



EB 2019/034

Resolución 078/2019, de 17 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa IDASA SISTEMAS, S.L. contra los pliegos del contrato “Implantación y parametrización de la solución IBM MÁXIMO en Alokabide”, tramitado por Alokabide.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de febrero de 2019 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 pública interpuesto por la empresa IDASA SISTEMAS, S.L. contra los pliegos del contrato “Implantación y parametrización de la solución IBM MÁXIMO en Alokabide”, tramitado por Alokabide.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo 13 de febrero de 2019, se recibió en este OARC / KEAO copia del expediente de contratación y del 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), entre el 14 y el 20 de febrero.

TERCERO: No constan interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, como empresa que opera en el mercado del desarrollo de sistemas de software y compraventa, alquiler, desarrollo, así como implantación de todo tipo de equipos informáticos de software; actividad coincidente con el objeto del contrato. Igualmente, consta la representación de don A.J.R.M., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo el art. 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios y suministro de un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los pliegos.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

Alokabide ostenta la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) La licitación recoge los requerimientos básicos para la implantación y parametrización de la solución IBM MÁXIMO en Alokabide como solución sobre la que soportar toda la gestión y contratos de servicio con proveedores, tras un informe de consultoría externa.
- b) Observado que se identifica una única solución de las existentes en el mercado, con referencia a una marca en concreto, lo que supone una restricción de la concurrencia y transparencia que impiden acceder a la licitación a las soluciones y fabricantes de productos que cumplen los requisitos técnicos, se consultó al poder adjudicador si era posible presentar propuesta con otro producto de mercado, distinto al nominado en los pliegos y que cumple con las funcionalidades, considerando que en toda referencia al producto IBM MÁXIMO debe entenderse que incluye los productos equivalentes, tal y como establece el artículo 126.6 de la LCSP, a lo que se respondió dos días antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas que se procedería a publicar en el perfil de contratante una aclaración, que finalmente no se ha efectuado.
- c) Los pliegos infringen el artículo 99 de la LCSP al cerrar el objeto del contrato a una solución única y las prescripciones técnicas no están redactadas conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP.
- d) La restricción a la concurrencia y la vulneración de los principios de la contratación pública se encuentran no sólo en el objeto del contrato sino en el resto del clausulado, como en la solvencia técnica o profesional, en los criterios de adjudicación y en las prescripciones técnicas.
- e) En la documentación del expediente consta que Alokabide solicitó a una consultora externa el análisis de los requerimientos que debían ser cubiertos



por la nueva herramienta informática, así como una valoración inicial del producto. Sin embargo, parece que lo que se ha realizado, sin cumplir los requisitos legales y en contra del artículo 115 de la LCSP, es una consulta preliminar al mercado.

f) Se solicita que, como medio de prueba documental, se aporten contratos de objeto idéntico al contrato, referidos en el recurso al igual que el informe de consultoría externa y se solicita una indemnización por los gastos ocasionados de 3.000 €.

g) La pretensión del recurso consiste en que se declare la nulidad de los pliegos particulares y documentos que rigen la contratación en las cláusulas y requisitos que por la identificación de una sola marca suponen una limitación a la concurrencia y se anule el procedimiento de licitación retrotrayendo el expediente a los efectos de que se modifique el pliego, de manera que la valoración sea fruto de un proceso de selección con concurrencia, sin referencia a una fabricación, procedencia o procedimiento concreto y se imponga a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la recurrente el importe de 3.000 € por los daños y perjuicios que le ha causado la infracción legal.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:

a) Con fecha 13 de febrero de 2019 Alokabide publica una corrección de errores y aclaraciones en respuesta a la consulta planteada por la recurrente y se efectúan determinadas modificaciones en el pliego de bases técnicas (en adelante, PBT) y en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP): entre otros, se aclara la formulación del precio unitario mensual y la fórmula de valoración económica del



licenciamiento, se añade un criterio de adjudicación relativo a la adecuación del producto a los requisitos funcionales, se añade en el sobre nº 2 la presentación de memoria de cumplimiento de especificaciones de exigencia funcional y se concede un nuevo plazo de presentación de ofertas.

