



EB 2017/045 EB 2017/046

Resolución 052/2017, de 28 de abril 2017, del 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 los recursos especiales interpuestos por las empresas TEKNOSERVICE, S.L. y ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de equipamiento informático”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación pública contra los pliegos del “Acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de equipamiento informático”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante, UPV – EHU):

a) Recurso EB 2017/045, interpuesto el día 16 de marzo de 2017 por TEKNOSERVICE, S.L.

b) Recurso EB 2017/046, interpuesto el día 17 de marzo de 2017 por ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A. (en adelante, APD).

SEGUNDO: Los días 17 y 21 de marzo de 2017 se remitieron los recursos al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y los informes a los que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector



Público (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se ha recibido en el OARC / KEAO los días 21 y 23 de marzo.

TERCERO: Mediante la Resolución B- BN 05/2017, el titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 4 de abril, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 57 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.» En este caso se trata de dos recursos de contenido similar y formulados ambos contra el mismo contrato.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes y la representación de don M. I.C. que actúa en nombre de TEKNOSERVICE, y doña M^a de las M. R.D. que actúa en nombre de APD.

TERCERO Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

CUARTO: El objeto del recurso es un acto impugnabile, en concreto, los pliegos que rigen la licitación (artículo 40.2 a) TRLCSP).

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, UPV - EHU tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).



SÉPTIMO: Los motivos que fundamentan los recursos son, en síntesis, los siguientes:

A) Recurso 2017/045, interpuesto por TEKNOSERVICE

1) Establecer como criterio de adjudicación la “presencia de marca” vulnera el artículo 150 TRLCSP, pues no se trata de un criterio directamente vinculado al objeto del contrato; la presencia de marca no es indicativa ni de calidad ni de precio. La inclusión de elementos que no valoran las características de la oferta sino la relevancia de unas marcas frente a otras infringe los principios del artículo 1 del TRLCSP, y tampoco cabe que se mencionen marcas en las prescripciones técnicas. Por otro lado, el criterio impugnado favorece a las empresas grandes frente a las PYMEs, en contra de la tendencia marcada por la Directiva 2014/24.

2) Finalmente, se solicita la nulidad de los pliegos (lotes 1 y 2) y que se retrotraiga el procedimiento al momento de su publicación para dar un nuevo plazo de presentación de ofertas.

B) Recurso 2017/046, interpuesto por APD

1) El criterio de adjudicación “presencia de marca” no es aceptable porque perjudica a licitadores que no lo cumplen pero que pueden satisfacer los requisitos técnicos exigidos; además, no hay vinculación entre el criterio y el objeto del contrato, siendo más bien aspectos relativos a la solvencia destinados a excluir marcas que cuentan con las funcionalidades técnicas adecuadas. El concepto de “marca líder” es vacío si detrás de él no hay requisitos técnicos debidamente descritos de acuerdo con el artículo 117 del TRLCSP, especialmente si se refieren a las empresas proveedoras y no a los productos que vayan a suministrarse; de hecho, se elude el mandato legal de no beneficiar a ciertas marcas determinadas:

a) Exigir una cuota de mercado en España o en Europa no es un criterio relevante para los intereses de UPV – EHU porque no añade funcionalidad a los equipos



que se adquieren; asimismo, la valoración se deja en manos de terceros ajenos al procedimiento de adjudicación, no controlados y cuyos intereses se desconocen, que actúan con base en criterios fijados libremente por ellos y que perjudican a empresas que ofertan productos de fabricantes con menor cuota de mercado o distribución geográfica, lo que es contrario a la libre competencia.

b) Análogos reproches se pueden formular al criterio “inversión global en I+D+i del fabricante”, el cual da ventaja a las licitadoras fabricantes de los productos ofertados y que inviertan en I+D+i en perjuicio de las comercializadoras y / o integradoras de tecnologías de terceras empresas que, en general, ofrecen un valor añadido propio sin necesidad de dicha inversión, ya sea por capacidad o por simple estrategia empresarial.

c) El subcriterio “Canal oficial de formación y certificación técnica en España. 5%” carece de sentido en los procedimientos de compra de hardware, cuyo mantenimiento suele atribuirse a un servicio técnico propio o externalizado, sin que se necesite una formación específica que solo y de forma exclusiva pueda realizar la empresa. En todo caso, el criterio es desproporcionado, pues se requiere la certificación de los técnicos de la UPV – EHU cuando el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) exige garantías mínimas de dos o cuatro años según los lotes. La verdadera intencionalidad del criterio se demuestra cuando se acota “...del fabricante que opere en España...”, dando a entender que se piensa en multinacionales radicadas en España.

