

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2019.

VISTA la reclamación en materia de contratación, interpuesta por don M.I.C. en nombre y representación de Teknoservice, S.L., contra el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato “Suministro de ordenadores para Metro de Madrid S.A.”, número de expediente:6011900277, dividido en 2 *lotes*, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 1 de julio de 2019 la empresa pública Metro de Madrid S.A. publicó, en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación para la convocatoria pública de la mencionada contratación, poniendo a disposición de los interesados los pliegos de prescripciones técnicas y de condiciones particulares por los que se rige el contrato licitado electrónicamente mediante procedimiento abierto con criterio único precio más bajo. Asimismo la convocatoria se publicó el 2 de julio de mayo en el DOUE, en el BOCM y en el BOE.

El valor estimado del contrato para los dos lotes que lo componen: Lote 1 - Ordenadores de sobremesa y periféricos, estaciones de trabajo periféricos, y Lote 2 - Ordenadores portátiles y periféricos, asciende a 789.925,31 euros, con un plazo de duración de 4 meses y 15 días.

Segundo.- El 22 de julio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de reclamación en materia de contratación formulado por la representación de Teknoservice en el que solicita que se declare la nulidad del PPTP, así como de los demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación. Asimismo insta la suspensión del expediente de contratación durante la tramitación de la presente reclamación.

Tercero.- El Tribunal dio traslado de la reclamación al órgano de contratación el cual el 30 de julio de 2019 remite el expediente y el correspondiente informe, a tenor de lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante LCSE), normativa que rige el contrato, solicitando la íntegra desestimación de la reclamación planteada por ser el pliego de prescripciones técnicas conforme a Derecho.

Cuarto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones dado que por el objeto del recurso no se van a tener en cuenta otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas que las que ha realizado la reclamante o constan en el expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Quinto.- Este Tribunal el 24 de julio de 2019 acuerda *“Suspender la tramitación del expediente de contratación ‘Suministro de ordenadores para la empresa pública Metro de Madrid S.A.’, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el*

levantamiento de la suspensión”, por considerar conveniente que no se proceda a la apertura de las proposiciones de los licitadores antes de la resolución del recurso, dado que el plazo para presentación de ofertas finalizaba el 6 de agosto de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- La reclamación se interpone contra El PPTP del contrato de suministro de referencia que se rige por la LCSE, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, 10 y 16.a) de la citada Ley por tratarse de un suministro de una empresa pública recogida como entidad contratante del sector de transportes en el apartado 7 de la disposición adicional segunda, que supera los umbrales establecidos al ser su valor estimado superior a 443.000 euros, estando sujeto a regulación armonizada.

Tercero.- La reclamación ha sido interpuesta por persona jurídica legitimada para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la LCSE, dado que *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, por tratarse de una sociedad cuyo objeto social consiste en la venta de productos informáticos, sus accesorios y complementos, así como su instalación, conservación y reparación.

Igualmente se reconoce la capacidad con que actúa el firmante de la misma como administrador único de la empresa.

Cuarto.- Respecto al plazo, el anuncio y los pliegos se publicaron en el perfil de contratante del PCPCM el 1 de julio de 2019, por lo que la reclamación interpuesta el

22 de julio se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto el reclamante alega que el PPTP no es ajustado a Derecho por cuanto supone una evidente restricción a la libertad de concurrencia y a la igualdad de trato entre licitadores con infracción de los artículos 19 y 34 de la LCSE, planteando dos motivos de impugnación, y la improcedencia de configurar como exigencia que los equipos sean *“de un fabricante con más de 1.000.000 de ordenadores vendidos en un año”*.

5.1.- Respecto al primer motivo de impugnación relativo a la improcedencia de configurar las especificaciones técnicas haciendo referencia a marcas y modelos concretos, el reclamante afirma que el 9 de julio de 2019 ya informó al órgano de contratación de la nulidad de referencias en los Pliegos a los procesadores INTEL invocando la Doctrina de Tribunal Administrado Central de Recursos Contractuales, citando la Resolución 824/2015 de 18 de Septiembre de 2015) que toma como referencia la Recomendación de 26 de mayo de 2.008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, así como, la Resolución nº 786/2019 de 11 de Julio.

