



Recurso nº 907/2014

Resolución nº 900/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.F.R. actuando en nombre y representación de la empresa INNOVA DATA CENTER, S.L. contra el contenido de los Pliegos para la contratación del *“Tratamiento y difusión del fondo documental de la biblioteca del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), gestión bibliotecaria y atención cualificada a usuarios”* (Exp. 20140183), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 12 de septiembre de 2014 el Director del INAP aprobó la iniciación del expediente relativo a la contratación del *“Tratamiento y difusión del fondo documental de la biblioteca del INAP, gestión bibliotecaria y atención cualificada a usuarios”*, con un presupuesto de licitación de 170.000 € y un valor estimado de 280.991,74 €.

Segundo. El 29 de octubre de 2014 se publicó el anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado. En él se mencionaban los pliegos rectores del contrato.

Tercero. El 6 de noviembre de 2014 INNOVA DATA CENTER S.L. anuncia la interposición ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de un recurso especial contra el contenido de los pliegos.

Cuarto. El 12 de noviembre de 2014 este Tribunal traslada el recurso al INAP a efectos de que sea remitido el expediente y se emita el informe previsto por el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. En el mismo recurso se solicitaba la adopción de medidas provisionales. Dicha solicitud fue resuelta por la Secretaría del Tribunal el 21 de noviembre de 2014, concediendo la medida consistente en suspender del procedimiento de contratación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados para que realizaran las alegaciones que estimaran oportunas en el plazo de cinco días hábiles, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso en virtud del artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. El acto que es objeto de recurso son los pliegos rectores de la licitación, acto que al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sin duda es susceptible de ser impugnado por esta vía.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello y previo anuncio del mismo al órgano de contratación.

Cuarto. La recurrente está legitimada al acreditar un interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. La recurrente funda su recurso en la vulneración del artículo 117.8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al exigir el Pliego de Prescripciones Técnicas una experiencia mínima de 2 años en el uso del sistema integrado de gestión bibliotecaria TECHLIB 10.0, experiencia en catalogación y clasificación de monografías y recursos electrónicos, vaciado de revistas y publicaciones periódicas de Administración Pública, Derecho Administrativo y urbanismo (en al menos tres de los siguientes idiomas: Inglés, Francés, Italiano, Portugués, Latín, Griego) mediante el programa de gestión

documental TECHLIB 10.0 y experiencia en importación y exportación de registros bibliográficos a y desde TECHLIB 10.0. En su opinión esto supondría una restricción indebida de la competencia toda vez que existen en el mercado aplicaciones de gestión bibliotecaria similares a TECHLIB, y mucho más extendidas que ésta, por lo que limitar la experiencia requerida al uso de esta aplicación es discriminatorio.

Finaliza el recurrente solicitando la eliminación de la referencia a la aplicación TECHLIB, o en su defecto, el añadido de la mención "*o equivalente*".

Sexto. El órgano de contratación en su informe de 13 de noviembre de 2014 sostiene que el programa TECHLIB 10.0 viene siendo utilizado en el INAP desde 1993. Su implantación supuso un importante coste económico, aún no amortizado. Por esta razón lo que la empresa recurrente considera una prescripción técnica que contraviene lo dispuesto por el artículo 117.8 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no es tal, sino una simple adecuación del objeto contractual a las necesidades coyunturales del organismo, manifestada en la exigencia de un determinado perfil para el personal que la futura adjudicataria deberá poner a disposición de la ejecución del contrato.

Expone igualmente que otra interpretación supondría que la Administración Pública respectiva debiera asumir pérdidas económicas sustanciales e injustificables al cambiar de contratista adjudicatario del servicio a cubrir, e importantes trastornos técnicos que podría generar un cambio en el programa informático.

Séptimo. En el caso que nos atañe el Pliego de Prescripciones Técnicas establecía en el apartado 4 a), en la parte correspondiente a otros conocimientos y experiencia que sería necesario acreditar disponer de:

- Experiencia mínima de 2 años en el uso del sistema integrado de gestión bibliotecaria TECHLIB 10.0.
- Experiencia en catalogación y clasificación de monografías y recursos electrónicos, vaciado de revistas y publicaciones periódicas de Administración Pública, Derecho Administrativo y urbanismo (en al menos tres de los siguientes idiomas: Inglés,

Francés, Italiano, Portugués, Latín, Griego) mediante el programa de gestión documental TECHLIB 10.0.