2) Se considera discriminatoria la posibilidad de seleccionar a una única licitadora si varias de ellas coinciden en ofrecer la misma marca de equipamiento en algún lote, la cual será la que haya obtenido mejor puntuación en dicho lote; además, esta discriminación se agrava teniendo en cuenta que el poder adjudicador se reserva la posibilidad de pasar el turno a una empresa que ofrezca equipos de distinto fabricante. Estas reservas priman a las multinacionales que se presentan con sus propias marcas en perjuicio de integradoras o comercializadoras, que es más probable que coincidan en las marcas ofrecidas. En todo caso, el criterio no



está relacionado con el objeto del contrato, pues el uso de unas u otras marcas no afecta a la provisión de los equipos solicitados.

3) Se considera desproporcionada y discriminatoria la exigencia, para los lotes 1 y 2, de que los equipos estén certificados para Windows 7, Windows 10 y Linux Ubuntu con soporte LTS y posteriores. El coste económico de esta certificación Linux Ubuntu garantiza que solo puedan obtenerla grandes compañías multinacionales, sobre todo teniendo en cuenta que el contrato está configurado sin compromiso de adquisición de un número mínimo de unidades. Por otro lado, la citada certificación no implica una mayor funcionalidad de los equipos, pues los sistemas operativos son tres y la UPV – EHU puede elegir cualquiera de ellos y, en todo caso, el objetivo pretendido puede conseguirse con el simple requerimiento de que el equipo sea compatible.

4) Se considera arbitrario que la UPV – EHU se reserve la posibilidad de suspender temporalmente el contrato si las condiciones ofertadas no son conformes a sus intereses y que no haya ningún compromiso de exclusividad con las empresas adjudicatarias, pudiendo convocarse otros procedimientos de adjudicación, todo ello sin especificar las razones en las que puede encuadrarse tal decisión y colocando a las empresas seleccionadas en situación de inseguridad jurídica y perjuicio económico.

5) Finalmente, solicita que se declare la nulidad de los criterios de valoración incluidos en la “Presencia de marca”, la reserva al poder adjudicador para seleccionar y descartar a las empresas que ofrecen la misma marca, los requerimientos del apartado II del PPT (lotes 1 y 2), relativos a la certificación para Linux Ubuntu con soporte LTS y el apartado VIII del PPT.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador expone, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a ambos recursos:

1) La “presencia de marca” y sus subcriterios se han configurado objetivamente, valorando de modo objetivo datos publicados, y se trata de expresiones o



informaciones relacionadas con la calidad del equipamiento a homologar; el objeto del expediente no es una compra concreta de equipamiento, sino un sistema de racionalización de compras no definidas previamente, excepto por las características mínimas de los equipos de cada lote. La “presencia de marca” es una manifestación de la calidad de los equipos y tiene relación con el objeto del acuerdo (el equipamiento más vendido lo será por su calidad, y la I + D + i garantiza la calidad necesaria para los profesionales que van a utilizarlo). Además, no se perjudica a ninguna empresa por razón de su localización, y los criterios se refieren a fabricantes de equipamiento informático, que no son quienes acceden a la licitación (lo son los distribuidores); la consideración previa del punto 30 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) revela que no se discrimina a las PYMEs.

2) La referencia a un canal oficial de formación y certificación obedece a que desde que finaliza la garantía hasta los 8 o 10 años de vida útil de los equipos, el personal del poder adjudicador es quien tiene que dar soporte técnico.

3) Los pliegos tratan de dar opciones a otras marcas en el caso de que los equipos de los distintos licitadores sean de la misma marca.

4) Los sistemas corporativos de la UPV – EHU son Windows y Ubuntu, por lo que es lógico pedir que los equipos funcionen con ellos.

5) Los pliegos pretenden que la UPV – EHU tenga acceso a los avances en los equipos a medida que se vayan produciendo, “actualizándose” así el parque informático; la suspensión consiste en el cierre temporal de la herramienta informática en la que se formulan las solicitudes hasta ser aprobadas las actualizaciones de modelos y precios.

