



Recurso nº 105/2019

Resolución nº 219/2019

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

En Madrid a 8 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. P., en nombre y representación de ENIMBOS, S.L., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes al contrato de servicios denominado “*servicios de nube*”, de la Fundación Escuela de Organización Industrial (en adelante, EOI), con número de expediente PA-20190102, contrato que tiene por objeto “el mantenimiento de la infraestructura en nube que EOI tiene dispuesta en la nube de Amazon, incluyendo la atención y solución de las incidencias, problemas y peticiones de nuevos servicios que EOI realice al adjudicatario”, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 11 de enero de 2019 se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación y los pliegos rectores del contrato “*servicios de nube*” para la fundación EOI, con número de expediente PA-20190102, seguido por procedimiento abierto, con tramitación ordinaria, con un valor estimado de 192.000 euros, que tiene por objeto el servicio de mantenimiento de la infraestructura en nube que EOI tiene dispuesta en la nube de Amazon, incluyendo la atención y solución de las incidencias, problemas y peticiones de nuevos servicios que EOI realice al adjudicatario.

Segundo. En el apartado 1 del PCAP, se contienen las “*Características de esta contratación*” y, vemos que dentro de su apartado n) se contiene la exigencia de solvencia, cuyo apartado b) indica lo siguiente:



“b. Solvencia técnica o profesional:

Debe acreditarse:

(...).

- El Licitador deberá tener activado el soporte Enterprise por parte de AWS¹, lo que garantiza la atención de los tickets de soporte crítico en un tiempo menor a 15 minutos. Este requisito deberá acreditarse presentando una carta emitida por AWS en la que se certifique lo antes mencionado.

- El Licitador deberá presentar una carta emitida por el fabricante donde se mencione que ha obtenido la competencia de Migración para garantizar que la migración de todas las cargas de EOI se realicen de acuerdo con los estándares mencionados en el pliego técnico”.

Tercero. La empresa ITERA PROCESS CONSULING, S.L., (en adelante, ITERA), también licitadora en el presente contrato, ha presentado alegaciones en las que solicita que sea inadmitido por falta de legitimación activa, como consecuencia de una deficitaria representación del compareciente respecto de la entidad licitadora y, de forma subsidiaria, la desestimación del presente recurso.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación, de 29 de enero de 2019, conforme al art. 56, 2 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, (en adelante, LCSP).

Quinto. En fecha de 11 de febrero de 2019, mediante resolución de la Secretaria de este Tribunal, se procedió a acordar la suspensión del presente procedimiento de licitación, conforme a lo dispuesto dentro del art. 56, 3 de la LCSP.

¹ Acrónimo de “Amazon Work Services” (N. del A.).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 y 46.2 LCSP.

Segundo. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la publicación en el correspondiente diario oficial, del acto o acuerdo que se recurra, conforme se dispone en el artículo 50. 1. b) de la LCSP, de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal. En este caso consta que el pliego de cláusulas administrativas objeto de este recurso fue publicado el 11 de enero de 2019, puesto que el recurso ha sido presentado el 24 de enero de 2019, se considera que se ha interpuesto dentro del plazo previsto para ello.

Tercero. Respecto de la legitimación del recurrente, por parte de la empresa ITERA, se solicita que se dicte un pronunciamiento de inadmisión del recurso por falta de legitimación activa, manifestando al respecto que: *“Que D. J. de la C. no ha acreditado la representación que dice ostentar de la mercantil ENIMBOS, S.L. con CIF B86775160. y 2º.-Que existe una falta total de legitimación por parte de la recurrente, por la sencilla razón de que la recurrente no existe. No existe ENIMBOS, S.L.”*

