EB 2024/203

Resolución 062/2025, de 4 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NOSSAYU, S.L., contra la adjudicación del contrato "Suministro de licencias Microsoft SqlServer Enterprise", tramitado por EJIE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de noviembre de 2024 ha tenido entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NOSSAYU, S.L., contra la adjudicación del contrato "Suministro de licencias Microsoft SqlServer Enterprise", tramitado por EJIE. Con fecha 27 de noviembre se recibió un escrito de alegaciones complementarias al recurso.

SEGUNDO: El 27 de noviembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el 29 de noviembre de 2024.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de diciembre, por EUSKALTEL, S.A. (adjudicatario impugnado) se han presentado alegaciones con fecha 16 de diciembre de 2024.

Dokumentu honen benetakotasuna J0D0Z-T6SBN-46YH lokalizatzailearen bidez egiaztatu daiteke Egoitza elektronikoan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

Se puede contrastar la autenticidad de este documento mediante el localizador J0D0Z-T6SBN-46YH en la Sede electrónica: https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.A.T., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, EJIE tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos del recurso son, en resumen, los siguientes:

a) Según la cláusula 2ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato impugnado, EJIE requiere la contratación de derechos perpetuos de uso de 96 licencias "Microsoft SQL Server Enterprise Core 2022 Single Language 2 Licenses". La cláusula 3ª del PPT establece que "El adjudicatario estará obligado a prestar, a través del modelo de mantenimiento estándar del fabricante, sin coste adicional alguno, los beneficios que ofrecen las condiciones generales del propietario del producto, cuando éste se adquiere sin contratar la opción de Software Assurance que ofrece Microsoft". El recurrente alega que EUSKALTEL no satisface este requisito y adjunta un informe pericial al respecto. Los argumentos de NOSSAYU son los siguientes:

- Este requerimiento implica que el adjudicatario debe ser capaz de ofrecer los beneficios y soporte estipulados por Microsoft, de forma legal, a través de sus acuerdos de licenciamiento, con la condición añadida de que sea sin la contratación del Software Assurance.

- Aunque existen numerosos tipos de partners en el ecosistema de Microsoft, no todos están autorizados para realizar la venta de licencias de software perpetuas en las condiciones requeridas en el pliego, sino solo los socios acreditados bajo los programas Cloud Solution Provider (CSP), únicos que cuentan con las competencias y autorizaciones necesarias. Por el contrario, el programa Solutions Partner (SP) permite a empresas y profesionales obtener designaciones en áreas especializadas para comercializar productos y servicios de Microsoft, pero no permite la transmisión de propiedad de licencias perpetuas; así, los SP no pueden vender licencias perpetuas desde el 1 de enero de 2022, modalidad de venta limitada al CSP. Además, los Solutions Partners solo pueden comercializar soluciones de las áreas en las que están designadas, y el mantenimiento de la designación tiene un costo anual.

- En el modelo CSP, el Software Assurance no está disponible, ya que el soporte técnico está provisto directamente por el socio, quien asume la responsabilidad del mantenimiento y soporte conforme a las condiciones establecidas por Microsoft. La acreditación de Microsoft como CSP, se hace a través de una carta certificadora.

- Para verificar que los partner certificados como CSP son los únicos que pueden cumplir con la condición impuesta en el PPT, se consultó a Microsoft que contestó que "El partner que se encarga de la venta de las licencias de software perpetuo adquirido sin contratar la opción de Software Assurance, es el proveedor de soluciones en la nube o CSP."

- Aunque EUSKALTEL es SP, de una consulta a Microsoft se concluye que no es CSP, por lo que no cumple el PPT.

- Por otro lado, no cumple con el requisito de presentar con su oferta la documentación relativa a los términos y condiciones generales y particulares de las licencias, de su soporte y mantenimiento y de las guías o características de dichas licencias (página 25 del Pliego de Cláusulas Particulares, PCP). Dicha estipulación configura los términos y condiciones de mantenimiento como requisito de solvencia técnica, y no tan solo como prescripción técnica.

b) La recurrente solicita la anulación de la adjudicación, la retroacción de actuaciones para que se excluya a EUSKALTEL y la adjudicación del contrato a NOSSAYU, segundo clasificado.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de EUSKALTEL</u>

