, se estarían vulnerando los principios de igualdad de trato y libre competencia.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente solicita, en síntesis, que se admita su oferta por considerar que no concurre fraude en su presentación y que se le adjudique el contrato por ser la oferta económicamente más ventajosa. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de condiciones particulares (en adelante, PCP) y Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) que rigen la licitación, que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, su contenido vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación, y por la motivación de su exclusión; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES

28.CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

CRITERIO	PESO RELATIVO
Criterios evaluables mediante fórmulas (Sobre B)	51
Suscripción SIEM 1k EPS	10
Suscripción EDR 1K endpoints	11,5
SOC SIEM 1k EPS	9
SOC EDR 1K endpoints	11
EQUIVALENCIA 10kFPM/1kEPS	2,5
Módulo "UBA"	3,5
Perfil Respuesta Incidentes Críticos	1
Vigilancia digital	2
Alta entidad no BATERA	0,5
<i>*Los conceptos indicados son los referidos de acuerdo al Anexo I- Modelo económico</i>	



(...)

- Criterios de aplicación de fórmulas

La puntuación para el Sobre B se obtendrá con la aplicación de la siguiente fórmula en función de los diferentes precios unitarios propuestos solicitados:

$$\begin{aligned} \text{Puntuación} = & \frac{10 \cdot \text{COSTE SUSCRIPCION SIEM 1K EPS más bajo}}{\text{COSTE SUSCRIPCION SIEM 1K EPS oferta evaluada}} \\ & + \frac{11,5 \cdot \text{COSTE SUSCRIPCION EDR 1K ENDPOINTS más bajo}}{\text{COSTE SUSCRIPCION EDR 1K ENDPOINTS oferta evaluada}} \\ & + \frac{9 \cdot \text{COSTE SOC SIEM 1K EPS más bajo}}{\text{COSTE SOC SIEM 1K EPS oferta evaluada}} + \frac{11 \cdot \text{COSTE SOC EDR 1K ENDPOINTS más bajo}}{\text{COSTE SOC EDR 1K ENDPOINTS oferta evaluada}} \\ & + \frac{2,5 \cdot \text{EQUIVALENCIA} \frac{10\text{kFPM}}{1\text{kEPS}} \text{valor más bajo}}{\text{EQUIVALENCIA} \frac{10\text{kFPM}}{1\text{kEPS}} \text{valor oferta evaluada}} \\ & + 13,5x \left(1 - \frac{\text{COSTE MÓDULO UBA oferta evaluada}}{\text{COSTE MÓDULO UBA oferta de mayor precio}} \right) \\ & + \frac{1 \cdot \text{COSTE PERFIL RESPUESTA INCIDENTES CRITICOS más bajo}}{\text{COSTE PERFIL RESPUESTA INCIDENTES CRÍTICOS oferta evaluada}} \\ & + \frac{2 \cdot \text{COSTE VIGILANCIA DIGITAL más bajo}}{\text{Coste VIGILANCIA DIGITAL oferta evaluada}} \\ & + \frac{0,5 \cdot \text{COSTE ALTA ENTIDAD NO BATERA más bajo}}{\text{Coste ALTA ENTIDAD NO BATERA oferta evaluada}} \end{aligned}$$

1 Nota: en caso de que concurra un único licitador al contrato, se le asignarán los 3,5 puntos correspondientes al COSTE MODULO UBA, no aplicándose la parte de la formula correspondiente al sumando $3,5x(1 - \frac{\text{COSTE MÓDULO UBA oferta evaluada}}{\text{COSTE MÓDULO UBA oferta de mayor precio}})$ señalada en el punto anterior, puesto que aplicándola con un único licitador la puntuación sería cero, en lugar de 3.5 puntos que debiera obtener si aporta precio en ese apartado.

Normas para cumplimentar las Excel modelo de oferta sobre B:

Se incorporarán los documentos en Excel cumplimentados.

Deberá cumplimentarse el modelo de documentos Excel establecidos al efecto, con las siguientes normas:

1. Cumplimentar únicamente las celdas para los importes ofertados, y establecidas al efecto.
2. No alterar, añadir ni eliminar filas o celdas, o cualquier otro tipo de modificación de los modelos en las Excel, salvo en aquellos registros que permitan incorporar o completar datos.
3. Todos los importes deben incluirse con dos decimales, no admitiéndose con menos o más decimales.
4. Si algún importe es cero, indicar 0 (cero), no dejar en blanco o con guion.



