

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.C., en nombre y representación de Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 5 de septiembre de 2018 por el que se excluye la oferta de la recurrente de la licitación del contrato “Servicio para la realización del diseño e implantación de distintos sistemas software para el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, dentro de la estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado, cofinanciado en un 50% por el FEDER en el Marco del programa operativo de crecimiento sostenible 2014-2020”, número de expediente PA 54/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 6 de julio de 2018, se publicó en el DOUE y en el perfil del contratante, la convocatoria para la licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en tres lotes con un valor estimado de 231.404,96 euros.

Interesa conocer para la resolución del recurso que el PPT en su apartado 6 establece entre los requisitos tecnológicos: “- *La oferta deberá aportar detalle de*

*infraestructura hardware (incluyendo comunicaciones) adecuada para el óptimo y razonable rendimiento de los sistemas ofertados. Deberá aportar para la instalación de cada solución ofertada, el dimensionado de estos requerimientos con rangos de estimaciones de carga o volumen. Estos requisitos de infraestructura se entenderán como compromiso vinculante para la correcta ejecución del proyecto.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la solución deberá cumplir con los siguientes requisitos:*

*(...)*

*- Compatible BBDD SQL Server 2012 u otros basados en software libre y que no supongan licenciamiento adicional.”*

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron tres empresas una de ellas la recurrente.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas se produce la apertura del sobre A “Calificación de Documentos” y Sobre C “Criterios evaluables mediante juicios de valor” y se publican las Actas de calificación de documentos y de la apertura pública del sobre C “Criterios evaluables mediante juicios de valor”. Enviada la documentación de las ofertas de los licitadores contenida en el sobre C para la emisión de informe, el Técnico del Departamento de Nuevas Tecnologías, propone la exclusión de la oferta de Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., y de la oferta de Astibot, Ingeniería Informática Robótica por distintos incumplimientos.

Seguidamente se procede a la apertura del sobre B “Criterios Evaluables mediante aplicación de Fórmula” en acto público en el que se da cuenta del informe realizado por el Técnico del Departamento de Nuevas Tecnologías.

En fecha 5 de septiembre de 2018 se reúne la Mesa de contratación para proponer la adjudicación de todos los lotes del expediente a la licitadora Aytos Soluciones Informáticas, S.L.U., enviándole al día siguiente requerimiento de documentación, para que en el plazo de diez días hábiles procediera a presentarla tal y como establece el artículo 151 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 (LCSP).

Consta en el expediente un correo electrónico remitido por la recurrente al órgano de contratación con fecha 13 de septiembre, en el que se manifiesta que el 31 de agosto se procedió a la apertura pública del sobre que contenía la documentación correspondiente a los criterios valorables mediante fórmula añadiendo que en dicho acto, se comunicó por parte de la Mesa de contratación a Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., la exclusión de la oferta presentada al lote 1: *“tras lo cual el representante de nuestra compañía ha solicitado aclaración del motivo de dicha exclusión, explicándose verbalmente que la oferta presentada por GFI no cumple los requisitos establecidos en el PPT en lo relacionado con la utilización de BBDD SQLSERVER 2012”*, sin que se le hayan notificado por escrito el Acta del acto de apertura, por lo que en esa misma fecha GFI interpuso recurso especial contra su exclusión por falta de notificación, sin alegar ni fundamentar ningún otro motivo.

Finalmente el 19 de septiembre se procede a la notificación de la exclusión de la licitación a Grupo Corporativo GFI Informática, S.A. y de la oferta de Astibot a la vista de lo cual el Tribunal acordó declarar concluso el recurso especial mediante Resolución nº 298/2018, de 26 de septiembre. A dicha notificación se acompaña el acta de la Mesa celebrada el 31 de agosto, en la que se hace constar que el motivo de exclusión de la oferta de GFI es que:

*“La oferta presentada por GFI se excluye de la presente valoración por el no cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas:*

- *En el punto 6 Entorno y requisitos tecnológicos del PPT se establece:*
  - *Compatible BBDD SQL Server 2012 y otros basados en software libre y que no supongan licenciamiento adicional.*
- *En el punto 4.1.2 BASE DE DATOS de la oferta presentada por GFI se indica:*
  - *GESDOT@ necesita para funcionar una BBDD ORACLE 10.2.0.4 o superior.*

*Por lo tanto, se considera que la oferta presentada no cumple uno de los requisitos básicos del PPT y debe ser excluida del presente proceso de contratación”.*