Sin embargo, en el documento nº 1 de los aportados por el recurrente junto con su escrito de recurso, consta la representación del compareciente, la cual se acredita mediante escritura pública, otorgada por el Notario de Torrelodones (Madrid), D. Benito Martín Ortega, con número de protocolo 2697, en la que se acredita que el recurso se ha interpuesto por el administrador único de la empresa ENIMBOS GLOBAL SERVICES S. L., con C.I.F. B-87596953, por lo tanto, no se ha interpuesto el presente recurso especial en nombre de la entidad ENIMBOS S.L. con CIF B86775160, como señala la empresa ITERA, sino por otra distinta, para la cual, el representante se encuentra perfectamente legitimado, por lo que podemos concluir que el recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una persona física, representante de una empresa licitadora en el presente contrato, por lo tanto, *“persona física o jurídica cuyos derechos o intereses*



legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48, 1 de la LCSP), encontrándonos en el caso de persona física, en nombre y representación de persona jurídica, cuyos derechos o intereses legítimos colectivos pueden resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto contra el pliego de cláusulas administrativas de un contrato de servicios, con un valor estimado del contrato (IVA excluido) de 192.000 euros. De acuerdo con lo dispuesto dentro del art. 22. 1. b) de la LCSP, es un contrato no sujeto a regulación armonizada, por cuanto su valor está por debajo del umbral que consta dentro de este precepto (209.000 euros). No obstante, el art. 44, 1, a), LCSP regula los contratos que pueden ser objeto de recurso especial, donde se encuentra el contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que cabe el recurso especial en este caso.

Quinto. El recurso se ha interpuesto contra los pliegos rectores del presente contrato de servicios, por tanto, procede el recurso de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP, en el que se establece que se puede interponer recurso especial contra *“Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*.

Sexto. El recurrente interpone el presente recurso alegando que dentro de las condiciones técnicas de los pliegos rectores, en concreto dentro del apartado 1, letra n, b) se exige lo siguiente:

“- El Licitador deberá tener activado el soporte Enterprise por parte de AWS, lo que garantiza la atención de los tickets de soporte crítico en un tiempo menor a 15 minutos. Este requisito deberá acreditarse presentando una carta emitida por AWS en la que se certifique lo antes mencionado.

- El Licitador deberá presentar una carta emitida por el fabricante donde se mencione que ha obtenido la competencia de Migración para garantizar que la migración de todas las cargas de EOI se realicen de acuerdo con los estándares mencionados en el pliego técnico”.



Al respecto, manifiesta el recurrente que *“dichos requisitos resultan de todo punto innecesarios para la cualificación del ofertante, siendo inexplicable la presencia de los mismos en los pliegos como condición excluyente. De facto, la concurrencia de ambos requisitos excluyen de la posibilidad de concurrir a la mayor parte de las empresas españolas del sector, y que tras consulta al proveedor de los servicios de Cloud Pública (AWS) objeto del presente requerimiento, tan solo han sido capaces de identificar una que cumple ambos requisitos, lo que constituye una evidente traba a la libre concurrencia prohibida por la LCSP, al limitar injustificadamente la libre competencia.”*

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que los requisitos de solvencia técnica exigidos en el pliego, cumplen todas las exigencias legales y que los certificados exigidos relativos a los servicios de *“servicio de soporte de fabricante”* y *“servicio de migración”*, se encuentran proporcionados a la finalidad y objetivo de la contratación, sin vulnerar el principio de libre concurrencia.

Finalmente, la empresa ITERA PROCESS CONSULTING solicita en sus alegaciones la inadmisión del recurso especial interpuesto por el recurrente, por falta de legitimación activa, y, subsidiariamente, la desestimación del mismo.

Sèptimo. De acuerdo con lo manifestado por el recurrente, se interpone el presente recurso especial alegando para ello que las dos condiciones señaladas antes como requisitos de solvencia técnica y profesional dentro del presente contrato, resultan excesivas y que su cumplimiento solo puede ser acreditado por una única empresa, lo que constituye, a juicio de la recurrente, una clara vulneración del principio de libre competencia.

Para determinar la validez de estas condiciones de solvencia técnica, debemos acudir a la regulación que de la misma se contiene dentro del art. 74 de la LCSP, en el que se establece lo siguiente: *“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.”*



2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”

En relación con las prescripciones técnicas en concreto, el art. 126. 2 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste.

