

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

En Madrid, a 23 de febrero 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Coordinadora de Gestión de Ingresos, S.A. (en adelante CGI) contra el anuncio y los pliegos del contrato de “servicio de colaboración en la gestión recaudatoria, tanto en periodo voluntario como en ejecutivo, de la gestión tributaria y de la gestión inspectora del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra”, número de expediente 826/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 24 de diciembre de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 27 en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 582.016,70 euros y su plazo de duración será de un año, prorrogable anualmente hasta cinco años.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 27 de diciembre de 2022 se publican los pliegos que rigen la presente licitación.

Tercero.- El 18 de enero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CGI, en el que solicita que se anule la cláusula 4.1 del pliego de prescripciones técnicas y se suspenda el procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El órgano de contratación remitió, el 15 de febrero de 2023, la documentación completa 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal, el 26 de enero de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 que ha presentado oferta a la presente licitación, pero que con carácter previo a la presentación de la misma, interpuso recurso especial contra los pliegos que considera contrarios a Derecho, por tanto *“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”*, en virtud de lo establecido por el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 27 de diciembre de 2022 e interpuesto el recurso el 18 de enero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, al ser el 6 de enero inhábil, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar del pliego de prescripciones técnicas lo siguiente:

“4 MEDIOS A APORTAR PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

(..)

4.1 Software.

Para el desarrollo del contrato objeto de este pliego el adjudicatario deberá utilizar de manera obligatoria un software de gestión tributaria y recaudación que sea versión web, que se encuentre debidamente adaptado y preparado al cumplimiento de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El software de gestión tributaria y recaudación no podrá ser una versión cliente/servidor y deberá ser obligatoriamente un desarrollo de la empresa licitadora para evitar la dependencia de una empresa ajena al adjudicatario. Los licitadores tendrán que acreditar ser los propietarios del código fuente de la aplicación propuesta, para eso acreditarán la propiedad intelectual de la aplicación ofertada mediante la presentación del correspondiente certificado del Registro de la Propiedad Intelectual.

(..)

En ningún caso se considerará el desarrollo del presente contrato con un aplicativo que no cumpla estas características mencionadas ni que la empresa licitadora tenga debidamente registrado en el Registro de la Propiedad Intelectual. El ayuntamiento solicitará al contratista la acreditación de que el software propuesto cumple todas las características y puntos anteriormente expuestos”.

Alega el recurrente que dicha cláusula evidencia que el órgano de contratación opta por exigir que el software a aportar a la ejecución del contrato sea “*propiedad*” del adjudicatario excluyendo, asimismo, y de forma expresa, la posibilidad de que se proponga un aplicativo informático bajo la versión cliente/servidor para, según reza la cláusula 4.1 del PPT ahora controvertida, “*evitar la dependencia de una empresa ajena al adjudicatario*”.

Esta exigencia limita la posibilidad de concurrir a la licitación a aquellos licitadores que sean titulares del software que se pretenda utilizar para la prestación del servicio licitado. Dicho requerimiento estaría amparado en el interés del órgano de contratación de evitar la dependencia de una empresa ajena al adjudicatario, lo que conlleva una discriminación que atenta contra los principios de la LCSP y, en particular, los principios de igualdad y libre concurrencia, así como la previsión normativa del artículo 126.2 de la LCSP.

En defensa de sus pretensiones cita la Resolución 54/2022, de 3 de febrero, de

este Tribunal, así como resoluciones de otros Tribunales de Recursos Contractuales para concluir que la discrecionalidad técnica está condicionada a su justificación.

A su juicio, en el presente supuesto, las razones que justificarían ostentar la propiedad de los programas informáticos, y que se concretan en la no dependencia de terceras empresas, pueden satisfacerse mediante derechos “*equivalentes*” al derecho de propiedad, y que no limitaría de forma tan severa el principio de libre concurrencia.

La dependencia que el órgano de contratación pretende evitar se concreta en la posibilidad de poder realizar modificaciones y adaptaciones sobre la herramienta de software, así como operaciones de mantenimiento, a cuyos efectos es necesario disponer del código fuente y de los derechos correspondientes a los efectos de los que, lógicamente, es titular el propietario del software.

No es necesario o imprescindible ser el “*propietario*” de las aplicaciones informáticas para la correcta ejecución del contrato, por existir la posibilidad de que los licitadores sean titulares de derechos de uso, explotación y modificación de amplitud suficiente como para llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones necesarias en el software presentado en las ofertas sin depender del tercero titular de la propiedad de la aplicación.

En efecto, CGI no es propietaria del software que habitualmente emplea en la ejecución de los contratos de servicios de colaboración de gestión tributaria para administraciones locales que conforman su actividad empresarial. CGI concurre a las licitaciones que convocan las distintas administraciones locales españolas para la contratación de servicios de colaboración de gestión tributaria análogos a los que conforman el objeto del contrato ahora licitado ofertando unas herramientas de software fabricadas por T-Systems, empresa especializada en la fabricación de aplicaciones informáticas para la prestación de los servicios que constituyen el objeto del presente contrato y otros análogos, y de las que CGI es titular de amplios derechos

de propiedad intelectual.

Dicha colaboración entre T-Systems, como fabricante de software, y CGI, como empresa especializada en la prestación de servicios de colaboración en la gestión tributaria a entidades públicas, se ha desarrollado sin solución de continuidad desde noviembre de 2003 en el marco de un acuerdo de colaboración estratégica entre ambas entidades.

Así lo acredita la declaración firmada por T-Systems y por CGI, que ésta última suele acompañar a sus ofertas en procedimientos de licitación análogos al que nos ocupa, y por la que T-Systems, como propietario del software, manifiesta, entre otros extremos, que CGI dispone del código fuente de las aplicaciones y que puede hacer desarrollos por su cuenta en caso de resultar necesario lo que permite evitar la dependencia de una empresa ajena al adjudicatario. Al respecto adjunta dicho documento.

