



Recurso nº 368/2017

Resolución nº 454/2017

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

En Madrid a 26 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.F.R.C., en representación de FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro de actualización, adquisición y soporte técnico de licencias para ordenadores clientes y servidores (2017-2020)*” convocado por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en el DOUE de 15 de diciembre de 2016, en el BOE de 19 de diciembre de 2016 así como en la Plataforma de contratación del Estado el 12 de diciembre de 2016, se convocó por parte de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, la licitación del procedimiento “*Suministro de actualización, adquisición y soporte técnico de licencias para ordenadores clientes y servidores (2017-2020)*” con un valor estimado 995.000,00 de euros (IVA incluido) y con un plazo de duración de 3 años.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCS) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Previa la tramitación oportuna, y emitido el Informe Técnico de Valoración en fecha 10 de febrero de 2017, la Mesa de Contratación en sesión 27 de febrero de 2017



propone la adjudicación del contrato a la mercantil INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A.. Mediante Resolución de fecha 24 de marzo de 2017 del Subsecretario del Departamento Ministerial actuando por delegación, se acuerda la adjudicación del contrato a la mercantil INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS S.A. Dicha resolución fue notificada a todos los licitadores en fecha 24 de marzo de 2017.

Cuarto. Contra el acuerdo de adjudicación, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS S.A. presentó el 18 de abril de 2017 en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación. La recurrente solicita que se declare nula la resolución de adjudicación con exclusión de la licitación de aquellas empresas que no cumplen con los requerimientos de los Pliegos y se proceda a realizar una nueva valoración de los puntos calculados mediante fórmula.

Quinto. Por parte de la Secretaría de este Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo hecho uso de este trámite la mercantil adjudicataria INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS S.A. (en adelante, IECISA) mediante escrito de fecha 27 de abril de 2017.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación de éste, mediante resolución de fecha 27 de abril de 2017, notificada el 28 de abril, acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo previsto en el artículo 47.4 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



Segundo. El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, al haber concurrido al procedimiento de licitación al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución que acuerda la adjudicación, acto recurrible al amparo del artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente fundamenta su recurso en un único motivo, entendiendo que la decisión de la mesa de contratación de excluir de todas la ofertas presentadas por los licitadores el precio ofertado por la licencia “SQL Server Enterprise + SA” con referencia 7JQ-00341 supone una infracción manifiesta del artículo 139 TRLCSP por vulneración de los principios de igualdad y transparencia.

Para fundamentar su alegación, la mercantil recurrente tras detallar el cuadro de la valoración total, comienza transcribiendo el apartado 5.2 del informe técnico de valoración de fecha 20 de abril de 2017 y que señala:

“5.2 Criterio PRECIO AMPLIACIÓN TRUE-UP” del informe de Licitación, se especifica que tanto la compañía Informática el Corte Inglés como Seidor S.A. no dan el precio unitario de la “Licencia SQL Server Enterprise + SA con referencia 7JQ-00341, alegando lo siguiente:

Informática el Corte Inglés:

“No se pueden adquirir licencias nuevas de SQL Server Enterprise en la modalidad por CAL. Solo se pueden renovar las licencias que el cliente tenga”.

Seidor:

“No hay precios de True-Up para el SQL Server Enterprise porque ya no se pueden adquirir licencias nuevas de SQL Server Enterprise en la modalidad POR cal.”

También señala la recurrente que, el informe técnico de valoración señala que no existe, según el fabricante Microsoft la posibilidad de incluir este tipo de licencia.



Considera la recurrente que la declaración del fabricante resulta del todo incompleta por el siguiente motivo: *“(....) obvia inexplicablemente la posibilidad de poder incluir su equivalente, superior o alternativa como se requería explícitamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas del Concurso, más concretamente en su cláusula “1.3 Tabla de precios ampliación de Licencias (“True Up”), donde se recoge textualmente lo siguiente: “Si durante el tiempo que transcurra entre la publicación del Pliego de Prescripciones Técnicas y la confección la oferta por parte del licitador, cambiasen los productos o/y códigos, el licitador deberá ofertar lo equivalente o superior de lo indicado en la tabla anterior, o alternativa tecnológica evolutiva.”*

La recurrente admitiendo que no es posible incluir la licencia True-Up para el SQL Server Enterprise, porque ya el fabricante no permite adquirir licencias nuevas de este tipo en la modalidad por CAL, argumenta que *“sí que existe una opción equivalente o superior o alternativa tecnológica a dicho licenciamiento, ya que realmente ese producto y más concretamente, su referencia “7JQ-00341” si equivale a un producto existente (...)”* y, en consecuencia tanto la adjudicataria como la mercantil SEIDOR S.A., habría incumplido el apartado 1.3 Tabla de precios ampliación de licencias (“True-up”) al no ofertar el equivalente superior o alternativa tecnológica.

