EB 2012/043

Resolución 58/2012, de 22 de junio de 2012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren Titularra, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad Indra Sistemas, S.A. frente al Pliego de Bases Técnicas, la carátula y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la Comunicación de 16 de mayo de 2012, en el expediente que tiene por objeto la "Cobertura de medios materiales y humanos para la operativa informática y organización, obtención de resultado y difusión del escrutinio provisional en la noche electoral de las próximas elecciones al Parlamento Vasco".

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por Orden de 4 de mayo de 2012 el Consejero de Interior resolvió «Aprobar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que incluye los pactos y condiciones de los derechos y obligaciones que asumirán la Administración y el contratista en el contrato administrativo de servicios que tiene por objeto la "*Cobertura de medios materiales y humanos para la operativa informática y organización, obtención de resultado y difusión del escrutinio provisional en la noche electoral de las próximas elecciones al Parlamento Vasco"*, estableciendo como procedimiento de selección del contratista el procedimiento negociado sin publicidad y con una pluralidad de criterios de valoración».

SEGUNDO: Según consta en el expediente las empresas seleccionadas para participar en el procedimiento fueron:

.- Ibermática, Tecnología y Conocimiento, S.A.
.- Indra Sistemas, S.A.
.- Odec, S.A.

Las invitaciones a participar fueron remitidas desde la Dirección de Patrimonio y Contratación el día 8 de mayo de 2012. En las mismas se indicaba que la fecha de presentación de oferta finalizaba a las 13,00 horas del día 25 de mayo de 2012.

Transcurrido dicho plazo, se recibieron ofertas de Ibermática, Tecnología y Conocimiento, S.A. e Indra Sistemas, S.A.

TERCERO: El día 21 de mayo de 2012 (asiento nº 465880) tuvo entrada un escrito firmado por D. C. G. S. y D. F. R. R., actuando como representantes de Indra Sistemas, S.A., en el que anuncian la presentación de un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos reguladores del procedimiento de contratación mencionado.

El día 25 de mayo de 2012 (nº asiento 484318) se recibió en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen Iguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante OARC/KEAO) el texto del recurso especial en materia de contratación interpuesto por los comparecientes mencionados en el párrafo anterior. Entre los documentos que acompañan al recurso figuran el poder de los comparecientes y el anuncio al órgano de contratación de presentación del mismo.

CUARTO: El mismo día se dio traslado del recurso al órgano de contratación, instándole a que en el plazo de 2 días hábiles remitiera copia del expediente de contratación completo así como el informe que señala en artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Con fecha 28 de mayo de 2012 se recibe en el registro del OARC/KEAO el expediente administrativo acompañado de un informe de la Directora de Administración Electoral, Juego y Espectáculos.

QUINTO: El día 29 de mayo de 2012 se dio traslado del recurso a los operadores económicos interesados en el procedimiento, otorgándoles un plazo de 5 días hábiles para formular las alegaciones que estimen oportunas.

SEXTO: Mediante Resolución de 31 de mayo de 2012 este OARC/KEAO acordó estimar la petición de la medida cautelar solicitada por D. C. G. S. y D. F. R. R., actuando como representantes de Indra Sistemas, S.A., de suspensión del procedimiento de licitación del contrato de "Cobertura de medios materiales y humanos para la operativa informática y organización, obtención de resultado y difusión del escrutinio provisional en la noche electoral de las próximas elecciones al Parlamento Vasco".

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma y por operador económico goza de legitimación activa por haber sido invitado a tomar parte en el procedimiento negociado, ostentando los comparecientes de la representación necesaria.

SEGUNDO: El operador económico recurrente estructura su recurso en hechos y fundamentos jurídicos. La sistemática utilizada por este órgano resolutorio para el análisis de los argumentos aducidos será la del estudio de la fundamentación del recurso y su *petitum*, relacionándolos con los antecedentes de hecho en los que se apoyan, obviando aquellos hechos que no son base de pretensión alguna.

TERCERO: Comenzaremos el análisis del recurso por la exposición de las posiciones de cada una de las partes interesadas sobre el primero de los motivos alegados, que se basa en que los pliegos y la Comunicación de 16 de mayo de 2012 no son válidos por infracción de los artículos 1 y 117 TRLCSP y 14 CE al imponer el uso de una aplicación y crear obstáculos injustificados a la apertura del contrato a la competencia.

La necesidad de que las prestaciones demandadas por el poder adjudicador se realicen a través del uso y, en algunos supuestos, desarrollo de una aplicación informática de su propiedad se efectúa en el Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT).

