



Recurso nº 196/2011

Resolución nº 225/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.A.C.M, en representación de la empresa CARO INFORMÁTICA, SA, contra el pliego de prescripciones técnicas que ha de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, del contrato de suministros de bienes consumibles de informática para los Servicios Centrales del Servicio Público de Empleo Estatal, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Público de Empleo Estatal (en lo sucesivo SEPE) convocó, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea y publicado en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los días 21 y 22 de julio de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de suministros arriba citado, cuyo valor estimado asciende a 508.474,58 euros, estableciéndose como fecha límite de presentación de las ofertas el día 2 de septiembre de 2011.

Segundo. Mediante escrito con fecha de registro de entrada en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 2 de septiembre de 2011, la representación de CARO INFORMÁTICA, SA (en lo sucesivo CARO) interpuso recurso contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), en el que tras alegar lo que consideró conveniente a su derecho, solicitaba la modificación de las cláusulas II y III del PPT y la convocatoria de una nueva licitación.

El 7 de septiembre de 2011 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo, acompañado del correspondiente informe, en cumplimiento de la previsión contenida en

el artículo 316.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector Público (en adelante LCSP).

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen.

La representación de DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE OFICINA, SA, alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó oportunos, concluyendo con la argumentación de que los pliegos del expediente objeto de recurso están bien redactados debiendo la convocatoria seguir su curso normal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el PPT referido a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310 LCSP.

Segundo. Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 LCSP la competencia para resolver el citado recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 LCSP, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Cuarto. El recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos. El primer argumento se centra en que la cláusula II del PPT -en la cual se exige el suministro de productos originales o equivalentes, sin que se admitan artículos remanufacturados, reciclados o rellenados-, es contraria a la libre competencia, citando en su defensa los apartados 2 y 8 del artículo 101 LCSP, los apartados 2 y 8 del artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE y los principios de libre circulación que emanan del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Considera además, citando el informe 62/07, de 26 de mayo de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que es necesario la justificación en el pliego de los motivos referidos al empleo del término “o equivalente”, respecto del suministro en cuestión, sin que en el mismo se justifique que el empleo de una marca esté justificada por el objeto del contrato, y además que la entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas, aspecto éste que entiende posible si bien no lo explicita en cuanto que no concreta las especificaciones técnicas que la harían admisible, lo cual nos lleva a desestimar esta última alegación por cuanto, si no lo hace la propia recurrente, no corresponde a este Tribunal determinar las especificaciones técnicas que harían posible prescindir del empleo de marcas.

Alega también que los productos remanufacturados son equivalentes al artículo original, utilizándose en su fabricación piezas nuevas, usadas en perfecto estado y renovadas.

De acuerdo con lo anterior, entiende la recurrente, que la cláusula II del PPT es nula, pues el concurso, según manifiesta, se basa en una sola marca original.

Como segundo argumento expone el recurrente que la cláusula III del PPT afecta igualmente a la competencia, citando para ello los artículos y principios antes señalados.

La citada cláusula exige, para el suministro de productos no originales, que en el supuesto de que las empresas de mantenimiento de los equipos objeto de suministro entiendan que el uso de esos productos no originales provoque averías en dichos equipos, corresponde al suministrador de los productos no originales tanto demostrar que el consumible suministrado no es el causante de la avería como proporcionar un equipo de recambio igual al averiado.

En relación a la cláusula III impugnada, considera el recurrente que el fabricante de la impresora se convierte en “juez y parte”, pues además de ser suministrador de productos originales es quien determina si la avería es imputable a los productos no originales, añadiendo que los productos originales también pueden causar exactamente los mismos daños.

Concluye el recurrente manifestando, que las cláusula II y III del PPT objeto de recurso, reducen la competencia, establecen ventajas innecesarias para los fabricantes de impresoras y una barrera de entrada a los fabricantes de consumibles remanufacturados, aumentándose de manera excesiva las garantías del suministro de consumibles informáticos, lo cual va en contra de la LCSP, así como de la Guía sobre contratación pública de la Comisión Nacional de la Competencia.

Quinto. SEPE expone en su informe, en síntesis y como respuesta a las alegaciones del recurrente referidas a la cláusula II del PPT, citando para ello los informes 2/99 y 62/07 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Resolución 116/201, de 27 de abril, de este Tribunal, que la inclusión del término “o equivalente” en el PPT no hace necesario que en el mismo se justifique la utilización de marcas y la no referencia solamente a especificaciones técnicas, sin perjuicio de que exista dicha justificación, la cual se incluye en el informe remitido.

