



**Recurso 1084/2022**

**Resolución nº 1127/2022**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. R.A.T., en representación de la mercantil NOSSAYU, S.L.U., contra los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro "*Adquisición de licencias de programa de ofimática de Microsoft Office*" (Expediente PIC2022\_29141) de la Fraternidad Muprespa -Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Gerencia de la Fraternidad Muprespa-Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275 convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público los días 13 de julio y 4 de agosto de 2022, y en el Diario Oficial de la Unión Europea (anuncio enviado el 11 de julio de 2022), la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de suministro "*Adquisición de licencias de programa de ofimática de Microsoft Office*" (Expediente PIC2022\_29141), con valor estimado de 867.600,00 euros (IVA excluido).

**Segundo.** Con fecha de 2 de agosto de 2022, la mercantil NOSSAYU, S.L.U. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el contrato. En él solicita la anulación de las cláusulas 12, 14.3.2, en relación con el apartado 18.2 del anexo 1º del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) y de la cláusula 3ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por no ser ajustados a derecho, ordenando la retroacción de actuaciones para que el Órgano de Contratación, si a su interés conviene,



redacte nuevos pliegos que respeten los principios de libre concurrencia e igualdad de trato de los licitadores.

**Tercero.** Con fecha de 5 de agosto de 2022, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del mismo en el que se solicita la desestimación del recurso.

**Cuarto.** Con esa misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se han presentado alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

**Segundo.** El recurso se refiere a un contrato de suministro que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 44.1.a) de la LCSP). Se recurren los pliegos de la licitación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

**Tercero.** En lo que se refiere al plazo de interposición, cabe recordar lo establecido en la letra b), del apartado 1, del artículo 50 de la LCSP:

*«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le*



*hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.*

*En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.*

*En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.*

*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».*

En el presente procedimiento los pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 13 de julio de 2022. Posteriormente, fueron objeto de una rectificación, y se publicaron en la citada Plataforma el 4 de agosto de 2022, por consiguiente, el recurso, cuya fecha de entrada en el Registro de este Tribunal es el 2 de agosto de 2022, se ha presentado dentro de plazo.

**Cuarto.** Respecto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP dispone que: *«podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».*

Es doctrina reiterada de este Tribunal que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta. Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad. En este sentido, este Tribunal en la Resolución 499/2020 señaló lo siguiente:



*«Al tratarse de una impugnación de pliegos, para que un operador económico esté legitimado, es preciso que haya presentado oferta, porque de lo contrario, no podrá ser adjudicatario y por ello no tendrá interés en el procedimiento; con la excepción de que impugne los pliegos por cláusulas discriminatorias que le impiden el acceso a la licitación en condiciones de igualdad».*

En el supuesto que estamos examinando el objeto del recurso se refiere a la exigencia en los pliegos de un requisito-acreditar su condición de Partner de Microsoft nivel oro- que podría impedir a la recurrente concurrir a la licitación al no poder cumplir el mismo. Así las cosas, estima este Tribunal que está legitimada para formular recurso especial.

**Quinto.** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente, en síntesis, señala lo siguiente:

La exigencia establecida el apartado 18.1 del Anexo 1º del PCP y en la cláusula 3º del PPT de que los licitadores aporten un certificado que acredite la condición de Partner de Microsoft nivel oro constituye una limitación de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato previstos en el artículo 1 de a LCSP.

Según lo establecido en la cláusula 2 del PPT, las licencias podrán ser originales, o bien procedentes de otro tenedor de licencias anterior, por lo que, a los efectos de la licitación, la condición de Partner de Microsoft no es necesaria para poder ejecutar el objeto del contrato, esto es, para poder suministrar las licencias conforme a las exigencias técnicas establecidas en el PPT.

NOSSAYU, S.L.U. está capacitada para realizar el suministro licitado y el único obstáculo para poder concurrir a la licitación es la exigencia de aportar el certificado indicado; certificado que no incide en la ejecución del contrato ni aporta ningún elemento diferencial en el adjudicatario en relación con el objeto del contrato y el resto de los competidores en el mercado con capacidad para suministrar el software requerido.