5. Las unidades estimadas para la red de Gobierno indicadas en la excel modelo a cumplimentar, no suponen en ningún caso compromiso de consumo de dichas unidades y de gasto para EJIE. Las unidades estimadas están establecidas con la finalidad de realizar un ejercicio de previsión de viabilidad y la suma del importe de todos los conceptos en dicho ejercicio no debe superar el importe máximo indicado de 1.600.000,00€ sin IVA (alcance puesta en marcha y servicio inicial para EJ-GV en los 38 meses de vigencia del contrato). En el caso de obtener un importe superior en el ejercicio de simulación, la oferta quedará excluida.

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

CONDICIONES ESPECIFICAS

(...)

Tracto

Único ☐

Sucesivo ☒

(...)

38. PRECIOS Y PAGOS

- Contratos de tracto único

Se adjudicarán a la oferta con mejor relación calidad coste, y por un precio cierto propuesto por dicha contratista.

- Contratos de tracto sucesivo

En este supuesto, el contrato se establece con presupuesto limitativo máximo, por el cual las adjudicatarias del contrato o en su caso, de cada lote, se obligan a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato haya quedado definido con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de EJIE (o las entidades de las que es medio propio). Así, el precio está fijado por unidades de ejecución o de tiempo, e importe total indeterminado por lo que el gasto efectivo está condicionado a las necesidades de EJIE y sus clientes, por lo tanto, éstas no quedan obligadas a demandar una determinada cuantía de unidades ni al gasto de la totalidad del presupuesto.

La contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato. El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, o en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado. Se aplicará lo establecido en el artículo 198 de la LCSP.

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS

7.7 Plan de facturación



A continuación, se describe el plan de facturación propuesto durante la vigencia del contrato, atendiendo al Modelo de Servicio y sus condiciones de evolución.

7.7.1 Conceptos de cuota variable

Entre los conceptos de cuota variable se encuentran aquellos relativos a las nuevas suscripciones/renovaciones de servicio correspondientes a las plataformas tecnológicas (SIEM, EDR) y aquellos relativos a los servicios prestados desde el SOC, vinculados en ambos casos al volumen y dimensionamiento de la solución en cada momento.

7.7.1.1 Facturación de los servicios de SOC

Las condiciones de pago serán las siguientes:

- Los servicios de SOC se abonarán mensualmente (a mes vencido) en función de los costes unitarios ofertados de acuerdo al Modelo Económico y el dimensionamiento del servicio en cada periodo (mes). o Los Servicios de monitorización, administración y operación de la plataforma SIEM se abonarán en base al número de bloques enteros de 1.000 eventos por segundo que se
 - estén monitorizando en cada periodo, redondeándose al número entero más cercano, de acuerdo a las condiciones establecidas en el capítulo 7.3. A modo de ejemplo: ▪ Si se monitorizan en el servicio 5.600EPS, entonces se abonarán 6 bloques de 1000EPS.
 - Si se monitorizan en el servicio 5.250EPS, entonces se abonarán 5 bloques de 1000EPS.
 - Los *Servicios de monitorización, administración y operación de la plataforma EDR* se abonarán en base al número de bloques enteros de 1.000 endpoints que se estén monitorizando en cada periodo, de acuerdo a las condiciones establecidas en el capítulo 7.3, siguiendo los ejemplos establecidos en el punto anterior. ▪ El servicio de Threat Hunting se facturará dentro de este concepto, aunque se considera un servicio a prestar con carácter general desde el SOC.
- El número medio de eventos por segundo y endpoints que se monitorizan son parámetros que se revisarán mensualmente con la evolución del servicio. En caso de darse un incremento respecto al mes previo se procederá con la revisión de la facturación, y escalado si procede, de acuerdo a lo establecido en el capítulo 7.4.
- Con idea de absorber la relación de trabajos vinculados a la puesta en marcha de plataformas, se considerará una primera factura mensual de servicios de SOC considerando la monitorización de 3.000EPS y 3.000 endpoints, que evolucionará de acuerdo a los criterios establecidos de forma previa.
- La última factura mensual del servicio estará sujeta a la ejecución con garantías de la devolución del servicio de acuerdo a las condiciones establecidas en el capítulo 7.5.

