



EB 2020/184

Resolución 028/2021, de 22 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS, S.L. e ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Suministro del servicio de centro de operaciones de ciberseguridad (SOC) para HAZI”, tramitado por HAZI.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2020 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 la empresa INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS, S.L. e ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L. (en adelante, “UTE ICA” o “la recurrente”) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Suministro del servicio de centro de operaciones de ciberseguridad (SOC) para HAZI”, tramitado por HAZI.

SEGUNDO: El día 22 de diciembre 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 23 de diciembre.





TERCERO: Con fecha 28 de diciembre la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 41/2020, que suspende el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de enero, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de las recurrentes, que concurrieron a la licitación con el compromiso de formalizar una Unión Temporal de Empresas, así como la representación de J.C.N.G., que actúa en nombre de ambas.

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. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, de acuerdo con el artículo 3 de la LCSP, HAZI tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública.

SEXTO: Motivos del recurso

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

a) El acuerdo de exclusión impugnado se fundamenta en que la documentación presentada por la recurrente como licitadora que había presentado la oferta más valorada (artículo 150.2 de la LCSP) tiene las siguientes carencias:

- Dado que la UTE ICA declaró que no integraba su solvencia con la de terceros ni se proponía subcontratar ningún servicio, se le solicitó la acreditación de la disponibilidad de la UTE o la de alguno de sus integrantes de la capacidad para tramitar la renovación directa con la firma FIREEYE de las licencias del producto de este fabricante desplegadas en HAZI.
- Según la documentación presentada por UTE ICA, la citada renovación se tramitaría mediante otra entidad que no forma parte de la UTE, por lo que el poder adjudicador entiende que existe subcontratación, lo que, supondría la exclusión del procedimiento de adjudicación por infringir los pliegos.



b) El recurrente alega que su oferta cumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y que el objeto del contrato es un suministro; se alega que el contrato de suministro no requiere de su acceso directo al fabricante, sino que el acceso al producto suministrado se produce mediante los mayoristas, lo que no es una subcontratación y que, por otro lado, los pliegos no exigían la compra directa al fabricante ni impiden la adquisición de productos mediante un canal autorizado.

c) Finalmente, se solicita la retroacción de actuaciones al momento anterior al acto recurrido y se proceda a la revisión y valoración de la proposición del recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El objeto del contrato incluye varias herramientas, una de las cuales (sin la que es imposible ejecutar la prestación) es la herramienta EDR Fireeye, que está sujeta a licencia del fabricante, que debe renovarse. El PPT establece que las licencias FIREEYE se cederán en favor de HAZI durante la vigencia del contrato y el precio ofertado deberá incluir el derecho de uso de éstas.

b) Según contactos realizados por HAZI durante el procedimiento de adjudicación con la firma FIREEYE, la UTE ICA no dispone de acuerdo de distribución con ella que le permita tramitar la renovación y gestión de las licencias directamente con el fabricante, ni recibir apoyo o soporte para evolucionarlas o mantenerlas durante la vigencia del contrato.

c) La propuesta del recurrente, de cumplir el requisito de los pliegos mediante terceros supone una subcontratación prohibida por estos, que señalan que esta obligación debe satisfacerse precisamente por el adjudicatario.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el acto impugnado excluye la oferta del recurrente por no satisfacer con sus propios medios un requisito establecido en los pliegos que no es susceptible de subcontratación o integración. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

23. SUBCONTRATACIÓN

El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que disponen la Cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el artículo 215 de la LCSP, salvo las tareas indicadas en el párrafo siguiente.

(...)

Sobre 2. "DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR"

Los licitadores deberán presentar la siguiente documentación:

1. Memoria de cumplimiento de requisitos técnicos solicitados.

A efectos de poder verificar el cumplimiento de los requisitos indicados, el licitador aportará la siguiente información:

- a) Descripción general de la solución tecnológica propuesta.
- b) Descripción detallada de las características del suministro en cuanto a componentes, capacidad, arquitectura, y funcionalidades.
- c) Relación y descripción detallada de herramientas (hardware/software), licencias, servicios, subscripciones y funcionalidades a suministrar y desplegar.

Quedarán excluidas de la licitación aquellas ofertas que no aporten información relativa a alguno de los apartados anteriores o que, aún describiéndolos, de su contenido se verifique que no se cumple alguno de los requisitos exigidos y que se consideran requerimientos técnicos esenciales.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

28. SUBCONTRATACIÓN

Por las características del suministro objeto del contrato, el contratista no podrá concertar con terceros (sub contratación) la realización parcial de la prestación del presente contrato.



PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

2. ANEXO I

(...)

El adjudicatario deberá COMPLETAR el despliegue de los agentes EDR FIREEYE en los sistemas en los que esta no se haya podido realizar anteriormente (residual – 40 servidores).

