Roj: **STS 299/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:299**

Id Cendoj: **28079130072014100020**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **7**
Fecha: **28/01/2014**
Nº de Recurso: **3368/2012**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 3368/2012 que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar, en representación de la Generalidad de Cataluña, contra la sentencia de 5 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), dictada en el recurso ordinario número 316/2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 5 de julio de 2012 en el recurso número 316/2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor (en traducción al castellano del texto catalán):

« Primero. - Desestimar la alegación de inadmisibilidad planteada por la Administración demandada

Segundo .- Estimar el recurso interpuesto por la compañía mercantil PRIMERIA CONSULTING, S.L., anulando la prescripción técnica del apartado 3.2 que ha sido objeto de impugnación, retrocediendo el procedimiento a efectos de que la Administración pueda rehacer el pliego de condiciones si lo considera necesario y, en todo caso, convoque de nuevo el concurso de acuerdo con el pliego modificado, resolviendo en consecuencia la mejor oferta con garantía de objetividad.

Tercero . - No efectuar pronunciamiento sobre las costas procesales.».

La sentencia recurrida contiene un apartado de Hechos probados que aquí damos por reproducidos por remisión, en el que relata con detalle el itinerario seguido hasta la adjudicación del contrato, así como el recurso de reposición interpuesto por el demandante.

De dicho relato conviene destacar los hechos siguientes:

1) Que el 14 de diciembre de 2009 la actora recogió la documentación correspondiente a la licitación incluyendo el pliego de cláusulas técnicas.

Que el 5 de enero de 2010 la recurrente en la instancia presentó recurso especial respecto del requisito establecido en el apartado 3.2 del pliego de cláusulas técnicas.

Que el 20 de enero de 2011 El Secretario General del Departamento dictó resolución en el sentido de que no procedía el recurso, dado que no se trataba de un contrato sujeto a regulación armonizada, añadiendo que la utilización de la tecnología "Net" respondía al hecho de que era una tecnología adecuada para el objeto de la contratación y se adecuaba a las infraestructuras de los municipios destinatarios, y que no comportaba exclusión de ninguna empresa.

2) Que el 26 de febrero de 2010 la actora interpuso recurso administrativo contra la anterior resolución de 20 de enero que rechazó el recurso especial en materia de contratación.

Antes de continuar con la exposición de la Sentencia recurrida, es preciso concretar el contenido del apartado 3.2 de la cláusula de condiciones técnicas cuestionada, que establece la necesidad de desarrollar una solución estándar de mercado sobre la plataforma NET de Microsoft.

El Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia da respuesta a la alegación preliminar de la Administración demandada de inadmisión del recurso según lo dispuesto en el art. 69.c) de la LJCA , que se basaba en un doble motivo: a) que el recurso administrativo se había interpuesto extemporáneamente; y b) que no era procedente el recurso administrativo dado que el contrato objeto de licitación no está sometido a regulación armonizada, pues se trataba de un procedimiento negociado sin publicidad, que se había declarado secreto, y que, en cualquier caso, tampoco procedía un recurso administrativo contra la desestimación del recurso especial en materia de contratación.

El Fundamento de Derecho Primero da por sentado que no se trataba de contrato sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo previsto en el art. 13.2.d) de la Ley 30/2007 y por tanto al margen del recurso especial en materia de contratación, según lo previsto en el art. 371 de la propia Ley, y la interposición del recurso especial fue extemporánea, ya que el recurso especial debía interponerse en término de 10 días, según dispone el art. 37.6 Ley 30/2007 , de modo que, habiendo recibido la actora el pliego de cláusulas técnicas el 14 de diciembre de 2009, cuando interpuso el recurso el 5 de enero de 2010 el plazo para el recurso ya se había cumplido.

Pero, afirmado lo expuesto, el fundamento continúa razonando (en traducción al castellano del texto catalán):

«Ahora bien, no puede haber duda sobre la posibilidad general de impugnación del pliego de cláusulas técnicas, o más exactamente la resolución que lo aprobó, dado que se trata de un acto de trámite cualificado que condiciona definitivamente la licitación. En ese contexto, si no procedía el recurso especial en materia de contratación, la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el art. 110.2 de la ley 30/1992 , tomándolo en definitiva como un recurso ordinario.