**Tercero.-** Con fecha 1 de octubre de 2018, GFI, interpuso recurso especial en materia de contratación en el que se aduce que cumple con la totalidad de los requisitos del PPT, ya que la base de datos que incluye en su oferta, GESCOT@ necesita para funcionar una BBCC ORACLE 11.2.0.4 o superior, y afirma en su escrito que la base de datos ORACLE XE es una BBDD libre de todo coste por parte de ORACLE a todos los clientes, por lo que no supone ningún licenciamiento adicional y por lo tanto cumple el apartado 6 del PPT. Por lo que solicita la anulación del acuerdo recurrido y que se retrotraigan las actuaciones al momento en que debió admitirse su oferta en la licitación y su posterior valoración.

El 2 de octubre de 2018, la Secretaria del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del recurso junto con copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 (LCSP), lo que cumplimentó el 4 de octubre de 2018, solicitando la desestimación del recurso por los motivos que se dará cuenta al conocer del recurso.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado ninguna.

**Quinto.-** Con fecha 10 de octubre de 2018, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora excluida del procedimiento de licitación, *“cuyos derechos o intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectado, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto de recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición, el Acuerdo de exclusión fue adoptado por la Mesa el día 5 de septiembre, si bien dicho Acuerdo no fue notificado de forma inmediata sino que no ha sido hasta después de la interposición del propio recurso el día 13 de septiembre que se ha notificado dicho Acuerdo, en concreto el día 19 de septiembre. Por lo tanto el recurso interpuesto el día 1 de octubre está en plazo.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente explica que en su oferta *“cumple con la totalidad de requisitos técnicos y funcionales solicitados en el Pliego de Condiciones Técnicas”* y así se hizo constar en el Sobre C, en el Documento de respuesta relativo a criterios ponderables en función de un juicio de valor, en su apartado 2: Objeto y Alcance del Documento, que presentó el Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., remitiendo al órgano de contratación a la información oficial publicada en las web de los fabricantes precisamente para que pudiera comprobar la veracidad de que la Base de Datos Oracle XE es una BBDD libre de todo coste por parte de ORACLE para todos los clientes. (<https://www.oracle.com/database/technologies/appdev/xe.html>) y acompaña imagen que lo corrobora.

Explica que la BBDD que se incorporaría para este expediente es la BBDD Oracle en su versión Oracle XE. Oracle eXpress Edition en su versión 11.2 y que erróneamente el órgano de contratación ha interpretado la expresión “*SW GESCOT requiere para su funcionamiento BBDD ORACLE 11.2.0.4 o superior*” porque no significa que esta Base de Datos requiera de licenciamiento adicional.

Añade que GFI es Partner de Oracle y ha corroborado una vez más esta información con dicho fabricante, y así lo traslada en este escrito de recurso.

El órgano de contratación relaciona la tramitación del expediente en la que consta finalmente que el contrato se ha adjudicación a la mercantil Aytos Soluciones Informáticas, S.L.U. mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 24 de septiembre.

En cuanto al fondo ratifica la exclusión acordada por la mesa y acompaña el informe íntegro del Técnico Municipal, Responsable del Departamento de Tecnologías de la Información y Comunicación, de fecha 3 de octubre de 2018, en el que se rebaten desde el punto de vista técnico tanto los argumentos esgrimidos en el recurso presentado como en el Informe técnico sobre la exclusión de la propuesta de Grupo Corporativo GFI Informática, S.A.

Advierte el informe técnico:

- En primer lugar que en la oferta no se menciona la utilización de la versión XE de Oracle. Tan solo se hace referencia a la utilización de Oracle, dejando a la imaginación del técnico informante la posibilidad de la versión XE. No se entiende, por parte de este técnico, una omisión tan relevante de información al elaborar la oferta.

- Considera que la versión gratuita tiene numerosas limitaciones, (11 GB de datos; 1 GB de Memoria y 1 CPU) por lo que la considera insuficiente para la ejecución de un programa con el volumen de datos que contiene la contabilidad de un Ayuntamiento como Torrejón de Ardoz. Señala que en la propia página de Oracle se especifica que esta versión está recomendada como una BBDD de inicio, orientada al aprendizaje y a pequeñas aplicaciones.