Los pliegos de bases técnicas y las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas se desarrollan en los artículos 116 y 117 del TRLCSP y conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administración Públicas deben contener, al menos, las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar y, en su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

La importancia de este pliego proviene de que contribuye a la definición del objeto del contrato y genera obligaciones en cuanto a su cumplimiento.

El operador económico recurrente considera que el PBT del contrato en cuestión incumple el artículo 117.2 del TRLCSP que es el que regula el establecimiento de prescripciones técnicas.

Este precepto es transposición del artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, que, en lo que a la cuestión planteada, dispone que

> **Artículo 23. Especificaciones técnicas**
>
> 1. Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del anexo VI figurarán en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. En la medida de lo posible, estas especificaciones técnicas deberían definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios.
>
> 2. Las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Por su parte, el punto 1.b) del Anexo VI de la Directiva 2004/18/CE define lo que se ha de entender por especificación técnica de la siguiente forma:

> b) «especificación técnica», cuando se trate de contratos públicos de suministro o de servicios: aquella especificación que figure en un documento en el que se definen las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles

de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluyendo la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, de propiedad de empleo, de utilización del producto, su seguridad o dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso , los procedimientos y métodos de producción, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad;

El Consejo de Estado en su Dictamen de 25 mayo 2006 (JUR 2006\299866) sobre el proyecto de ley de contratos del sector público, analiza la legislación y jurisprudencia de la Unión europea sobre prescripciones técnicas en los siguientes términos:

«A. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 101 y concordantes)

Este artículo regula por extenso lo relativo al establecimiento de prescripciones o especificaciones técnicas en los contratos, materia que ha sido objeto de atención por parte del Derecho comunitario.

Este se basó inicialmente en la evitación de especificaciones discriminatorias (prescripciones técnicas de determinadas condiciones que solo pudieran cumplir, o que beneficiaran a las empresas nacionales), en cuanto pudieran convertirse en una medida de efecto equivalente a la restricción de libertades comunitarias. Estas medidas podían consistir, abiertamente, en la reserva de determinados contratos a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional: así, en el caso resuelto por la Sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1990 (TJCE 1990, 117) , Dupont de Nemours Italiana c. Unitá Sanitaria Locale di Carrara, en un conflicto que afectaba a las empresas de una zona del territorio italiano. En una línea similar, la inclusión de especificaciones que indicasen fabricación o procedencia determinada también quedaba prohibida, salvo que no pudieran definirse de otro modo, añadiendo en ese caso la expresión "o equivalente" (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993 [TJCE 1993, 179] , que condenó al Reino de España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado [RCL 1975, 2597]).

Además, el Derecho comunitario ha incidido en el llamado orden para el establecimiento de prescripciones técnicas. Así, ya el "Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea" (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996) señalaba que "las normas y especificaciones técnicas que describen las características de las obras, suministros o servicios objeto del contrato son un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura de la contratación pública. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los proveedores no nacionales a estos contratos. A este respecto, las directivas prevén que los poderes adjudicatarios recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario. En las directivas se ha hecho un esfuerzo por resolver este problema, obligando a los poderes adjudicatarios a referirse a normas europeas siempre que éstas existan". En este sentido, se contenían normas en las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (artículo 14), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 8) y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 10), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente».

Examinado el PBT se observa que el mismo no contiene referencia a especificaciones técnicas en el sentido al que se refiere el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE pues la obligación demandada no consiste en la adquisición o el

desarrollo de un producto, entendido éste como el resultado de la prestación demandada, conforme a una norma nacional concreta. A lo que obliga el PBT es a la realización de unas prestaciones a partir de una aplicación informática propiedad del poder adjudicador y, en este sentido, se podrá discutir si el PBT contiene toda la información necesaria para formular oferta, aspecto éste que será examinado en los fundamentos posteriores, pero no se puede relacionar la utilización de una aplicación informática propiedad del poder adjudicador contratante con el establecimiento de especificaciones técnicas que no cumplen con los criterios del art. 117 TRLCSP.

Tampoco comparte este órgano resolutorio la conclusión a la que llega el operador económico recurrente de que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 117 TRLCSP conlleva la posibilidad de que el licitador pueda concurrir al contrato con su propia aplicación obviando la utilización y desarrollo de la aplicación propiedad del poder adjudicador. Si bien este motivo se analiza en el último de los fundamentos jurídicos de esta resolución por haber sido el último de los motivos de impugnación y pretensión del recurso se adelanta que esta pretensión significaría la modificación del objeto del contrato así como la modificación de las cláusulas del contrato referidas a los aspectos susceptibles de ser negociados.

En defensa de su pretensión el operador económico recurrente cita la STS de 3 de junio de 1996 que este órgano resolutorio considera que no es aplicación a este supuesto puesto que lo que viene a concluir es que no se puede imponer a una empresa la organización de sus trabajos, circunstancia ésta que no se aprecia en este supuesto pues en el PBT no se indica a los licitadores cómo deben planificar ni dirigir sus medios personales y materiales.