b) La alegación de que el PPT no contiene el término o equivalente debe decaer por falta de objeto porque figura en la aclaración a los pliegos.

c) En el informe de necesidad del expediente se explican los antecedentes de la licitación con una completa descripción de su naturaleza y extensión. Alokabide ha realizado un estudio pormenorizado de las soluciones funcionales que ofrece el mercado.

d) La descripción de las exigencias funcionales recogidas en el PBT se ha referenciado a una procedencia concreta con afán de clarificar las mismas y con el fin de definir con un carácter exhaustivo, que no excluyente, los parámetros precisos sobre el alcance del contrato.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso deben partir del estudio de su pretensión, que consiste, principalmente, en la anulación del PBT y en la elaboración de unos nuevos pliegos que cumplan las reglas de establecimiento de prescripciones técnicas, que el recurrente estima infringidas; se pide, en particular, que el nuevo PBT no incluya una fabricación, procedencia o procedimiento concreto y que asegure que no se crearán obstáculos injustificados a la competencia. A la vista de esta petición, debe analizarse primeramente si en efecto el PBT impugnado es contrario a los preceptos de la LCSP que establecen la forma de describir las prescripciones técnicas para, a continuación, analizar el alcance y valor de las aclaraciones a los pliegos publicadas en el perfil del contratante que contienen la adición de la locución o equivalente a las prescripciones.



a) Fijación de las prescripciones técnicas en el PBT

Conforme al artículo 124 de la LCSP las prescripciones o especificaciones técnicas definidas en el artículo 125.1.b) de la LCSP deben figurar en el PBT y definir las características exigidas a las obras, los servicios y los suministros que se pretenden adquirir.

Con arreglo al artículo 126.5 de la LCSP, las prescripciones o especificaciones técnicas se pueden formular de varias maneras; bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, bien por referencia a especificaciones técnicas y, por orden de preferencia, a normas nacionales que incorporen normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros, o bien mediante una combinación de esas dos maneras.

En lo que respecta a la formulación de las especificaciones técnicas, resulta relevante señalar que, tal y como se expresa en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-413/17 ECLI:EU:C:2018:865, apartados 27, 28, 29 y 30), el artículo 42 de la Directiva 2014/24, a cuya transposición obedece el artículo 126 de la LCSP, (i) no establece una jerarquía entre los métodos para formular las especificaciones técnicas y no da preferencia a ninguno de esos métodos, (ii) que la normativa de la Unión relativa a las especificaciones técnicas otorga un amplio margen de apreciación al poder adjudicador para formular las especificaciones técnicas de un contrato y (iii) que este margen de apreciación está justificado por el hecho de que son los poderes adjudicadores quienes mejor conocen los suministros que necesitan y quienes mejor pueden determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados.



No obstante, el artículo 126 de la LCSP establece ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en la redacción de las especificaciones técnicas que, en todo caso, debe respetar. En concreto, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (126.1 de la LCSP) y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 126.6 de la LCSP). Este límite tiene una excepción, que es la de que tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 del artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención o equivalente.

En el contrato cuyos pliegos se impugnan se observa que tanto su objeto como las prescripciones técnicas que definen los servicios y suministros solicitados están redactados en referencia a una marca en concreto (IBM MÁXIMO), que es una solución informática concreta para la gestión de activos, de entre otras que existen en el mercado, ofrecida por un fabricante en concreto. Es más, la exigencia de una marca afecta a otras estipulaciones contractuales, como a los criterios de solvencia técnica o profesional que exigen que el licitador acredite experiencia en la realización de servicios o trabajos sobre dicha plataforma informática o la disposición de un mínimo de plantilla de trabajadores con experiencia en la misma, o a los criterios de adjudicación, que plantean la comparación de ofertas de precios de licencias IBM MÁXIMO o de la experiencia en esta herramienta informática del equipo profesional ofertado. Consecuentemente, resulta indudable que las prescripciones técnicas, además de otras estipulaciones contractuales, han sido redactadas en referencia a una