Por ello, entiende que los pliegos conculcan los principios de libre concurrencia e igualdad, al impedir participar en el proceso de licitación a empresas que, por su modelo de negocio, no puedan asumir el coste del desarrollo de una aplicación informática y que, en una legítima decisión empresarial, optan por otras formas válidas para ofrecer su servicio, dando estricto cumplimiento a los pliegos y de una forma plenamente satisfactoria.

En cualquier caso, el artículo 75 de la LCSP permite la integración de solvencia con medios externos por lo que, en un caso como el que nos ocupa, nada debería impedir que CGI pudiera concurrir a la licitación integrando su solvencia, en caso de ser menester, con la de su socio estratégico T-Systems, incorporando a su oferta el correspondiente DEUC de T-Systems y cualesquiera otra documentación pertinente a tal efecto.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la cláusula impugnada no

atenta contra los principios de igualdad y libre concurrencia, puesto que no se limita el acceso a la licitación al existir en la actualidad numerosos proveedores de software de gestión tributaria y recaudación, no incluyéndose ningún requisito adicional.

El fundamento de la inclusión de este requisito es la experiencia sufrida por este Ayuntamiento entre los años 2017 y 2021 con la empresa encargada de la prestación de este servicio por no ser propietaria y diseñadora del software, que alegaba que los retrasos y faltas eran consecuencia de la falta de atención y servicio que prestaba la empresa propietaria del software.

Por ello, este Ayuntamiento solo pretende velar por los intereses municipales, entre los cuales está recibir este servicio con garantías de calidad al ciudadano, para lo cual necesita asegurar rapidez y validez que, a su juicio, exige ser propietario y diseñador del software.

La necesidad de que el licitador sea propietario del software que se va a aplicar a estos contratos viene confirmado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 151/2022, de 6 de marzo.

“Y si tiene beneficios ser la propietaria, la propia demandante así lo sostuvo en el otro procedimiento. Se trata de la gestión tributaria y recaudatoria, por lo que la aplicación informática es la base de los trabajos a realizar y por eso es necesario que no dependa de terceros sino que la adjudicataria tenga plenos conocimientos y capacidad de desarrollo de las aplicaciones usadas y no necesita pedirlo a terceros”.

Vistas las posiciones de las partes, es preciso recordar que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión idéntica en la Resolución 54/2022, de 3 de febrero, en la que se impugna una cláusula que tiene la misma redacción que la que es objeto de controversia en estos pliegos: *“Es necesario traer a colación el artículo 99 de la LCSP que establece en su apartado 1: “El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el*

objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo, del TACRC señala: “El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas

basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...). Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

Resulta evidente de lo señalado anteriormente, que la controversia versa sobre un criterio eminentemente técnico, por lo el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere

decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente: “Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”. Criterio reiterado valiéndose por todas la reciente Resolución 1355/2021, de 7 de octubre”.

En el presente caso, se exige que el licitador tenga la propiedad del código fuente, aquí no nos encontramos ante una forma de acreditar la solvencia sino que se refiere a las características subjetivas de la aplicación informática en que cada licitador basa la prestación del servicio, por lo que no es de aplicación el artículo 75 de la LCSP.

El recurrente considera que existen otras formas de prestar el servicio sin tener la propiedad intelectual del software, como es el acuerdo estratégico que tiene con T-Systems, pero de la redacción del mismo no parece desprenderse que se puedan equiparar las facultades que se otorgan a CGI con las que suponen tener la propiedad.

Este Tribunal ha podido constatar que son diversos los contratos que se licitan

para la prestación de este servicio en los que se incluye una cláusula idéntica a la que aquí es objeto de controversia. En ellas se apela a evitar la dependencia con terceros.

Al respecto es significativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 799/2020, de 6 de marzo, citada por el órgano de contratación *“Mas lo cierto es que a lo anteriormente expuesto ha de añadirse que las resoluciones que cita la demanda se refieren a los requisitos mínimos de solvencia, pero la exigencia de la cláusula 9 se refiere a las características subjetivas de la aplicación informática en que cada licitador basa la prestación del servicio y la metodología de funcionamiento. Y sí que tiene beneficios ser la propietaria, la propia demandante así lo sostuvo en el otro procedimiento. Se trata de la gestión tributaria y recaudadora, por lo que la aplicación informática es la base de los trabajos a realizar y por eso es necesario que no dependa de terceros sino que la adjudicataria tenga pleno conocimiento y capacidad de desarrollo de las aplicaciones usadas y no necesita pedirlo a terceros. Es un requisito exigido por igual a todos los licitadores. Y al margen de lo que se haga en otros ayuntamientos. Rigiendo, además, la discrecionalidad en la definición de las necesidades a satisfacer. Y si el proyecto ofertado no se ajusta al pliego, el licitador, no solo la demandante sino los demás, han de ser excluidos sin que por ello se pueda considerar limitada la concurrencia.*

(...)

No es un requisito discriminatorio y rige la discrecionalidad de la Administración en la redacción de los pliegos, al haber considerado que siendo propietario se garantiza el mayor y más rápido desarrollo del contrato, la realización de sus ajustes y sus modificaciones, a diferencia de un mero licenciataria (...).”

De acuerdo con lo expuesto, se desestima el recurso.

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 legal de Coordinadora de Gestión de Ingresos, S.A. contra el anuncio y los pliegos del contrato de “servicio de colaboración en la gestión recaudatoria, tanto en periodo voluntario como en ejecutivo, de la gestión tributaria y de la gestión inspectora del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra”, número de expediente 826/2022.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 26 de enero de 2023.

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.