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

- 1) El requisito cuyo incumplimiento se reprocha al recurrente figura en el PPT claramente referido al adjudicatario. Es reiterada la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 97/2018) sobre la diferencia entre las obligaciones del licitador (referidas al contenido de su oferta) y las del adjudicatario. Sobre estas últimas, el OARC / KEAO ha establecido que solo pueden verificarse en la fase de ejecución del contrato, y ha recordado que la presentación de la oferta ya supone el acatamiento de los pliegos (incluidas las cláusulas que aluden al adjudicatario o al contratista), sin que quepa exigir una justificación expresa o concreta de todas y cada una de las prescripciones requeridas para la correcta ejecución del contrato, de modo que la omisión de dicha justificación conlleve la exclusión de la proposición. No obstante, la exclusión será procedente (i) si el licitador omite la acreditación de algún requisito expresamente solicitada a los licitadores como parte de su oferta o (ii) si hay una oposición frontal entre la proposición y los pliegos. A juicio de este Órgano, en este caso no concurre ninguno de los dos supuestos.
- 2) No hay ninguna estipulación de los pliegos que obligue al licitador a acreditar cómo va a satisfacer el requisito de completar el despliegue de las licencias FIREEYE. Así, el apartado 11.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala la documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor que debe aportar el licitador, y en él no hay ninguna mención al modo en el



que se va a cumplir el requisito debatido; tan solo se indica una “relación y descripción detallada” de las licencias a suministrar y desplegar. Tampoco puede entenderse que el artículo 150.2 de la LCSP (requerimiento de documentación al licitador que ha presentado la mejor oferta) habilite por sí solo al poder adjudicador a solicitar la acreditación debatida, pues la norma solo se refiere a los requisitos de aptitud (especialmente solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar) cuya acreditación provisional se produce mediante el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) y a la disposición efectiva de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 de la LCSP. Por todo ello, a la vista de esta regulación legal y del propio contenido de los pliegos, no cabe en este trámite pedir un documento que pruebe el cumplimiento del requisito cuyo incumplimiento fundamenta la exclusión impugnada.

- 3) En cuanto al segundo supuesto, el poder adjudicador alega que la oferta prevé la subcontratación de la prestación debatida, lo que infringe la prohibición general de esta figura contenida en el apartado 28 del PCAP. Esta alegación no puede aceptarse. A falta de una definición en la LCSP, este Órgano ha considerado el subcontrato como un contrato celebrado entre el contratista y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto del contrato principal. Esta figura no debe confundirse con la adquisición por el contratista a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí son parte del proceso necesario para producir dicha prestación. Para distinguir ambas figuras hay que analizar también el caso concreto, pues la prohibición de la subcontratación es una posibilidad que la LCSP condiciona a la concurrencia de ciertos requisitos (ver los artículos 215.1 y 75.4 de la LCSP). Consecuentemente, la determinación de si una proposición ha infringido



una prohibición de subcontratación tan absoluta como la establecida en este caso (adoptada, por cierto, sin la justificación en el expediente a la que se refiere el artículo 215.2 e) de la LCSP) debe interpretarse con base en la razón o finalidad que la haga relevante para la correcta ejecución de la prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC / KEAO). Asimismo, dado que lo que está en juego es nada menos que la exclusión de una oferta, deben tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad y transparencia, que piden que la causa de exclusión sea clara y de una gravedad suficiente para justificar tan grave conclusión (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO).

- 4) Aplicados los criterios expuestos, no parece razonable entender que la prohibición analizada, sea cual sea su alcance, afecte a una actividad consistente en conseguir un objeto tan predefinido y configurado como la licencia de uso de un programa, pues esta puede adquirirse por el adjudicatario directa o indirectamente del titular último de su explotación sin que en ninguno de los dos casos haya diferencia alguna en las características del producto finalmente aplicado a la prestación contractual. En este sentido, y en el contexto del presente contrato, parece más razonable entender que la adquisición de las licencias no es una verdadera subcontratación sino más bien un elemento que se integra en la prestación contractual, necesario para su ejecución, pero sin autonomía ni especificidad propia dentro de ella. Tampoco hay motivos que justifiquen (en el expediente no constan, como ya se ha dicho, ni los aporta el informe del poder adjudicador, ni se deducen de los pliegos) qué añade a la mejor ejecución de la prestación la extensiva interpretación del apartado 28 del PCAP sostenida por HAZI para prohibir que el adjudicatario adquiera las licencias mediante un intermediario. De hecho, como bien apunta el recurrente, y con independencia de que la citada cláusula sea firme por no impugnada en tiempo y forma, lo cierto es que no es fácil entender qué significa el



término “subcontratación” en este contexto. Así, es significativo que el artículo 215.2 e) de la LCSP contempla la posibilidad de limitar la subcontratación de ciertas tareas críticas en los contratos de obras y los contratos de servicios, mencionando para los contratos de suministro tan solo los servicios o trabajos de colocación o instalación a ellos asociados.

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 el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por las empresas INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS, S.L. e ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Suministro del servicio de centro de operaciones de ciberseguridad (SOC) para HAZI”, tramitado por HAZI, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que se prosiga el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

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

TERCERO: Requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este órgano de las actuaciones llevadas a cabo para la ejecución de la presente Resolución, según dispone el artículo 57.4 de la LCSP.



CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko otsailaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de febrero de 2021