



Recurso nº 1664/2021

Resolución nº 1919/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTA la reclamación interpuesta por D. J.T.G., en representación de la PORTEL LOGISTIC TECHNOLOGIES, S.A.U. (en adelante, la “Reclamante”), contra los pliegos relativos a la contratación de “*Servicios de actualización, desarrollo, implementación de nuevas funcionalidades y mantenimiento del sistema integral de gestión portuaria de la Autoridad Portuaria de Las Palmas*” Expediente G-2021/28 (en adelante, el “Contrato”), siendo entidad contratante la Autoridad Portuaria de Las Palmas (en adelante, la “Entidad contratante”), tramitado por procedimiento abierto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 16 de octubre de 2021 fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la contratación del servicio de referencia, cuyo valor estimado asciende a 1.680.000,00 euros. El referido anuncio fue remitido al DOUE para su publicación el 14 de octubre de 2021.

El contrato se rige por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDLCSE).

Segundo. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se establece una pluralidad de requisitos y criterios de solvencia, de entre los cuales, la ahora Reclamante considera que



son contrarios a derecho dos en concreto por limitar la libre competencia e igualdad entre licitadores.

En específico, en primer lugar, considera que la cláusula 3.1 del citado PPT, en la que se indica que se requiere que el licitador deberá incluir dentro del Sobre Electrónico 2 un certificado firmado por el desarrollador propietario de la Plataforma Posidonia, que acredite que el licitador tiene libre acceso al código fuente y derecho para su desarrollo y explotación (la falta de presentación de este certificado será causa de exclusión de la oferta), limita la competencia.

Y, en segundo lugar, en igual sentido, la Reclamante afirma que la cláusula 14ª c) relativa a la "Solvencia técnica (trabajos realizados)" del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en la que se establece el siguiente requisito: *"Las licitadoras deberán acreditar experiencia en los últimos tres (3) años en la realización de servicios del mismo objeto al que corresponde la presente licitación, es decir en servicios de desarrollo e implantación de la plataforma Posidonia"*, en tanto que según aquella no existe empresa que tenga esa experiencia, limita -igualmente- la competencia y la igualdad debida entre licitadores.

Tercero. A la vista de lo anterior, la Reclamante plantea reclamación en materia del contratación regulado en el RDLCSE solicitando medidas cautelares al efecto.

La Entidad Contratante ha emitido el correspondiente informe.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 22 de noviembre de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 26 de noviembre de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación, de conformidad con lo previsto en el artículo 120 del RDLCSE.

Segundo. El acto es susceptible de reclamación, al tratarse de unos pliegos relativos a un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a los 100.000 euros, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de aplicación a las reclamaciones conforme al artículo 121 del RDLCSE.

Tercero. La reclamación se interpone en tiempo y forma, al ser interpuesta en formato electrónico dentro del plazo de 15 días contado desde el momento de la publicación del anuncio en el perfil del contratante (artículo 121, letra b) del RDLCSE).

Cuarto. En lo atinente a la legitimación para la formulación de la reclamación, debe reconocerse ésta a la reclamante por cuanto sus derechos e intereses legítimos pueden verse perjudicados o resultar afectados por las decisiones de la presente reclamación (artículo 48 de la LCSP, por remisión del artículo 121 del RDLCSE). De acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal, expuesta entre otras, en la Resolución nº 865/2020, de 31 de julio:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’...” [...] Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de



octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013)."

Con base en lo anterior, a priori, en tanto que la reclamante considera que las cláusulas impugnadas le vedan el acceso al procedimiento de licitación, se considera por este Tribunal que ésta ostenta legitimación para la interposición de la presente reclamación.

Quinto. Con carácter previo a la consideración de los motivos del recurso, entendemos preciso considerar la doctrina establecida por este Tribunal en relación con el principio de neutralidad tecnológica y su aplicación a la contratación pública.

Si bien este principio (y el conexo de neutralidad de servicios) ha sido formulado en el ámbito de las comunicaciones electrónicas (Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), y, en un sentido más restringido, en el de las relaciones y actuaciones electrónicas de la Administración (art. 2 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos), en el ámbito de la contratación pública se ha traducido en la exigencia de que *"los pliegos de cláusulas administrativas aseguren a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, de tal modo que la Administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas, como puede ser el uso de determinadas tecnologías, que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado"* (Resolución 1622/2021 de 19 de noviembre).

Aunque el principio de neutralidad tecnológica no resulta plenamente aplicable al presente recurso (en tanto que tiene una dimensión instrumental, destinada a garantizar un entorno neutral en la prestación de servicios digitales que impidan situaciones de superioridad o de exclusividad en el mercado) sus elementos inspiradores resultan de suma utilidad. Si el principio de libre concurrencia tiene una dimensión de eficiencia del gasto público (ex. art. 1 de la LCSP), en tanto que la apelación periódica al mercado garantiza que la



Administración disponga de los bienes y servicios óptimos para la satisfacción de sus necesidades (ex. art. 28 de la LCSP), hemos de concluir que tal principio tiene relevancia no sólo en el desarrollo del procedimiento de contratación, sino también, y de modo especial, en el propio diseño de la prestación.

En definitiva, la libre concurrencia (y, vinculada a ella, la eficiencia en el gasto público, en los términos expuestos) presupone la neutralidad tecnológica, entendida como la ausencia (o, al menos, la limitación) de la dependencia de un determinado desarrollo informático o, en general, de una tecnología específica. Dicho en otros términos, si bien la neutralidad tecnológica puede resultar inalcanzable (y así, este Tribunal ha considerado la posibilidad de que existan circunstancias objetivas que hagan decaer la aplicación de este principio - Resoluciones 976/2018 de 26 de octubre, 770/2018 de 7 de septiembre u 837/2015 de 18 de septiembre-), corresponde a la Administración el diseño de la prestación en términos que eviten, o, en lo posible, reduzcan, su dependencia de un proveedor o una solución tecnológica determinada.