Por otro lado, la limitación a la libre concurrencia es doble ya que el pliego tampoco permite integrar este requisito acudiendo a medios externos. Así, el apartado 18.2 del Anexo 1º del PCP, exige que el certificado corresponda a la empresa licitadora, no admitiéndose *"certificados relativos a empresas distintas"*. Con ello, el PCP vulnera igualmente el artículo



75 de la LCSP, que permite integrar la solvencia del licitador, basándose en la solvencia y medios de otras entidades

**Sexto.** Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido, señala en síntesis lo siguiente:

La decisión de FRATERNIDAD-MUPRESA de exigir la condición de Partner Microsoft nivel oro viene amparada por la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación.

Esta condición asegura una adecuada ejecución del contrato proyectado ya que Microsoft la otorga a empresas que han demostrado un adecuado entendimiento de las tecnologías y productos de Microsoft, un excelente entendimiento de las necesidades de los clientes, un soporte profesional experto en el proceso de provisión de licencias y actualización de las mismas en el catálogo de licencias de cada cliente, así como una garantía en la solución de problemas que se pueden plantear con la adquisición de un conjunto amplio de licencias. En la actualidad, existen dos niveles de partnership de Microsoft, silver (plata) y gold (oro); lo que ha llevado a la entidad contratante a exigir el más elevado, esto es, el oro, es, de un lado, la naturaleza perpetua de las licencias que se pretende adquirir (vida ilimitada en el tiempo) y de otro, la cantidad de las mismas (un mínimo de 1.800).

Por otro lado, la exigencia de esta condición no vulnera la libre competencia pues actualmente existen diversas empresas en el mercado que la ostentan. Cabe señalar al respecto que ya se ha recibido la oferta de un licitador, SEIDOR SOLUTIONS, S.L., que, según la información existente en internet, dispone de dicho certificado, situación que comparte con otros operadores del mercado como pueden ser MARQUES (Partners | Microsoft Power BI), EGEMAN (Certificación Microsoft Gold Partner - Engeman® Software de Mantenimiento GMAO/CMMS) o REDCOM CIBERNÉTICO, S.L. Microsoft Gold Partner | REDCOM Cibernético | España (redcomcibernetico.es)).

**Séptimo.** Como hemos señalado, la entidad recurrente denuncia la ilegalidad de la exigencia de que los licitadores aporten un certificado que acredite la condición de Partner de Microsoft nivel oro. A este respecto, la 14.3.2 del PCP establece lo siguiente:



*«14.3.2 Contenido del Sobre 2: Documentación Técnica y Criterios cuantificables automáticamente*

*La documentación a incluir en este sobre y los requisitos de formato serán los indicados a estos efectos en el Anexo 1 “Ficha Particular de la Contratación».*

Por su parte, la cláusula 18.2 del Anexo 1 “Ficha Particular de la Contratación” señala:

*«El Sobre 2 deberá incluir la siguiente documentación:*

- Certificado que acredite la condición de la empresa licitadora de partner del Microsoft nivel oro. Este certificado debe corresponder a la empresa licitadora, no admitiéndose certificados relativos a empresas distintas».*

Finalmente, la cláusula 3 del PPT dispone:

*«Los licitadores deberán aportar un Certificado que acredite su condición de Partner de Microsoft a nivel oro».*

Para analizar la cuestión planteada es necesario recordar que el órgano de contratación posee un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos exigidos en las licitaciones públicas a fin de garantizar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos. Así lo hemos señalado en numerosas resoluciones entre las que podemos citar a modo de ejemplo la Resolución 27/2022, en la que señalamos lo siguiente:

*«Conviene recordar así, por último, que esta discrecionalidad técnica reconocida en favor del órgano de contratación viene siendo reiterada por este Tribunal. Al efecto puede citarse la Resolución nº 263/2019, de 25 de marzo del mismo año, y las que en ella se citan: «El artículo 1.1 de la LCSP establece, en similares términos al artículo 1 del derogado TRLCSP, que ‘La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad*



*presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa’.*

*Es por ello que continúa siendo totalmente válido el criterio seguido por este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirma que ‘pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración’».*

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que no cabe apreciar menoscabo al principio de libre competencia cuando existe una pluralidad de posibles licitadores que pueden ofrecer los bienes o servicios demandados por la Administración. En este sentido, en la Resolución 365/2021 señalamos lo siguiente:

«Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su



*forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto».*

Sentado lo anterior, es necesario determinar qué alcance tiene la condición de Partner de Microsoft nivel oro, y si su exigencia en esta licitación limita la libre competencia. A este respecto, la propia recurrente expone en su recurso en qué consiste esta acreditación:

*«Para obtener la certificación Microsoft Gold Partner se ha de formar parte de "Microsoft Partner Network" que ofrece a sus afiliados el acceso a recursos, programas y herramientas. Una vez que se es "socio" de Microsoft, en función de ciertos programas de evaluación, que han de ser abonados, se pueden obtener diversos certificados en virtud de las aptitudes demostradas por las empresas, siendo uno de ellos, el certificado "Gold", que es un reconocimiento hacia aquellas compañías que han demostrado por su trayectoria, capacidades y clientes, convertirse en partners de referencia para Microsoft en una o varias áreas».*

El órgano de contratación, en el informe emitido con ocasión de este recurso, justifica la exigencia de esta condición en relación con el objeto del contrato. Así, señala que:

*«En la actualidad, existen dos niveles de partnership de Microsoft, silver (plata) y gold (oro) y lo que ha motivado que FRATERNIDAD-MUPRESA se decante por el más elevado, esto es, el oro, es de un lado, la naturaleza perpetua de las licencias que se pretende adquirir (vida ilimitada en el tiempo) y de otro, la cantidad de las mismas (un mínimo de 1.800».*

Por otro lado, basta una somera búsqueda en Internet para atestiguar que esta condición no corresponde en absoluto a una sola empresa en el mercado. Recordemos en este sentido lo señalado en el informe del órgano de contratación:

*«Existen diversas empresas en el mercado que ostentan esta condición. Con respecto a esto último, cabe señalar que en este momento ya se ha recibido la oferta de un licitador, SEIDOR SOLUTIONS, S.L., (véase el documento nº 10 "Certificado de licitadores PCSP"*



del expediente) que según la información disponible en internet, dispone de dicho certificado (Microsoft | SEIDOR España) situación que comparte con otros operadores del mercado como pueden ser MARQUES (Partners | Microsoft Power BI), EGEMAN (Certificación Microsoft Gold Partner - Engeman® Software de Mantenimiento GMAO/CMMS) o REDCOM CIBERNÉTICO, S.L. Microsoft Gold Partner | REDCOM Cibernético | España (redcomcibernetico.es)».

Así las cosas, a la vista de la justificación ofrecida por el órgano de contratación, que no resulta desvirtuada por las alegaciones de la recurrente, este Tribunal estima que la exigencia de que el contratista posea la condición de Partner de Microsoft nivel oro está suficientemente justificada, sin que esta exigencia esté predeterminando la adjudicación del contrato en favor de un licitador concreto, pues no se ha acreditado que esa condición solamente concorra en un posible licitador.

Sentado lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha analizado en anteriores ocasiones la exigencia establecida en los pliegos de una licitación de que el licitador fuese Partner autorizado de una determinada empresa tecnológica, y si, particularmente, puede exigirse como un requisito de solvencia de los licitadores. Así, en la Resolución 1172/2015 señalamos:

*«Pues bien, la relación jurídica entre el fabricante y la empresa que permite a ésta el uso de derechos de propiedad industrial exclusivos de aquella –que no otra cosa es la condición de partner autorizado–, no es un requisito de legalidad que, como señala la JCCA, tiene por objeto evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal, pues no deviene de una norma dictada con carácter imperativo por los poderes públicos, sino antes bien, un negocio jurídico bilateral de naturaleza privada. Tampoco constituye la condición de partner autorizado un requisito de solvencia técnica pues, como hemos dicho reiteradamente (Resoluciones núm. 60/2011, de 9 de marzo, 287/2014, de 4 de abril y 730/2015, de 30 de julio) es preciso que los requisitos de solvencia se encuentren entre los establecidos en el TRLCSP según el contrato de que se trate, y aquel no se encuentra entre los previstos en el artículo 78 del TRLCSP.*