Tampoco es aplicable la sentencia del Tribunal Superior de Extremadura citada (JUR 2002/130027) pues se refiere a un contrato de suministro en el que el objeto del contrato consiste en la entrega de un bien referenciado a una marca concreta.

Dentro de este primer motivo de impugnación se aduce que la imposición del uso de las aplicaciones no está justificada desde ningún punto de vista, ni económico, ni de calidad o seguridad.

Nada puede indicar este órgano resolutorio a este respecto pues carece de competencia para evaluar la eficacia o eficiencia de la solución adoptada por el poder adjudicador para el ejercicio de una función que le es propia, siendo esta competencia propia del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1/1988, de 5 de Febrero, del «Tribunal Vasco de Cuentas Públicas» / «Herri-Kontuen Euskal Epaitegia».

CUARTO: El segundo de los motivos aducido se refiere a que los pliegos y la Comunicación de 16 de mayo de 2002 son inválidos por infracción de los artículos 1 y 117.3.b) TRLCSP al no facilitar información suficiente para formular oferta que

pueda cumplir los términos de los pliegos. A tal motivo el poder adjudicador opone que la recurrente ha sido invitada a participar en las licitaciones desde el año 1997 sin que nunca haya formulado preguntas y, en relación con la información solicitada oponen que la definición de la arquitectura técnica no precisa de ninguna información adicional a la proporcionada por el pliego y la Comunicación de 16 de mayo para poder presentar oferta.

Esta alegación se halla íntimamente relacionada con el principio de igualdad de trato y el de transparencia por lo que comenzaremos el análisis de este motivo de impugnación destacando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre los mismos.

Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, en consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 125] , Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, apartado 108; véanse también, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2007, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-250/05, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada, y de 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 la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 284] , SIAC Construction, C-19/00, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369] , Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 93).

También resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002 [TJCE 2002, 202], HI, C-92/00, apartado 45, y Universale-Bau y otros [TJCE 2002, 369], C-470/99, apartado 91).

Este principio de transparencia 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 di Frutta [TJCE 2004, 125], C-496/99 P, apartado 111).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión [TJCE 2008, 50] , apartado 145.

En el presente recurso, el operador económico reprocha al poder adjudicador que no se le ha facilitado la información suficiente para formular oferta que pueda cumplir los términos de los pliegos. Habida cuenta de la jurisprudencia del TJUE citada en los párrafos anteriores esta presunta irregularidad del poder adjudicador, de demostrarse, vulneraría la igualdad de oportunidades de los licitadores y el principio de transparencia como corolario del principio de igualdad de trato

Pero según la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión (TJCE 2008, 50, apartado 147), tal irregularidad del procedimiento sólo podría acarrear la anulación de la decisión controvertida si se demostrara que, de no haberse producido, el procedimiento administrativo hubiera podido desembocar en un resultado diferente, en el supuesto de que la demandante hubiera tenido acceso a la información en cuestión desde el principio del procedimiento, y si existiera, a este respecto, una posibilidad –aun reducida– de que la demandante hubiera podido conseguir que el procedimiento administrativo desembocara en un resultado diferente.

En suma, el operador económico recurrente reprocha que uno de los licitadores se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser ésta la empresa que desarrolló la aplicación informática a utilizar en la prestación objeto del contrato y por su experiencia debido a su condición de adjudicataria de los sucesivos contratos celebrados por el poder adjudicador cuyo objeto era similar a éste que se impugna.

En primer lugar, cabe indicar que salvo que se excluya sistemáticamente al contratista que ha elaborado la aplicación informática de toda nueva licitación, incluso se prohíba que se subcontrate con él una parte del contrato, la ventaja de la que goza es, en realidad, inevitable. También se produce esta situación en todos los contratos, como por ejemplo los de tracto sucesivo, en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado, hasta ese momento, por un único contratista. Esta circunstancia constituye, de alguna manera, una «ventaja inherente de facto» (Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas (Sala Tercera). Caso Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 12 marzo 2008 TJCE\2008\50, apartado 70)

Los efectos de esta «ventaja inherente de facto» no son las de excluir de plano al licitador que goza de la misma, entre otras razones, porque no existe en el TRLCSP ningún precepto en el que esta circunstancia constituya una prohibición para contratar.