Teknoservice afirma que el órgano de contratación ha pretendido enmascarar su exigencia sobre una marca concreta de procesadores añadiendo una nota aclaratoria al final del documento Excel *“Características Equipos”*. Y considera esclarecedora la respuesta dada por el órgano de contratación a la *“Consulta 2: En cuanto al Lote 1, en el ordenador de sobremesa, piden i5-7500 r generación. ¿Podría sustituirse en la oferta éste procesador por un AMD de similares o superiores prestaciones? Si fuese así, ¿cuáles serían los parámetros a tener en cuenta para que fuera tenido en cuenta como similar o superior?”*

Respuesta 2: En relación a su consulta, informarles de que no se puede sustituir por un procesador AMD. Se requiere el procesador indicado o superior en evolución.”

Así, considera un hecho notorio que en el mercado únicamente existen dos opciones de marcas comerciales de procesadores para equipos de microinformática como son objeto de la presente licitación (INTEL y AMD), y el órgano de contratación niega expresamente la posibilidad de ofertar un procesador AMD, admitiendo solo elementos de otros fabricantes que cumplan con todas las características técnicas del elemento solicitado indicado, sin pérdida de funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento, resulta obvio que se está restringiendo la competencia ya que solamente los procesadores INTEL de modelos superiores podrían cumplir con las exigencias establecidas.

Además, afirma que la fórmula utilizada por el órgano de contratación no es equiparable a la locución “o equivalente”, puesto que un elemento equivalente nunca podrá cumplir con todas las características técnicas del elemento solicitado, sin pérdida de funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento.

Por su parte el órgano de contratación en su informe rechaza toda infracción de los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad, cuando lo que el PPT exige no es una marca o modelo concreto, sino niveles mínimos de calidad que deberán cumplir los distintos equipos a suministrar, pudiendo ofertar los licitadores cualesquiera productos del mercado que igualen o mejoren las características mínimas requeridas. En este sentido cita lo que dispone el PPTP en su apartado 2.5. *“Especificaciones técnicas de los dispositivos (configuración base): “En el documento “Características Equipos.xlsx” se describen las características y componentes requeridos de cada uno de los tipos de equipos, entendiéndose dichas características y componentes, como los requerimientos mínimos que deben cumplir cada uno de los equipos y elementos ofertados”.*

Asimismo indica que si quedase alguna duda, ésta quedó aclarada con ocasión de la “Consulta nº 6”, que planteaba esta precisa cuestión, y a la que se respondió informando de la sustitución del documento Excel “Características Equipos” por otro que incluye una nota aclaratoria al final del mismo que dice: *“Respecto a aquellos*

elementos en los que se especifica Fabricante/Modelo, se admiten elementos de otros fabricantes que cumplan con todas las características del elemento solicitado indicado, sin pérdida de funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento”.

Por otra parte, Metro manifiesta que cumple con las circunstancias previstas en la citada Recomendación de 26 de mayo de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos. Así considera que las referencias a marcas están justificadas por el objeto del contrato definido en el apartado 1 del PPTP al decir que *“El objeto del presente documento es establecer las condiciones técnicas que se deben considerar para la presentación de ofertas para el suministro de Ordenadores de Sobremesa, Portátiles y Estaciones de Trabajo, todos ellos de gama profesional o empresarial, cuyas características técnicas se detallan en los siguientes apartados, así como, las condiciones de suministro de los mismos”.*

La *“gama profesional o empresarial”* es la peculiaridad que impide asimilar este suministro a los que en general ofrece el mercado. A ella obedecen las dos especificaciones técnicas que el recurrente impugna, las cuales no son ni subjetivas ni caprichosas, sino que persiguen articular el modo de excluir productos de uso doméstico, incompatibles con la calidad de gama que exige la estructura, sistema operativo, configuraciones y programas que Metro tiene instalados en sus equipos. El rendimiento que ello requiere no se corresponde con las configuraciones generalmente preestablecidas por los fabricantes, orientadas al uso doméstico con equipos montados a partir de componentes básicos del mercado, que se hacen en pequeñas tiradas, y cuya calidad, soporte y mantenibilidad no son óptimos para el uso empresarial. La diferencia incide directamente en aspectos decisivos de la explotación como: La vida útil, más prolongada, con mantenimiento asequible y eficiente, y arquitectura interna modular, que permite el intercambio de componentes averiados en mucho menor tiempo. Los repuestos, suelen estar en stock durante un periodo bastante considerable. Los controladores asociados al hardware, en la evolución de los sistemas operativos en el mercado, los fabricantes de productos de gama