NOVENO: Las cláusulas impugnadas y las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre los motivos alegados son los siguientes:

a) Criterio de adjudicación “Presencia de marca”



En el apartado 30.2.2 de la carátula del PCAP, como uno de los criterios de adjudicación evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, figura el siguiente, que es el único que impugnan ambos recurrentes:

«2. Presencia de marca (20 %).

Se valorará la presencia del fabricante en el mercado en base a los siguientes subcriterios:

A. Cuota de mercado en el área de ordenadores de sobremesa, portátiles, impresoras y servidores ofertados que tiene el fabricante en el mercado empresarial en España; la información debe haber sido publicada por entidades independientes: asociaciones empresariales y/o sectoriales; analistas TIC internacionales: 5%

Con el siguiente desglose:

- No especifica o está por debajo de la media de las ofertas: 0 puntos
- Entre la media (100%) y el 150% del valor de la media de las ofertas: 2,5 puntos
- Superior a las anteriores (al 150% del valor de la media): 5 puntos

B. Cuota de mercado en el área de ordenadores de sobremesa, portátiles, impresoras y servidores ofertados que tiene el fabricante en el mercado empresarial de la UE-15; la información debe haber sido publicada por entidades independientes: asociaciones empresariales y/o sectoriales; analistas TIC internacionales: 5%

Con el siguiente desglose:

- No especifica o está por debajo de la media de las ofertas: 0 puntos
- Entre la media (100%) y el 150% del valor de la media de las ofertas: 2,5 puntos
- Superior a las anteriores (al 150% del valor de la media): 5 puntos

C. Inversión global en I+D+i del fabricante 5%

Con el siguiente desglose:

- | | |
|---|----------|
| • No existe inversión: | 0 puntos |
| • Existe inversión $\leq 1\%$: | 1 punto |
| • Existe inversión $n^\circ > 1\%$ y $\leq 2\%$: | 2 puntos |
| • Existe inversión $n^\circ > 2\%$ y $\leq 3\%$: | 3 puntos |



- Existe Inversión, $n^\circ > 3\%$: 5 puntos

D. Canal oficial de formación y certificación técnica en España. 5%

Con el siguiente desglose:

- No existe canal de formación ni certificación en España: 0 puntos
- Existe canal de certificación, no de formación: 1 punto
- Existe canal de formación, no de certificación: 2 puntos
- Existen ambos canales: 5 puntos”

De acuerdo con el artículo 150.1 del TRLCSP, los criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato y dirigirse a determinar la oferta económicamente más ventajosa. Los mismos requisitos aparecen en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que en el apartado 2 del artículo 67 establece la necesidad de que el criterio de adjudicación se vincule con el objeto del contrato, especificándose en el apartado 3 del mismo precepto lo siguiente:

«Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.»

Esta definición de la vinculación del objeto del contrato, inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) anterior a la Directiva 2014/24 (ver el apartado 91 de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, “Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos”, ECLI:EU:C:2012:284) permite que un criterio de adjudicación valore un aspecto



de la prestación no incorporado a sus características físicas (por ejemplo, en la citada sentencia se acepta valorar que el café suministrado que se pretende adquirir proceda de productores en régimen de comercio justo, lo que es indiferente para sus propiedades organolépticas), siempre que esté vinculado con los concretos bienes objeto del suministro y relacionado con una fase de su ciclo de vida (en el caso de la sentencia, la fase de comercialización).

Asimismo, el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24 (en el mismo sentido, el considerando 89) establece lo siguiente:

«La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia...»

Contrastados ambos requisitos con los subcriterios A, B y C, se observa que no los satisfacen; los subcriterios A y B no se refieren a los suministros objeto del contrato, sino a la cuota de mercado alcanzada por los fabricantes de los equipamientos ofertados (los cuales pueden no ser ni siquiera los licitadores) para ciertas gamas de productos, cuota que además perfectamente puede haberse alcanzado total o parcialmente con modelos distintos de los efectivamente propuestos por los licitadores. Todavía es más evidente la quiebra de este requisito en el subcriterio C, que se refiere únicamente a la inversión en I+D+i del fabricante, sin que haya ninguna mención de que dicha inversión se refiera directamente a los equipos ofertados.

