

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

En Madrid, a 26 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.G.M., en representación de la mercantil Gestión Informática Administración Local, S.A. (GIALSA) contra el Pliego de Cláusulas Técnicas del Servicio de Colaboración para la Recaudación Voluntaria y Ejecutiva del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo (Madrid), expediente nº 1.20.2017.02, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de febrero de 2017, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo la convocatoria de licitación para la prestación del servicio de colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de los recursos económicos del citado Ayuntamiento. Advertido error en los Pliegos reguladores, con fecha 6 de marzo de 2017 se suspende el plazo de presentación de ofertas y el 8 de marzo de 2017, la Junta de Gobierno Local aprobó los nuevos Pliegos Administrativo y Técnico.

Nuevamente con fecha 11, 13 y 22 de marzo de 2017, se publica, respectivamente, en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Perfil de Contratante

del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo y en el Boletín oficial del Estado la convocatoria de licitación para la prestación del servicio de colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de los recursos económicos del citado Ayuntamiento con pluralidad de criterios, siendo el valor estimado del contrato de 363.636.36 euros y la duración del contrato, de dos años cabiendo prórroga del contrato por otros dos años más.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso, en concreto respecto del software a aportar, que el PPT en la cláusula 2.3 dispone: *“Para el desarrollo del contrato de Servicios complementarios de colaboración con la recaudación ejecutiva del Ayuntamiento, el adjudicatario utilizará el aplicativo GIT-Gestión Integral de Tributos, software que se encuentra adaptado y preparado para el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 11/ 2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.*

El Ayuntamiento se reserva la facultad de cambiar el software de gestión cuando lo considere necesario o conveniente, estando obligado el contratista a hacerse cargo de la migración de todos los datos a la nueva aplicación, y a prestar el servicio con el nuevo aplicativo.

El adjudicatario asumirá el coste de mantenimiento del software de la aplicación de recaudación de tributos Gil-Gestión Integral de Tributos para la ejecución de los servicios objeto de este contrato y durante la duración del mismo. El coste anual del mantenimiento para el año 2017 se estima en 7.000. € más IVA.

En este apartado, son actuaciones en las que se requiere la asistencia y colaboración de la empresa adjudicataria las que de forma orientativa y no limitativa se citan a continuación:

6.- Colaborar en el desarrollo de procesos complementarios que mejoren la aplicación tributaria existente a requerimiento de la Tesorería municipal”.

Segundo.- El 28 de marzo de 2017, previo anuncio ante el órgano de contratación, la representación de GIALSA presentó recurso especial en materia de contratación ante dicho órgano que lo remitió a este Tribunal, el 4 de abril de 2017, junto con el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Se solicita en el recurso que se anule el apartado 2.3 del PPT por vulnerar el principio de no discriminación, libre competencia e igualdad de trato puesto que se exige la utilización de un software concreto de marca comercial específica, GIT (Gestión Integral de Tributos) creada por INFAPLIC, empresa privada ejecutante del contrato actual, o el que el propio Ayuntamiento decida y en ese caso asumir los costes y traspasos de información.

En su informe el órgano de contratación manifiesta que lo que se pretende con esta contratación es que el adjudicatario preste una colaboración con el Ayuntamiento en la recaudación ejecutiva facilitándole al mismo el programa informático con el que trabajan técnicos y funcionarios municipales, siendo únicamente obligación del adjudicatario hacerse cargo del mantenimiento del mismo.

Tercero.- Con fecha 5 de abril de 2017 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, *ex artículo 45* del TRLCSP, del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 los presentes recursos.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha presentado en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 11 de marzo de 2017, poniendo a disposición de los interesados los pliegos el día 13, y el recurso se interpuso el día 28 del mismo mes dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra el PPT de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Se fundamenta el recurso en la doble imposición establecida en la cláusula 2.3 del PPT de utilizar el software de recaudación de tributos GIT-GESTIÓN INTEGRAL DE TRIBUTOS, actualmente instalado en el Ayuntamiento, creado por INFAPLIC, sin que sean públicos los datos respecto de los formatos de intercambio de información, asumiendo su mantenimiento, así como la de asumir los costes y el traspaso de la información toda vez el Ayuntamiento se reserva el derecho de cambiar de software cuando lo considere necesario y conveniente sin que se permita en este caso la utilización del software propio de las licitantes.

Alega la recurrente que dicha cláusula vulnera los principios que rigen la contratación pública recogidos en el art 1 del TRLCSP, que supone una ventaja competitiva para la empresa que ejecuta actualmente el contrato, contraria a la libre competencia y prohibida por el art 32, apartado d) del TRLCSP y a las normas para la definición de las prescripciones técnicas en los contratos públicos establecidas en el art 117 de dicha ley.

Por su parte el órgano de contratación señala que el Ayuntamiento como herramienta para facilitar su labor en la recaudación adquirió en el año 2009 la licencia del programa informático GIT (Gestión Integral de Tributos) que desarrolla las funciones de gestión tributaria, recaudación voluntaria y recaudación ejecutiva y es el que se utiliza en los departamentos de Gestión Tributaria y Tesorería para la

recaudación ejecutiva desde entonces, motivo por el que considera que la recaudación voluntaria debe gestionarse con el mismo aplicativo sin que ello suponga una violación del principio de igualdad de trato, ya que lo contrario supondría: *“Pérdida en la eficacia del desempeño del trabajo al tener que mandar datos a otra aplicación no conocida por los funcionarios.*

Dificultaría el seguimiento de las deudas por parte de los técnicos municipales al tener que utilizar varias aplicaciones.