- Experiencia en importación y exportación de registros bibliográficos a y desde TECHLIB 10.0.
- Experiencia en procesos de sustitución de sistemas de gestión bibliotecaria y seguimiento de migraciones de bases de datos.
- Experiencia en catalogación y clasificación exhaustiva de Fondos Antiguos (siglos XVI-XIX).
- Experiencia en la creación de procedimientos de conservación y mantenimiento de colecciones.
- Colaboración en publicaciones y catálogos sobre Fondos Antiguos.

Por tanto, no cabe duda de que se menciona específicamente una aplicación concreta.

Octavo. Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigencia de una experiencia en el uso de aplicaciones de software de una empresa determinada. En nuestra Resolución 179/2013 sentamos como doctrina general sobre tal exigencia que *“como expusimos en nuestra resolución 144/2011, o más recientemente, en la 104/2013, puede entrañar una vulneración del artículo 117.8 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, además de una restricción inasumible del principio de libertad de concurrencia, rector de toda la legislación sobre contratación del sector público (artículos 1 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 2 de la Directiva 2004/18/CE). Más aún, debe recordarse, en este orden de cosas, que este Tribunal ha señalado que sólo cabe acudir a la cita de marcas para definir un producto cuando esté justificado por razón del objeto del contrato, no sea posible dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y, en todo caso, supeditado a que se incluya la mención “o equivalente” (Resolución 116/2011), enfatizando que es una posibilidad excepcional, que debe ser interpretada de manera restrictiva, y en la que al órgano de contratación incumbe la prueba de que se dan esas circunstancias que justifican la excepción (Resolución 102/2012).”*

También merece la pena mencionar, en este sentido, el Informe 2/1999, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando señala que *“La cuestión de si la expresión “o equivalente” debe acompañar siempre a la mención de productos, marcas, patentes o tipos –o es posible la mención sin dicha expresión- debe ser resuelta de conformidad con el artículo 53 LCAP (...). La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que la excepción a las prohibiciones de que esté justificado por el objeto del contrato afecta tanto a la mención de productos de una fabricación o procedencia determinada, a la indicación de marcas, patentes o tipos y a la alusión a un origen o producción determinado, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos (...). Como conclusión de este apartado debe mantenerse, por tanto, que debe prescindirse de la expresión “o equivalente” en los casos que esté justificado por el objeto del contrato.”*

Teniendo en cuenta esta doctrina cabe concluir en primer lugar que, siendo posible en teoría proceder del modo en que lo ha hecho el INAP, estamos ante un caso excepcional, que se justifica por una peculiaridad muy concreta en el objeto del contrato a licitar, circunstancia ésta que debe ser probada por el órgano de contratación en cada caso.

Noveno. Lo cierto es que la particular relación con el objeto del contrato que justificaría el proceder de los órganos de contratación en estos casos obliga a analizar esta cuestión de modo casuístico. Por esta razón podemos encontrar casos en los que estaba justificada la elección de una aplicación informática concreta y casos en que no era así. Así, por ejemplo, en nuestra Resolución 742/2014 señalamos lo siguiente:

“Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, al explicar el detalle de los trabajos a realizar, señala en el apartado Plataforma Tecnológica: “El sistema se construirá basado en tecnología Microsoft: Microsoft Sharepoint. Microsoft.NET, Microsoft SQL Server. Con lo cual, se quiere que la oferta de los licitadores se refiera a la tecnología de una marca, Microsoft. Y por ello, en el sobre 1 que han de presentar los licitadores, han de incluir el certificado Microsoft Gold Certified Partner, y esa tecnología que se quiere por la Entidad contratante está justificada en el propio PPT, por ello, tal y como se informa por la Entidad contratante, no se incluyó la palabra equivalente, de forma deliberada, porque se necesitaba que la oferta de los licitadores se circunscribiera

exclusivamente a la tecnología de la marca citada, a la vista de las necesidades presentes y futuras de la Entidad, que ya trabaja con licencias Microsoft, por lo que el actual sistema de la Entidad se apoya en ese entorno tecnológico. De aceptar otra tecnología distinta a Microsoft, se produciría un gasto en nuevas licencias, así como en la formación del personal de la Entidad. Y una de las intenciones para el futuro de la Entidad, es poder licitar ampliaciones, modificaciones y mantenimiento en el sistema tecnológico Microsoft, sin depender de la solución tecnológica de otra empresa o marca. Todas esas razones que figuran en el PPT y en el informe emitido por la Entidad tienen su amparo legal en el art. 117.8 del TRLCSP que dice: “Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa o inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada la de mención “o equivalente”. El objeto del contrato, tal y como resulta del PCAP y PPT, justifica la mención a Microsoft.”

