



Recurso nº 186/2011

Resolución nº 231/2011

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

En Madrid, a 28 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Dña. M^a A.C.M, en representación de CARO INFORMÁTICA, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación de suministro “*Adquisición de diverso material fungible de informática para cubrir las necesidades en las dependencias policiales a nivel nacional del Cuerpo Nacional de Policía, formado por tres lotes independientes y para los años 2011 y 2012*”, Expediente: 006/11/IN/01, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de la Policía y de la Guardia civil anunció la licitación pública, para la contratación mencionada, teniendo lugar la publicación en la plataforma de contratación el 7 de julio de 2011, y en el BOE el 14 de julio de 2011. En el anuncio del BOE se ponen a disposición los pliegos en la página de Internet correspondiente al perfil de contratante con indicación del número de expediente.

El pliego fue aprobado por el jefe de la división de coordinación económica y técnica, de la citada Dirección General de conformidad con lo establecido en la Orden de Delegación de Competencias INT/2853/2006 de 13 de septiembre.

Segundo. El 12 de agosto de 2011, la representación de CARO INFORMÁTICA, S.A. presentó recurso ante este Tribunal contra los citados pliegos, en el recurso se solicita la modificación de los pliegos en los términos propuestos en el recurso con la celebración de una nueva convocatoria.

Tercero. La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, División de coordinación económica y técnica, Área de informática, remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las empresas que habían presentado oferta a la licitación ahora impugnada, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, no habiendo hecho uso de tal derecho.

A los anteriores antecedentes les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación de *“Adquisición de diverso material fungible de informática para cubrir las necesidades en las dependencias policiales a nivel nacional del Cuerpo Nacional de Policía, formado por tres lotes independientes y para los años 2011 y 2012”* correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, al estar integrada la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido es el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación mencionada, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.a) y 2.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El recurso se presentó ante este Tribunal el 12 de agosto de 2011, fecha en la que también se anunció ante el órgano administrativo.

El artículo 314.2 letra a, de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que el procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4; se añade que no

obstante, cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento conforme dispone el artículo 142 de la citada Ley.

En el supuesto de la impugnación de pliegos, este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de cuándo se considera el *dies a quo*, así en la resolución 139/2011 (recurso 102/2011), concluyendo que el plazo de 15 días debe computarse a partir de la fecha de presentación de ofertas.

Atendiendo al criterio expuesto, este Tribunal entiende que el recurso está interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado antes de concluir el plazo de presentación de las proposiciones que finalizaba el 18 de agosto.

Tercero. La legitimación activa en este recurso encuentra su fundamento en el artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que reconoce la legitimación en aquellos cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

En el presente recurso el objeto es el pliego, resultando el interés de la parte recurrente en atención a su interés en participar lo que resulta de su objeto social y las manifestaciones realizadas.

Cuarto. La impugnación se dirige a tres cláusulas ubicadas en el pliego de prescripciones técnicas y una que figura en el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares. Las vemos separadamente.

La **cláusula 2.1.** del Pliego de Condiciones Técnicas dispone bajo la rúbrica de “CARACTERISTICAS TÉCNICAS” que:

“El material a suministrar deberá ser consumible original o compatible o remanufacturado.

A los efectos de aclarar a los licitadores el tipo de producto solicitado en cada lote, se ha indicado por cada uno de los productos, tanto la referencia del fabricante del consumible original, como la duración del mismo. Entendiéndose que el consumible a suministrar deberá tener una duración superior o igual a la indicada”

La discusión que suscita esta cláusula ya fue analizada en nuestra anterior resolución 116/2011, a la que nos remitimos en cuanto a los razonamientos expuestos, si bien en este caso la conclusión ha de ser distinta pues se puede apreciar que no se requiere que los consumibles sean originales como sucedía la anterior vez. En esta ocasión se admiten productos compatibles, la referencia a la marca en esta ocasión lejos de discriminar entre suministradores lo que hace es facilitar la identificación de qué consumible debe ofrecerse. Es notorio que los fabricantes de consumibles “compatibles” comercializan sus productos por referencia a aquellas impresoras para las que resultan compatibles de manera tal que no es posible como sugiere el recurrente silenciar la marca de la impresora para la que se destina el consumible. Lo fundamental en este caso es que lo que se contrata no es la impresora –elemento principal- a la que se destina el consumible, sino el consumible –elemento accesorio-, y no existiendo necesidad de que el consumible sea original, no se perjudica ni discrimina a los licitadores. En consecuencia la referencia a la marca de la impresora, que no del consumible, es un medio de hacer efectivo el principio de “accesibilidad universal” al que se refiere el artículo 101 de la Ley de Contratos del Sector Público.