EUSKALTEL alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) Aunque no considera que ser partner CSP sea necesario para ejecutar la prestación contractual, EUSKALTEL alega que sí es CSP de Microsoft. No existe un listado público en el que consultar qué empresas son Partners CSP de Microsoft. Sin embargo, tal condición puede acreditarse (i) por el propio adjudicatario y (ii) por consulta directa a Microsoft. El adjudicatario impugnado presenta el estado de su inscripción en el programa CSP, según se deduce de la consulta a la web de Microsoft. A mayor abundamiento, EUSKALTEL no sólo es CSP de Microsoft, sino que lo es con la categoría/nivel "1-Tier", el máximo

nivel de la categoría. Además, se aporta un correo electrónico emitido por la responsable de la empresa que acredita igualmente que Euskaltel ostenta la condición de CSP de Microsoft.

b) Los dos tipos de partners (SP y CSP) no son excluyentes entre ellos. Para ser considerado SP es necesario haber vendido previamente unas cantidades estipuladas por Microsoft de licenciamiento en modalidad CSP. Es decir, que el propio recurrente, al considerar a Euskaltel un “Solutions Partners” está admitiendo su condición de CSP, pues no se puede ser lo primero, sin haber realizado determinadas actividades como lo segundo.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La recurrente niega que Euskaltel cumpla las condiciones impuestas para garantizar la ejecución del contrato. Sin embargo, no hay una condición especial de ejecución concreta identificada en el recurso, que haya sido impuesta en los pliegos del contrato impugnado. Por lo tanto, no hay base para la afirmación del incumplimiento.

b) Tal y como establecen el pliego de condiciones generales, la adjudicación se realizará a la oferta de menor precio, no habiendo margen para los juicios de valor. En las labores preparatorias, en el momento de redactar los pliegos, ya se tiene en cuenta que en el mercado existen empresas que pueden acudir presentando licencias de un solo uso, u otras licencias que no lo sean, por lo que en el pliego de condiciones técnicas ya se recoge la obligación de la adjudicataria de celebrar los acuerdos o compromisos que fueran necesarios para la entrega de las licencias, y en ese momento de la entrega, por lo tanto en fase de ejecución, se entregarán los documentos que se indican, tanto para licencias de un solo uso, como para las que no lo son (apartado 1 del PPT). En este sentido, se alega la diferencia entre las obligaciones del licitador y las del adjudicatario: estas últimas solo pueden exigirse en fase de ejecución del contrato.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En síntesis, el recurrente pretende la anulación de la adjudicación impugnada y la exclusión de EUSKALTEL por incumplir el siguiente inciso de la cláusula 3 del PPT:

"El adjudicatario estará obligado a prestar, a través del modelo de mantenimiento estándar del fabricante, sin coste adicional alguno, los beneficios que ofrecen las condiciones generales del propietario del producto, cuando éste se adquiere sin contratar la opción de Software Assurance que ofrece Microsoft".

Según NOSSAYU, el adjudicatario impugnado no satisface este requisito porque no es partner CSP de Microsoft. A juicio de este Órgano, el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

1) De la clara literalidad de la cláusula se deduce que el destinatario de la obligación es el adjudicatario del contrato. Consecuentemente, no cabe excluir al licitador por el supuesto incumplimiento de dicha obligación. En este sentido, como bien apunta EJIE, deben distinguirse las obligaciones del licitador de las del adjudicatario o contratista. El incumplimiento de estas últimas solo puede verificarse en fase de ejecución de la prestación, con las consecuencias legales o contractuales que correspondan, tales como penalidades o resolución del contrato (ver, por todas, la Resolución 166/2021 del OARC / KEAO).

2) Debe rechazarse que la cláusula debatida, además de una prescripción técnica del suministro, sea un requisito de solvencia técnica igualmente recogido en los pliegos (página 25 del PCP). La cláusula supuestamente infringida tiene una redacción estandarizada, no hace ninguna referencia concreta al contrato impugnado y pide únicamente ciertos documentos, sin exigir la acreditación de requisito alguno. En particular, no hay alusión a la condición de partner CSP, cuya ausencia en el adjudicatario es el fundamento del recurso y que ni el PPT ni el PCP mencionan.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NOSSAYU, S.L., contra la adjudicación del contrato "Suministro de licencias Microsoft SqlServer Enterprise", tramitado por EJIE.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2025eko apirilaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de abril de 2025