

Recurso nº 111/2019

Resolución nº 120/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 27 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNOSERVICE S.L. contra el pliego de prescripción técnica de la contratación de un arrendamiento de unidades de proceso de datos (CPU) de ordenadores personales para centros del Servicio Gallego de Salud, expediente AI-SER1-19-015, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación del contrato de un arrendamiento de unidades de proceso de datos (CPU) de ordenadores personales para centros del Servicio Gallego de Salud, expediente AI-SER1-19-015, con un valor estimado declarado de 3.974.362,36 euros.

Segundo.- El 03.05.2019 TEKNOSERVICE S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

Tercero.- Recibido el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), se trasladó el recurso a los interesados, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Cuarto.- El 09.05.2019 se acordó la medida cautelar de suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La recurrente está legitimada para interponer el presente recurso aunque no tenga la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo a 2/2018, 46/2018 o 52/2019.

Cuarto.- Los pliegos fueron publicados el 09.04.2019, por lo que el recurso está en plazo.

Quinto.- Se impugnan los pliegos de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- Impugna el recurrente la cláusula 2.1 PPT en cuanto esta mención:

“ • 1 puerto DisplayPort y dos puertos adicionales, para los que el SERGAS puede solicitar la dotación de puerto serie, puerto VGA, puerto DisplayPort o puerto HDMI, asegurando que al menos uno de estos dos puertos a solicitar será un puerto de vídeo. Antes de la fabricación se definirá el número de puertos de cada tipo a fabricar.”

Considera el recurrente que esa mención a la ulterior elección por parte del órgano de contratación, implica una indeterminación en las exigencias técnicas del producto con afectación al precio, lo que incide en la configuración de las ofertas.

El artículo 124 LCSP recoge:

“Artículo 124. Pliegos de prescripciones técnicas particulares.

El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que deban regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente ley, y sólo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego supondrá la retroacción de actuaciones.”

El artículo 68.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que *“El pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos: a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.”*

Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el órgano de contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia del 29 de abril de 2004, Comisión/ CAS Succhi dei Frutta, C-496/99 P, apartado 108; sentencias del Tribunal General del 12 de julio de 2007, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-250/05, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada, y del 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, apartado 122). Estima dicha jurisprudencia que una competencia no falseada, como la prevista por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en el planteamiento de los términos de sus ofertas e implica pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencias del Tribunal de Justicia del 18 de octubre de 2001, SIAC Construction,

C-19/00, apartado 34, y del 12 de diciembre de 2002, Universale- Bau y otros, C-470/99, apartado 93).

También resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato exige un deber de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia del 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, apartado 45, y Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 91). Esto tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia Comisión/ CAS Succhi dei Frutta, C-496/99 P, apartado 111).

Ahora bien, junto a esto, y cumpliendo con lo anterior, es oportuno recordar la libertad de configuración del contrato y los requisitos técnicos exigidos reconocidos al órgano de contratación. Como recoge el Acuerdo 79/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, resulta necesario también traer a colación el hecho de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 28.1 de la LCSP.”

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 621/2017, recuerda:

“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación”

Una vez dicho este marco, lo primero que observamos en este caso es que las condiciones eran iguales para todos, y que además, según el expediente remitido, hubo una concurrencia relevante de licitadores. Además, que el recurrente cifra su crítica en una única referencia dentro de las múltiples que contenían el PPT, sobre un aspecto a calificar de accesorio en el objeto contractual -unidades de proceso de datos, CPUs-, aspecto además bien descrito y delimitado en cuanto a los elementos (puertos informáticos en este caso) que pueden ser solicitados. Añadir además que, como sabemos, el juicio revisor de este Tribunal Administrativo no puede alcanzar a suplir la especialidad técnica del órgano de contratación.

Pues bien, lo que nos traslada el informe del órgano de contratación es que *“no se identifica ninguna clase de dificultades o costes añadidos por la ejecución de estas configuraciones opcionales respecto a los diversos puertos, por lo que el precio con uno u otro conector no varía; lo que coincide con la mayoría de fabricantes del mercado.”*.

Además, ofrece una explicación razonada y motivada de su decisión técnica de configuración de esa especificidad, cumpliendo así con una de las exigencias de donde opera la discrecionalidad técnica, por lo que debemos descartar la existencia de arbitrariedad:

“Esa selección se basa en la situación existente actualmente y los puertos más empleados en los equipos informáticos y en los aparatos que deben unirse a ellos.