Por tanto, los requisitos que deberá cumplir la exigencia de solvencia en un contrato son de tipo formal, como es el caso de su obligada constancia dentro del anuncio de licitación y el pliego, así como otros de tipo material, como son los de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales a éste.

En el caso, se cumplen los aspectos formales señalados antes, por lo que solo procede analizar el cumplimiento de la necesaria vinculación de la solvencia técnica exigida, con el objeto del contrato y su proporcionalidad. Así, según la cláusula 1. d) del PCAP, constituye su objeto: *“el mantenimiento de la infraestructura en nube que EOI tiene dispuesta en la nube de Amazon, incluyendo la atención y solución de las incidencias, problemas y peticiones de nuevos servicios que EOI realice al adjudicatario. La descripción completa se desarrolla en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.”*

Si acudimos al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT), vemos que dentro del objeto del contrato, se encuentra la prestación de los servicios de *“soporte de fabricante”* y el *“servicio de migración”*, donde se definen en los siguientes términos:

a) Servicio de soporte del fabricante: *“Este servicio proporcionará una atención personalizada a EOI sobre la plataforma 24 horas 7 días a la semana, los 365 días del año, por medio de correo, chat y teléfono. El servicio del fabricante que debe garantizar el adjudicatario es el nivel de servicio más alto disponible, en el caso de Amazon Work Services nivel de Soporte Enterprise. La respuesta para fallos de producción debe ser*



inferior a 4 horas, con un tiempo de respuesta menor de 15 minutos para incidencias críticas. Además, el fabricante deberá proporcionar un recurso cualificado para el diseño y la asesoría de nuevas arquitecturas. El licitador deberá tener activado el soporte Enterprise por parte de Amazon Work Services, lo que garantiza la atención de los tickets de soporte críticos en un tiempo menor a 15 minutos. Este requisito deberá acreditarse presentando una carta emitida por Amazon Work Services, que certifique lo antes mencionado.”

b) Servicio de migración: *“El adjudicatario debe estar en condiciones de ofrecer un servicio de migración en caso de ser demandado por EOI para migrar aplicaciones existentes en otros entornos. El adjudicatario deberá demostrar que cuenta con la competencia de migración otorgada por Amazon Work Services para garantizar su solvencia técnica en este ámbito. El licitador deberá presentar una carta emitida por el fabricante donde mencione que ha obtenido la competencia de Migración para garantizar que la migración de todas las cargas de EOI se realicen de acuerdo con los estándares mencionados en el pliego técnico”.*

Por lo tanto, los servicios de “soporte de fabricante” exigen una respuesta inmediata a situaciones críticas, por ello, se hace necesario que el licitador que pueda resultar adjudicatario de este contrato, tenga activado el soporte *Enterprise* por parte de AWS, de manera que AWS, como fabricante de este soporte, acredite que el adjudicatario, en el caso de que surja algún problema técnico con el servicio, puede atenderlo sin necesidad de acudir a un tercero, -la misma AWS u otra empresa-. No hay que olvidar que el servicio tiene por objeto el “mantenimiento de la infraestructura en nube que EOI tiene dispuesta en la nube de Amazon, incluyendo la atención y solución de las incidencias, problemas y peticiones” y precisamente, dentro del mantenimiento del servicio de nube en Amazon, resulta necesario que la empresa que vaya a prestarlo garantice que si ocurre alguna incidencia, se encuentra en condiciones de poder atenderla por sí misma y a la mayor rapidez posible, lo cual solo se puede cumplir teniendo este soporte especial *Enterprise* y solo se puede acreditar por la empresa que es titular de los servicios de almacenamiento en la nube, Amazon.

Respecto de la exigencia de la presentación de una carta emitida por el fabricante donde se mencione que ha obtenido la competencia de Migración, dentro del objeto del contrato



aparece como parte integrante de éste, la prestación de un “servicio de migración de datos”, y para su adecuada ejecución, resulta necesario conseguir la migración de aplicaciones de otros entornos, para lo que se exige esta competencia, que se puede justificar mediante la presentación del certificado que ahora se exige como solvencia técnica.