profesional/empresarial los mantienen actualizados durante toda la vida útil del dispositivo. Los componentes mucho más robustos, que hace que este tipo de productos sea mucho más resistente. Los puertos y la conectividad, los equipos para uso profesional/empresarial incorporan, por regla general, todo tipo de conexiones, independientemente de cuál sea su precio.

Igualmente concurre el segundo requisito de que *“la entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores”*, por considerar necesario establecer los requisitos mínimos por referencia a parámetros de mercado, por referencia a una marca o modelo, cuya escueta mención lo haga sencillamente entendible para todos los licitadores, y el de producción (venta anual de más de un millón de ordenadores) que excluya suministros de origen *“retail”*.

Además concurre el tercer requisito relativo a la mención *“o equivalente”* que debe reputarse efectivamente empleada en este caso mediante la nota aclaratoria incorporada al documento Excel *“Características Equipos”* puesto que la mención *“(…) sin pérdida de funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento”* tiene igual contenido material.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que el artículo 34.9 de la LCSE, en términos muy similares a los previstos en el artículo 60.4 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, establece que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones 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 con arreglo a los apartados 4 y 5, y deberá ir acompañada de la mención ‘o equivalente’ ”.

Y el considerando 83 de la citada Directiva 2014/25/UE incide en que “al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar este objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible.”

En este sentido es claro de un lado la excepcionalidad de hacer referencia a una marca concreta, y de otro que de hacerlo debe ir acompañada de la mención “o equivalente”, siendo evidente que el PPTP no recogía esta indicación, puesto que de la alusión expresa de la prescripción 2.5 del pliego a “los requerimientos mínimos que deben cumplir cada uno de los equipos y elementos ofertados”, que se describen en el documento “*Características Equipos.xlsx*”, no se desprende que no se exigen las marcas citadas sino que figuran como nivel mínimo de calidad a cumplir por los equipos a suministrar, como argumenta el órgano de contratación.

Coincidimos en este punto con el criterio manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 789/2019, de 11 de julio, al indicar que “*A partir de esta constatación es evidente que el pliego de prescripciones técnicas está incurrido en un vicio de ilegalidad y que traslada a todos los posibles empresarios interesados en licitar la impresión de que no pueden concurrir al procedimiento de contratación si no están en condiciones de suministrar los productos de las marcas y fabricaciones exigidas por el pliego de prescripciones técnicas.*”

Es cierto que el órgano de contratación, vía contestación a las consultas formuladas por los empresarios interesados en la licitación, aclara que ha sustituido el documento de “Características Equipos” solventando este incumplimiento con la inclusión de una nota aclaratoria. Sin embargo, se ha de resaltar que el cambio de una cuestión sustancial en el citado documento, que forma parte integrante del PPTP, se considera modificación del pliego y por tanto debe conllevar la retroacción de las actuaciones, como expresamente prevé el artículo 124 de la LCSP citado en este punto con carácter analógico, dado que no se trata de un error material, de hecho o aritmético. Asimismo la respuesta dada por el órgano de contratación a la consulta 2, mencionada por el recurrente, no parece acorde a la admisión de otros fabricantes con equipos equivalentes.

En cuanto al término “*equivalente*” hemos de mencionar que vulgarmente se emplea en referencia a que un producto puede ser substituido por otro producto que sin ser el mismo posee las mismas características, por lo que referido a los equipos informáticos, en principio, no se aprecia diferencia sustancial con la previsión de que tenga la misma funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento, por lo que podría haberse analizado su admisibilidad de haberse incluido en el PPTP.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe ha argumentado sus justificaciones para la excepcionalidad de hacer referencia a una marca en las especificaciones de los equipos, sin que este Tribunal disponga de conocimientos técnicos en la materia como para no tomarlos en consideración, atendiendo además al principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, y a su competencia para la determinación de sus necesidades.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar este motivo de impugnación, dado que el PPTP no ha acompañado la preceptiva mención “*o equivalente*” en las marcas exigidas en las características de los equipos, por lo que se vulnera lo dispuesto en el artículo 34.9 de la LCSE.

