

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

RESOLUCIÓN 56/2016

EB 2016/042

EB 2016/043

Resolución 056/2016, de 25 de abril de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con los recursos especiales interpuestos por las empresas TEKNOSERVICE, S.L. y AERONAVAL, S.A.U. contra los pliegos del contrato de “Suministro informático en modalidad de arrendamiento financiero (renting) 2016”, tramitado por EJIE, SA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Los días 31 de marzo y 4 de abril de 2016 tienen 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) los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por TEKNOSERVICE, S.L. y AERONAVAL, S.A.U., respectivamente, en el procedimiento de resolución del recurso especial en materia de contratación, frente a los pliegos en la licitación del contrato de “Suministro informático en modalidad de arrendamiento financiero (renting) 2016”, tramitado por EJIE, S.A.

SEGUNDO: En las mismas fechas de su recepción, el OARC / KEAO remitió los recursos a EJIE y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se recibió en el registro de este órgano entre los días 1 y 6 de abril.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 13 de abril, se han recibido con fecha 20 de abril las de la empresa AERONAVAL, S.A.U. en relación con el recurso interpuesto por TEKNOSERVICE, manifestando su plena conformidad con él.

CUARTO: En el recurso se interesa como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso. Mediante la Resolución B-BN 07/2016, de 7 de abril de 2016, el titular del OARC / KEAO adoptó la decisión de suspender el procedimiento.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Con carácter preliminar, se advierte la existencia de una clara relación entre los dos recursos, así como una identidad sustancial o íntima conexión, en el sentido previsto por el artículo 73 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento administrativo Común, por lo que procede acumular ambos para resolverlos en un único procedimiento y mediante una única resolución.

SEGUNDO: De acuerdo con el artículo 40.1 a) del TRLCSP, está sujetos a recurso especial, entre otros, los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Consta la legitimación de los recurrentes y la representación de quienes actúan en su nombre.

CUARTO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

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

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, EJIE, SA es un poder adjudicador, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP no tiene la consideración de administración pública.

SÉPTIMO: Los argumentos en los que se basa la impugnación, sustancialmente coincidentes en ambos recursos, son los siguientes:

a) El requisito de que los productos suministrados deberán ser marca líder y reconocida del mercado, delimitando expresamente que éstas son única y exclusivamente las que se encuentran en el “Magic Cuadrante de Gartner” en el apartado de “líderes” es contraria a los principios de libertad de acceso a la licitación, igualdad de trato y no discriminación, libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, ya que se está señalando a unas marcas concretas (las cuatro empresas que figuran en

dicho cuadrante) y eliminando sin justificación todas las demás, sin que se permita siquiera la posibilidad de cumplir por equivalencia.

b) El “Magic Cuadrante” es una creación de la empresa Gartner, y pretende ser una representación gráfica de la situación en el mercado de un producto tecnológico en un momento determinado; por ello, es simplemente la opinión de una entidad privada no sometida a control y cuyos intereses a la hora de emitir sus criterios se desconocen. Por otro lado, los pliegos no especifican a qué cuadrante se refiere, pues no se concretan ni el año ni el producto.

c) Finalmente, AERONAVAL, S.A.U. solicita “la nulidad del contenido de los Pliegos que rigen el presente procedimiento de contratación en cuanto a las cláusulas y estipulaciones indicadas” y TECNOSERVICE que se dicte una resolución “por la que se proceda a la corrección de los pliegos, conforme a los requisitos legalmente establecidos”.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a los recursos alegando que la referencia al cuadrante de Gartner se introduce para garantizar la calidad y continuidad de los suministros, es ampliamente usada en la contratación pública y se decide con base en el prestigio, la imparcialidad y el reconocimiento de este sistema y de la citada empresa en el campo de las TIC. No se han infringido los principios generales del artículo 1 TRLCSP y la cláusula debatida se justifica por el objeto del contrato y, especialmente, por la necesidad de asegurar la calidad y la continuidad de la prestación, pudiendo licitar tanto fabricantes como proveedores o entidades financieras; por otro lado, se considera que no hay obstáculo para que en la verificación de la adecuación de la oferta se acuda a documentación ajena a la licitación si ello se ha previsto previamente en los pliegos, como es el caso.