El caso es que el recurso se desestimó de forma expresa por resolución de 20 de enero de 2010, una resolución que no fué notificada correctamente, en la que no se incluyó un pie de recurso con la indicación de los recursos que resultaban procedentes tal como exige el artículo 58.2 de la Ley 30/92 . En este contexto, la notificación no causó efecto hasta que la actora no interpuso el recurso procedente, que era este recurso jurisdiccional.

En los anteriores términos no cabe rechazar la causa de inadmisibilidad planteada por la Administración demandada» .

El Fundamento Segundo de la Sentencia comienza exponiendo la tesis impugnatoria de la actora respecto del pliego de condiciones técnicas, referida al hecho de que las ofertas hayan de utilizar la solución estándar de mercado sobre la plataforma NET de Microsoft por considerarla discriminatoria y un obstáculo a la competencia en la medida en que impone una marca comercial, lo que infringe el precepto de neutralidad establecido en el art. 4 de la Ley 11/2007 , de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; y que la recurrente pone de relieve que opera normalmente en la plataforma JAVA y que resulta materialmente imposible elaborar una propuesta de acuerdo con la plataforma NET en el término de presentación de las ofertas, siendo así que no hay obstáculo para satisfacer las exigencias del contrato con otras tecnología diferentes de la impuesta.

Se refiere a continuación al apartado 3.2 del pliego de condiciones técnicas, reproduciéndola, y a la justificación de la misma indicada en el pliego, de permitir una perfecta integración con la tecnología estándar de mercado Windows, así como con las herramientas de Microsoft Office que utilizan la mayoría de Ayuntamientos, a lo que el pliego añade que se valorará la posibilidad de que la aplicación permita utilizar adicionalmente Open Office a fin de dar una mayor cobertura a otros sistemas existentes en algunos Ayuntamientos, y con estas prescripciones se desea obtener una herramienta tecnológica actual con facilidad de integración con las pasarelas existentes en los sistemas de la Generalidad de Cataluña.

Alude después el fundamento a la alegación de la demandada de que a la justificación anterior se añada el hecho de que nada impide a la actora diseñar el programa base en una u otra plataforma; que la plataforma NET está muy implantada, y que soporta más de 20 lenguajes de programación, apelando finalmente a la discrecionalidad administrativa en la configuración de los requerimientos técnicos.

Expuestas ya en el planteamiento la cláusula cuestionada y las posiciones enfrentadas de las partes en torno a ella, el Fundamento de Derecho Segundo entra ya a resolver la cuestión.

Al respecto se refiere a lo que dispone el art. 101, apartados 2 y 8, que reproduce, precepto que, dice la Sentencia, transcribe el mandato incorporado del artículo 23.8 de la Directiva 2004/18/CE , y decide la cuestión suscitada en los siguientes términos (según traducción al castellano de la redacción en catalán de la sentencia).

«No hay duda de que la prescripción técnica que la actora impugna impone una plataforma informática que se corresponde con "una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados", imposición que tiene el efecto de descartar ya de entrada las otras plataformas que operan en el mercado y a las empresas que son titulares de las mismas o a las que las usan ordinariamente como sucede con la actora.

Según establece el precepto transcrito, la posibilidad de imponer una marca comercial queda condiciona al supuesto excepcional de que no sea posible hacer una descripción bastante precisa del objeto del contrato sin apelar a la marca en cuestión, situación que no es la que nos ocupa en la que las razones que constan en vía administrativa y las aportadas al proceso justifican la conveniencia de la plataforma en cuestión por razones de compatibilidad, pero no porque no sea posible describir la plataforma de otra manera. Pero es que, ... la imposición se hace sin permitir productos equivalente como era el que propone la actora.

En definitiva, con la información aportada no se puede descartar en absoluto que puede haber ofertas que utilicen plataformas diferentes a la que el pliego de condiciones impone, ofertas que sean igualmente compatibles con los sistemas informáticas de los municipios destinatarios y con el resto de software del centro de atención y gestión de llamadas. La mayor o menor compatibilidad puede ser un criterio de valoración de las ofertas, hasta una condición indispensable, pero este planteamiento no impone necesariamente una marca comercial determinada en la plataforma utilizada.

Consecuentemente, la anterior prescripción técnica resulta contraria al artículo 101 de la Ley de contratos del sector público y a la Directiva de la Unión Europea que desarrolla, infringiéndose el principio de neutralidad tecnológica que impone el artículo 4 de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Así mismo se trata de una prescripción restrictiva de la competencia contraria a los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia.