En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) Caso Fabricom SA contra Bélgica. Sentencia de 3 marzo 2005, C-21/03 y C-34/03, que en su apartado 36 concluye que la Directiva 92/50 y las demás Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos se oponen a una norma nacional conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

Sentada la base de que no existe causa legal alguna para excluir de un procedimiento de licitación pública al contratista que ha estado ejecutando el contrato con anterioridad o ha participado en el desarrollo del servicio procede examinar si en los pliegos o en el procedimiento se ha efectuado una neutralización de las posibles ventajas del contratista actual o pasado y, a tal efecto habrá de examinarse si la información de la que ha dispuesto el operador económico recurrente es efectivamente útil para la formulación de la oferta.

QUINTO: Son diversas las cláusulas del PBT que se refieren a la utilización de la aplicación informática propiedad del poder adjudicador o al desarrollo de esta aplicación. Así,

.- En el capítulo 2, referido a «Transmisión de datos capitales y estimación», en la cláusula 2.1 se solicita «Para los avances de participación el adjudicatario deberá suministrar, el equipamiento informático necesario, incluyendo hardware, software de base y de aplicación del centro de recogida y tratamiento de información (…)».

.- En el Capítulo 4, de «Realización del escrutinio provisional», en la cláusula 4.2 de «Esquema general de los trabajos a desarrollar», en su último párrafo se especifica que «Como norma general para la interpretación de este pliego de bases técnicas, todas las aplicaciones que aporte la Dirección de Administración Electoral, Juego y Espectáculos (DAEJyE), deberán ser adaptadas y actualizadas por el adjudicatario para su implantación en las próximas elecciones al Parlamento Vasco».

En la cláusula 4.3 «Recepción y grabación de datos», se requiere la utilización de la aplicación propiedad del poder adjudicador para la realización de las siguientes tareas: grabación de datos (cláusula 4.3.2.3), monitorización y control (cláusula 4.3.2.4).

En la cláusula 4.4.1 se exige la utilización de la aplicación del poder adjudicador para el proceso de los datos y cálculo para la obtención de resultados.

En la cláusula 4.5 se indica que la aplicación informática a utilizar para la presentación de resultados será la del poder adjudicador. Para la presentación de resultados y rueda de prensa en Intranet, la cláusula 4.5.2.1. especifica que «**Puestos en el Centro Oficial de presentación de resultados**. (…) El adjudicatario suministrará e instalará todos los elementos necesarios (tanto hardware como software y línea de comunicación» y la cláusula 4.5.2.3, referida a recursos informáticos, especifica que «el diseño de la solución, que contemple los recursos hardware y software necesarios, que garanticen el óptimo funcionamiento. En la oferta, respuesta a este pliego, se deberá aportar un primer diseño, que será revisado posteriormente hasta obtener la solución definitiva.»

.- En el capítulo 5 referido a «Difusión en Internet del escrutinio provisional y ruedas de prensa», se especifica en su cláusula 5.3 que «(…) La aplicación del sitio Web será aportada por la Dirección de Administración Electoral, Juego y Espectáculos, debiendo el adjudicatario hacer las modificaciones necesarias para su adaptación al próximo proceso electoral en caso de que fuera necesario».

.- En el capítulo 6, en el que se especifican las obligaciones exigidas en relación con la presentación de resultados en el Centro Oficial de Datos, en el que se exige que la empresa adjudicataria deba concretar en la solución a suministrar, entre otros, «servicio de hardware y software para presentación del seguimiento del escrutinio en el sistema de pantallas gigantes o sistema alternativo».

En escrito de 14 de mayo de 2012 el operador económico recurrente envía un escrito al poder adjudicador en el que expresa las siguientes consideraciones, de forma resumida: (i) el PBT en su apartado 4.2 dice que la DAEJyE aportará determinadas aplicaciones que deberán ser adaptadas y actualizadas por el adjudicatario y la cláusula 27.1 señala que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (ii) Indra Sistemas, S.A. posee su propio software, contrastado en otros procesos electorales (iii) la utilización de su propio software permitiría diseñar la mejor arquitectura tecnológica y optar en condiciones de igualdad a los puntos que se derivan de las valoraciones (iv) por este motivo entienden que es posible la presentación de su propia aplicación pues, caso contrario, cualquier otro licitador que no las hubiera desarrollado, mantenido o utilizado tendría dificultades para diseñar una arquitectura coherente.

Este escrito fue contestado con otro de 16 de mayo de 2012, de la Directora de Administración Electoral, Juego y Espectáculos en el que señala, de forma resumida, que la aplicación a utilizar será la propia del Gobierno Vasco, señala «(…) que evidentemente ésta se pone a disposición de las empresas que, por considerase están capacitadas para la realización del escrutinio provisional de las Elecciones al Parlamento vasco, han sido invitadas a este expediente negociado sin publicidad» y adjunta como documentos anexos e información complementaria un resumen del entorno tecnológico utilizado en el proceso electoral de 2009 así como el análisis funcional de la aplicación.

