



EB 2016/153

Resolución 007/2016, de 24 de enero de 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 el recurso especial interpuesto por la COMPAÑÍA ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A., contra los pliegos del contrato de “Renovación, en modalidad de arrendamiento, del parque de ordenadores del Ayuntamiento de Getxo y sus organismos autónomos”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 25 de noviembre la COMPAÑÍA ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A (en adelante, APD) interpuso en el registro del poder adjudicador un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Renovación, en modalidad de arrendamiento, del parque de ordenadores del Ayuntamiento de Getxo y sus organismos autónomos”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en el registro de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO) el día 21 de diciembre de 2016.

TERCERO: Con fecha 23 de diciembre de 2016, el titular del OARC / KEAO dictó la resolución B-BN 26/2016 por la que estimó la petición de medida cautelar solicitada por el recurrente, suspendiendo el procedimiento de adjudicación.



CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don F.J del M.L. que actúa en su nombre.

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

TERCERO: Los pliegos son un acto recurrible, de acuerdo con el artículo 40.2 a) del TRLCSP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El apartado 3.2 del Pliego de Bases Técnicas (PBT) establece que “Todos los equipos y monitores ofertados deben de pertenecer a un único fabricante para permitir homogeneizar parque y unificar el servicio de gestión de la garantía”, este requisito vulnera los artículos 1, 117 y 139 del TRLCSP, pues excluye de forma injustificada y arbitraria equipos y monitores con una funcionalidad óptima y adecuada para la finalidad perseguida en el procedimiento de contratación.



b) La exigencia impugnada no es una prescripción técnica porque no establece criterios de accesibilidad, ni requisitos de calidad, ni describe ninguna funcionalidad o rendimiento, por lo que nada dice sobre las cualidades intrínsecas de los productos a suministrar; por otro lado, se pretende descartar los productos con un determinado origen, lo que no es aceptable.

c) La exigencia es contraria a la libre competencia y no está vinculada al objeto del contrato; son escasos los fabricantes que producen toda la variedad de productos solicitada.

d) Las dos justificaciones que el propio PBT alega para justificar la limitación a un único fabricante no son suficientes:

- La necesidad de homogeneizar el parque informático municipal no es un motivo razonable porque el propio objeto del contrato es la renovación del parque informático municipal, por lo que los nuevos productos no van tener que interrelacionarse con otros preexistentes, que va a ser retirado por el contratista.

- La segunda justificación es la necesidad de unificar el servicio de gestión de la garantía, que carece de sentido porque el suministro es en calidad de arrendamiento durante 48 meses y el adjudicatario es el obligado al mantenimiento de los equipos con arreglo a los tiempos de respuesta previstos en los pliegos, por lo que el Ayuntamiento nada tiene que gestionar, sobre todo teniendo en cuenta que ni siquiera se prevé la opción de compra por el poder adjudicador.

e) Finalmente, se solicita la nulidad de la prescripción impugnada.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:



a) La cuestión planteada en el fondo es si se puede o no permitir la entrada en la licitación de ordenadores clónicos (ensamblados a base de piezas de distintos fabricantes), con los problemas que ello conlleva.

b) La exigencia de que los equipos a suministrar pertenezcan a un único fabricante no supone fijar requisitos que solo pueda cumplir un concreto producto, pues hay al menos seis fabricantes que pueden cumplir el requisito impugnado.

c) El requisito no es arbitrario y tiene por objeto “permitir homogeneizar parque y unificar el servicio de gestión de la garantía”; en concreto, el requisito aporta ventajas como reducir los problemas derivados de tener que dar soporte a diferentes controladores y chipsets, respuesta inmediata ante vulnerabilidades del hardware, generación de una sola imagen base para instalar en todos los equipos, facilitar la comprobación de que todos los equipos son nuevos (como pide el PBT), ubicación web única del fabricante para disponer de drivers, firmware o software, mejor soporte facilitado por el hecho de el diseño sea el mismo, mejor usabilidad para los usuarios que se mueven en diferentes puestos de trabajo, facilidad de la evolución tecnológica y calidad de las pruebas del proceso de fabricación.

d) El Ayuntamiento de Getxo será responsable del mantenimiento del software y del hardware tanto remoto como presencial, y la empresa únicamente asumirá las averías de hardware diagnosticadas e identificadas por el poder adjudicador y que impliquen cambiar el elemento o dispositivo averiado.

OCTAVO: En síntesis, el recurrente alega que el apartado 3.2 del PBT contiene una prescripción técnica que supone una “barrera de entrada” ilegítima porque impide acceder a la licitación a los operadores económicos que no la cumplan y que, sin embargo, oferten equipos que cumplan satisfactoriamente los requisitos técnicos solicitados. En concreto, la prescripción impugnada es la siguiente:



«Todos los equipos y monitores ofertados deben de pertenecer a un único fabricante para permitir homogeneizar parque y unificar el servicio de gestión de la garantía»

Este OARC / KEAO ha señalado en anteriores ocasiones (ver, por todas, su Resolución 116/2014) que para que se pueda considerar que una prescripción técnica es ilegal por suponer una barrera de entrada ilegítima deben cumplirse dos condiciones: la primera, que se trate de una característica que no puedan cumplir todos los operadores potencialmente interesados en la licitación, y la segunda, que se trate de una exigencia arbitraria o desproporcionada que no se justifica por el correcto cumplimiento del objeto del contrato. En el caso analizado, no hay duda de que la primera condición se cumple pues, como el mismo órgano de contratación reconoce en su informe, no todos los fabricantes están en condiciones de satisfacer el requisito de fabricar todos y cada uno de los productos solicitados (se habla de, al menos, seis marcas, lo que indica que muchas otras más, y quienes las comercializan, no tendrían acceso a la licitación). Respecto al segundo requisito, a continuación se expone el criterio de este Órgano sobre la justificación de la prescripción.