Finalmente, cabe hacer notar que la restricción afecta de forma subjetiva a la actora, puesto que si en efecto ha desplegado sus aplicaciones utilizando un plataforma diferente, parece evidente que no podía concurrir a la licitación pues no se podía demandar se definiese de nuevo la aplicación o el software en el término de 26 días naturales que había entre la fecha de la invitación y la fecha límite de presentación de ofertas».

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la Generalidad de Cataluña, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2012, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que *« dicte en su día sentencia, por la que, con estimación del mismo, se case la Sentencia nº 443, de 5 de julio de 2012, dictada por la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso contencioso administrativo número 316/2010 , declarando su nulidad y dictando nueva sentencia desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto en su día por la mercantil PC, SL.».*

CUARTO.- Oída la parte recurrente sobre la posible causa de inadmisión del recurso, la Sala dictó Auto el 25 de abril de 2013 en el que se admitía a trámite el recurso de casación.

No ha comparecido en estas actuaciones la parte recurrida.

QUINTO.- Por providencia de 19 de noviembre de 2013 de señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 15 de enero de 2014, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martin de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de Casación la Generalidad de Cataluña impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de Julio de 2012, dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 316/2010 que estimó dicho recurso. En éste la empresa "Primeria Consulting, S.L." impugnaba la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el acto que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha empresa el 5 de enero de 2010 en relación con la convocatoria para la contratación de los servicios de suministro, por medio de alquiler

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

con opción a compra, de un sistema de gestión de incidencias para el Cuerpo de Policías Locales, que forma parte de la Plataforma íntegra de Seguridad y Emergencia (PISE), que presta ayuda al Centro de Atención de Llamadas de Urgencia 112 Cataluña (CAGTU112) de Reus, Expediente 210/2009 (SIT09199) PISE V, centrando la impugnación en la prescripción técnica del apartado 3.2 de bases de la convocatoria.

La Sentencia recurrida, según se indica en el Antecedente Primero, desestimó la excepción de inadmisibilidad planteada por la Administración demandada, y anuló la prescripción técnica referida, ordenando la retroación del procedimiento para que la Administración pudiera rehacer el pliego de condiciones, si lo considerase necesario, y en todo caso se convoque de nuevo el concurso de acuerdo con el pliego modificado, resolviendo en consecuencia la mejor oferta con garantía de objetividad.

En el recurso de casación se invocan dos motivos, cuyo respectivo encabezamiento, y sin perjuicio de la posterior exposición de su respectivo desarrollo argumental, es el siguiente:

«PRIMER MOTIVO DE RECURSO: infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia directamente aplicable para la resolución de las cuestiones objeto de debate, motivo recogido en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA . En concreto, por infracción del art. 37 de la LCSP y del art. 110 de la Ley 30/1992 , y correlativos, por su aplicación indebida».

«SEGUNDO MOTIVO DE RECURSO: infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia directamente aplicable para la resolución de las cuestiones objeto de debate, motivo recogido en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA . En concreto, por infracción del art. 101 de la Ley de contratos del sector público ; el art. 4 de la Ley 11/2007 , y los arts. 1 y 4 de la Ley 15/2007 , todo ello, por su aplicación indebida».

SEGUNDO.- El desarrollo argumental del motivo primero del recurso, cuyo encabezamiento quedó transcrito en el Fundamento Primero, es, en esencia, el siguiente:

a) La argumentación se inicia con la referencia al Fundamento de Derecho Primero de la sentencia recurrida que desestima la alegación de inadmisibilidad, afirmando que *«la sentencia menciona como fundamento jurídico tanto el art. 37 de la Ley de contratos del sector público como el art. 110 de la Ley 30/1992 , que resultan aplicados inadecuadamente»* .

b) Se reitera a continuación el planteamiento ya expuesto en la instancia para fundar la inadmisibilidad; ésto es, la extemporaneidad del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la actora, por haber excedido el plazo de 10 días establecido para él por el art. 37.6 de la LCSP , y que no procedía tal recurso especial, pues *«no se trataba de ningún procedimiento de contratación sujeto a regulación armonizada atendido, en último término, la previsión legal recogida en el art. 13.2,d) de la LCSP , por tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad»* ; y que *«la actuación del órgano de contratación consistió a informar del error a PCSL y, en consecuencia, de la inadmisibilidad del recurso especial planteado de contrario, mediante comunicación fechada el 20.1.2010, y donde, a mayor abundamiento, también se reseñaba la justificación de la selección del entorno informático que se quería para el programa informático que se pretendía encargar al adjudicatario»* ; y que *«en la reseñada comunicación se incorporaba la concreta expresión que podía interponer cualquier recurso que, de acuerdo con la normativa vigente, considerará oportuno en defensa de sus derechos e intereses»* .