Implicaría el no poder hacer el traspaso de datos a la contabilidad municipal (cobros y bajas)”.

Recuerda la doctrina sobre el alcance del artículo 117.8 en relación con la discrecionalidad del órgano de contratación para determinar los requisitos técnicos exigibles y cita entre otras la Resolución 184/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para concluir que en este caso, el objeto del contrato no es el suministro de un programa informático que sólo puede ser proporcionado por un empresario, se trata de un contrato de colaboración con el Ayuntamiento en los trabajos de recaudación ejecutiva cuya labor se apoya en un programa informático del cual el Ayuntamiento adquirió en su momento la licencia. No se obliga al adjudicatario a adquirir un programa informático sino que se permite la utilización del mismo haciéndose cargo de su mantenimiento como una obligación contractual, lo cual no supone una vulneración al principio de libre competencia.

Siendo este motivo de recurso reiterado en numerosas ocasiones el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto concluyendo que el mismo no supone vulneración de los principios rectores de la contratación pública, así recientemente en la Resolución 26/2016, de 15 de febrero, se indicaba que *“A la vista de la literalidad de la cláusula 4 del PPT en que se establece que la adjudicataria “utilizará”, este Tribunal entiende que tal y como afirma el Ayuntamiento no es obligatoria la adquisición de estos programas, lo que lógicamente implicaría un coste injustificado para las empresas y discriminatorio respecto de la empresa que viniera ejecutando el servicio, de forma que no se aprecia la existencia de ningún obstáculo a la libre competencia.”*

En principio nada que obstar al párrafo primero del apartado 2.3 del PPT. Sin embargo en sus párrafos segundo y tercero se establece otras condiciones con carácter imperativo que consisten en:

- En primer lugar, *“El Ayuntamiento se reserva la facultad de cambiar el software de gestión cuando lo considere necesario o conveniente, estando obligado el contratista a hacerse cargo de la migración de todos los datos a la nueva aplicación, y a prestar el servicio con el nuevo aplicativo”*, sin que se estime ni limite su cuantía.

La obligación impuesta es una condición incierta que no ha sido tomada en cuenta por el órgano de contratación a la hora de la determinación del precio del contrato que sólo hace referencia al saldo vivo pendiente de cobro correspondiente a los ejercicios 2011-2016 en el apartado 8 del PPT relativo al presupuesto de contratación y tipo de licitación *“A efectos informativos para aquellos interesados que puedan presentar una oferta sobre el servicio objeto de este pliego, se facilita un resumen del pendiente de cobro a 31 de diciembre de 2016, obtenido de la cuenta General de Recaudación, referido al principal”*, pero no contiene estimación alguna sobre la posibilidad de cambio del programa de gestión.

Establece el artículo 87 TRLCSP que *“1.- En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”*

De manera que es preciso realizar una estimación del precio en la que se deberán tener en cuenta necesariamente los distintos elementos que lo compongan con certeza, circunstancia que no se produce en el presente caso ya que no puede aseverarse la certeza del cambio de software. A ello cabe añadir que el artículo 1449 del Código Civil (CC), establece que *“El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”*

De esta forma siendo el coste del cambio de sistema un elemento (coste) a tener en cuenta en el precio, la falta de precisión de si se produciría el cambio o no dejando la decisión durante la vida del contrato al órgano de contratación no permite tener por cierto el precio, a lo que cabe añadir que en el caso de no producirse el indicado cambio, pero haberse tenido en cuenta por los licitadores de forma diligente para garantizar la viabilidad de la ejecución del contrato, se estaría produciendo un sobrecoste para el Ayuntamiento que no obtendría la mejor oferta calidad-precio, en relación con el objeto del contrato, lo que es contrario al principio de eficiencia en la contratación pública.

Por otro lado es preciso que el objeto del contrato sea determinado, según el artículo 86.1 del TRLCSP circunstancia que no se produciría de dejar al arbitrio del órgano de contratación la posible ampliación. La consecuencia de la celebración de un contrato con objeto indeterminado es la invalidez del mismo ex artículo 33 del TRLCSP, tal y como señaló este Tribunal en su Resolución 154/2013 de 13 de octubre.

- En segundo lugar, *“el adjudicatario asumirá el coste de mantenimiento del software de la aplicación de recaudación de tributos GIT -Gestión Integral de Tributos para la ejecución de los servicios objeto de este contrato y durante la duración del mismo. El coste anual del mantenimiento para el año 2017 se estima en 7.000. € más IVA”*.

En este caso se trata de actuaciones complementarias al objeto del contrato que no implican un coste injustificado para las empresas y discriminatorio respecto

de la empresa que viniera ejecutando el servicio, ya que fuera cual fuera la adjudicataria el coste de mantenimiento, tanto si el programa es propio como si no lo es, debe ser asumido, por lo tanto esta exigencia no se revela como contraria al principio de igualdad de trato y libre competencia que pretende preservar el TRLCSP en el apartado d) de su artículo 32 que señala que serán causa de nulidad *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.G.M., en representación de la mercantil Gestión Informática Administración Local, S.A. (GIALSA) contra el Pliego de Cláusulas Técnicas del Servicio de Colaboración para la Recaudación Voluntaria y Ejecutiva del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo (Madrid), expediente nº 1.20.2017.02, declarando la nulidad del párrafo segundo de la cláusula 2.3 del PPT y en consecuencia del procedimiento de licitación que deberá iniciarse de nuevo si subsisten las necesidades que motivaron la contratación.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.