*En fin, además, en el presente caso, el PCAP exige clasificación y no la acreditación de la solvencia por los medios del artículo 78 del TRLCSP, de acuerdo con la normativa anterior a la entrada en vigor de la disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (L 25/2013), al haber sido aprobado antes de la entrada en vigor del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RD 773/2015), que desarrolla reglamentariamente la modificación introducida en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación en el vigente artículo 65.1 del TRLCSP, permitiendo su aplicación, todo ello de acuerdo con la disposición transitoria cuarta del TRLCSP.*

*Así las cosas, el requisito de ser partner autorizado de IBM es una condición impuesta por el PPT para la ejecución del contrato, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario, no siendo pues un requisito de admisión como la solvencia, por lo que no es necesario que la empresa disponga efectivamente de la licencia en el momento de presentar su proposición, sin perjuicio de que, de resultar adjudicataria, deba poseerla para poder ejecutar el contrato».*

Similares consideraciones son aplicables a los requisitos de solvencia previstos en el artículo 86.1 LCSP en relación con el artículo 89 LCSP para los contratos de suministro.

En parecidos términos, en la Resolución nº 538/2018 dijimos:

*«Vemos que, en el presente caso, el certificado Microsoft SILVER Certified Partner Windows and devices ha sido solicitado como una condición de solvencia, si bien como un certificado acreditativo de una concreta condición de solvencia que no especifica el PCAP debiendo haberlo hecho, y no como un compromiso de adscripción de medios, al amparo del artículo 64 del TRLCSP, ya que el apartado 15 del Cuadro resumen del PCAP distingue entre Compromiso de adscripción de medios personales y Certificaciones, por lo que procede estimar también las alegaciones de la recurrente en este punto solo en lo referente a la exigencia de ese certificado en cuanto tal como condición de solvencia, que es ilegal por no estar comprendido entre los medios concretos de solvencia técnica legalmente*



exigibles, y ser restrictivo de la competencia al exigirse a todos los licitadores, pero no en cuanto a su admisibilidad como condición de ejecución que deba cumplir el licitador propuesto como adjudicatario, exigencia esta última que sí es legalmente admisible, máxime cuando, además, el órgano de contratación ofrece, como se ha visto, razones fundadas que justifican la exigencia de un certificado de tal clase».

En el presente caso, las cláusulas 18.2 del Anexo 1 “Ficha Particular de la Contratación” del PCP y 3 del PPT ponen de manifiesto que la condición de Partner de Microsoft nivel oro se exige a todos los licitadores, cuando sólo debería exigirse al licitador que resulte adjudicatario ya que no es un requisito admisible como condición de solvencia técnica, por lo tanto, no debiera ser exigible que los licitadores dispongan de esta condición en el momento de presentar su proposición, sin perjuicio de que el adjudicatario sí deba poseerla para poder ejecutar el contrato. Partiendo de estas consideraciones, procede la anulación de las cláusulas 18.2 del Anexo 1 “Ficha Particular de la Contratación” del PCP y 3 del PPT, por ser contrarias 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.** Estimar el recurso interpuesto por D. R.A.T., en representación de la mercantil NOSSAYU, S.L.U., contra los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro “*Adquisición de licencias de programa de ofimática de Microsoft Office*” (Expediente PIC2022\_29141) de la Fraternidad Muprespa -Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275, anulando las cláusulas 18.2 del Anexo 1 “Ficha Particular de la Contratación” del PCP y 3 del PPT, por ser contrarias a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento anterior a la aprobación de los pliegos a fin de dar una nueva redacción a los mismos en los términos expuestos en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución.

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 al de 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.