Sobre la opción equivalente o alternativa señala la recurrente: *“(....) Es muy importante precisar, que aunque en todo momento se hace referencia en los Pliegos de precios unitarios de regularización, True-UP, correspondientes a la adquisición de unidades adicionales para cada año de duración del Enterprise Agreement de cada uno de los productos incluidos en dicha tabla, dentro de este planteamiento también incluyen productos que ciertamente no son “True-Up”, como son los productos de “Step-UP” (consistentes en la migración de un producto de una edición menor a una mayor, sin que ello implicar una compra de licencias adicionales). Sin embargo, dichos elementos, aun no tratándose de productos de True-Up, igualmente han sido ofertados por estos Licitadores. (...)”*

Quinto. Examinadas las alegaciones del recurso especial podemos ver que no existe duda ni controversia sobre la imposibilidad de ofertar el tipo de licenciamiento Server Enterprise Cal. Ha quedado acreditado que durante el transcurso del procedimiento de



licitación el proveedor Microsoft modifica el sistema de licenciamiento y pasa a ofertar licencias por CORE (bajo el mismo código 7JQ-'00341 que la anterior) y establece además como condición para adquirir licencias por CORE que ya se disponga de al menos una de ellas o se adquiriera una en el momento de la firma del contrato objeto del procedimiento y sobre el que se aplica la regularización True Up.

Consta en el expediente administrativo *comunicado de Microsoft vía correo electrónico, al órgano de contratación, confirmando que "(...)el tipo de licenciamiento ha cambiado de Server Enterprise CAL a un licenciamiento por CORES y que solo se puede cerrar precios de True Up para compras futuras para productos de los que se esté comprando al menos una unidad a la firma de contrato. En el actual contrato se incluye el soporte y actualización de la licencia que ya se dispone de SQL Enterprise, pero no se adquieren licencias del nuevo modelo por CORE."*

La mercantil recurrente ofertó este nuevo producto que, como se ha indicado, requería tener ya adquiridas licencias de ese tipo con anterioridad.

Por otro lado, se comprueba en el expediente que tres licitadores (entre las que se encuentra la adjudicataria) señalaron en su oferta la imposibilidad de ofertar precio por esta circunstancia y otra de las licitadoras consignó 0 euros para dicho concepto.

No existiendo posibilidad de adquirir licencias nuevas de SQL Enterprises por CAL, y no disponiendo de licencias SQL Server Enterprise por CORE en el ámbito del órgano de contratación y sin que el pliego contemple la posibilidad de adquirir al menos una, la cuestión ha de centrarse en analizar si realmente existía la posibilidad de ofertar un equivalente o alternativa a dicha licencia como sostiene FUJITSU.

Debemos recordar que este Tribunal para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica- la puntuación dada por el Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio-, la misma se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio



propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. En este sentido, podemos citar la Resolución dictada por este Tribunal en el expediente 168/2013, de 8 de mayo de 2013, cuando señala:

“Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

También la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (RJ 2012/2637): *“En suma, en la cuestión suscitada en el caso examinado, la Mesa de Contratación concilió los principios de publicidad y transparencia que informan la contratación administrativa con una valoración, en conjunto, de las características y condiciones (subjetivas y objetivas) que concurrían en los proyectos presentados al concurso y decidió, con apoyo en los correspondientes informes y dictámenes técnicos, lo que resulta más apropiado a los fines del interés público y en coherencia con los criterios jurisprudenciales de esta Sala (por todas, las SSTC de 6 de julio de 1999 y 28 de noviembre de 2000).”*

Por tanto debemos acudir a lo indicado en el informe técnico de 20 de abril de 2017 y que dispone:

“(....) Microsoft utiliza actualmente el mismo código 7JQ 00341 que usaba para la adquisición de la licencia del “SQL Enterprise por CAL” para referenciar el producto “SQL Enterprise por CORE” que ya es lo único que se puede comprar de aquí en adelante, aunque se puede mantener el “SQL Enterprise por CAL.”

Ambos productos NO son equivalentes pues cambia el modo de licenciamiento, en el formato y en la cuantía.

Por otro lado, es posible comprar licencias SQL Enterprise por CORE dentro del proceso anual de regularización llamado TRUE-UP, pero si y solo si, se tienen ya adquiridas al menos 1, o en la firma de contrato del EA se adquiere 1 licencia.

Condiciones ambas que no se da en este caso y, por tanto, de ninguna de las formas puede ser compradas posteriormente en el ámbito de los tres años del Enterprise Agreement y durante el proceso anual de TRUE-UP.