Por su parte, se observa que en la introducción del documento de Análisis Funcional se indica expresamente que «Este documento se realiza a posteriori una vez desarrollada la aplicación y se pretende que sirva como documento general de la misma». Este documento está fechado en abril de 2009.

Posteriormente, el operador económico recurrente solicita documentación adicional mediante diversos escritos, siendo el contenido resumido de éstos y de las contestaciones facilitadas por el poder adjudicador las que a continuación se indican:

DOCUMENTACIÓN SOLICITADA POR INDRA	DOCUMENTACIÓN FACILITADA POR INTERIOR
*** Escrito de 14 de mayo de 2012**	***Contestación de 16 de mayo de 2012**
.-Solicitan la utilización del software de INDRA para un mejor diseña de la arquitectura tecnológica y optar en condiciones de igualdad a los puntos que se derivan de los criterios de valoración. .- Alegan que creen posible esta solución porque en el PBT no se describen las soluciones tecnológicas.	.-Indica expresamente que *"Señalar que evidentemente ésta se pone a disposición de las empresas que, por considerarse están capacitadas para la realización del escrutinio provisional de las Elecciones al Parlamento Vasco, han sido invitadas a este expediente negociado sin publicidad"*. .- En su último párrafo señala *"Se adjuntan como anexos e información complementaria un resumen del entorno tecnológico utilizado en el proceso electoral de 2009 así como el análisis funcional de la aplicación para su conocimiento y efectos oportunos".(1)*
*** Correo electrónico de 18 de mayo de 2012**	*** Contestación por correo electrónico el 18 de mayo de 2012**
.- Se solicita información sobre el edificio de Lehendakaritza donde se desarrollará la jornada electoral (planos, dimensiones, etc.) e indican que el lunes se personarán para realizar fotos.	.-Adjunto se remiten planos del edificio de Lehendakaritza donde se realiza la salida pública de datos y donde se monta el CPD de backup. Además, se remiten planos orientativos de EJIE donde se monta el CPD principal y las áreas correspondientes a la recepción de datos de los TT HH. .- Se indica que es un edificio de gestión independiente y donde hay instalaciones de trabajo por lo que señala sus dudas sobre que se pueda medir y realizar fotos.
*** Escrito de 20 de mayo de 2012**	*** Contestación de fecha 22 de mayo de 2012**
.-Solicita la formulación matemática del criterio referido al precio.	.-Se aporta la fórmula matemática solicitada
.-Solicitan aclaraciones sobre la aplicación de ciertos criterios basados en juicios de valor: Memoria de detalle de la ejecución de los trabajos, mejoras de las condiciones mínimas sobre las mejoras basadas en la incorporación de documentos rellenables	.-Respecto a la memoria de detalle lo indicado en el PBT. .- respecto a las mejoras, son a propuesta del licitador y en el PCAP se indica el tipo de mejoras en las que el GV esta interesado. .-Mejoras rellenables en la web, son a propuesta del licitador puesto que son propuestas por él. .- Se contesta a las cuestiones particulares formuladas por INDRA
.- Aclaraciones sobre el capítulo 2 del PBT: . Confirmar si para los avances se utilizan los datos transmitidos desde todas las mesas. . ¿Se difunden los datos de participación por Internet? . Los resultados ¿se difunden a los ciudadanos por Internet? . ¿La selección de representantes es sólo para las capitales de provincia? . ¿les paga la administración? . ¿Las pruebas de telefonía móvil, se realizan en las tres capitales de provincia? . ¿Quien suministra las terminales de telefonía? . En la hoja de recogida de resultados no está previsto el avance de participación	.- Aclaraciones capítulo 2 del PBT: . Se difunden los datos de participación por Internet. . La estimación de resultados no se difunde por Internet. . La selección de representantes es sólo para las capitales. . La formación corre a cargo del adjudicatario. Si hay se prevé una formación presencial en las capitales corre a cargo del adjudicatario. . El pago a los representantes lo realiza el licitador. . La prueba de telefonía móvil es responsabilidad del liictador. . Las terminales de telefonía móvil y las tarjetas SIM de las capitales es responsabilidad del adjudicatario, el resto, de la Administración. . Si se puede modificar el formato, siempre y cuando se respeten los campos incluidos por la Administración.
.-Aclaraciones sobre las ubicaciones de los centros: de los dos edificios de Vitoria, distinguir las funcionalidades. ¿el CAU de la intranet donde se instala?, ¿el Cau de empresas donde se instala?,La plataforma para dar servicio a Internet donde se ubica?, . ¿los edificios del GV tienen UPS y grupos Electrógenos? . ¿la limpieza y seguridad corre de cuenta del GV? . ¿Cuantos stand, cabinas de radio y puestos de periodistas se instalan en Lehendakaritza? . ¿Respecto a la interconexión entre centros confirmar si existen líneas de comunicación y ancho de banda necesario para soportar los datos de la jornada?	.-Aclaraciones sobre las ubicaciones de los centros: El GV facilita los locales. La distribución la propone el licitador. . Las ubicaciones del CAU Intranet, Internet y plataforma Internet serán a propuesta del licitador. . Los edificios están equipados. . Seguridad y limpieza corre a cargo del GV. . No hay que acondicionar stands ni cabinas de radio. Para periodistas se habilita una sala con aproximadamente 20 c0nexiones. . Las salas necesarias para alojar: un gabinete de prensa, responsables de DAEJyE, cargos del Dpto. de Interior, cargos del Gobierno y resto de invitados. . Se utilizará exclusivamente la red interna del GV.
.- Dimensionamiento de los servicios: . ¿Qué rango de visitas se estiman para las próximas elecciones? . Estimación de volúmenes de acceso a Internet.	.-Dimensionamiento de los servicios: . La capacidad de respuesta debe ser lo suficientemente holgada como para garantizar la calidad de la prestación. . Los usuarios de la Intranet rondarán los 100.
.-Aclaraciones relativas al Streaming Video. . ¿Quien o cómo se genera la señal para el vídeo? ¿la emisión de ruedas de prensa se realizará en directo o diferido?	.-Aclaraciones relativas al Streaming Video. Es una actividad a desarrollar completamente por el adjudicatario con la tecnología propuesta por él, teniendo en cuenta que aunque las ruedas de prensa sean en directo por TV, el streaming se emitirá en diferido.
***Escrito de 23 de mayo de 2012**	*** Contestación de 23 de mayo de 2012**
.- Pregunta si las aplicaciones de difusión Internet e Intranet deben ser propuestas por el adjudicatario.	"(...)*La respuesta es si, como queda explicado en el capítulo 5 del Pliego de Bases Técnicas y más concretamente en lo que se dice expresamente en los párrafos del punto 5.2, que es el adjudicatario quien debe proporcionar los elementos hardware y software que integren la solución definitiva (...)"*