Así, expone en su informe que la referencia a una marca se justifica por el propio objeto del contrato, suministro de material consumible de informática, dado que el material a suministrar debe de utilizarse en equipos y maquinarias de una marca determinada. Añade además, que no es posible dar otra descripción del objeto del contrato al no existir una norma internacional que garantice la calidad y usabilidad de los diferentes ítems previstos en iguales condiciones.

Discrepa SEPE, asimismo, de que la exclusión de productos remanufacturados sea contraria a la libre competencia, citando en su argumentación la Resolución 155/2011, de 8 de junio, de este Tribunal.

Respecto a la cláusula III del PPT entiende SEPE que la garantía exigida es adecuada a la prestación del suministro que se quiere contratar, señalando que el motivo de que la misma no se solicite para los productos originales tiene su causa en que las garantías de los equipos cubren la contingencia de los daños producidos por los suministros originales de cada marca en cuestión, no así para el caso de que los mismos no lo sean.

Quinto. Con carácter previo al examen del fondo del recurso, es preciso reproducir el contenido de las cláusulas del pliego recurridas. Así, la cláusula II del PPT, relativa a la

“Descripción de los productos”, señala lo siguiente: *“Todos los consumibles amparados por este contrato quedan reflejados en dicho Anexo I y todos ellos han de ser originales de las marcas fabricantes de los equipos o equivalentes. En ningún caso, se admitirán artículos remanufacturados, reciclados o rellenados. (...)”*.

La cláusula III del PPT, referida al “Control de calidad y garantías”, dispone que: *“(...). Si resultase adjudicataria una oferta que incluya productos no originales de las marcas fabricantes de los equipos y, en el supuesto de que las empresas encargadas de la garantía o mantenimiento de dichos equipos detectasen que el uso de los consumibles no originales provocan averías en los mismos, la empresa adjudicataria deberá:*

- a) Demostrar que el consumible no es el causante de las averías, si no se está de acuerdo con el veredicto de la empresa responsable del mantenimiento o garantía de los equipos, dado que SEPE no tiene capacidad para demostrar dicha influencia.*
- b) Proporcionar en todos estos casos otro equipo igual al averiado durante el tiempo que dure la reparación o el litigio, para restablecer el servicio en el plazo de veinticuatro horas desde que se le requiera de forma fehaciente.”*

Sexto. Vistas las posturas de las partes y reproducidas las cláusulas del PPT impugnadas, con carácter previo procede indicar que la Administración contratante, en este caso SEPE, dispone de discrecionalidad en relación con la elaboración del contenido de los pliegos, si bien la misma está sujeta a ciertos límites, sobradamente reiterados por la jurisprudencia, como son que en el ejercicio de dicha potestad discrecional no se vulnere el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración, entre los que interesa destacar aquí, los de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, recogidos en los artículos 1 y 123 LCSP.

A estos efectos, al objeto de examinar el primer argumento expuesto por el recurrente que afecta a la cláusula II del PPT, respecto a la necesidad de justificación del empleo del término «o equivalente», habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 8 establece lo siguiente: *“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 e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»".

El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por las partes. Ante todo es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión "o equivalente", con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

Resulta que la descripción de los consumibles informáticos que se hacen en el PPT respetan los términos del artículo 101 que se acaba de mencionar, en cuanto que si bien para describir el producto a adquirir hacen referencia a marcas determinadas se admite el suministro de productos equivalentes. Asimismo, visto el objeto del contrato, suministro de consumibles informáticos, resulta evidente que la referencia a una marca determinada, en este caso la del equipo cuyo suministro se demanda, facilita a los potenciales licitadores una mejor y mayor información lo cual favorece la concurrencia, incluso para el supuesto de ofertar productos equivalentes, cumpliéndose así tanto con los principios de de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 123 LCSP, como

con lo previsto en el apartado 2 del artículo 101 de la Ley citada, según el cual *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

De otro lado, SEPE deja claro que no existe la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato al no existir una norma internacional que garantice la calidad y usabilidad de los diferentes ítems previstos en iguales condiciones. Además el PPT permite el suministro de productos equivalentes, no limitándose así de antemano los empresarios que puedan participar en la licitación, y cumpliéndose los principios de igualdad y no discriminación que deben presidir la contratación administrativa.

Por todo lo anterior procede desestimar en este punto las alegaciones realizadas por la recurrente respecto a que la cláusula II del PPT incumple la LCSP en su artículo 101, apartados 2 y 8.

Tampoco pueden admitirse las alegaciones que realiza la recurrente para que se admitan entre los suministros objeto del contrato los productos remanufacturados, pues aún cuando ella manifiesta que son equivalente a los nuevos, lo cierto es que entra dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa elegir si el producto a suministrar debe ser nuevo, remanufacturado e incluso usado, sin que por ello quepa inferir, como pretende la recurrente, que exista discriminación y se afecte a la concurrencia, pues no pueden identificarse los principios citados con la circunstancia de que algunas empresas no puedan licitar por no disponer de los productos solicitados.