Tampoco hay relación alguna entre los tres subcriterios citados y la identificación de la oferta económicamente más ventajosa. El hecho de que se trate de una marca o producto ampliamente aceptada en el mercado nada dice de la identificación de los aspectos ventajosos de la oferta para la mejor satisfacción de las necesidades de la Administración, que es precisamente lo que pretenden los criterios de adjudicación; que la marca (o el producto) sea muy vendida no le añade objetivamente ningún valor técnico, calidad o funcionalidad beneficiosa para la UPV - EHU y es además, contrario a la libre competencia y discriminatorio, por ejemplo, para las marcas especializadas en un segmento de compradores



muy concreto o reducido respecto al total del mercado, para las que acaban de ingresar en el mercado o han ampliado su ámbito recientemente (a veces con propuestas innovadoras), o para las que actúan en un ámbito geográfico reducido, las cuales pueden presentar las proposiciones objetivamente más ventajosas en razón de su precio y prestaciones. Independientemente de todo ello, si el argumento a favor de este criterio es la identidad entre ventas y ventaja económica, no se alcanza a comprender por qué no se valora la cuota de mercado mundial y solo se evalúan la nacional y la de una parte de la Unión Europea (UE – 15)¹, segregada por cierto arbitrariamente de su globalidad.

Por lo que se refiere a la inversión global en I+D+i de la empresa fabricante, es un subcriterio que tampoco dice nada sobre las características objetivamente ventajosas de un producto, entre otras razones, porque se mide únicamente en términos cuantitativos, ignorando la eficiencia y resultados del gasto y obviando si dichos resultados han incorporado o no a los productos alguna ventaja tangible para el poder adjudicador; debe señalarse que, incluso cuando la legislación contractual admite la relevancia de los medios de estudio e investigación del licitador (no del fabricante) lo hace a efectos de la solvencia técnica, para supuestos muy específicos y en términos muy diferentes a los aquí expresados (ver el artículo 77.1 d) del TRLCSP). Además, es un criterio contrario a la libre competencia y discriminatorio para los productos o marcas de fabricantes que han optado por aprovechar los resultados obtenidos por la investigación de terceros mediante el uso de sus patentes o licencias en lugar de efectuar sus propias inversiones en I+D+i.

Finalmente, debe analizarse el criterio relativo al “Canal oficial de formación y certificación técnica en España”. A falta de una justificación de la elección de los criterios de adjudicación en el expediente, el poder adjudicador en su informe de alegaciones al recurso fundamenta el criterio impugnado en la necesidad de que

¹ Con el término “UE – 15” se suele hacer referencia a los quince países miembros que compusieron la Unión Europea entre el 1 de enero de 1995 y el 30 de abril de 2004, o bien a la propia UE en dicha época; ver http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:EU_enlargements/es



los técnicos de la propia UPV / EHU sean los que atiendan el soporte técnico de los equipos en el periodo que media entre el final del periodo de garantía asumido por el contratista y el final de su vida útil. Debe observarse que la carátula del PCAP y el PPT no ofrecen información coincidente sobre el criterio impugnado. En este último documento contractual figura, en el apartado V, relativo a la documentación que deben incluir en su oferta los licitadores para evaluar los criterios evaluables mediante fórmulas, la siguiente mención:

«3. Canal oficial de formación y certificación: Existencia de un canal de formación y certificación técnica especializada del fabricante que opere en España en las áreas del producto contratado y que permitan la certificación de los técnicos de UPV/EHU.»

Esta mención es totalmente inadecuada a la vista de los artículos 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), además de ser contradictoria con la contenida en la carátula del PCAP (en tanto en cuanto introduce nuevas matizaciones en un criterio que, además, está configurado como de evaluación automática). Por otro lado, no consta qué ventaja aporta el hecho de que la formación proceda precisamente del fabricante ni que sea certificada por él respecto a la formación que puede ofrecerse de otro modo o a la ampliación de los periodos de garantía mínimos, lo que infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 del TRLCSP). Igualmente, se considera contrario al principio de proporcionalidad (artículo 18.1 de la Directiva 2014/24) que el criterio se destine únicamente a cubrir el periodo final de la vida útil del producto en un campo de tan rápida obsolescencia técnica como es el del equipamiento informático, sobre todo a la vista de que, en cambio, los pliegos no dan relevancia al hecho de que el contratista, que debe asumir el mantenimiento de los equipos en la primera parte de su periodo de uso (apartado VII del PPT), tenga o no acceso a algún canal de formación o certificación.

