

Recurso nº 071/2023
Resolución nº 111/2023

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de NOSSAYU S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de contratación “adquisición de ordenadores personales, pantallas de visualización y licencias office para el Ayuntamiento de Alcorcón”, lote 3, expediente 2022333_ASU, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 3 de noviembre de 2022 se procedió, de conformidad con lo preceptuado por el art. 159.2 de la LCSP, a publicar anuncio de licitación en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y se pusieron a disposición los pliegos de la contratación en la misma fecha. El valor estimado del contrato asciende a 110.809,40 euros.

A la presente licitación concurren 14 licitadores.

Segundo.- En lo que aquí interesa el apartado 3.3. del Pliego de Prescripciones Técnicas establece:

“Requisitos técnicos mínimos de las licencias Microsoft Office:

- *Última versión disponible de Microsoft Office Professional Plus.*
- ***Licencia de primer uso, en propiedad y a perpetuidad, a nombre del Ayuntamiento de Alcorcón.***
- *Opción de licenciamiento válida para Administraciones Públicas”.*

Tercero.- Con fecha 25 de enero de 2023, se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, resolución de la Junta de Gobierno Local por la que, en relación con el lote 3, acuerda: i) la exclusión del licitador NOSSAYU, SL, y; ii) la adjudicación del contrato al licitador SPECIALIST COMPUTER CENTER, SL.

Nossayu figura excluido porque no oferta licencias de primer uso, por lo que incumplirían con el requisito fijado en el PPT.

Cuarto.- El 15 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, donde se insta la nulidad del acuerdo de exclusión y como consecuencia lógica de la adjudicación, porque el adquirente de una licencia de segunda mano tiene los derechos plenos de las licencias nuevas con las mismas especificaciones técnicas.

Quinto.- El 3 de marzo el órgano de contratación remitió el 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), solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP), que, eventualmente, podría resultar adjudicataria.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 25 de enero de 2023, e interpuesto el recurso el 15 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible, de conformidad a los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega el recurrente que su exclusión por no presentar una licencia de primer uso no es conforme a derecho. El que las licencias no sean de primer uso no afecta a sus características técnicas. Desde el año 2012 es legal comprar y vender licencias de software ya utilizadas dentro de territorio europeo, como declaró la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de julio de 2012. De la jurisprudencia del TJCE se desprende que, una vez agotado el derecho de distribución, el segundo comprador

adquiere un derecho de uso pleno, por lo que una licencia por volumen usada tiene todas las características (derechos de downgrade, derechos de instalación, etc.) de las licencias nuevas del mismo producto de acuerdo con las condiciones de uso de Microsoft.

La venta de licencias software reutilizadas es legal y que las licencias de segunda mano presentan las mismas características técnicas que las nuevas.

El acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alorcón no justifica la exclusión de NOSSAYU, S.L.U. en el incumplimiento de características o especificaciones técnicas del suministro, sino en la necesidad de que las licencias sean nuevas o de primer uso. Esa condición no es una prescripción técnica del suministro y que la licencia sea de primer o segundo uso no afecta a sus características técnicas (tanto si son de primer uso como si son reutilizadas, las características técnicas de las licencias son las mismas). Por tanto, ninguna objeción técnica se realiza al suministro ofertado, siendo la exclusión contraria a derecho, conforme a la doctrina, que requiere un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas. El licitador ya ha resultado adjudicatario en procedimientos con licencias que no eran de primer uso.

Contesta el órgano de contratación que el requisito de licencias de primer uso es inequívoca, conocida y consentida por los licitadores que han concurrido a la licitación del lote 3. Dicha condición no es arbitraria y que su exigencia se fundamenta en los motivos técnicos que se exponen en el informe emitido por la unidad técnica responsable. No se comparte el criterio recurrente que la licencia de primer uso no sea una especificación técnica. La estimación de los argumentos del recurrente y la aceptación de las licencias reutilizadas que oferta NOSSAYU contravendría sin lugar a dudas el principio de igualdad de trato a los licitadores. El contrato adjudicado al mismo no se exigía licencia de primer uso.

En el informe emitido por la unidad técnica responsable se justifica le exigencia de licencias de primer uso.

Entiende este Tribunal que el recurrente está planteando una impugnación indirecta de los Pliegos, que es inadmisibles y extemporánea. Solo cabe hacer mención al consabido carácter vinculante de los pliegos y a la reiterada jurisprudencia respecto a que los pliegos constituyen la ley del contrato, y que se refleja, entre otros preceptos, en el artículo 139.1 de la LCSP relativo a las proposiciones de los interesados, que señala: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna [...]”*.

La exigencia de licencias de primer uso es clara e inequívoca, tal y como se refleja en el apartado 3.3. del Pliego de Prescripciones Técnicas:

“Requisitos técnicos mínimos de las licencias Microsoft Office:

- *Última versión disponible de Microsoft Office Professional Plus.*
- *Licencia de primer uso, en propiedad y a perpetuidad, a nombre del Ayuntamiento de Alcorcón.*
- *Opción de licenciamiento válida para Administraciones Públicas”*.

La impugnación de este requisito del PPT es extemporánea.

Esta condición sí es una prescripción técnica y por tanto obliga a los licitadores que no la han impugnado en plazo. Es un requisito técnico mínimo, que si estaba en desacuerdo con el mismo debió el recurrente impugnar los pliegos en plazo alegando lo que estimara conveniente.

La mesa y el órgano de contratación no pueden actuar de otra forma, salvo

vulneración del principio de igualdad de trato.

En el mismo sentido, otra licitación donde no se exigiera este requisito no es término de comparación idóneo para fundar ninguna alegación sobre el principio de igualdad

A mayor abundamiento, corresponde al órgano de contratación 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 satisfacerlas”* (artículo 29 LCSP). Dentro de esa libertad ha decidido exigir licencias de primer uso, y no por razones arbitrarias, sino por las fundadas razones que se exponen en el informe técnico, que podrían haber sido objeto de consideración dentro de los parámetros de la discrecionalidad técnica si se hubieran impugnado los Pliegos.

Procede desestimar el recurso especial en materia de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 la representación de NOSSAYU S.L.U, contra su exclusión del procedimiento de contratación “adquisición de ordenadores personales, pantallas de visualización y licencias Office para el Ayuntamiento de Alcorcón”, lote 3, expediente 2022333_ASU.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento ex artículo 53 LCSP.

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.