A partir de la evaluación de las múltiples fuentes web, a las que posteriormente nos referimos, se verificó la tendencia a la reducción en tamaño de las carcasas de las CPU (también llamadas “cajas”), lo que limita de el número de puertos que se podían incluir. Es por ello que el número de puertos USB ha debido restringirse a aquella cantidad que podía ser ofertada por la mayoría de posibles licitadores.

Por el mismo motivo, en vez de incluir, como era la intención inicial, 4 puertos de vídeo (2 DisplayPort, uno VGA y otro HDMI), además de un puerto serie y un puerto paralelo; se tuvo que adaptar a la oferta mayoritaria en los fabricantes: un máximo de 3 puertos a escoger entre los citados, con el objeto permitir la concurrencia del mayor número de licitadores posibles. Pues solo un par de fabricantes ofertaban hasta 4 puertos, pero en la mayoría de los casos se ofertaba como base un puerto DisplayPort y la posibilidad de escoger otros 2 puertos entre un conjunto divergente de ofertas: HDMI, Serie (RS-232), DisplayPort, paralelo, etc.

Ante esta situación, se barajaron una serie de alternativas:

En primer lugar se valoró exigir que tuvieran todos los puertos necesarios, pero de esa manera se excluiría de forma consciente a muchos licitadores que solo podrían ofertar 3 puertos, limitando la posibilidad de participación, por lo que se descartó esta opción.

En segundo lugar se valoró aumentar el tamaño de la carcasa de la CPU, lo cual se descartó ya que implicaría mayores costes medioambientales (peso, espacio de embalaje, coste del transporte, componentes contaminantes, etc.) y limita la capacidad de manejo e instalación de equipos que deben adaptarse a toda clase de ubicaciones.

En tercer lugar se valoró prescindir de alguno de los puertos, pero eso no es posible ya que:

- Hay equipos que necesitan dos puertos DisplayPort para poder conectar 2 pantallas.

- Siguen existiendo pantallas que solo disponen de conexión VGA.

- Existen pantallas que solo disponen de conexión HDMI.

- Existen dispositivos electromédicos (holter, espirómetros, retinógrafos, analizadores, aparatos de radiografía,...), muchos de ellos con coste estimado en miles de euros, que solo pueden conectarse mediante el puerto serie (RS-232).

Por lo que solo se pudo eliminar el puerto paralelo, descartándose ulteriores restricciones.

En cuarto lugar se evaluó la posibilidad de solicitar 3 puertos y exigir que uno fuese DisplayPort y los otros 2 pudiesen configurarse a opción del Sergas. Se optó por esta opción, en aras de garantizar la máxima concurrencia y la igualdad de trato, ya que se pudo comprobar que los fabricantes ofertaban en sus web configurar los puertos de manera opcional.

(...)"

Por último, el recurrente también aludía a que aquella cláusula afectaba a la presentación de muestras, a lo que también se responde en el informe del órgano de contratación:

“En caso de requerir la muestra, se indicarán las condiciones exactas, dentro de los requisitos del PCAP y del PTT, en que deben presentarlas los licitadores.

Además, el objetivo que se busca con la solicitud de muestras no se verá alterado por la configuración de puertos que se proporcione por parte del licitador, tal y como se puede comprobar en los sistemas de Benchmarking SYS2018 que se usarán para evaluar los equipos informáticos, según se indicó en las Aclaraciones:

http://bapco.com/wp-content/uploads/2018/08/SYSmark_2018_White_Paper_1.0.pdf

y en:

<http://bapco.com/wp-content/uploads/2018/08/BAPCo-SYSmark2018-Benchmarking-Rules.pdf>

El objeto de arrendamiento son las CPU, y no el conjunto de elementos que la componen, por esa razón no se hace referencia en los pliegos a ningún tipo de memoria, procesador, tarjeta gráfica, modelo de disco duro, etc, concreto y específico. El informe justificativo de la contratación recoge la necesidad e idoneidad de la utilización del Benchmark, porque se van a proceder a evaluar las CPU por el rendimiento que presenten y no por sus componentes.

En este sentido, y como conclusión, tal como recoge la reciente Resolución 83/2019 del Tribunal de Contratación Pública de Canarias:

“Por todo lo expuesto, es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras, puesto que estas no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas lo cual solo compete al órgano de contratación, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación”

En base a lo visto, dentro del juicio revisor que nos corresponde, no procede la estimación del recurso.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por TEKNOSERVICE S.L. contra el pliego de prescripción técnica de la contratación de un arrendamiento de unidades de proceso de datos (CPU) de ordenadores personales para centros del Servicio Gallego de Salud, expediente AI-SER1-19-015.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.