En general, los criterios adolecen, además de los señalados, del defecto de denominarse formalmente como criterios matemáticos, cuando contienen en su descripción elementos discrecionales que desmienten el automatismo propio de estos criterios, cuando no aspectos simplemente confusos; así, la valoración de la



cuota de mercado requiere de una previa validación de los datos, que es una operación subjetiva que debe realizar el poder adjudicador, como lo es la elección entre varias posibles fuentes de datos discrepantes. Tampoco consta en la carátula del PCAP la fórmula de valoración, pues se habla de porcentajes cuya base no se indica ni consta de dónde se extraen los datos; en el PPT (donde no deben figurar referencias a los criterios de adjudicación o la documentación que debe aportarse para su valoración, como establece el artículo 68.3 del RGLCAP) sí se da un listado abierto, no exhaustivo (lo que incrementa el grado de incertidumbre del criterio) de posibles fuentes y se habla del “porcentaje del presupuesto (respecto a la facturación anual en los últimos 3 años) del fabricante a nivel global (mundial)”, términos poco claros que están muy lejos de permitir una aplicación unívoca y automática del criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO). Por otro lado, dejar la aplicación de un criterio en manos de terceros, sin que consten la garantía, la fiabilidad y la legitimidad de las motivaciones de éstos, supone abrir la puerta a que dicha aplicación, y por lo tanto la propia adjudicación, incurran en arbitrariedad y trato discriminatorio (artículos 1 y 139 TRLCSP).

Por todo ello, el criterio de adjudicación “Presencia de marca” y todos sus subcriterios deben anularse.

b) Adjudicatarios que ofertan equipamiento del mismo fabricante

La estipulación impugnada es la siguiente (apartado 30 de la carátula del PCAP):

«A fin de favorecer la variedad de equipamiento informático a demandantes, si las ofertas de varias licitadoras coinciden con la misma marca de equipamiento en alguno de los lotes, la UPV/EHU se reserva la opción de seleccionar a una única licitadora, que será la que mejor puntuación haya obtenido en el lote.

En cada Lote: Si varias empresas ofertan equipamiento del mismo fabricante, se podrá pasar el turno hasta una empresa que oferte equipos de diferente fabricante.»

El inciso posibilita una alteración del resultado de la licitación según se derivaría de la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el punto 30.2, y



puede conducir a que una o varias empresas cuya puntuación les hubiera hecho acreedoras a la adjudicación por haber presentado una de las cuatro mejores proposiciones queden desplazadas por otras peor puntuadas pero que presentan una marca diferente. La razón para ello, mencionada en la misma literalidad del pliego, es “...favorecer la variedad de equipamiento informático a demandantes”. A juicio de este OARC / KEAO, este apartado es inadmisibile por varias razones:

En primer lugar, se exceptúa el principio de que la oferta seleccionada debe ser la calificada como la más ventajosa según resulte de la aplicación los criterios de adjudicación previamente señalados (artículos 1 y 151 del TRLCSP), excepción que no está amparada legalmente en precepto alguno. En segundo lugar, en contra de lo exigido en el artículo 109.4 del TRLCSP, no se fundamenta en el expediente qué ventaja vinculada al objeto del contrato y a la satisfacción del interés público aporta la variedad del equipamiento informático, motivo aducido para apoyar la estipulación, pues debe tenerse en cuenta que, al igual que sucede con la uniformidad, la exigencia de variedad de productos no se justifica por sí misma, sin que se sepa qué añade en términos de rendimiento, funcionalidades o precio (ver, en este sentido, la Resolución 007/2017 de este OARC / KEAO); el informe del poder adjudicador afirma que se trata de favorecer la existencia de ofertas de distintos fabricantes para ampliar la posibilidad de elección de los colectivos destinatarios de los equipos, pero tal argumento no es válido, porque si las necesidades de los colectivos son diferentes, ello debe implicar un reflejo en las prescripciones técnicas, en la delimitación del objeto contractual (por ejemplo, dividiendo el contrato en lotes definidos en razón de las peculiaridades técnicas que demande cada colectivo) o en el diseño del procedimiento de adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco, pero no el desplazamiento de las ofertas objetivamente mejor consideradas. En tercer lugar, el sistema de adjudicación impugnado es de uso optativo por la Administración, como lo demuestran los términos “...la UPV / EHU se reserva la opción...”, sin que exista ningún elemento que delimite en qué circunstancias se puede o no hacer uso de la facultad; como ya ha señalado este OARC / KEAO en anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 078/2016), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato y le confieran una libertad de elección incondicionada, pues ello facilita



que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495). El sistema impugnado está en esa situación, provocando que sea imposible controlar la discrecionalidad técnica del órgano de contratación por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio.

