



EB 2019/175

Resolución 218/2019, de 20 de diciembre, 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa IMBERT MANAGEMENT CONSULTING SOLUTIONS, S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato “Evolución de la infraestructura mainframe IBM zOS a sistemas abiertos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 22 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa IMBERT MANAGEMENT CONSULTING SOLUTIONS, S.L. (en adelante, IMBERT) contra la exclusión de su oferta del contrato “Evolución de la infraestructura mainframe IBM zOS a sistemas abiertos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día 22 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre los días 30 de octubre y 8 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 8 de noviembre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. L.F.M., que actúa en su nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los acuerdos de exclusión de ofertas.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso y su ampliación, han sido interpuestos en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) Irregularidad de la composición de la mesa de contratación que supone la nulidad de pleno derecho del acto de exclusión pues la composición de la sesión de fecha 7 de octubre de 2019 no respetó lo dispuesto en el artículo 326.6 de la LCSP en relación con el artículo 21.7 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por no asistir el vocal de la Oficina de Control Económico.
- b) Los cinco motivos de exclusión de la oferta de la recurrente se combaten con los documentos 5, 6, 7, 8 y 9 que se acompañan al escrito de recurso y cuyo contenido, para evitar dilaciones indebidas, se tiene por reproducido.
- c) La pretensión del recurso es la de que se declare la nulidad de la reresolución de 7 de octubre de 2019 y, subsidiariamente, para el caso de desestimación del motivo anterior, se declare la inclusión de la oferta en el procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) La alegación de que la Mesa de contratación adolece de un defecto que implica la nulidad de pleno derecho es una cuestión formal. No obstante, se alega que se ha constituido válidamente ajustándose a la regulación prevista en el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.



b) En lo que respecta al fondo del asunto, consistente en analizar la adecuación o no a derecho de la exclusión, se debe atender al contenido de los informes técnicos del Área de Sistemas.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso solicita que se anule el acuerdo de exclusión de la oferta de IMBERT por haber sido adoptada por un órgano colegiado deficientemente constituido o, en su caso, se admita su proposición por refutarse los motivos de exclusión aducidos. Se comenzará el análisis del recurso por el primero de ellos.

a) Sobre la válida constitución de la mesa de contratación

Plantea la recurrente la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 7 de octubre de 2019 de exclusión de su oferta contractual al amparo del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), por no haber asistido a la sesión el funcionario que tiene atribuidas las funciones relativas al control económico-presupuestario, vulnerando de esta manera lo previsto en el artículo 326.6 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

6. Salvo lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, la mesa de contratación que intervenga en el procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la presente Ley se considerará válidamente constituida si lo está por el Presidente, el Secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario.

Este motivo de impugnación ha de ser desestimado. Téngase en cuenta que el artículo 326 de la LCSP, que regula las mesas de contratación, no tiene carácter básico (Disposición final primera de la LCSP), por lo que las



Comunidades Autónomas pueden desarrollar su propia norma reguladora de la materia, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público es el Decreto 116/2016, de de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ha de ser de aplicación preferente en esta materia. En concreto, esta norma regula la creación y composición de las mesas de contratación y, en lo que a los miembros que han de asistir a las sesiones para que se considere que el órgano colegiado se halla válidamente constituido, su artículo 8.4 exige que estén presentes (...) quienes tengan encomendadas las funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación. No obstante, en aquellas reuniones de la Mesa de Contratación en las que se deban adoptar decisiones técnicas relativas al objeto del contrato, su válida constitución requerirá, además, la presencia del vocal que tenga atribuida la función del asesoramiento técnico del órgano de contratación. En lo que respecta a la presencia del vocal que tiene encomendada la función de control económico el citado precepto dispone que La asistencia del vocal representante de la Oficina de Control Económico será determinada en cada caso por el titular del referido órgano, en función de las características y naturaleza de la contratación correspondiente, sin que exista previsión expresa sobre la necesidad de su presencia como una regla necesaria para considerar válidamente constituido el órgano colegiado.

b) Sobre la exclusión de la oferta de la recurrente

Las cláusulas del PPT cuyo incumplimiento por la oferta del recurrente se alega en la exclusión son los siguientes:

3.2 Plataforma de ejecución destino de la migración

La plataforma que se proponga como destino para la ejecución de las cargas de trabajo zOS actuales en el entorno renovado, deberá ser desplegada en servidores con procesador Intel/AMD x64.