7.7.1.2 Facturación las suscripciones SIEM y EDR

Las condiciones de pago serán las siguientes:

- Las suscripciones y su renovación tendrán un carácter anual, salvo el año de adquisición que será la parte proporcional hasta 31 de diciembre de dicho año. o Como excepción: a la fecha de formalización del contrato se adquirirán suscripciones sobre la plataforma SIEM y sobre la



plataforma EDR para 3.000EPS y 3.000 endpoints. En caso de que esta primera adquisición se realice antes de la finalización del año 2020, se procederá con la adquisición de las suscripciones hasta 31/12/2021, abonándose la parte proporcional correspondiente.

- El pago se realizará en el mes en que se haya producido dicha solicitud/renovación.
 - El importe de facturación se calculará en función de las nuevas altas/renovaciones de suscripciones que se hayan producido en el mes, de acuerdo a los costes unitarios ofertados en el Modelo Económico. o Las suscripciones se solicitarán en base a bloques enteros de 1.000EPS (SIEM) y 1.000 endpoints (EDR), **redondeando al número entero superior** con el fin de garantizar la prestación del servicio. ▪ Así, por ejemplo, en el caso de monitorización de 1.300EPS, se contratarían 2 bloques de suscripciones de 1.000EPS.
 - y en el caso de monitorización de 1.900EPS, se contratarían igualmente 2 bloques de suscripciones de 1.000EPS.
- La solicitud tanto de nuevas altas como de renovaciones estará sujeta a validación por parte de EJIE, tras notificación por parte del SOC

7.7.2 Conceptos de cuota fija

Cuando sea una entidad u organismo que actualmente no esté en BATERA el que solicite la adscripción del servicio, los trabajos relativos a la consultoría, definición y puesta en marcha inicial del servicio para dicha entidad se cotizarán de forma independiente a los servicios prestados por el SOC (concepto *Alta de entidad no BATERA* en el Modelo Económico).

El pago será único, al cumplimiento del hito de su implantación, testeo, y documentación, previa aprobación por parte de EJIE, de acuerdo al coste ofertado para este concepto.

MOTIVACIÓN DE LA EXCLUSIÓN

RESULTANDO, que la Mesa de Contratación, en fecha 20 de noviembre de 2020, a las 09:00 horas, se reúne para analizar el informe técnico definitivo y el informe jurídico obrante en el expediente, concluyendo que con la presentación de la oferta de IECISA de todos los servicios objeto de contratación a cero euros, imputando el coste a los conceptos de suministros, desvirtúa las fórmulas establecidas en los pliegos, con el fin de obtención de la totalidad de la puntuación y que los demás licitadores obtengan cero puntos, apreciando por lo tanto, fraude en la presentación de la oferta. Por lo tanto, debe excluirse la oferta de IECISA y quedando como oferta con mayor puntuación Sistemas Informáticos Abiertos S.A., seguida de la oferta de Viewnext S.A.

De forma previa a las consideraciones que se efectúen sobre la cuestión planteada, este OARC / KEAO considera conveniente efectuar unas precisiones sobre el alcance y contenido del debate planteado al objeto de centrarlo:



- 1) Con la salvedad de la alegación de EJIE sobre la desvirtuación de la fórmula, que se analiza en el apartado b) de esta Resolución, las partes no discuten los criterios de adjudicación ni las fórmulas establecidas en el PCT para la valoración de los precios unitarios ofertados. Por el contrario, el poder adjudicador en el documento denominado “Informe sobre la admisión de la oferta sobre B de IECISA en el expediente EJIE-065-2020” concluye que los pliegos están correctamente definidos.
- 2) La exclusión de la oferta obedece, según la motivación contenida en el acuerdo de adjudicación del contrato, a que se aprecia fraude en la oferta de 0 euros en varios precios unitarios desvirtuándose, de esta manera, las fórmulas establecidas en los pliegos con el fin de obtener la totalidad de la puntuación y que los demás licitadores obtengan 0 puntos.
- 3) La oferta excluida no se halla incurso en presunción de anormalidad conforme al parámetro establecido a tal efecto en la condición específica 29.