La propia cláusula impugnada se fundamenta en la necesidad de homogeneizar el parque de equipos informáticos y unificar el servicio de gestión de la garantía. Debe observarse que la “homogeneización” mediante la adquisición de una única marca no es una prescripción que se justifique por sí misma, sino que debe aportar una funcionalidad o rendimiento necesario para que la prestación satisfaga la necesidad de interés público implícita en el contrato. Además, aunque exista la citada aportación, para que la cláusula sea jurídicamente aceptable debe haber una proporcionalidad entre la ventaja conseguida mediante ella y la restricción de la competencia y la concurrencia que provoca. Ello supone que no cabe una restricción muy significativa del acceso al contrato a cambio de la obtención de un beneficio pequeño y que si dicho beneficio se puede lograr por otro medio menos lesivo para la concurrencia, debe optarse por este último; ese sería el caso, por ejemplo, de objetivos que pueden obtenerse mediante el señalamiento de prescripciones técnicas tan exigentes como sea preciso pero enunciadas de modo abstracto y



general, de modo que sean los licitadores los que decidan si los cumplen ofertando productos de uno o varios fabricantes.

Llegados a este punto, este Órgano considera que la correcta gestión del servicio de garantía no es una razón válida para imponer la prescripción impugnada porque, como señala el recurso, el mantenimiento correctivo y preventivo de los equipos corresponde al adjudicatario (apartados 2 y 3.3 del PBT), que es quien deberá garantizar en su oferta el cumplimiento de las exigencias de los pliegos en esta materia. Por razones análogas, tampoco son aceptables las razones expuestas por el poder adjudicador en su informe de contestación al recurso. En primer lugar, una buena parte de las funcionalidades que se pretenden obtener con la unidad de marca ya están garantizadas por otras prescripciones del PBT que no han sido objeto de recurso, como la 3.2 (página web de los fabricantes para la descarga de controladores, firmware y parches y compatibilidad de monitores y componentes de los ordenadores) y la 3.3 (alcance del mantenimiento a cargo del contratista); en general, el PBT establece un detalle de las características de los equipos que debe ser suficiente para asegurar su adecuación a las necesidades de la Administración, sin que sea preciso además que todos los equipos procedan del mismo fabricante. En este sentido, se observa que la única ventaja que, en el mejor de los casos, podría obtenerse mediante la compra de una única marca sería acudir a una única página web de fabricante en lugar de a varias, lo que es un beneficio mínimo y completamente desproporcionado en relación con la radical restricción de la libre competencia que se genera al impedir el acceso a proveedores de equipos que cumplen las condiciones técnicas pero procedentes de varios fabricantes. Tampoco se considera adecuada la justificación basada en la facilidad de la evolución tecnológica, pues no es una cuestión objeto del contrato la evolución futura y los equipos anteriores van a ser íntegramente sustituidos, ni la usabilidad cuando se cambia de equipo, pues la experiencia más común demuestra que las condiciones de uso son muy similares para todos los fabricantes y la adaptación al cambio, de ser necesaria, se consigue fácilmente, además de que la variación en la experiencia de uso puede darse también entre productos



de la misma marca. Finalmente, la mención a la prohibición de la entrada de ordenadores “clónicos” (ensamblados a base de piezas de varios fabricantes) en el procedimiento de adjudicación no es adecuada, pues es bien sabido que hoy en día prácticamente todos los fabricantes incluyen en sus productos piezas elaboradas por otras empresas, sin que por esa razón disminuya su calidad, siempre que se cumplan los requerimientos técnicos establecidos; por otro lado, también es posible que, incluso para el mismo modelo de ordenador las mismas piezas tengan distinto origen en una u otra unidad o serie de unidades concreta.

Por todo ello, el recurso debe aceptarse. La estimación del recurso supone la anulación de la cláusula impugnada y la cancelación de la licitación para que, de estimarlo así el poder adjudicador, se tramite un nuevo procedimiento de adjudicación regido por unos pliegos que no la incluyan.

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 el recurso especial interpuesto por la COMPAÑÍA ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A. contra los pliegos del contrato “Renovación, en modalidad de arrendamiento, del parque de ordenadores del Ayuntamiento de Getxo y sus organismos autónomos”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, anulando la cláusula impugnada mencionada en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución y cancelando la licitación.



SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante Resolución B-BN 26/2016, de 23 de diciembre de 2016.

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

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 urtarrilaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de enero de 2017