c) Se afirma que, en vez de interponer la demandante el recurso contencioso-administrativo para atacar de nuevo el PCT, interpuso *«un recurso de reposición contra, se indicaba expresamente, la desestimación previa del recurso especial en materia de contratación»* , que según lo dispuesto en el art. 37.10 LCSP no cabe, pues *«solo procederá la interposición de recurso contencioso administrativo conforme a la Ley 29/1998»* , y ello *«tanto para el caso de desestimación (que es lo que invoca la mercantil actora), como también para el supuesto de inadmisión (que es la situación que realmente se produjo en el presente supuesto)»* .

d) Se aduce que *«la formulación artificiosa de recursos administrativos que no proceden no puede legitimar, de ninguna manera, el acceso a la jurisdicción para impugnar actos administrativos que se han convertido en firmes en sede administrativa por no ser atacados de forma correcta y oportuna»* .

e) Se añade que, pese a que la Sentencia reconocía que el recurso especial en materia de contratación se había interpuesto fuera de plazo, *«rechaza la causa de inadmisibilidad del recurso en base a declarar la impugnabilidad del PCT (que declara como acto trámite cualificado) y, por ello, entiende que resultaba de aplicación al supuesto el art. 110.2 de la Ley 30/1992 . Pero, además, declara que existe un defectuoso pie de recurso en la comunicación del Secretario General del Departamento de Interior fechada el 20.1.2010, lo que la invalidaría. Respecto de ambas afirmaciones no podemos estar en mayor desacuerdo»* .

f) Frente a la fundamentación de la Sentencia en el artículo 110.2 Ley 30/1992 se razona que *«el recurso especial en materia de contratación, que preveía en su momento el arte. 37 de la LCSP (en la redacción aplicable por razón temporal), es, en todo caso, precisamente especial en la materia de contratación administrativa. En*

consecuencia, queda fuera de la previsión del art. 110.2 de la Ley 30/1992 , el cual se refiere, obviamente, a la recalificación de un recurso administrativo ordinario denominado erróneamente por parte del recurrente, siempre y cuando se deduzca su carácter verdadero. Sin embargo, esta posibilidad sólo afecta al régimen general de recursos administrativos que prevé la propia Ley 30/1992 (por ello su ubicación en el capítulo segundo del título VII) y no en casos como el que nos ocupa aquí, donde tratamos un recurso especial dentro de una materia concreta)».

g) Se imputa a la sentencia que *«se equivoca gravemente al afirmar: «(...) en este contexto, la notificación no causó efecto hasta que la actora no interpuso el recurso procedente, que era este recurso jurisdiccional.» (FJ 1, parte suficiente)»* ; y ello porque *«desde el momento la misma sentencia declara como hecho probado que de contrario se formuló, en fecha 23.2.2010, recurso de reposición contra la comunicación del Secretario General mencionada. Este acto propio de PCSL no puede ser desconsiderado, ya que eso supone que la sentencia para tomar su decisión no tiene en cuenta un hecho declarado probado»* .

TERCERO.- En el análisis del motivo referido debe empezarse haciendo la observación de que en al referirse a la sentencia se distorsiona en una medida apreciable su fundamentación desde el inicio, pues en la exposición del motivo se dice que *«la sentencia menciona como fundamento jurídico tanto el art. 37 de la Ley de contratos del sector público como el art. 110 de la Ley 30/1992 »* .

La lectura del Fundamento Primero de la Sentencia pone de manifiesto que la desestimación de la inadmisibilidad en ningún momento se fundó en el art. 37 LCAP , sino exclusivamente en el art. 110.2 de la Ley 30/1992 .