Del examen de las solicitudes de información realizadas por el operador económico recurrente y de las contestaciones facilitadas por el poder adjudicador se pueden extraer tres conclusiones. La primera se refiere a que no se observan retrasos en la puesta a disposición de la información solicitada pues, si bien este órgano resolutorio considera que el análisis funcional de la aplicación informática a desarrollar así como la descripción del entorno tecnológico debían haber formado parte del PBT inicial facilitado a los licitadores, también lo es que tan pronto como el operador económico recurrente formuló una consideración en relación con la falta de información, el poder adjudicador no tardó más de dos días en facilitar el análisis funcional de la aplicación informática y el resumen del entorno tecnológico utilizado en el proceso electoral de 2009 y ello sin que el operador económico recurrente solicitase documentación adicional.

Además, y lo que es más importante, en su contestación el poder adjudicador pone a disposición del operador económico recurrente la citada aplicación informática sin que en el expediente remitido ni en el resto de escritos y comunicaciones conste la voluntad de la recurrente de hacer uso de esta posibilidad.

Tampoco solicita el operador económico recurrente información adicional sobre el análisis funcional de la aplicación informática facilitado por el poder adjudicador que, utilizando la comparación efectuada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 161/2007 de 16 julio (AC 2007\1988), podría equivaler en una obra de construcción a los planos y memorias de actuación.

La segunda conclusión que se desprende es que las solicitudes de información efectuadas no se refieren, en sustancia, a la aplicación informática. En el primero de los escritos que la recurrente dirige al poder adjudicador con fecha 14 de mayo de 2012 la falta de información se sustenta en el contenido del capítulo 4 del PBT, sin embargo, la solicitud de información sobre la aplicación informática que se realiza en el escrito de fecha 20 de mayo de 2012 se refiere a aclaraciones sobre el capítulo 2 del PBT y las preguntas efectuadas no se aprecia que guarden relación directa con la aplicación informática. Es cierto que en el escrito de fecha 23 de mayo de 2012 se efectúa una pregunta sobre la aplicación Internet e Intranet, pero también lo es que la respuesta a dicha pregunta se halla en el PBT.

La tercera de las conclusiones es un compendio de las dos anteriores resultado de la circunstancia de que el operador económico recurrente no solicita el acceso a la aplicación puesta a su disposición y que tras el recibo del análisis funcional de la aplicación informática el resto de sus peticiones posteriores de información no se centran en la misma sino en otros aspectos del PBT, de lo que se puede derivar que el recurrente podía gozar de la información suficiente en lo que a este aspecto se refiere.