Dispondrá de tres entornos de ejecución diferentes: Desarrollo, Pre-Producción y Producción. Deberá basarse en los estándares software propuestos en Batera teniendo en cuenta, además, las peculiaridades del Departamento de Seguridad, es decir, que deberá cumplir los siguientes requisitos técnicos:

(...)



- El sistema de gestión de base de datos de destino podrá ser Microsoft SQL Server u OracleDB.

(...)

3.4 Plataforma de desarrollo

El entorno de desarrollo a definir deberá estar basado en Microsoft Visual Studio. Deberá permitir el desarrollo y mantenimiento de aplicaciones Cobol con las ventajas asociadas a la disposición de un entorno de Desarrollo integrado sobre plataformas abiertas. Deberá proveer mecanismos que garanticen que el código generado es compatible con entornos "System Z".

El código de la nueva plataforma deberá estar registrado en el repositorio ya existente basado en Microsoft Team Foundation Server. Por lo tanto, deberán definirse dentro del proyecto todos los flujos necesarios para el control de versiones entre entornos, así como la gestión del cambio y de la configuración.

4.3 Consideraciones adicionales

La herramienta de desarrollo actualmente utilizada para la plataforma "System Z" es IBMVisualAge Generator for Java. El nuevo entorno de desarrollo deberá ser COBOL, por lo que deberán existir piezas de software que sustituyan el entorno de desarrollo actual.

Dado el nivel de acoplamiento entre la tecnología VisualAge con otros componentes de los sistemas actuales, la solución proporcionada deberá garantizar su integración con el resto de la tecnología destino.

Los motivos de la exclusión de la oferta aducidos por el poder adjudicador son cinco: (i) la oferta de IMCS en el punto 2.1.4 de la Memoria titulada "IMCS 2-Memoria descriptiva de la solución propuesta final" propone la herramienta "SARA-COBOL" que, basada en una interfaz Web, proporciona su propia solución de repositorio, gestión de cambios etc, incumpliendo el punto 3.4 del PPT que exige unificar el repositorio de código fuente y el sistema de versiones consolidándolo en Team Foundation Server (ii) en la oferta solo aparece la palabra "Visualage" en el CV de uno de los integrantes del equipo propuesto, no se explica cómo se va a hacer la transformación de los programas fuente, y lo propuesto es la migración de código programa a programa y paso a paso lo que supone, por ejemplo, la recodificación completa del SIP (iii) en el punto 3.2 del PBT se requiere explícitamente que el motor de base de datos sobre el que se ejecute la solución adoptada sea bien Microsoft SQL Server, bien Oracle CB mientras que la estrategia de transición propuesta requiere que haya una



compatibilidad directa de datos entre zOS y los sistemas abiertos de destino, proponiendo el uso de DB2-LUW, (iv) en la oferta se presenta un diagrama de Gantt de las fases del proyecto en el que no se incluye el período mínimo de dos meses de acompañamiento exigido en el punto 4.5.1.7 del PPT y (v) la propuesta únicamente recoge la formación en tecnologías específicas de la solución y no ofertan la formación en las tecnologías especificadas en el punto 3.7 del PPT.