Esa distorsión inicial se continúa más adelante en la argumentación del motivo, cuando imputa a la Sentencia que, a pesar de que reconoce que el recurso especial en materia de contratación se interpuso extemporáneamente, rechaza la inadmisibilidad porque entiende aplicable el art. 110.2. Ley 30/1992 , y porque en la comunicación del Secretario General del Departamento de Interior existe un defectuoso pie de recurso. Al razonar así, exponiendo con corrección parte de lo que la sentencia dice, se oculta incorrectamente otra parte de la fundamentación de la Sentencia, que es de relevante transcendencia para fijar en este caso el sentido de la aplicación del art. 110.2 Ley 30/1992 , como clave de fundamentación de la desestimación de la inadmisibilidad. En efecto, la sentencia, no sólo reconoce la extemporaneidad del recurso especial en materia de contratación, sino que antes de ello (párrafo segundo del Fundamento de Derecho Primero) reconoce igualmente que *«el contrato objeto de este recurso quedaba fuera del ámbito de los contratos sometidos a una regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2.d) de la Ley 30/2007 de contratos del sector público y, por tanto, al margen también del recurso especial en materia de contratación según lo previsto en el art. 34.1 de la Ley citada »* .

La sentencia reconoció los dos motivos en los que la demandada fundaba la alegación de inadmisibilidad; pero, pese a ello, la rechazó, aplicando el art. 110.2 de la Ley 30/1992 , porque *«si no procedía el recurso especial en materia de contratación la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el artículo 110.2, tomándolo en definitiva como un recurso administrativo ordinario»* .

La apelación en la Sentencia al art. 110.2 Ley 30/1992 tiene que ver así, no solo con la extemporaneidad del recurso especial, como en cierto modo la argumentación del motivo plantea, sino con la inobservancia por la Administración de un mandato legal, dado el error de la parte en la interposición de un recurso que legalmente no procedía, en el que se impugnaba una resolución perfectamente recurrible por otra vía. Y es en relación con esa posible vía, a través de la que la Administración debía haber canalizado el recurso incorrectamente interpuesto, respecto de la que en la sentencia se indica a continuación el defecto de la notificación de la resolución de 20 de enero de 2010, por no incluir *«un pie de recurso con la indicación de los que resultaban procedentes tal como exige el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 »* .

La clave del motivo para poder admitir que la Sentencia haya vulnerado el art. 110.2 Ley 30/1992 , consiste en la inaplicabilidad al caso de dicho artículo, porque solo es aplicable a la recalificación de un recurso administrativo ordinario denominado erróneamente siempre que se deduzca su carácter verdadero; pero no en el caso del recurso especial previsto en el art. 37 LCSP . Tal tesis no es aceptable, pues el art. 110.2 Ley 30/1992 no hace distingo alguno según la índole ordinaria o especial de los recursos interpuestos, careciendo así de la mínima consistencia jurídica el planteamiento de la parte.

Resulta así que la fundamentación de la sentencia asentada en el art. 110.2 Ley 30/1992 no resulta desvirtuada por el motivo.

E igualmente resulta no desvirtuada la afirmación de la Sentencia del defecto de notificación de la resolución recurrida, de desestimación (o inadmisibilidad, tanto da) del incorrecto recurso especial en materia de contratación, pues lo que la Administración debió indicar, y no indicó en dicha resolución, era que contra su

resolución no cabía ningún recurso administrativo y solo el recurso contencioso-administrativo; por lo que privó al administrado de la información a que tenía derecho.

Tal defecto es el que, como la Sentencia indica, le abre al demandante la vía del recurso contencioso-administrativo. No se trata, pues, en este caso de abrir el acceso a la jurisdicción mediante la formulación de recursos administrativos que no proceden, sino de la formulación de un recurso administrativo procedente, porque la administración no cumplió la exigencia legal del art. 110.2 Ley 30/1992 , como la sentencia con total corrección jurídica razona.

Se impone así la desestimación del motivo.

CUARTO.- El motivo segundo, como ya se indicó al principio, aduce la infracción del art. 101 de la Ley 30/2007 , del art. 4 de la Ley 11/2007 y de los arts. 1 y 4 de la Ley 15/2007 por su aplicación indebida.