Por el contrario, hay otros supuestos en que este Tribunal no ha considerado justificado que se exigiera experiencia en el manejo de una aplicación concreta y determinada si podían existir en el mercado otras de manejo equivalente o muy próximo, porque lo que se pretende con el proceso de selección del contratista es hallar una entidad capaz de realizar el contrato desde el punto de vista técnico, aunque dicha capacidad técnica no derive directamente de una experiencia con una aplicación concreta. Así en nuestra Resolución 711/2014 señalamos lo siguiente:

“Ahora bien, sentado lo anterior, lo cierto es que en el presente caso se dan dos elementos que determinan la irregularidad de la exigencia contenida en el pliego acerca de este particular: a) Por un lado, si bien consta que “SOROLLA” –solución proporcionada por la Intervención General de la Administración del Estado a los distintos centros gestores para favorecer la normalización de procedimientos en materia de gestión presupuestaria- es el sistema efectivamente implantado en la Agencia Estatal de Meteorología desde 2001, no cabe descartar que puedan existir en el mercado otras

herramientas informáticas distintas de “SOROLLA” para llevar a cabo las tareas de gestión de inventario incluidas en el objeto del contrato examinado, herramientas aplicables, al igual que “SOROLLA”, en el ámbito específico de las Administraciones Públicas (ningún dato se nos aporta sobre este particular, más allá de la mera afirmación del órgano de contratación, no sustentada en ningún elemento probatorio, de que las otras aplicaciones que hay en el mercado son “muy diferentes” a “SOROLLA”, específicamente concebida para el ámbito de la Administración), como tampoco cabe descartar, a priori, que esas otras herramientas informáticas que pudieran existir, hipotéticamente, para llevar a cabo aquellas tareas en el ámbito de la Administración Pública, pudieran tener un funcionamiento similar a “SOROLLA”, de manera que la experiencia en su utilización pudiera servir para acometer las tareas de gestión de inventario a través de “SOROLLA”. A falta de dichas aclaraciones, no puede avalarse la licitud de la exigencia de experiencia exclusivamente en la utilización de la aplicación “SOROLLA”, debiendo admitirse la experiencia en la utilización de otras herramientas similares para la gestión inventarial desde el punto de vista presupuestario y contable en el ámbito de las Administraciones Públicas –de existir estas últimas-.”

Décimo. Entre los dos casos analizados se puede observar una diferencia cualitativa muy importante. En el primero la presencia de un software concreto exige un conocimiento específico del programa en cuestión, mientras que en el segundo caso la actividad a desarrollar podría realizarse mediante otra aplicación distinta y aunque en este caso exista una concreta aplicación que se ha de emplear, la utilización de otras equivalentes podría permitir utilizar también la aplicación propia del órgano de contratación y, por ende, cumplir apropiadamente el contrato.

Décimo primero. Sin duda, el caso que nos atañe se encuentra mucho más próximo a este último. La aplicación que emplea la biblioteca del INAP es una aplicación comercial que puede tener otras equivalentes y que, al menos en teoría, podría ser empleada por otras empresas especialistas del sector.

Por tanto, la postura más respetuosa con el principio de concurrencia, paradigma esencial en la contratación pública, exigiría la inclusión de la mención “o equivalente” a que hace referencia el artículo 117.8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, pues no es ilógico o irrazonable pensar que existan otras aplicaciones de manejo próximo que permitan a otras empresas cumplir solventemente el contrato. Esta conclusión no implica que el órgano de contratación deba cambiar el programa que utiliza, sino que debe ser posible admitir a la licitación a empresas que acrediten experiencia en programas de características equivalentes. Tampoco significa que el órgano de contratación no pueda descartar a aquellos licitadores que no acrediten experiencia en aplicaciones que de algún modo permitirían suponer la aptitud técnica para cumplir el contrato, sino que debe admitirse la posibilidad de que el contrato pueda ser ejecutado por quien pueda finalmente manejar adecuadamente las herramientas que se pongan a su disposición, aunque no tenga experiencia en esa herramienta concreta sino en otra similar.

Otra conclusión implicaría una fuerte restricción de las condiciones de acceso a la licitación y una afectación indebida del principio de concurrencia.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.A.F.R. actuando en nombre y representación de la empresa INNOVA DATA CENTER, S.L. contra el contenido de los Pliegos para la contratación del tratamiento y difusión del fondo documental de la biblioteca del INAP, gestión bibliotecaria y atención cualificada a usuarios (Exp. 20140183) y, en su consecuencia, anular la cláusula 4 a) del Pliego de Prescripciones Técnicas.

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 acordada conforme al artículo 43.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.