Séptimo. La siguiente cuestión planteada por la recurrente afecta a la cláusula III del PPT, la cual entiende desproporcionada y discriminatoria, en cuanto que sólo se exige para los suministros no originales.

La exigencia de una garantía exclusivamente para productos no originales, considerada aisladamente, efectivamente es un supuesto claro de discriminación y que afecta a la concurrencia, por cuanto una avería en los equipos que utilizan los suministros objeto del contrato la pueden provocar tanto suministros originales como los que no lo son.

A estos efectos SEPE acompaña su informe, a título de ejemplo según manifiesta, la garantía de uno de los equipos para los que se solicita el suministro –LEXMARK- según la cual los suministradores de los equipos de la marca citada garantizan los desperfectos que en los mismos originen suministros originales. En base a ello entiende justificado la exigencia de la garantía antes señalada sólo para los productos no originales.

En este punto interesa destacar que la contratación pública debe garantizar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 LCSP, entre otros, los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos, principios que a juicio del Tribunal se ven afectados por la cuestión aquí debatida.

El principio de igualdad de trato, piedra angular sobre las que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002 y de 19 de junio de 2003), implica que todos los licitadores potenciales deben de conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Así el respeto de este principio requiere no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para poder acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

En consecuencia, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato hace necesario que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores. En este caso, la exigencia en la cláusula impugnada de una garantía específica exclusivamente para los productos no originales, lleva a este Tribunal a afirmar que se han incumplido los principios de igualdad de trato y no discriminación que deben presidir la contratación pública.

No entra el Tribunal a valorar la existencia de los contratos de mantenimiento de los equipos informáticos, a los cuales alude SEPE en su informe, pues no queda acreditado en el expediente remitido a este Tribunal que efectivamente existan los mismos para todos los equipos cuyos suministros se contratan, así como, en su caso, la vigencia de los mismos.

Las argumentaciones anteriores hacen que deban admitirse las alegaciones de la recurrente, en el sentido de que se modifique la cláusula III del PPT aquí impugnada para que la misma sea de aplicación tanto al suministro de productos originales como a los que no lo son.

Octavo. También impugna el recurrente la exigencia contenida la cláusula III del PPT de atribuir la carga de la prueba, que el consumible no original es el que no ha causado la avería del equipo, al suministrador de esos consumibles, cuando la empresa encargada del mantenimiento de los equipos es la que determina si la citada avería ha sido ocasionada por el suministro no original.

En este punto interesa indicar que, de acuerdo con lo manifestado por la recurrente, no puede admitirse que sea una parte, la empresa de mantenimiento de los equipos, que a su vez puede ser un potencial suministrador de productos originales o aún no siéndolo es clara su vinculación con el suministrador de productos originales pues se encarga del mantenimiento de esos equipos, sea su informe determinante respecto a la causa de la avería cuando ésta se refiera a consumibles no originales, debiendo demostrar la otra parte, el suministrador de los productos no originales, lo contrario.

Es evidente que quien emite el informe respecto de la causa de la avería puede ser parte interesada y por tanto el mismo por si sólo no puede admitirse como válido, pues de ser así estamos ante un claro supuesto de discriminación. Por tanto entiende este Tribunal que dicha condición no puede admitirse, debiendo establecerse otra distinta que bien pudiera ser que el órgano de contratación a la vista de informes de las dos partes, tomará la correspondiente decisión, u otra en términos similares o incluso en otros términos pero que otorgue la debida seguridad, en aras al cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, al suministrador de los productos no originales.

De acuerdo con lo anterior, procede admitir las alegaciones del recurrente en este punto debiendo de modificarse en los términos señalados la cláusula III del PPT.

Noveno. Las argumentaciones anteriores nos llevan a la estimación parcial del recurso, confirmándose el contenido de la cláusula II del PPT por ser conforme a derecho; debiendo de anularse y en su caso modificarse la cláusula III del PPT en los términos

antes descritos por ser contraria a los principios de igualdad y no discriminación que deben de presidir la contratación pública; anulándose el procedimiento de licitación y debiendo convocarse una nueva licitación en la que deban servir de base unos nuevos pliegos adaptados a los pronunciamientos anteriores.

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 Doña M.A.C.M, en representación de la empresa CARO INFORMÁTICA, SA, contra el pliego de prescripciones técnicas que ha de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, del contrato de suministros de bienes consumibles de informática para los Servicios Centrales del Servicio Público de Empleo Estatal, anulando el procedimiento de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho, y debiéndose convocar una nueva licitación en la que sirvan de base unos nuevos pliegos adaptados a los pronunciamientos de esta resolución.

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.