A lo anterior, opone la recurrente que (i) el punto 3.4 del PPT no exige unificar el repositorio de código fuente y el sistema de control de versiones sino que El código de la nueva plataforma deberá estar registrado en el repositorio ya existente basado en Microsoft Team Foundation y este requisito se cumple en la oferta y en ninguna parte del punto 2.1.4 se recoge la conclusión que justifica la exclusión ya que ninguna de las funcionalidades de SARA o SARA/COBOL impiden unificar el repositorio de código fuente y el sistema de control de versiones, (ii) en ninguna parte del PPT se requiere que se explicita cómo se va a tratar el código existente, no obstante, se propone hacer la migración sin re-codificación del código existente siempre que sea posible, al igual que tampoco exige el PPT migrar o tratar programas fuentes VisualAge y convertirlos en un lenguaje COBOL, ni se describe ningún requisito relacionado con los programas VisualAge y la oferta de IMCS no propone la migración programa a programa, (iii) en ningún punto del PPT se define que en el proceso de migración deba evitar una compatibilidad directa de datos entre z/Os y los sistemas abiertos de destino, ni que se pueda proponer una mejor alternativa a las definidas en el PPT, ni mucho menos que no se pueda proponer una mejor alternativa si está alineada con los objetivos generales de Batera, proponiendo IMC utilizar DB2-LUW pero sin imponerlo, (iv) ni el PPT ni el PCAP exigen que se incluya en la Memoria descriptiva el Compromiso de acompañamiento y este compromiso se ha de presentar en el sobre B siendo causa de rechazo su oferta en el sobre C, (v) el apartado 3.7 del PPT dice que se valorará que el plan de formación incluya determinados módulos de capacitación y la formación mínima a la adicional es valorable conforme a criterios sujetos a fórmula.



A juicio de este Órgano, al menos, el tercer motivo de exclusión alegado por el poder adjudicador debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 210/2019 del OARC / KEAO y las que cita), el PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador. Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, por ejemplo, la Resolución 146/2019 del OARC / KEAO).
- 2) En contra de lo alegado por el recurrente, la cláusula 3.2 del PPT es clara al exigir que la plataforma que se proponga como destino para la ejecución de las cargas de trabajo zOS debe cumplir, entre otros, el requisito técnico de que El sistema de gestión de base de datos de destino podrá ser Microsoft SQL server u OracleDB. Es decir, tal y como se desprende de la contundente frase (...) deberá cumplir los siguientes requisitos técnicos, el PPT faculta al licitador a que en su propuesta opte bien por Microsoft SQL, bien por OracleDB, pero no le habilita a que proponga un sistema de gestión de bases de datos diferente a estos dos, que es precisamente lo que efectúa en su oferta al proponer DB2-LUW. Consecuentemente, se puede afirmar que el incumplimiento por la oferta excluida de la citada prescripción es claro.



- 3) Esta misma conclusión se extrae, asimismo, de las alegaciones efectuadas por el propio recurrente en su escrito, donde reconoce expresamente que su propuesta se basa en un sistema de gestión de base de datos diferente a los expresamente señalados en la cláusula 3.2 del PPT al manifestar que (...) propone DB2-LUM, por ser el motor de BBDD para plataformas x86-64 más compatible con DB2 z/Os, considerando que cualquier otro motor de Base de Datos puede requerir más cambios que los que requiere DB2-LUM, (...).
- 4) No es cierta la alegación del recurrente de que no se halla prohibida la proposición de alternativas, pues la cláusula específica 24.4 del PCAP es clara al señalar que no se admite la presentación de variantes, lo que significa que la proposición se ha de ajustar a las prescripciones del PPT sin que quepa la posibilidad de presentar soluciones alternativas.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto, existiendo un motivo claro para la exclusión de la oferta, el recurso debe ser desestimado sin que proceda entrar al examen del resto de motivos de incumplimiento aducidos por la recurrente, pues el sentido de la resolución no se alteraría en el supuesto de que alguno o incluso todos los restantes motivos fueran estimados.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa IMBERT MANAGEMENT CONSULTING SOLUTIONS, S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato “Evolución de la infraestructura mainframe IBM zOS a sistemas abiertos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 abenduaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de diciembre de 2019