El muy extenso desarrollo argumental del motivo puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Se comienza la argumentación con una larga exposición del objetivo del contrato y de la cláusula del pliego de condiciones técnicas impugnada y, la razón de la misma.

b) Tras ese largo exordio se aborda ya la crítica de la aplicación por la Sentencia del art. 101 LCSP . Al respecto se afirma *«no existe en la Ley un elenco de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación, al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, salvo lo recogido en el art. 101.8 de la LCSP (hoy, art. 117,8 TRLCSP)»* , transcribiendo el contenido de dicho art. 101.8. Tras dicha referencia legal se dice que *«Por tanto, dicha normativa lleva aparejada dos consideraciones, por un lado, si la cláusula 3.2 anulada por la sentencia infringe el anterior mandato legal (cosa que esta representación niega) y, en segundo lugar, si, en su caso, no estaría suficientemente justificada ante la singularidad del objeto licitado (circunstancia que entendemos evidenciada).»* ; y que *«debe dejarse sentado que lo que declara contrario a derecho la sentencia recurrida es la previsión que el nuevo aplicativo a diseñar por el adjudicatario se basase en una solución estándar de mercado desarrollada sobre una plataforma de lenguaje ".NET"»* .

c) Se entra a continuación en la crítica de la afirmación del fundamento jurídico segundo, que tacha de incierta, de que la previsión técnica impugnada *«impone una plataforma informática que se corresponde con "una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados," imposición que tiene el efecto de descartar ya de entrada las otras plataformas que operan en el mercado y a las empresas que son titulares de las mismas o a las que las usan ordinariamente como sucede con la actora.».*

d) Se afirma que *«la previsión limitadora de! precepto invocado por la sentencia de instancia tampoco resulta aquí aplicable ya q la referencia técnica citada simplemente se refiere a una "plataforma" sobre la cual la empresa de diseño informático que quisiera ser adjudicataria tenía que trabajar un sistema nuevo y propio para la Generalitat de Catalunya (cuya propiedad intelectual también compraba mi representada)»* ; es decir, *«que sobre un tipo de plataforma informática cada empresa (10) que fue invitada expresamente a participar en la licitación tenía que aplicar su saber hacer técnico con el fin de poder ofrecer aquello que buscaba mi representada: un sistema acabado, nuevo y único, pero original, para la Generalitat de Catalunya que permitiera garantizar las finalidades públicas a las cuales ya hemos hecho referencia »* .

e) Se censura después la afirmación de la sentencia de que no concurre excepcionalidad, afirmando que *«que la cláusula técnica 3 2 del PCT finalmente anulada, se encontraría sobrada y suficientemente justificada la motivación con llevo a mi representada a considerar la plataforma expresamente indicada (por lo tanto, cumplimentado así, en todo caso, la exigencia recogida en el art 101 8 LCSP)»* , porque *«los acondicionamientos técnicos que se detallan en el PCT son resultado necesario de la aplicación de la normativa sectorial reguladora al singular objeto que motivó la licitación de constante referencia y sin que, por lo tanto, la Administración a la cual represento tenga, obviamente, ningún interés en despreciar ninguna empresa informática, sino que al contrario, cómo lo demuestra el hecho que la propia PCSL fuera invitada específicamente a participar en la licitación.».*

f) Se afirma que ninguna discriminación suponía para la actora *«la prescripción técnica de constante referencia y, en segundo lugar, que concretamente para el proyecto informático a desarrollar que se licitaba resultaba plenamente justificado la simple indicación de la plataforma sobre la cual se debía desarrollar»* , remitiéndose a la propia web de dicha parte, con transcripción del contenido pertinente para afirmar que dicha parte *«reconoce que su propio trabajo para desarrollar software, a petición de sus clientes, lo puede hacer tanto sobre lo que llama como "arquitectura java" como con "arquitectura .net", demostrando así que con aquello recogido en el PCT impugnado no se discrimina a ningún posible licitador pues son "arquitecturas" sobre las cuales todos ellos pueden trabajar de forma libre. De hecho, a PCSL, mi representada la invitó a participar en reconocimiento concreto por considerar que podía tener "know how" sobre policías locales. Por lo tanto, ninguna discriminación real existía con el estándar .net introducido en el PCT.»*

g) Alude después el motivo a informes técnicos aportados como prueba de la justificación de la plataforma NET para el desarrollo del software para el proyecto de Policías Locales licitado, argumentado sobre la bondad de dicha plataforma y la apertura del producto, afirmando *«cuando se recogió en el PCT que el desarrollo se hiciese dentro del entorno o plataforma .NET, era porque resultaba lo que más se adecuaba perfectamente a las necesidades y funcionalidades que se pedían en el PCT para Policías Locales. Haciéndose bajo la consideración que cualquier empresa del sector hoy puede desarrollar su software dentro de este entorno y facilitaba al Departamento de Interior las posteriores tareas de integración y mantenimiento. En consecuencia, no se puede considerar nunca como un requisito que excluya a ninguna empresa del sector para que pueda presentarse a una licitación referida al desarrollo o diseño de un software nuevo y específico para las Policías Locales, en su relación con los servicios de emergencias del teléfono 112 de Cataluña »* .