Es decir si se tuviera que adquirir una nueva licencia de SQL Enterprise durante los tres próximos años que dura el contrato EA, dado el cambio de formato y licenciamiento que tiene Microsoft, que ya no es por acceso de usuario, CAL sino por potencia de procesador CORE, y para este producto concreto, deberíamos hacer un contrato de suministro independiente y externo al proceso TRUE-UP, desvinculado de todos los beneficios asociados al EA 2017-2020, y en el caso que quisiéramos adherirlo a los beneficios del EA, esperar al año 2020 a su finalización y regularizarlo en nuevo acuerdo con Microsoft llegado el caso.

Esta es la razón que hace imposible que se pueda valorar económicamente esa clave en el proceso de TRUE-UP porque Microsoft no va a permitir ejercer el derecho de compra por mucho que los códigos 7JQ 00341 hablen del producto SQL Enterprise. (.....)

El proceso que se menciona en el recurso de STEP-UP, hace referencia a la posibilidad de convertir o realizar un cambio de licenciamiento para un producto concreto con un pequeño coste sobre el total del valor de la licencia.

Pues bien, el Step-up es un mecanismo propio con sus singularidades y reglas de actualización particulares de cada producto. Por ejemplo, en este contrato se solicitaba un STEP UP para convertir la licencia de Office por dispositivo (1 PC) en licencias por usuario. Pero consultado con Microsoft NO existe un STEP UP para convertir un "SQL Enterprise por CORE" no por condicionamiento técnicos, sino porque Microsoft no lo ha



considerado interesante para su desarrollo de negocio y NO da esa posibilidad de “Step-up”.

Matiz distinto es lo que aparece en el código 7JQ 00341 dentro del proceso de TRUEUP pues no es una conversión sino la posibilidad de comprar nuevas licencias de “SQL Enterprise para CORE” en el caso que tener ya alguna instalada, es decir, por ejemplo, añadir 2 licencias más a las que tuviéramos.

Y una vez más volvemos al argumento raíz, que al no tener ninguna comprada ni adquirirla a firma de contrato, no podemos hacer esta operación. (...)”

Resulta también procedente transcribir lo dispuesto por el órgano de contratación en su informe preceptivo de fecha 21 de abril de 2017:

“(...) En consecuencia, se consideró que este punto del pliego, que era factible en el momento de iniciar la tramitación del procedimiento, ha devenido de ejecución imposible en el transcurso del mismo, por no existir productos equivalentes, superiores o evolución tecnológica como requerían los pliegos, todo ello por circunstancias ajenas al órgano de contratación.

Como por otro lado se trata de una cuestión que no afecta al contenido esencial del contrato, pues la adquisición de estas licencias era una mera opción para la Administración, se optó por excluir este producto y sólo este producto de la valoración final de este criterio de adjudicación. El criterio de adjudicación se aplicó, manteniéndose las ofertas presentadas por todos los licitadores en relación con los veintidós productos restantes sobre los que se había ofertado precio y asignándose los cinco puntos previstos para este criterio a la oferta más barata en este apartado, conforme a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

(....)

En la ALEGACIÓN QUINTA el recurrente indica que es importante precisar que el pliego también incluye bajo el apartado True Up, productos que en realidad son Step Up, para los que tanto ellos como el resto de licitadores han ofertado precio. Se considera que este



argumento en nada desvirtúa la falta de equivalencia antes señalada, ya que tampoco el recurrente justifica que la modalidad Step Up fuera aplicable al tipo de licencias SQL Server Enterprise+SA, código 7JQ-00341, ni que ellos hubieran ofertado la citada modalidad para este producto. Por otro lado Microsoft indica que no existe modalidad Step Up para estas licencias.”

A la luz de estas consideraciones, el examen del contenido del informe técnico permite concluir que, el producto ofertado por la empresa recurrente no puede considerarse equivalente, o superior, o alternativa tecnológica, porque es de imposible cumplimiento ya que en todo caso no permitiría la adquisición de las licencias necesarias en el caso de que llegaran a solicitarse.

No apreciándose a la vista del informe técnico, infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales ni la existencia manifiesta de una aplicación arbitraria o errónea de lo dispuesto en el PPT, aplicando la doctrina anteriormente expuesta, se considera ajustada a derecho y respetuosa con los principios de igualdad y transparencia, la actuación del órgano de contratación al excluir de todas las ofertas el presentadas el precio ofertado por este concepto y, en consecuencia, la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.F.R.C., en representación de FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *“Suministro de actualización, adquisición y soporte técnico de licencias para ordenadores clientes y servidores (2017-2020)”* convocado por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

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 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.