

## ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI RESOLUCIÓN 79/2016

**EB 2016/070**

Resolución 079/2016, de 29 de junio de 2016, 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 empresa HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Mantenimiento y soporte de servidores, almacenamiento y unidades de cinta”, promovido por Osakidetza.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 20 de mayo de 2016 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 interpuesto por la empresa HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U. (en adelante, HPE) contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Mantenimiento y soporte de servidores, almacenamiento y unidades de cinta”, promovido por Osakidetza.

**SEGUNDO:** El mismo día 20 de mayo de 2016 se trasladó el recurso al poder adjudicador quien ha remitido el expediente de contratación 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) a este OARC / KEAO el día 1 de junio de 2016.

**TERCERO:** El mismo 1 de junio de 2016 se solicitaron alegaciones a los interesados, habiéndose recibido las de la HARDWARE & PARTS, S.A. (en adelante H&P) el día 7 de junio de 2016.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente, por haber participado en el procedimiento de adjudicación del contrato cuya adjudicación recurre y la representación de don P.A. R.P., que comparece en su nombre.

**SEGUNDO:** El contrato cuya adjudicación se impugna se halla incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP por tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

**CUARTO:** Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 TRLCSP.

**QUINTO:** El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

**SEXTO:** Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Mantenimiento correctivo HW-SW. La cláusula 3.1. del PBT exige que se incluyan las licencias de software necesarias para utilizar y copiar las actualizaciones de productos de software en los sistemas y la cláusula 3.2. exige que en el caso de que los fabricantes requieran un contrato con su empresa para dar soporte a sus equipos, que el oferente contrate los servicios necesarios con el fabricante o subcontrate con quien los tuviera. El Anexo I del Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT) detalla el inventario y accesorios a mantener que son, mayoritariamente, del fabricante HPE. El acceso a las actualizaciones de software y/o micro código de productos HPE requiere bien que los productos se encuentren bajo garantía o bien la cobertura de un contrato de mantenimiento con HPE para la provisión de las actualizaciones, sin que conste que H&P haya efectuado gestión comercial alguna orientada a una eventual contratación de los servicios de HPE. Además, el importe licitado por H&P resulta incompatible, por ser sustancialmente inferior, a los costes que para dicha empresa tendría la subcontratación de los mismos a HPE que, por otra parte, son necesarios para cumplir los requisitos establecidos por los pliegos.

b) Recursos técnicos y humanos. La cláusula 3.3 del PBT requiere el acceso vía web a un portal de soporte donde Osakidetza pueda encontrar información útil para su entorno como actualizaciones de software,

firmware, parches etc. Al no ser el adjudicatario un servicio técnico autorizado carece de acceso a las bases de conocimiento, alerta y notificaciones sobre productos HPE.

c) Gestión de escalada. Conforme a la cláusula 3.5 del PBT, deberán detallarse los procedimientos de escalada de incidencias a los niveles superiores de soporte, centros de competencia e ingeniería del fabricante para problemas complejos pero H&P no puede acceder a los centros de soporte de tercer nivel o ingeniería de HPE por no ser un servicio técnico autorizado.

d) Condiciones de mantenimiento. Conforme a la cláusula 4 del PBT, en lo referente al soporte remoto, la solución deberá estar monitorizada 24x7 por el fabricante por lo que se deberán implementar mecanismos de “llamada a casa” que permitan actuar al fabricante de forma inmediata ante errores o fallos. Estas soluciones son herramientas propietarias de HPE, cuyos términos de licencia de usuarios impiden a H&P su utilización. Adicionalmente, la operatividad de las mismas requiere de la existencia de una garantía o contrato activo y en vigor con HPE. H&P no puede utilizar herramientas de diagnóstico propias de HPE para las que se requiere de licencia de uso.

e) El principio de igualdad de todos los licitadores establecido en el art. 139 del TRLCSP exige que todas las licitadoras cumplan con los requisitos establecidos en el PBT.

**SÉPTIMO:** El poder adjudicador en su informe se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El único criterio de adjudicación del contrato es el precio, razón por la que ha resultado adjudicataria H&P por lo que no se pueden valorar la reclamación técnica de HPE en esta fase del procedimiento de adjudicación. Durante la fase de ejecución del contrato se controlará el cumplimiento de los extremos relacionados.