NOVENO: Por imperativo de la congruencia con la pretensión de los recurrentes que necesariamente debe guardar la presente Resolución, debe delimitarse en primer lugar el objeto de la impugnación, que es el siguiente apartado del punto 6.1 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT):

«Todos los componentes a suministrar deberán ser de marca líder y reconocida en el mercado, cuyos fabricantes certifiquen la continuidad de la gama o familia de los mismos, durante los períodos de entrega que se establezcan, sin que se produzcan cambios que puedan afectar a las maquetas desarrolladas por EJIE.

Se entenderá marca líder las que se encuentran en el “Magic Cuadrante de Gartner” en el apartado de líderes.»

El tema central del debate fue tratado en la Resolución 25/2015 de este OARC / KEAO, si bien en aquel caso la inserción en el cuadrante de Gartner se utilizaba como criterio de adjudicación, mientras que ahora figura como prescripción técnica obligatoria. El artículo 117.3 TRLCSP establece las formas en las que pueden definirse las prescripciones técnicas, señalando, en síntesis, que “sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario”, las prescripciones técnicas podrán definirse:

«a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”.

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).

d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.»

El sistema elegido por el órgano de contratación en la cláusula recurrida no puede encuadrarse en ninguna de estas formas; es más, el citado sistema no se refiere a una prescripción técnica, pues nada dice sobre las cualidades intrínsecas de los productos suministrados. Únicamente se menciona la condición de “marca líder”, que es un concepto vacío si detrás de él no hay condiciones técnicas o niveles de calidad o rendimiento concretos y debidamente descritos. En este sentido, la referencia al cuadrante de Gartner no es sino sustitución de la obligación de definir adecuadamente los requisitos técnicos mínimos de la prestación por una remisión en blanco a lo que diga un tercero según sus propios criterios. Debe añadirse que ni siquiera se ofrece la posibilidad de una acreditación alternativa del “liderazgo” al que se refiere la cláusula (ver, por ejemplo, los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP), de modo que se impide el acceso al

procedimiento de empresas que pueden demostrar que ofrecen productos que pueden satisfacer las necesidades del poder adjudicador a pesar de no figurar en el cuadrante. Por lo demás, son aplicables buena parte de las objeciones que se formularon en la citada Resolución 25/2015. En primer lugar, la estipulación recurrida se refiere a un listado que no figura en los pliegos y cuyo acceso no es sencillo (ni siquiera es gratuito), lo que se opone a los principios de igualdad, publicidad y transparencia (artículo 1 TRLCSP), que exigen que las prescripciones técnicas sean de general conocimiento para todos los licitadores. En segundo lugar, las características que llevan a la inserción en el cuadrante no se refieren a los productos a suministrar, sino a las empresas fabricantes, por lo que no hay una clara vinculación entre la prescripción y el objeto del contrato. En tercer lugar, la calificación efectuada por Gartner carece de objetividad, pues no evalúa con igualdad de trato todos los productos, sino que favorece a los que pertenecen a firmas que cumplen ciertos requisitos por él fijados libremente, lo que perjudica, en este caso, a empresas que, por ejemplo, oferten productos de fabricantes con menos cuota de mercado o distribución geográfica más reducida; en particular, esta discriminación es contraria también a la salvaguarda de la libre competencia que debe presidir la contratación pública (artículo 1 TRLCSP).

Consecuentemente, debe anularse el punto 6.1 del PCT en cuanto exige que los productos a suministrar deberán ser de “marca líder” entendiéndose por tales las que se encuentran en el “Magic Cuadrante de Gartner” en el apartado de líderes.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar los recursos especiales interpuestos por las empresas TEKNOSERVICE, SL y AERONAVAL, SAU contra los pliegos del contrato “Suministro informático en modalidad de arrendamiento financiero (renting) 2016”, tramitado por EJIE, SA, anular la estipulación impugnada en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Noveno de la presente Resolución y cancelar la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, acordada mediante Resolución B-BN 07/2016, de 7 de abril 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.