marca determinada contraviniendo lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP. Además, el poder adjudicador no lo niega, es más, lo viene a confirmar al afirmar en el Informe de necesidad que consta en el expediente que solicitó a una consultora externa un análisis detallado de los requerimientos que debían ser cubiertos por la herramienta informática, así como una valoración inicial de productos de mercado que pudieran dar respuesta a las necesidades detectadas (último párrafo de la página 1). A juicio de este OARC/KEAO, en la práctica, este análisis ha resultado ser la selección de un producto de una marca en concreto. Esta actuación supone una restricción de forma arbitraria de la competencia, ya que potenciales licitadores que ofrecen soluciones equivalentes o análogas no podrán concurrir a la licitación mientras que, por el contrario, se favorece a determinados operadores económicos (aquellos que están en disposición de ofrecer la marca solicitada).

Además, todo ello supone la conculcación del mandato de igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación (artículo 126.1 de la LCSP), que no es más que una especificación del principio general de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (artículo 1 de la LCSP), respecto de los cuales el TJUE ha declarado que revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de estas, es decir, a la manera de formularlas (véase, en lo que respecta a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 62 y en lo que respecta a la Directiva 2014/24 y la sentencia de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada, apartado 34).

b) El alcance y valor de la aclaración consistente la adición del término o equivalente a las prescripciones

El poder adjudicador considera que ha satisfecho la pretensión de la recurrente al publicar lo que califica como una aclaración a los pliegos del contrato consistente en adicionar la expresión o equivalente y conceder un nuevo plazo de



presentación de ofertas. Con independencia de si nos hallamos ante una aclaración o ante una modificación de los pliegos (en este supuesto se deben retrotraer las actuaciones según el artículo 124 de la LCSP), lo relevante para la cuestión planteada consiste en contrastar el ajuste a la legalidad de la aclaración efectuada, en concreto, si el adicionar a la marca especificada en el PBT la locución o equivalente respeta los requisitos de establecimiento de prescripciones técnicas del artículo 126.6 de la LCSP.

El artículo 126.6 de la LCSP dispone que es posible, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, siempre que lo justifique el objeto del contrato concretamente y que dicha referencia vaya acompañada de la mención o equivalente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter de excepción que tiene esta disposición, las condiciones en las que el poder adjudicador puede hacer uso de esa posibilidad deben ser objeto de una interpretación estricta.

La necesidad de que las especificaciones técnicas sean lo más abiertas posibles encuentra su justificación en el considerando 74 de la Directiva 2014/24 al señalar que, Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado (...)

Téngase en cuenta que cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (en este sentido, el apartado 37 de la STJUE de 25 de



octubre de 2018 anteriormente citada), de lo que se desprende que el principio general consiste en formular en términos abiertos las especificaciones técnicas.

Consecuentemente, la posibilidad excepcional de la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido o equivalente) en las prescripciones técnicas se debe basar en la existencia de razones para efectuar una descripción de éstas de forma detallada o, dicho de otra manera, que la definición de la prescripción requiera de la mención expresa de la marca, patente o figura similar pero, en ningún caso, se puede considerar que el mero hecho de adicionar a una marca concreta la locución o equivalente, sin justificación, es una manera de formular las especificaciones técnicas equiparable a las detalladas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En el contrato que nos ocupa, este OARC/KEAO no aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que impida una descripción del objeto del contrato conforme a alguna de las reglas establecidas en el artículo 126.5 de la LCSP, las cuales otorgan al poder adjudicador un importante margen de discrecionalidad al redactar las prescripciones o especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional u otros, afrontar los objetivos del contrato, y, ni en el expediente, ni en la documentación contractual, ni en el informe del poder adjudicador consta referencia alguna a la excepcionalidad que pudiera justificar la elaboración de unas prescripciones o especificaciones técnicas referidas a una marca en concreto que, además, han ocasionado que otras estipulaciones esenciales del contrato, como la fijación de requisitos de solvencia técnica o profesional y criterios de adjudicación, reduzcan injustificadamente el círculo de licitadores potenciales a quienes se hallen relacionados con dicha marca. Por el contrario, el Informe de necesidad se limita a manifestar que se solicitó a una consultora externa el análisis detallado de los requerimientos, así como una valoración inicial de productos de mercado y expresar que la solución seleccionada es IPM MÁXIMO, lo cual únicamente confirma que existen soluciones equivalentes en el mercado y, por consiguiente, que el poder