- En cuanto al incumplimiento del requerimiento de *“software libre y que no supongan licenciamiento adicional”* justificativo de su exclusión explica que no se tratar de una BBDD basada en software libre, sino en software propietario, según la Free Software Foundation, la definición de software libre es: *“«Software libre» es el software que respeta la libertad de los usuarios y la comunidad.*

*A grandes rasgos, significa que los usuarios tienen la libertad de ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, modificar y mejorar el software. De modo más preciso, se refiere a cuatro libertades de los usuarios del software:*

- 1) La libertad de usar el programa, con cualquier propósito*
- 2) La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y adaptarlo a tus necesidades. El acceso al código fuente es una condición previa para esto.*
- 3) La libertad de distribuir copias.*
- 4) La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie. El acceso al código fuente es un requisito previo para esto.*

*Existen numerosas BBDD de software libre como pueden ser MYSQL o PostgreSQL. Oracle, aún en su versión gratuita, es una BBDD basada en software propietario. Para fundamentar esta afirmación se cita como fuente oficial los términos de licencia que se pueden consultar en la página de Oracle:*

*<https://www.oracle.com/technetwork/licenses/database-11g-express-license459621.html>*

*(Traducción de la información que figura en su página)*

*“Propiedad y restricciones*

*Nos reservamos todos los derechos de propiedad y propiedad intelectual de los programas. Puede hacer un número razonable de copias de los programas para fines de copia de seguridad.*

*No está permitido:*

- eliminar o modificar cualquier marca de programa o aviso de nuestros derechos de propiedad,*
- ceder este Acuerdo o dar o transfiera los programas a otra persona o entidad, excepto lo especificado en este Acuerdo;*
- realizar o permitir la ingeniería inversa o la descompilación de los programas;*

*- divulgar los resultados de cualquier prueba de referencia del programa sin nuestro consentimiento previo.”*

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP (139 de la LCSP vigente) la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 124 a 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de servicios los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los trabajos a realizar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los servicios objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Comprueba el Tribunal que GFI en el sobre C Documento de respuesta relativo a los criterios ponderables en función de un juicio de valor para tomar parte en el



procedimiento abierto para la contratación del servicio para la realización del diseño e implantación de un sistema de contabilidad analítica en el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz afirma que *El Grupo GFI y concretamente su software de Contabilidad Analítica GESCOT@ son el instrumento perfecto para satisfacer las necesidades del Ayuntamiento de Torrejón* (pág. 6) y *“garantizando que la herramienta que se propone implantar cumple el cien por cien (100%) de los requerimientos técnicos y funcionales que se solicitan en el Pliego de Condiciones técnicas.”*(pág. 10). En cuanto a la arquitectura afirma *“• GESCOT@ es una aplicación web y por tanto, el único requerimiento desde el punto de vista del usuario final será exclusivamente el disponer de un navegador web.*

- *GESCOT@ se conforma con un esquema de usuario de una BBDD ORACLE para poder funcionar y dar servicio.*

- *GESCOT@ mantiene una estructura de tres capas (navegador de usuario final, servidor de aplicaciones, BBDD ORACLE con esquema de usuario GESCOT@). No es necesaria la independencia de máquinas en las capas comentadas y por tanto un solo equipo podría servir como solución de arquitectura. (pág. 43) y **“GESCOT@ necesita para funcionar una BBDD ORACLE 11.2.0.4 o superior. Remitimos a la información e internet para extender el punto que a continuación enumeramos”** (pág. 44).*

Por lo que la BBDD Oracle en su versión Oracle XE. Oracle eXpress Edition en su versión 11.2 que GFI aclara en el recurso integra su oferta, no es la que efectivamente identificó en la documentación que aportó inicialmente en la licitación - BBDD ORACLE 11.2.0.4-. Esta discrepancia no permite al órgano de contratación tener por cierta la oferta efectuada en relación con esta cuestión, por lo que debe estimarse el recurso por este motivo.

Comprueba el Tribunal que según explica el apartado 1 del PPT *“En el marco de la Estrategia Integrada de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado de Torrejón de Ardoz está prevista la implantación de nuevas herramientas de gestión que contribuyan en alcanzar ese objetivo.*

*Actualmente en el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz se encuentra implantado un sistema de tramitación electrónica en el área contable con la herramienta*

*FIRMADOC BPM. Este sistema abarca todo el flujo de conformación de facturas, gestión electrónica de los documentos contables y relaciones de tesorería además de la fiscalización de operaciones contables previas.*

*En otros Áreas municipales, se realiza una tramitación electrónica de expedientes utilizando la metodología de Procedimiento Administrativo Común (PAC) diseñado también dentro del mismo Gestor Documental corporativo (FirmaDoc BPM)*