A todo lo anterior, por el análisis técnico que supone, podemos añadir lo manifestado por la empresa ITERA, quien señala que: *“Si analizamos las características del soporte Enterprise y lo comparamos con otros niveles de soporte ofrecidos por AWS (documento nº 4), nos encontramos con que el nivel Enterprise ofrece una respuesta en un plazo inferior a 15 minutos para una situación de inactividad de los sistemas críticos para la empresa, o lo que es lo mismo, el soporte Enterprise de Amazon da un soporte casi inmediato ante el fallo de los sistemas esenciales para el funcionamiento de la empresa (EOI, en el caso que nos ocupa)”*.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, se pueden considerar cumplidas tanto la exigencia de vinculación con el objeto del contrato, como la de la proporcionalidad de los medios de solvencia exigidos con ese objeto y con las necesidades a satisfacer por el órgano de contratación. No obstante, aun cuando no se configura de forma expresa como una exigencia legal en el art. 74 de la LCSP, puesto que la exigencia de proporcionalidad en la solvencia exigida se relaciona con el necesario respeto a la libre competencia, consagrado como principio fundamental en la contratación pública, -ex art. 1, LCSP-, y habida cuenta de que la entidad recurrente basa su recurso en una eventual infracción del principio de libre competencia, debemos proceder a analizar de manera más exhaustiva esta cuestión, lo que se hará en el siguiente Fundamento de derecho.

Octavo. Como ya se ha señalado, el contrato que nos ocupa tiene por objeto el mantenimiento y gestión de la infraestructura de los servicios que el órgano de contratación, la EOI, quiere mantener en la nube de Amazon. La nube funciona como un sistema de almacenamiento de datos, por lo cual, se exige que las empresas que se presenten como licitadoras al presente contrato, puedan acreditar la prestación de esos servicios mediante el certificado del titular del servicio global de almacenamiento, AWS. Tal exigencia permite justificar que la adjudicación del contrato se va a efectuar a la empresa que se encuentre en las mejores condiciones de ejecutarlo. Para ello, debemos analizar si,



en efecto, la obtención de un certificado como el exigido en el pliego puede poner en riesgo la libre competencia o no.

Respecto del certificado *Enterprise* de Amazon, para acreditar ese soporte, el órgano de contratación en su informe ya pone de manifiesto una circunstancia que resulta, a juicio de este Tribunal, enormemente esclarecedora, cuando señala que: *"Amazon ofrece tres planes de soporte, un "Plan Developer" para particulares y dos planes para empresas "Business y Enterprise", todos ellos de libre acceso. La diferencia entre los dos planes para empresas radica en los niveles de respuesta y servicios ofrecidos. Amazon recomienda el Plan Enterprise para cargas de trabajo críticas o empresariales en AWS.*

Solamente los proveedores que tengan activado el plan de soporte Enterprise, al que, como se señalaba anteriormente, puede acceder cualquier empresa socia (partner) de AWS, pueden prestar este servicio de soporte en las condiciones que precisa EOI de dar respuesta inmediata a situaciones críticas, pues es el único plan que da soporte técnico optimizado (...).

Es decir, de nuevo, se insiste en la vinculación de la exigencia de este certificado con el objeto del contrato, pero, además, se establece que cualquier empresa que sea socia (*partner*) de AWS, puede acceder al mismo, con lo que se pone de manifiesto que no existe ninguna limitación de tipo concurrencial que obste a una empresa a poder obtenerlo, máxime si tenemos en cuenta que solo se pueden presentar como licitadoras de este contrato, las empresas que tengan la condición de socio de AWS, puesto que el objeto del contrato es precisamente la gestión de los datos y aplicaciones que se encuentren dentro de la nube de AWS, lo que implica, necesariamente, que solo se pueda ejecutar por las empresas en las que se dé esta condición. En este sentido, consideramos que se trata de una condición de tipo objetivo, que se exige para la adecuada ejecución del contrato y que no implica discriminación en función de algún aspecto subjetivo o relacionado con la empresa, sino que se exige por el peculiar objeto del presente contrato de servicios.