Por todo ello, la cláusula debe anularse.

c) Necesidad de que los equipos estén certificados para Windows 7, Windows 10 y Linux Ubuntu con soporte LTS y posteriores

La cláusula impugnada, que figura en el apartado II del PPT, con referencia a los lotes 1 y 2, es la siguiente:

«Los equipos deben estar certificados para Windows 7, Windows 10 y Linux Ubuntu con soporte LTS y posteriores.»

Sintetizando las posiciones de las partes, se observa que el recurrente, aunque rechaza la exigencia de certificación por desproporcionada, no niega que, en todo caso, si el poder adjudicador quiere utilizar el sistema Ubuntu LTS, pueda pedir que el equipo sea compatible con él. Por su parte, la UPV / EHU alega que los sistemas operativos mencionados en la cláusula debatida son los corporativos del poder adjudicador, por lo que “es lógico pedir que los equipos a suministrar funcionen con nuestros sistema operativos que son el alma de los equipos”, es decir, se aporta un argumento que defiende la obligación de que los equipos sean compatibles, no la obligación de que estén certificados. Esta última diferencia es relevante, pues mientras la compatibilidad es una prescripción técnica que describe una característica intrínseca de los suministros descrita en términos funcionales o de rendimiento (artículo 117.3 del TRLCSP), la certificación que piden aquí los pliegos implica que dicha compatibilidad esté, además, avalada por un tercero. De los razonamientos de las partes (especialmente de los del poder adjudicador), parcialmente coincidentes, se deduce que lo importante y suficiente para el correcto cumplimiento del objeto contractual es la compatibilidad, sin que



se haya acreditado que la certificación, que puede suponer un coste u obstáculo adicional para licitadores en condiciones de ofrecer equipos perfectamente compatibles, aporte valor añadido alguno, lo que convierte la cláusula en una barrera ilegítima para el acceso a la licitación y la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP). De hecho, en lo que supone una clara contradicción con el contenido de la cláusula recurrida, otros apartados de la documentación contractual no exigen la certificación y sí la compatibilidad (ver los apartados I y II.7 del PPT); a juicio de este OARC / KEAO, los citados apartados son los que adoptan la solución correcta y coherente con el objeto del contrato, debiendo, por el contrario, anularse la estipulación recurrida.

d) Reserva del derecho de suspender temporalmente el temporalmente el contrato y de convocar otros procedimientos o adquisiciones

En concreto, la cláusula recurrida es la siguiente (apartado VIII del PPT, “Reservas de la Universidad”):

«En las revisiones del contrato motivadas por los cambios tecnológicos y oscilaciones de precios del mercado, la UPV/EHU se reserva el derecho a suspender temporalmente el contrato si las condiciones ofertas no son conformes a sus intereses.

Las bases establecidas en este Pliego de Prescripciones Técnicas no suponen para la UPV/EHU ningún tipo de exclusividad con las empresas adjudicatarias, reservándose esta Universidad el derecho a convocar otros procedimientos o realizar adquisiciones, siguiendo lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.»

La estipulación contiene dos prevenciones diferentes; en la primera, se trata de la reserva para el poder adjudicador de la posibilidad de suspensión temporal el contrato, mientras que la segunda, en síntesis, supone un señalamiento expreso de que el citado contrato no implica exclusividad, de modo que los bienes que constituyen su objeto pueden ser adquiridos por la UPV / EHU mediante el correspondiente procedimiento. Ambas prescripciones impugnadas se analizan separadamente a continuación. No obstante, con carácter previo, debe observarse que las dos infringen lo dispuesto en el artículo 115.2 del TRLCSP y en el artículo 68.3 en relación con el artículo 67.2 n) del RGLCAP, dado que



regulan derechos y obligaciones específicos de las partes, contenido propio del PCAP, que no puede figurar en el PPT.