Teniendo en cuenta lo antecedente, las consideraciones sobre el fondo de la cuestión son las siguientes:

- a) Sobre la forma de determinación del precio del contrato impugnado y los requisitos de la oferta económica

La exclusión de la recurrente se basa en que la oferta de ejecutar cuatro de los ocho precios unitarios a un precio de 0 euros se ha efectuado en contra de la buena fe con el propósito de obtener en cada una de las fórmulas que valoran dichos precios unitarios el máximo de la puntuación en perjuicio de sus competidores. Para analizar esta actuación se debe partir de la forma en que los pliegos han configurado la forma de determinar el precio del contrato y la oferta económica.



a 1) El sistema de determinación del precio

El precio del contrato está referido a precios unitarios (condición específica 10) y, en cuanto al número de unidades que se requerirán, el modelo de oferta económica que figura en un documento Excel anexo I al PCT presenta un ejercicio de simulación sobre la base de unas determinadas estimaciones, pero manifestando que ello no supone compromiso para ninguna de las partes. Por otra parte, la información contractual indica que el gasto efectivo está condicionado a las necesidades de EJE y sus clientes y, por lo tanto, no existe obligación de demandar una determinada cuantía de unidades (condición general 38) y que la adjudicación y formalización del contrato no suponen en modo alguno el derecho del contratista adjudicatario a cobrar el presupuesto máximo del contrato, ya que se trata de un presupuesto con facturación variable en base a diferentes conceptos según modelo económico, aplicando a los mismos los precios unitarios según oferta adjudicada, puesto que se trata de un contrato de tracto sucesivo y así está contemplado en el pliego de condiciones generales (condición específica 12 “Régimen de pagos y facturación”). En suma, nos encontramos ante un contrato en el que el adjudicatario se obliga a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario y el precio del contrato finalmente percibido por el contratista será el que resulte de multiplicar el número de unidades efectivamente ejecutadas por el precio unitario ofertado (ver, por ejemplo, la Resolución 81/2020 del OARC / KEAO y el artículo 17 de la LCSP).

a 2) Requisitos de la oferta económica.

El PCT no contiene pauta alguna para ofertar los precios unitarios, a excepción del precio unitario máximo de dos conceptos, el del “Perfil respuesta incidentes críticos” (800,00 euros) y el de “Alta entidad no batera” (40.000,00 euros). En particular, no se fija un precio o presupuesto máximo para el resto de precios unitarios y para ninguno de ellos se establece un importe mínimo que se deba respetar en la presentación de la oferta. Por el contrario, en la cláusula 28 “Criterios de adjudicación” (página 41 del PCP), el apartado referido a “Normas para cumplimentar las Excel modelo de oferta sobre B”, que es aquél en el que se deben ofertar los ocho



precios a valorar mediante fórmulas, prevé en su punto cuarto la eventualidad de una oferta a 0 euros al especificar que “Si algún importe es cero, indicar 0 (cero), no dejar en blanco o con guion”. El poder adjudicador afirma que esta previsión contempla un concepto concreto y específico (el módulo UBA), pero lo cierto es que, de su ubicación sistemática (como una norma general para rellenar el documento Excel en que consiste la oferta económica) y de los términos generales en los que se halla redactada, se llega a la conclusión de que admite la posibilidad de que uno o varios precios unitarios puedan ser ofertados a 0 euros; en este mismo sentido, el apartado 8 “Criterios objetivos” (página 135) del Informe de adjudicación reproduce la citada cláusula como introducción previa a la exposición de los resultados de la aplicación de todos los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas, sin distinción, y mencionando expresamente la existencia de ofertas a “0, 00” euros sin que ello merezca reproche alguno. En concreto:

- (i) en el modelo de oferta económica (hoja Excel), la nota al pie del precio unitario “Módulo UBA 1kEPS” en el que literalmente se señala que “Nota: Para aquellos casos en que, como parte de su propuesta, el licitador incluya el coste de este módulo dentro del coste de la suscripción base del SIEM (“suscripción SIEM 1kEPS”), el licitador indicará un “Precio.ud (€) sin IVA” de 0€ ” no puede ser considerada como una previsión expresa de que no se licite 0 euros al resto de precios unitarios.
- (ii) el error que arroja el documento excel en el que se debe realizar la oferta de precios unitarios en la celda de “Precio ud (€) con IVA” se debe a que incluye una fórmula que automáticamente multiplica la cantidad ofertada en la celda “Precio ud (€) sin IVA” por el factor 1,21, produciéndose este mismo error en la celda correspondiente al precio unitario con IVA del “Módulo UBA 1kEPS”, que según el poder adjudicador es el único en el que se prevé una oferta de 0 euros, de lo que puede concluirse que este mismo error era extensible a todas las celdas del documento.
- (iii) los errores que arroja el documento Excel presentado por la recurrente en los precios consignados a 0 euros en la simulación solicitada son irrelevantes porque no son objeto de valoración.



Consecuentemente, únicamente cabe concluir que las estipulaciones del contrato no indican inequívocamente que no puedan ofertarse precios unitarios por un importe de 0 euros para el resto de unidades diferentes al módulo UBA ni mucho menos expresan que la consecuencia aparejada a tal actuación sea la de la exclusión de la oferta. En cualquier caso, 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 124/2019 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.

b) Características de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas y su consecuencia en el caso analizado.

El PCT asigna a los criterios evaluables mediante fórmula un peso relativo de 51 puntos sobre 100, divididos en nueve criterios secundarios, de los cuales ocho corresponden a la valoración de cada uno de los ocho precios unitarios a ofertar. A cada uno de los criterios secundarios se le aplica una fórmula, siendo la suma de los valores obtenidos por la aplicación de todas las fórmulas la que arroja la puntuación de cada licitador en los criterios automáticos. Es de reseñar que, si bien los licitadores debían incluir en su oferta un ejercicio de simulación basado en las estimaciones de consumo del poder adjudicador, la cifra global resultante de este ejercicio no es objeto de valoración, lo cual es congruente con el sistema de determinación del precio del contrato referido a precios unitarios.

Debe recordarse que, si bien en un primer momento el poder adjudicador goza de un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, en la fase de selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede separarse de los criterios especificados en las bases de la convocatoria, ya que ello garantiza el principio de igualdad de trato y la competencia en el



procedimiento de adjudicación. En lo que se refiere específicamente a los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas”, que son los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como “aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”, este Órgano ha manifestado (ver, por todas, su Resolución 145/2020) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de los criterios como automáticos tiene consecuencias procedimentales, como un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas y, lo que es más relevante para el caso analizado, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

Trasladado todo lo anterior al supuesto que nos ocupa, este OARC / KEAO considera que lo siguiente:

- 1) No se puede excluir la oferta de un licitador, efectuada conforme a las reglas establecidas en las bases de la licitación, mediante la alteración de los elementos de la fórmula de aplicación de un criterio. Una vez determinado que la citada fórmula no prohíbe las ofertas de importe “0”, no cabe introducir en ella posteriormente dicha prohibición, y solo corresponde aplicarla en los términos en los que está configurada. Esta consideración es especialmente oportuna en este supuesto porque no solo se ha alterado la fórmula introduciendo en ella una figura tan radicalmente sujeta al análisis de conceptos jurídicos indeterminados



como es el fraude de ley, sino que la modificación ha conllevado nada menos que la exclusión de un licitador que se ha ajustado a las bases de la licitación. En este sentido, este Órgano ha señalado reiteradamente que la exclusión de una proposición debe basarse en motivos previstos en la legislación aplicable o en cláusulas de los pliegos claras y entendibles por cualquier operador económico diligente, lo que, como ya se ha dicho, en ningún caso sucede en este supuesto (ver, por todas, la Resolución 44/2021 del OARC / KEAO).