*Esta tramitación electrónica con la herramienta FIRMADOC BPM incluye el uso de flujos electrónicos automatizados (BPM's) diseñados con FIRMADOC BPM e integrados bidireccionalmente con SICALWIN y con el portafirmas de FIRMADOC integrado con @firma.*

*En el presente pliego se detallan las condiciones técnicas relativas a la contratación, del diseño e implantación de distintos sistemas software. Se divide en tres lotes:*

*Lote 1: Sistema de contabilidad analítica.*

*Lote 2: Sistema de gestión patrimonial.*

*Lote 3: Sistema de contratación electrónica.*

*Todos los servicios mencionados en el presente pliego deberán ir incluidos en el precio máximo de licitación del contrato.”*

A continuación se especifican algunas cláusulas comunes, que serán de aplicación para todos los lotes, que a su vez contienen su propio clausulado. Y como condición *sine qua non* exige en su apartado 6 entre otros requisitos el de que sea “Compatible BBDD SQL Server 2012 u otros basados en **software libre y que no supongan licenciamiento adicional.**” Es decir que se deben acreditar las 2 condiciones que son distintas, no solo que sea gratuito y sino además que sea libre.

Según la definición de software libre de don Julián Pérez Porto y doña María Merino Publicado: 2014. Actualizado: 2016 que figura en <https://definicion.de/software-libre/>: “La noción de software libre refiere al programa informático que brinda una gran libertad al usuario. Aquel que instala un programa de software libre, puede usarlo, modificarlo, copiarlo y redistribuirlo sin restricciones.

*En concreto, se determina que para que un software sea considerado libre es fundamental que le ofrezca al usuario cuatro grandes libertades como son estas:*

- *Libertad de poder ejecutar el programa en cuestión tal como desee y con el propósito que considere oportuno.*

- *Libertad de redistribuir las copias que considere útiles para poder “ofrecer” ayuda a las personas de su entorno.*

- *Libertad para estudiar a fondo el programa, averiguar cómo funciona e incluso llegar a cambiarlo si así lo considera oportuno.*

- *Libertad no sólo para modificar el software sino también para poder redistribuirlo una vez cambiado, para que así más personas puedan disfrutar del mismo.*

*Se trata de libertades que el usuario en cuestión puede elegir si las utiliza o no. No obstante, incluso puede determinar que va a hacer uso de todas al mismo tiempo.*

*Es importante destacar que existen diversas licencias de software. Para comprender qué es el software libre, lo más sencillo es oponerlo a los programas cuyas licencias se deben comprar y que incluyen distintas limitaciones: prohibición de copiarlo, de distribuirlo, de modificarlo, etc. La mayoría de los programas, de hecho, no pertenecen al software libre, sino que son programas informáticos comerciales.*

*Entre el conjunto de licencias que existen al respecto destacaríamos, sobre todo, la GPL, la LGPL, la AGPL o la APSL, sin olvidar la Apache.*

*En diversas áreas y ámbitos se usa el software libre y entre los mismos especialmente en la educación, que, entre otras cosas, es un paso más en pro del desarrollo de las TIC's.*

***No hay que confundir, de todas maneras, el software libre con el software gratuito o freeware. Dado que el software libre puede modificarse y redistribuirse, un usuario puede tomar la decisión de comercializarlo. El freeware, en cambio, puede ser gratuito pero impedir las modificaciones, por citar una posibilidad.”***

En los mismos términos lo define organismos como la Fundación por Software Libre que cita el órgano de contratación.

No discute el órgano de contratación la gratuidad de la base de datos ofertada pro GFI sino que la exclusión de la oferta de GFI se justifica exclusivamente en que el software que oferta no es libre sino de propietario, ORACLE, el cual limita y restringe

su uso en los términos que señal en su pág. web, que es la misma indicada por GFI, y que ha traducido el técnico del Ayuntamiento en su informe, al que nos remitimos.

Por lo que no siendo el software ofertado por GFI libre, en el sentido más arriba indicado, se debe desestimar el recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.C., en nombre y representación de Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Servicio para la realización del diseño e implantación de distintos sistemas software para el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, dentro de la estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado, cofinanciado en un 50% por el FEDER en el Marco del programa operativo de crecimiento sostenible 2014-2020”, número de expediente PA 54/2018.

**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 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión acordada el 10 de octubre de 2018

**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 59 de la LCSP.