5.2.- En cuanto al segundo motivo de impugnación relativo a la improcedencia de configurar como exigencia que los equipos sean *“de un fabricante con más de 1.000.000 de ordenadores vendidos en un año”*, el recurrente alega que *“la citada clausula no se refiere a una prescripción técnica, pues nada dice sobre las cualidades intrínsecas de los productos que son objeto de suministro. Únicamente se menciona un volumen de ventas (1 millón) en un tiempo determinado (1 año), es decir, esta exigencia carece de condiciones técnicas o niveles de calidad o rendimientos concretos y debidamente descritos, por lo que no hay un vinculación entre la exigencia impugnada y el objeto del contrato. De modo que se impide el acceso al procedimiento a fabricantes que pueden demostrar que ofrecen productos que Tecnología en sus Manos pueden satisfacer las necesidades del Órgano de Contratación a pesar de no haber vendido un millón de unidades en un año. Además, dicha exigencia carece de objetividad pues se limita a exigir un volumen de ventas en un año determinado de manera arbitraria (¿Por qué no diez mil o diez millones de unidades?), favoreciendo, en este caso, a entidades multinacionales y perjudicando a los fabricantes con menor cuota de mercado o distribución geográfica.”*

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que el reclamante confunde al licitador con el fabricante, y, en consecuencia, los requisitos de solvencia económico-financiera con la delimitación del material objeto de suministro. En modo alguno dan a entender los pliegos que los licitadores queden excluidos por el hecho de vender menos de un millón de ordenadores al año, cuando los requisitos de solvencia económica y financiera únicamente les exigen un volumen anual de negocios de 498.273,37 euros para el Lote 1 y de 686.614,59 euros para el Lote 2. Cuestión distinta es que, para uno u otro Lotes, los ordenadores que oferten deban proceder de un fabricante que en un año haya vendido más de un millón de ordenadores, ya que, de no alcanzar dichas ventas mínimas, no es posible que los ordenadores que fabrica sean de gama empresarial o profesional, sino, a lo sumo, de gama personal o doméstica. Dicha cuestión quedó aclarada en la respuesta ofrecida a la consulta 8.

El umbral de ventas del fabricante se ha establecido en consideración a los datos que arrojan los principales fabricantes, a nivel mundial, de ordenadores de sobremesa, estaciones de trabajo y portátiles de gama profesional/empresarial. Tomando como referencia el año 2017, dichos fabricantes han vendido en torno a los 16,5 millones de unidades, 15,7 millones, 11 millones ó 5,8 millones, siendo el umbral más bajo en torno a los 4 millones.

Este Tribunal, vistas las alegaciones formuladas por las partes, coincidiendo con el órgano de contratación en la apreciación de que no nos encontramos ante un criterio de solvencia, y en aplicación del principio de discrecionalidad técnica, considera que las referencias a los aspectos a cumplir por los fabricantes de los equipos, recogidas en el apartado 2.3 del PPTP, no tienen por qué considerarse en principio contrarias a los principios de la contratación recogidos en el artículo 19, ni las prescripciones técnicas del artículo 34 de la LCSE, estimando, no obstante, que procede matizar la redacción de la letra a) suprimiendo la referencia al volumen de ventas del fabricante.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar la reclamación al no acompañar el PPTP la preceptiva mención “*o equivalente*”, prevista en el artículo 34.9 de la LCSE, en las marcas exigidas en las características de los equipos, estimando además que la nota aclaratoria del órgano de contratación al documento de “*Características Equipos*” supone una modificación de los pliegos que conlleva la retroacción de actuaciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en los artículos 101 y 106 de la LCSE, en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por don M.I.C. en nombre y representación de Teknoservice, S.L., contra el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato “Suministro de ordenadores para Metro de Madrid S.A.”, número de expediente: 6011900277, dividido en 2 lotes, debiendo retrotraer las actuaciones para modificar el pliego que rige la contratación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato acordada por este Tribunal el 24 de julio de 2019.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.