El operador económico recurrente en la exposición de hechos del recurso pone de manifiesto lo que denomina como «inconsistencias» del PBT que se fundamentan en la admisión por el poder adjudicador de la incorporación del MAE y utilización de PDAs.

A entender de este órgano resolutorio la discusión sobre las soluciones técnicas contenidas en el PBT no afectan al principio de igualdad de trato sino que la discusión versa sobre la utilización de propuestas tecnológicas que el mismo operador económico recurrente admite que no se ajustan al PBT al afirmar en el apartado C.3.b) de su recurso acerca de la posibilidad de ofertar MAE y PDAs que «(...) estas tecnologías no emplean ni pueden emplear la aplicación de la Administración, aunque satisfacen plenamente y de una manera exacta las necesidades de la Administración»

Junto con el recurso se ha presentado un informe técnico, sin fechar, suscrito por Belén Aguado Beltrán de Garizurieta quien, asimismo, ha suscrito las otras peticiones de información, en la que concluye, tras detallar la información que requeriría el operador económico recurrente para formular oferta, que no es posible la formulación de ésta por falta de información. Sin embargo, en lo que concierne a la aplicación informática, entendemos que esta información hubiera podido ser obtenida por el recurrente si hubiera hecho uso de la facultad de puesta a su disposición de la aplicación informática que efectuaba el poder adjudicador en su escrito de fecha 16 de mayo de 2012.

Por último, señalar que este órgano resolutorio aprecia una falta de congruencia entre los motivos de la impugnación y la pretensión del recurrente pues si bien alega falta de información su pretensión se centra en solicitar la nulidad de las cláusulas del PBT en las que se exige la utilización o desarrollo de la aplicación informática propiedad del poder adjudicador y ello con el fin de poder licitar con su propia aplicación informática.

En conclusión, este órgano resolutorio considera que el operador económico recurrente ha dispuesto o se le ha facilitado el poder disponer de la información requerida para formular oferta al contrato de referencia y que estas peticiones de información no se han centrado en requerir un mayor conocimiento de la aplicación informática a utilizar considerando, por consiguiente, que no puede prosperar este motivo de impugnación.

SEXTO: El tercero de los motivos de impugnación se basa en que los pliegos y la comunicación de 16 de mayo de 2012 son inválidos por infracción de los artículos 1 TRLCSP y 14 CE al vulnerar el principio de igualdad de trato puesto que al no facilitar la información necesaria para formular oferta se ha concedido una ventaja ilegal a la empresa que ha desarrollado, mantenido o actualizado la aplicación y a tal efecto alega que resulta indubitada la necesidad de que los pliegos faciliten a todos los licitadores toda la información necesaria para que todos ellos puedan formular oferta en condiciones de igualdad, sobre la base exclusiva de la información facilitada. En este contexto INDRA:

(i) No puede formular oferta en condiciones de igualdad por la insuficiencia de la información facilitada.

(ii) la ventaja ilegal queda acreditada por la previa adjudicación al mismo de los contratos correspondientes.

Asimismo, alega el art. 56.1 TRLCSP, que se refiere a la imposibilidad de que las entidades que han participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios puedan participar en la licitación de dicho contrato para concluir que la consecuencia del no respeto del principio de igualdad debe ser admitir las ofertas que se presenten aunque no empleen las aplicaciones que ha pretendido imponer la Administración.

En este motivo de impugnación se vuelven a reiterar algunos de los argumentos señalados en el motivo segundo y que han sido objeto de análisis en los fundamentos cuarto y quinto de esta Resolución.

Sin embargo, se aporta una argumentación nueva que es la que se refiere a la invocación del artículo 56.1 TRLCSP. Dicho artículo dice así:

> Artículo 56. *Condiciones especiales de compatibilidad.*
> 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

A este motivo de impugnación opone el poder adjudicador que ninguna empresa ha participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o en los documentos preparatorios del contrato y la empresa Ibermática, S.A. alega que no ha elaborado o participado en la elaboración de las prescripciones técnicas.

De acuerdo con el precepto anterior, para que resulte de aplicación la causa de incompatibilidad para contratar, debe cumplirse necesariamente una doble condición, que la empresa hubiera «participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato», y además que «dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras». En relación al cumplimiento de la primera de las condiciones, cabe indicar que este órgano resolutorio no observa definición alguna de especificaciones técnicas en el PBT, sino definición de prestaciones a ejecutar, ni el operador económico recurrente señala cuales son dichas especificaciones y, en lo que respecta a la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, el poder adjudicador niega la concurrencia de esta circunstancia en este supuesto al igual que la empresa Ibermática, S.A.