Por lo que se refiere al derecho de suspensión temporal del contrato, implica que el poder adjudicador puede dejarlo sin efecto unilateralmente durante un periodo de tiempo cuya duración máxima no se especifica y por razones imprecisa y genéricamente formuladas. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución del contrato queda al albur de una decisión que la Administración puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una confusa mención a “sus intereses”, en flagrante contradicción con el artículo 2.2 del RGLCAP, que establece, como principio general, que “no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración”. Por otro lado, como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 101/2016 (ver también, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia (a los que debe añadirse ahora el de proporcionalidad, según el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24), deben respetarse por supuesto en el procedimiento de adjudicación, pero también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice; en particular, se considera contrario a la igualdad de trato que se modifiquen unilateralmente por el poder adjudicador las condiciones esenciales de la licitación. Esta doctrina es la que ha forzado, por ejemplo, la actual redacción de los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, relativos a la modificación del contrato, y es la inspiración de los artículos 72 (modificación del contrato) y 73 (rescisión del contrato) de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública. Conviene recalcar que la jurisprudencia citada se aplicó a las modificaciones contractuales a pesar de que no había en las Directivas entonces vigentes ninguna referencia expresa a la fase de ejecución del contrato, igual que no hay ahora ninguna referencia expresa en la Directiva 2014/24 a la suspensión unilateral por el poder adjudicador sin mediar causa alguna. Sin embargo, es claro que, si el principio de igualdad de trato (recogido también en el artículo 1 TRLCSP) limita las modificaciones que pueden desvirtuar el procedimiento de adjudicación, con más razón se opone a una facultad del órgano de contratación



que le permite privar arbitrariamente al adjudicatario elegido de su condición de contratista, aunque sea de modo temporal, pues ello supondría soslayar las previsiones legales que regulan el procedimiento de adjudicación mediante el uso de una estipulación que le permite alterar libremente el resultado de dicho procedimiento (ver también el Fundamento de Derecho Décimo de la Resolución 018/2015 del OARC / KEAO). Consecuentemente, al motivo de anulación fundamentado en la indebida inclusión en el PPT se debe añadir, para este apartado, la infracción de los principios de igualdad de trato y transparencia.

En cuanto a la mención expresa de que el contrato no supone exclusividad, este OARC / KEAO entiende que, con independencia de su incorrecta consignación en el PPT, se trata de una cláusula superflua, pues contiene el mismo régimen legal que sería aplicable si los pliegos no se pronunciaron expresamente sobre la cuestión. En este sentido, el Considerando 61 de la Directiva 2014/24 señala expresamente que “los poderes adjudicadores no están obligados, con arreglo a la presente Directiva, a contratar obras, suministros o servicios que estén cubiertos por un acuerdo marco, en virtud de dicho acuerdo marco”. Es cierto que en el Derecho nacional esta obligación sí es propia de los procedimientos de compra centralizada o sistemas similares (ver, por ejemplo, en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el artículo 23.3 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o el artículo 206.3 del TRLCSP para el sector público estatal), pero no hay norma legal al respecto que afecte a la UPV – EHU ni consta que el acuerdo marco instrumente uno de dichos sistemas. Consecuentemente, sería la opción de la exclusividad, y no la contraria, la que sí precisaría de su señalamiento expreso en el PCAP. No obstante, la inserción incorrecta en el PPT de la cláusula implica su anulación; téngase en cuenta que la aprobación de este documento contractual no requiere los mismos requisitos que la del PCAP, por lo que la mencionada inserción supone eludir estos últimos. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe estimarse.

DÉCIMO: Habida cuenta de los apartados de los pliegos que se anulan y de su importancia, debe cancelarse la licitación para que, si el órgano de contratación lo estima oportuno, se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación con una



documentación contractual que se ajuste a lo establecido en esta Resolución. En particular, la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la cancelación de todo el procedimiento de licitación pues según la jurisprudencia europea (STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.»

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el 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 los recursos especiales interpuestos por las empresas TEKNOSERVICE, S.L. y ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A. contra los pliegos del contrato “Acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de equipamiento informático”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea cancelando la licitación y anulando los siguientes apartados de los pliegos:



- El criterio de adjudicación “Presencia de marca” y todos sus subcriterios (apartado 30.2 a) 2 de la carátula del PCAP).
- El inciso del apartado 30 de la carátula del PCAP desde “A fin de favorecer...” hasta “...de diferente fabricante”.
- La exigencia de que los equipos requeridos en los lotes 1 y 2 estén certificados para Linux Ubuntu con soporte LTS (apartado II del PPT).
- Los dos últimos párrafos del apartado VIII del PPT.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B- BN 05/2017 de 24 de marzo de 2017.

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko apirilaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de abril de 2017