adjudicador se ha apartado, sin justificación, de la regla general de establecimiento de las prescripciones técnicas del artículo 126 de la LCSP.

c) Sobre la petición de indemnización y la petición de prueba efectuada

La recurrente solicita por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que ha dado lugar el recurso un importe de, al menos, 3.000 €.

El artículo 58.1 de la LCSP bajo el epígrafe de Indemnizaciones y multas dispone que El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La recurrente no alega los gastos concretos en los que ha incurrido como consecuencia del procedimiento de adjudicación que se cancela, ni mucho menos los acredita, por lo que su petición ha de ser desestimada.

Asimismo, se considera que no procede incorporar como medio de prueba al expediente de recurso especial los contratos de otros poderes adjudicadores, relacionados en el cuerpo del recurso, referidos a un objeto idéntico al que nos ocupa y que no han limitado las especificaciones a un producto en concreto, porque no son ni necesarios, ni relevantes, ni pertinentes para la resolución de la cuestión planteada, que únicamente ha de serlo con los datos obrantes en el expediente de contratación remitido por el poder adjudicador. El mismo sentido desestimatorio debe propugnarse respecto a la petición de que se incorpore el informe de la consultora externa, pues en el expediente remitido constan los datos relevantes y necesarios para la adopción de la presente resolución, así como los antecedentes y necesidades que se pretenden satisfacer con la



contratación, los cuales se han incorporados al Informe de necesidades al que ha tenido acceso la recurrente a través del perfil de contratante.

d) Conclusión

A la vista de lo referido el recurso debe ser estimado, dado que se ha incumplido la regla general de formular en términos abiertos las especificaciones técnicas y no consta la excepcionalidad que pudiera justificar la utilización de la locución o equivalente añadido a la elaboración de unas prescripciones técnicas referidas a una marca en concreto. La entidad de este vicio, que contagia otros aspectos esenciales del procedimiento de adjudicación como los criterios de solvencia técnica o profesional y los criterios de adjudicación, únicamente puede llevar a declarar la nulidad de los pliegos y cancelar la licitación.

Esta conclusión es congruente con la petición del recurso que solicita Se declare la nulidad de los pliegos y documentos que rigen la contratación de las cláusulas y requisitos que por la identificación de una sola marca suponen una limitación de la concurrencia y anular el procedimiento de adjudicación (...) por lo que no puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que con la inclusión de la locución o equivalente el recurso decae por falta de objeto. Téngase en cuenta que la petición del recurso en ningún caso limita la satisfacción del interés del recurrente a que se incluya dicha locución en las estipulaciones contractuales, por el contrario, se despende de la literalidad del escrito que lo que le satisface es que (...) el órgano de contratación modifique las cláusulas de los pliegos contrarias a la normativa y a los principios de contratación denunciados en el presente escrito, de manera que la valoración del producto que debe ser seleccionado por ALOKABIDE sea fruto de un proceso de selección con concurrencia y competitivo, sin referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

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: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa IDASA SISTEMAS, S.L. contra los pliegos del contrato “Implantación y parametrización de la solución IBM MÁXIMO en Alokabide”, tramitado por Alokabide, anulando los pliegos del referido contrato y cancelando la licitación.

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: 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko apirilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de abril de 2019