No le falta razón al órgano administrativo cuando afirma que el párrafo de aclaraciones se ha de poner en consonancia con el indicado en el punto inicial, por lo que se ha de entender que no se solicita ninguna marca en concreto sino que se da información precisa sobre el tipo de material consumible original, compatible o remanufacturado que se considera necesario adquirir, añadiendo; *“Para identificar sin ningún género de dudas el tipo de material solicitado es por lo que resulta necesario la utilización de una fórmula entendible por todo el mundo que permita a los licitadores saber exactamente el tipo de material solicitado.”*

La **cláusula 4.1** del Pliego de Condiciones Técnicas dispone bajo la rúbrica de daños en su segundo párrafo que:

“A tal efecto, el adjudicatario será responsable de los daños que el material suministrado pudiese producir en la impresora que utilice el mismo. Se entenderá que este daño es producido por el material suministrado cuando así lo indique el servicio técnico homologado por el fabricante de la impresora.”

Esta cláusula plantea un primer problema de ubicación, debido a que no afecta a la adjudicación del contrato sino a su ejecución y cumplimiento al fijar un régimen de responsabilidad por daños ocasionados por los consumibles. En consecuencia no discrimina en el acceso de los licitadores sino que incide en los riesgos que puede suponer la adjudicación para determinados licitadores.

Respecto de su ubicación, lo apropiado hubiera sido su inclusión en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de conformidad con el artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público y no en las prescripciones técnicas, al encontrar acomodo en los derechos y obligaciones de las partes y no en las condiciones técnicas que han de regir la realización de la prestación y definen las calidades de los bienes.

Además de esta deficiente ubicación, analizamos la cláusula contrastándola con el régimen de responsabilidad contractual. Inicialmente no se aparta de la normativa aplicable a las responsabilidades por daños ocasionados por el contratista, si bien la imputación del daño al suministrador en función del criterio del servicio técnico homologado por el fabricante de la impresora la consideramos como una imposición que coloca en una posición de ventaja a los fabricantes al poder imponer a sus competidores los costes derivados de daños ocasionados por consumibles. Es cierto que, como señala el órgano administrativo en su informe, *“...resulta necesario determinar cuál es la causa de dicho daño a fin de determinar las responsabilidades del tenedor de las garantías o mantenimiento, la del centro directivo y la del suministrador del consumible,”* pero la explicación de que deba ser el servicio técnico homologado por el fabricante el que decida no es de recibo. No podemos compartir la explicación consistente en que: *“Y dado que es presumible una falta de acuerdo entre ellos, y teniendo en cuenta que este centro directivo carece de la competencia técnica suficiente para determinar las causas del daño, lo que imposibilita dilucidar la responsabilidad de cada uno, es por lo que se ha optado por indicar en el pliego que el servicio técnico homologado por el fabricante de la impresora es quien informará de las causas del daño, con objeto de que el centro directivo pueda exigir a cada una de las partes implicadas el cumplimiento de sus obligaciones, en el caso de que resultase procedente.”* No la compartimos en la medida en que la previsión de que el servicio técnico deba estar homologado por el fabricante supone introducir un requisito que beneficia al fabricante quien tiene interés en el contrato

ya sea o no adjudicatario. De modo que si no resulta adjudicatario puede desplazar al suministrador (que no sea él) los costes, lo que incide además en los compromisos derivados de la garantía del producto o bien porque permite disminuir los ingresos de su competidor trasladando costes de reparación que incluso podría generarle ventajas económicas de tener él atribuido el mantenimiento. El fin propuesto, loable, por el órgano administrativo, se puede conseguir sin que el dictamen proceda de un Servicio Técnico homologado por el fabricante, bastando la referencia al servicio técnico sin más. Por otra parte debe quedar margen de apreciación de modo tal que el órgano administrativo pueda entender si el daño es imputable al suministrador en atención al informe del Servicio Técnico sin que el criterio de éste se imponga de modo automático. En este mismo sentido se ha pronunciado ya este Tribunal en la Resolución del Recurso 196/2011.