En relación con el segundo certificado, cuya exigencia también ha sido puesta en entredicho en el recurso, en este punto, la recurrente basa su alegación de infracción de la libre competencia en una premisa errónea, como es que considera que *"la migración ya*

está mayormente hecha". Sin embargo, a ello contesta el órgano de contratación en su informe, al que, por el aspecto técnico que ello supone debemos estar, donde se dispone lo siguiente: "(...) EOI dispone de un importante número de sistemas y aplicaciones ya existentes, para las que requiere actividades de migración desde sus ubicaciones actuales que generalmente cuentan con hardware propietario de EOI de casi 10 años de antigüedad y por tanto con un nivel de obsolescencia alto. EOI cuenta con un gran número de sistemas con necesidad de modernización, (...)". Por lo tanto, no es cierta esa alegación realizada por la recurrente. Y de nuevo, para determinar el grado de afectación de la exigencia de este certificado con el principio de libre competencia, el órgano de contratación informa que esta exigencia se puede cumplir por cualquier empresa que sea socia de AWS, por lo que se le puede formular la misma conclusión que la señalada antes respecto del certificado anterior. En este sentido, en el informe del órgano de contratación podemos leer lo siguiente: "Al igual que ocurre con el requisito anterior, cualquier socio (partner) de AWS que cuente con las características técnicas precisas, puede formar parte del programa de competencias de AWS y obtener del fabricante Amazon la competencia de migración, necesaria para garantizar que esta migración se realiza con la calidad requerida y prevista en el pliego".

Por último, a todo ello podemos añadir, por el aspecto práctico que supone de cara a la resolución del presente recurso, lo manifestado por la empresa ITERA respecto de la exigencia de una carta emitida por AWS que certifique las competencias de migración en la plataforma, y su incidencia respecto del principio de libre competencia. Esta empresa ya pone de manifiesto en sus alegaciones que no existe esta vulneración, puesto que llegan a existir hasta ocho empresas que disponen de ese certificado, lo que evidencia que carece de fundamento lo alegado por la recurrente en este punto, quien manifiesta que solo hay una empresa en la que concurran estos dos requisitos, presentando junto con su recurso, -como documento anejo nº 6-, la página de resultados de AWS sobre "partners" con competencia en migración. Así, la empresa ITERA indica aquí lo siguiente: "(...) no es necesario profundizar demasiado para concluir que no existe vulneración alguna del principio de libre competencia, pues lejos de lo manifestado por la recurrente en su escrito, no sólo existe una empresa que reúna dicho requisito. De una simple búsqueda en la red de socios de Amazon Web Services obtenemos que existen para el territorio español ocho partners que poseen la competencia de migración certificada:



-Accenture.

-Grupo Claranet.

-Capside.

-AppDynamics.

-Edrans sa.

-Nueva Reliquia.

-Dynatrace.

-It Era.”

Por todo lo anterior, este Tribunal concluye que los certificados de solvencia técnica exigidos en el pliego en el presente contrato de servicios, cumplen las exigencias de vinculación al objeto del contrato y proporcionalidad con éste, debiéndose añadir que no se aprecian motivos para considerar que la exigencia de la presentación de los mismos pueda ser contraria al principio de libre competencia, como invoca la recurrente.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. J. C. P., en nombre y representación de ENIMBOS, S.L., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes al contrato de servicios denominado “*servicios de nube*”, de la Fundación Escuela de Organización Industrial, con número de expediente PA-20190102, contrato que tiene por objeto “el mantenimiento de la infraestructura en nube que EOI tiene dispuesta en la nube de Amazon, incluyendo la atención y solución de las incidencias, problemas y peticiones de nuevos servicios que EOI realice al adjudicatario”.



Segundo. Procede el levantamiento de la medida cautelar, como consecuencia de la desestimación del presente recurso.

Tercero. Declarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58 de la LCSP, no hay motivos para apreciar que haya existido en el caso mala fe o temeridad.

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 f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.