**OCTAVO:** La empresa HARDWARE & PARTS, S.A., efectúa las siguientes alegaciones:

a) H&P tiene la capacidad suficiente para proporcionar todos los materiales y piezas originales, incluidos los materiales y piezas para las mejoras de ingeniería, mediante su adquisición directa al fabricante o a los servicios técnicos autorizados, sin necesidad de subcontratar.

b) Nada impide a H&P comprar directamente a HPE las licencias de software necesarias para utilizar y copiar las actualizaciones de productos pues, en caso de impedirlo, estarían en incumplimiento legal, o comprárselas a cualquier distribuidor autorizado. La cláusula 3.2 del PBT se refiere a que el ofertante “deberá contratar”, lo cual implica haber sido primeramente adjudicatario del contrato y luego realizar las gestiones para la contratación o subcontratación.

c) Se adjuntan correos electrónicos entre HPE y H&P relativos a la adquisición de sistemas y de software del fabricante HP, resultando incluso una relación más directa habiendo confiado directamente HPE para que H&P les suministrase equipamiento original del fabricante HP y servicios de reparación sobre equipos del fabricante que ellos no podían realizar.

**NOVENO:** El fondo de la cuestión planteada en el recurso versa sobre el cumplimiento por parte de la empresa adjudicataria impugnada H&P de todos los requisitos de aptitud exigibles para la correcta ejecución del contrato pues, a juicio de la recurrente, la circunstancia de que la adjudicataria no disponga de contratos de mantenimiento suscritos con el fabricante HPE ni sea un servicio técnico autorizado por éste, le impide ser la adjudicataria del referido contrato.

El recurrente no discute que el adjudicatario goce de la capacidad de obrar y de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional exigida en los pliegos sino que considera que la ejecución de la actividad que constituye el objeto del contrato únicamente puede realizarse siendo servicio técnico autorizado de HP o teniendo un contrato de mantenimiento del software o hardware con HP.

Esta pretensión no puede prosperar pues las cláusulas del PPT invocadas por el recurrente (la 3.1, 3.2, 3.3 y 3.5) se refieren a las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario, por lo que es una cuestión que deberá dilucidarse en la fase de ejecución del contrato no en la de adjudicación. Alegar que la correcta prestación del servicio conforme a las prescripciones solicitadas exige que el adjudicatario haya sido reconocido como “servicio técnico autorizado” por HPE significa introducir un requisito de admisión en el procedimiento de adjudicación que no ha sido exigido por los pliegos rectores del contrato que, recordemos, según una reiteradísima y constante jurisprudencia, constituyen las reglas por las que se han de regir las partes en el contrato salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, en el que el único criterio de adjudicación es el precio, el contrato ha sido adjudicado a la empresa que ha realizado la oferta económica más baja y cuya capacidad de obrar, adecuación de su objeto social al objeto del contrato y suficiencia de solvencia económica y financiera y técnica no se pone en duda. Por otra parte, cabe señalar que las objeciones alegadas por el recurrente se refieren todas ellas a la inexistencia de un negocio jurídico bilateral entre HPE y la adjudicataria impugnada para ser considerada “servicio técnico autorizado”, por lo que en ningún caso nos hallaríamos ante una actividad sujeta a un requisito legal de habilitación empresarial o profesional, que exige de una norma dictada con carácter imperativo (ver en este sentido Resolución del TACRC nº 1172/2015) por lo que cabe afirmar que la adjudicataria impugnada goza de los requisitos de aptitud para contratar exigidos en los pliegos rectores del contrato.

Por otro lado, tiene razón la adjudicataria al afirmar que los reparos aducidos por la recurrente no impiden que pueda ejecutar correctamente el contrato pues no pueden existir obstáculos para la compra al fabricante o a cualquier distribuidor autorizado de aquellos productos de software o hardware que necesiten ser sustituidos en los equipos a mantener. Además, ha de tenerse en cuenta que el PPT admite expresamente la subcontratación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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:** Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Mantenimiento y soporte de servidores, almacenamiento y unidades de cinta”, promovido por Osakidetza.

**SEGUNDO:** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO:** Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**QUINTO:** 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.