En otro orden de cosas, esta cláusula vincula a futuro tanto la contratación de la adquisición de impresoras como su mantenimiento al introducir que el mantenimiento tenga que estar homologado por el fabricante.

Respecto de la **cláusula 9** lo que se cuestiona por el recurrente no es la redacción sino la omisión de que no pueda ser el laboratorio el de la propia marca del fabricante.

En línea con lo expuesto más arriba y en coherencia, la no previsión de que no sea un laboratorio dependiente no es una tacha del pliego sino un acierto, y así tiene sentido la explicación de la Administración recurrida que sostiene que en el punto 9 del PPT se indica que los oferentes propondrán 2 o más laboratorios independientes con experiencia en este tipo de pruebas; por lo que se considera que al ser un laboratorio independiente, se salvaguardan debidamente las garantías de competencia e igualdad para todos.

Por otro lado, el modo de ejecución del pliego podrá dar lugar a la correspondiente actuación que, en su caso, podrá ser examinada por este Tribunal. Pero no cabe introducir *a priori* un listado de prohibiciones de actuaciones contrarias a Derecho.

En relación con el **Anexo I del Pliego**, se requiere "*Declaración relativa al volumen global de negocios anual de 5 veces el importe de licitación correspondiente a cada uno de los lotes*"

Con anterioridad el porcentaje que se requería de volumen de negocios anual era de 2 veces el importe de licitación. El órgano administrativo justifica la elevación en atención a afirmando que: *“la exigencia de un volumen de negocios anual de 5 veces el importe de licitación se considera que es proporcional al objeto del mismo, y no guarda relación con anteriores contratos de este centro directivo, por las siguientes razones:*

- *Las condiciones de entrega descritas en el punto 3 del PPT son muy exigentes y suponen un esfuerzo al adjudicatario la exigencia de entregar una gran cantidad de material en un plazo corto de tiempo, que debe ser distribuida por las diferentes provincias.*
- *Las condiciones de recogida de residuos descritas en el punto 8.2 del PPT, suponen un esfuerzo para el adjudicatario que tienen que recoger los residuos y envases por punto de reparto provincial y con una periodicidad de 6 meses.*
- *Las condiciones de garantía descritas en el punto 4 del PPT son bastante exigentes, y pueden suponer el reemplazo de impresoras averiadas a causa del toner defectuoso en un plazo de 72 horas, o incluso su sustitución.*
- *Las condiciones para realizar las pruebas descritas en el punto 9 del PPT pueden suponer un coste que no todas las empresas pueden ser capaces de afrontar.*

De estas razones la última (la realización de pruebas) no puede admitirse pues no es condición de ejecución del contrato, en segundo lugar la relativa a las garantías si bien tiene incidencia en la solvencia de la entidad hay que ponerla en relación con la extensión de las garantías previstas en los artículos 88 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público de manera que la exigencia de un garantía económica cubre gran parte de este riesgo. Además en el supuesto de suministros, el pago tras el consumo del bien opera como suerte de garantía a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1. *in fine* que dispone que: *“No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del*

pago del precio.” En este supuesto conviene destacar que se ha exigido garantía definitiva.

Las otras dos razones aportadas no suponen una novedad relevante con los anteriores supuestos, y además difícilmente se garantizan en atención al volumen de negocio, siendo más ajustado atender a la red de distribución para garantizar las condiciones de entrega y recogida que al volumen de negocios.

En relación a la solvencia económica la CNC en su guía considera que: *“Por otra parte, es conveniente que los órganos de contratación de una misma Administración exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, para evitar tratamientos desiguales entre empresas difícilmente justificables.”*

En atención a las razones dadas por la Administración consideramos desproporcionada la solvencia económica solicitada en atención a la similitud de este contrato con anteriores que ha celebrado este órgano.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto, procediendo a la anulación de la **cláusula 4.1** del Pliego de Condiciones Técnicas en lo que se refiere a la necesidad de que el Servicio Técnico deba estar homologado por el fabricante debiendo suprimirse esta exigencia y el **Anexo I del Pliego de cláusulas administrativas** en cuanto se exige en el mismo un volumen global de negocios de 5 veces el importe de licitación correspondiente a cada lote, debiendo figurar en su lugar la cifra de 2 veces el importe de licitación, desestimando el resto de pretensiones.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.