La Administración, en sus decisiones de adquisición de bienes y servicios, parte, inevitablemente, de un statu quo, de una situación determinada por la naturaleza de los que vienen satisfaciendo las necesidades administrativas en el momento en que se adopta la decisión de contratación. Está en la esencia del principio de libre concurrencia que, en la conformación de las prestaciones en cada uno de los que podríamos denominar “ciclos de vida del contrato”, se adopten las decisiones necesarias que permitan minimizar la dependencia de la Administración al final del ciclo, de modo que cada nueva apelación al mercado pueda producirse en circunstancias óptimas para facilitar la concurrencia y, con ello, la eficiencia en la gestión de los recursos públicos. De lo señalado cabe inferir que la existencia de elevadas inversiones, de ciclos de implantación complejos o de curvas de aprendizaje amplias son circunstancias que deben ser incorporadas al proceso de determinación de la prestación, de forma que, por un lado, las condiciones del contrato – incluido, de forma muy señalada, su plazo- se ajusten de forma que se minimicen los efectos que tales circunstancias tengan en la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, y, por otro, eviten la dependencia tecnológica de la Administración en sucesivos ciclos de de vida del contrato.

En definitiva, la existencia de costes hundidos o de dificultades de adaptación a nuevas soluciones tecnológicas no pueden ser invocadas como excepciones objetivas que permitan eludir –o, eventualmente, restringir– la libre concurrencia cuando derivan de la falta de previsión o de diligencia de la Administración en la conformación de la prestación existente.

Sexta.- Es doctrina asentada de este Tribunal, por otro lado, que la recurrente soporta la carga de acreditar los hechos que respaldan sus proposiciones. Como señalamos en nuestra Resolución 465/2017 de 1 de junio,

Así, el artículo 217 de la Ley 7/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone en su apartado segundo que “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”, de modo tal que para que prospere alegación o acción del recurrente, es preciso que se lleve a cabo por parte de él prueba suficiente y válida de la que resulte la veracidad de lo alegado. Además, este mismo precepto, en su apartado tercero, en relación con el demandado, dispone que “Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

Quinto. La anterior consideración nos permite avanzar que la reclamación debe ser desestimada.

Como es de ver en los antecedentes expuestos, dos son los motivos de la reclamación planteada, a saber: (i) la exigencia de acceso al código fuente a la Plataforma Posidonia, cuyos servicios informáticos fueron contratados por la Entidad Contratante en el año 2016 mediante procedimiento abierto, y (ii) en segundo lugar, la exigencia de 3 años de experiencia en el manejo de aquella plataforma.

Respecto de la cláusula 3.1 del PPT, el argumento sobre el que pivota la posición de la Reclamante es que aquella cláusula no tiene en cuenta que la titular de la Plataforma Posidonia no permite el acceso a terceros a su código fuente. Al respecto, este Tribunal observa que tal afirmación no resulta respaldada mediante ningún tipo de prueba, por lo que, de plano, debe ser rechazada.



Máxime cuando la Entidad Contratante rechaza, en su informe, tal argumento, estableciendo un desacuerdo sobre los hechos que este Tribunal, por el principio de justicia rogada, antes expuesto, no puede resolver. En efecto, de acuerdo con la Entidad Contratante "[/]la cláusula 3.1 tiene por objeto el poder asegurar que el licitador dispone de libre acceso al código fuente y capacidad técnica y legal para modificarlo e introducir las mejoras necesarias en el Sistema de Gestión Portuaria de la APLP. De otro modo, sería imposible introducir dichas mejoras y evoluciones funcionales en dicho sistema que se encuentra en operación.

[...] –

El hecho de que el fabricante ofrezca un programa de partners de software que habilita la disposición de las condiciones exigidas en las cláusulas 3.1 del PPT y 14ª C del PCAP y lo haga de forma pública y abierta a través de su sitio Web (<https://www.prodevelop.es/partners>) es muestra de la posibilidad de cumplir con los criterios necesarios para acudir a la mencionada licitación en igualdad de trato sin discriminación (...).

- El hecho de que existan varias compañías con esta capacitación técnica y legal, -como se atestigua en la lista de partners de software oficiales enumerados en la misma página Web, anteriormente mencionada-, es una prueba palpable de que existe la salvaguarda de la libre competencia y de que se tiene la posibilidad de acudir a la licitación en concurrencia".

En segundo lugar, de igual forma, el motivo atacado por la Reclamante relativo a la experiencia exigida, también debe ser rechazado en tanto que no se impugna en sí misma la exigencia de la experiencia, sino que aquella sea de tres años, siendo este periodo - según la Reclamante- de imposible alcance por ningún otro posible proponente de oferta, respecto de lo cual, tampoco se presenta prueba alguna.

Con base en todo lo anterior, se considera por este Tribunal que los pliegos, ahora impugnados, no son contrarios a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. J.T.G., en representación de la PORTEL LOGISTIC TECHNOLOGIES, S.A.U., contra los pliegos relativos a la contratación de *“Servicios de actualización, desarrollo, implementación de nuevas funcionalidades y mantenimiento del sistema integral de gestión portuaria de la Autoridad Portuaria de Las Palmas”* Expediente G-2021/28.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 de 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.