- 2) Alega el poder adjudicador que la oferta de más de un precio unitario a 0 euros distorsiona el resultado de la aplicación de las fórmulas y, para efectuar esta afirmación se basa en dos simulaciones: la primera, la que debían incluir los licitadores en su oferta en la que el importe total de la oferta de la recurrente supera a la de la adjudicataria impugnada, y la segunda, la aportada por el poder adjudicador y consistente en recalcular las puntuaciones de las fórmulas que valoran los precios unitarios bajo la hipótesis de que el resto de licitadoras ofertan dichos precios a 0 euros. Pues bien, ninguna de ambas simulaciones (la presentada por los licitadores en su oferta o la efectuada por el poder adjudicador) demuestra que las fórmulas sean inaplicables o que conduzcan a resultados improbables. En concreto, la simulación aportada por los licitadores junto con su oferta a los precios unitarios no era valorable, siendo ésta una decisión del poder adjudicador coherente con la estructura de la obligación en la que el precio del contrato será el que resulte de multiplicar a las unidades efectivamente ejecutadas el precio unitario ofertado; de haber considerado el poder adjudicador que el precio global resultante de la simulación era el relevante para deducir la ventaja económica de la oferta, lo hubiera establecido en los pliegos. Por su parte, la simulación efectuada por el informe del poder adjudicador de contestación al recurso no puede ser aceptada porque se basa en una hipótesis del todo errónea que parte de la valoración de unos precios no ofertados por los licitadores.



- 3) Asimismo, alega el poder adjudicador que las fórmulas no permiten una ordenación proporcional de las ofertas, pero este efecto, de producirse, es resultado de unas fórmulas establecidas en unos pliegos que el poder adjudicador afirma que están correctamente definidos, por lo que el resultado de aplicarlas a una oferta efectuada conforme a lo establecido en dichas bases no puede ser el de la exclusión. En cualquier caso, en el expediente de contratación consta la ordenación de los licitadores conforme al resultado de la valoración de los criterios de adjudicación automáticos (Resultando quinto del Acuerdo de adjudicación del contrato). Consecuentemente, esta alegación debe ser desestimada.

c) Sobre el carácter fraudulento o “irreal” de la oferta del recurrente

El fundamento del acto impugnado es, en síntesis, la consideración de que la oferta ha sido formulada en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil); por su parte, SIA alega que la proposición de ciertos precios unitarios a importe “0” es “irreal”. A juicio de este Órgano, estos argumentos no son aceptables por los siguientes motivos:

- 1) No cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que su objetivo es lograr la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente, ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (ver en este sentido la Resolución 43/2013 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación con la exclusión del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 4/2017 del OARC / KEAO).
- 2) No se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego el que ha inducido su contenido al establecer



la ponderación, el valor relativo que se otorga a cada precio unitario y las fórmulas de cálculo de la puntuación, todo lo cual, unido a la falta de límites máximos (a excepción de dos de los precios unitarios) o mínimos para la oferta de los precios, permite a la recurrente rebajar hasta el extremo de 0 euros el precio unitario de determinados conceptos sin que incurra en temeridad. Además, para que la conducta de la recurrente pudiera ser calificada de fraudulenta, el artículo 6.4 del Código Civil requiere la obtención de un fin contrario al ordenamiento jurídico y no puede ser considerado como precepto o principio jurídico infringido el alegado por el poder adjudicador de que se desvirtúan las fórmulas con la finalidad de que el resto de los licitadores obtenga 0 puntos pues, que el licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible, con respeto a las reglas establecidas en las bases, es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva.

- 3) Finalmente, este Órgano entiende que la opción adoptada en la oferta del recurrente no puede considerarse una práctica empresarial inadecuada. En primer lugar, nada obliga a los licitadores a repercutir íntegra o parcialmente el coste de cada prestación en el correspondiente precio unitario. De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incursas en presunción de anormalidad (STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685), y sin matización alguna sobre su efecto en la valoración del resto de las ofertas. En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman



globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal resultado. En su caso, corresponde al poder adjudicador ser consciente de dicha práctica para tenerla en cuenta en el diseño de los criterios de adjudicación y de los requisitos de presentación de la oferta económica.

d) Conclusión

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.

Debe señalarse que el adjudicatario impugnado indica que la proposición del recurrente está incurso en una causa de exclusión no apreciada por el órgano de contratación. Dado que la resolución del recurso especial debe ser congruente con la petición y la posición de dicho adjudicatario es la de un simple interesado (artículo 57.2 de la LCSP y Resolución 56/2017 del OARC / KEAO) y no puede empeorar su situación inicial (artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), no cabe que este Órgano se pronuncie sobre esta cuestión.

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 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.

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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento.

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 apirilaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de abril de 2021