Por otra parte, el operador económico recurrente tampoco aporta prueba alguna en dicho sentido más allá de la argumentación de que una de las empresas licitadoras es la que elaboró la aplicación informática a utilizar en este contrato. De todo ello cabe concluir que, al no concurrir la primera de las condiciones, no cabe que prospere este motivo de impugnación.

SÉPTIMO: El cuarto de los motivos de impugnación se entronca con la pretensión y, en este sentido, el operador económico recurrente alega que teniendo en cuenta la posible existencia de razones que pueden explicar la conveniencia de adjudicar el

contrato en breve, la mejor satisfacción de los intereses públicos y la reparación de los vicios incurridos por los pliegos justificaría que se declarara la invalidez de los pliegos en la medida que se exige la utilización de las aplicaciones propiedad del Gobierno Vasco. Así, se entenderán inválidas tales prescripciones y se admitirán directamente las ofertas que se presenten aunque las mismas empleen aplicaciones propias de los licitadores, considerando que esta posibilidad estaría avalada por el artículo 47.2 TRLCSP.

Por su parte, el poder adjudicador opone que el recurrente no aporta ni una sola evidencia respecto al carácter “ad personan” de los pliegos.

Este órgano resolutorio no puede compartir la conclusión a la que llega el operador económico recurrente pues, como se ha señalado anteriormente, la exigencia en el PBT de la utilización de un programa de ordenador propiedad del poder adjudicador y desarrollado a la medida de sus propias necesidades para la ejecución de una prestación que se ubica en el marco de una función pública no puede ser considerada, bajo ningún punto de vista, como un vicio de la obligación.

El operador económico recurrente basándose en este supuesto vicio pretende que se sustituyan determinadas cláusulas del PBT por otras que supuestamente le benefician y, en este sentido, su propuesta se podría enmarcar en un contrato a concertar entre operadores económicos privados pero que en ningún caso resulta aplicable al supuesto en el que una de las partes contratantes es una administración pública. En el caso de operadores económicos privados su actividad está dominada por la autonomía de la voluntad al servicio de intereses cuya disponibilidad no está impedida por una imposibilidad esencial que, por el contrario, si afecta a la Administración en cuanto servidora del interés general por imperativo del artículo 103 CE y art. 1 TRLCSP.

Según se dispone en el artículo 16.d) de la LEY 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, corresponde al Departamento de Interior «Planificar, gestionar y ejecutar todas las acciones técnicas necesarias para que el proceso electoral se lleve a cabo según lo establecido en la presente Ley» y conforme al artículo 19.1.a) del Decreto 303/2010, de 23 de noviembre, de modificación del Decreto por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Interior, corresponde a la Dirección de Administración Electoral, Juego y Espectáculos planificar y desarrollar todas las funciones y competencias que con carácter permanente la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco adscribe al Departamento de Interior, a excepción de aquellas reservadas al Consejero o Consejera.

Esta potestad administrativa de planificación que le confiere la norma al Departamento de Interior se ha plasmado en unos pliegos que exigen de los operadores económicos el desenvolvimiento de una actividad de una forma determinada, en el que no se aprecia la concurrencia de vicio alguno, y éste órgano resolutorio en ningún supuesto podría alterar la estructura de la obligación para sustituirla por otra diferente porque carece de potestades y competencia para ello.

Además, de apreciarse en los pliegos alguna cláusula que implicase discriminación éste órgano resolutorio podría acordar su anulación tal y como dispone el artículo 47.2 TRLCSP y, si procediera, la retroacción de las actuaciones pero en ningún caso habilita dicho precepto a este órgano resolutorio a configurar una nueva estructura de la obligación.

Por último, ha de señalarse que el artículo 47.2 TRLCSP obliga a este órgano a que su resolución sea congruente con la petición, por lo que, en aplicación de este principio de congruencia, la parte dispositiva de esta resolución se ha de referir a la pretensión plasmada en el suplico del recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 311.2 LCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por D. C. G. S. y D. F. R. R., en nombre y representación de Indra Sistemas, S.A., frente al Pliego de Bases Técnicas, la carátula y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la Comunicación de 16 de mayo de 2012, en el expediente que tiene por objeto la "Cobertura de medios materiales y humanos para la operativa informática y organización, obtención de resultado y difusión del escrutinio provisional en la noche electoral de las próximas elecciones al Parlamento Vasco".

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 TRLCSP se acuerda levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación adoptada por Resolución de 1 de junio de 2012.

TERCERO.- 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 317.5 de la LCSP.

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

QUINTO.- Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo, a tenor de lo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a de su notificación, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.k de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 319 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Vitoria-Gasteiz, 2012ko ekainaren 22a
Vitoria-Gasteiz, 22 de junio de 2012