h) Se afirma más adelante que *«sorprende que en la fundamentación de su decisión la sentencia simplemente se limite a citar un único aspecto (el de la compatibilidad), reconociéndole como criterio de valoración de las ofertas (incluso se dice, pudiendo ser una condición indispensable), pero señalando que dicha compatibilidad no puede imponer una "marca comercial determinada' Por el contrario, tanto de la revisión del expediente de contratación como de la prueba portada en sede jurisdiccional consideramos acreditado que no solo se pretendía la mejor compatibilidad sino mucho mas como ya hemos expuesto»*

i) Se añade que *«la "plataforma .NET" simplemente es un lenguaje de programación (es una herramienta) que sirve para construir una aplicación informática, desde cero. No es un producto comercial que tenga ninguna utilidad para el usuario final (en el presente supuesto, el Departamento de Interior). Por lo tanto, lo único que se pedía en el apartado 3.2 del PCT era que la aplicación informática que se licitaba estuviera en el lenguaje de programación .NET »* ; y que *«el lenguaje de programación .NET no significa ninguna restricción ni por marca, ni de fabricante, ni de producto comercial, sino que sólo se indicaba una especificación para la construcción de una aplicación informática, objeto de concurso».*

j) Saliendo al paso de la afirmación de la sentencia sobre la dificultad de la demandante de que en 26 días naturales, que había entre la fecha de la invitación y la fecha límite para presentar ofertas, definiera la aplicación o el software, se dice que *«el tiempo para la construcción de la nueva aplicación se establecía en 22 meses, suficientes para cualquier empresa del sector de las Tecnologías de la Infracción y las Comunicaciones»* .

k) Se rechaza la vulneración, afirmada en la sentencia, del principio de Neutralidad Tecnológica en relación al acceso de los ciudadanos a los servicios público, porque *«no había ninguna restricción en el expediente de contratación, puesto que el requisito anulado por la sentencia recurrida era que la aplicación informática funcionara con cualquier navegador existente en el mercado (conexión internet)»;* y porque *«no era un sistema para los ciudadanos en general, sino que estaba restringido a los efectivos de las Policías Locales de los distintos municipios catalanes y, por lo tanto, sus destinatarios eran organismos en el ámbito de seguridad pública (aunque fuera local). Resulta erróneo hablar pues, como hace la sentencia de forma incorrecta, de ninguna vulneración de la Ley 11/2007».*

QUINTO.- La argumentación del motivo Segundo no consigue el objetivo de desvirtuar la argumentación de la Sentencia sobre la infracción del art. 101.2 y 8 de la Ley 30/2007 .

En la larga argumentación del motivo, resumida en el Fundamento anterior la apreciación de la Sentencia de que la imposición de la cláusula discutida vulneraba el referido precepto, solo es objeto de crítica directa en la argumentación referida en el apartado c) y en el i) de dicho fundamento, que resulta inconsistente.

El hecho de que la plataforma NET referida sea un lenguaje de programación, no desvirtúa el hecho de que dicho lenguaje de programación se identifica por una determinada marca: «plataforma NET de Microsoft»; lo que supone que tal identificación implica la exclusión de otras plataformas, como es en concreto la plataforma JAVA, que era en la que operaba la demandante. Y tal realidad es precisamente la que el art. 101.2 y 8 de la Ley 30/2007 proscribe, realidad no desvirtuada por la única parte de la argumentación del motivo que directamente pretende enfrentarse a ella.

El resto de la argumentación del motivo se sitúa en realidad al margen del motivo legal de anulación de la cláusula impugnada apreciado en la sentencia.

Toda esa argumentación puede resumirse en tres líneas críticas: **A)** la razonabilidad del objetivo perseguido, a la que puede reconducirse la parte de argumentación que en el Fundamento anterior recogíamos en los apartados d), e) parte del f) y g); **B)** la posibilidad para la demandante de hacer su oferta con la plataforma NET de Microsoft, a que se refieren la otra parte del apartado f) de la argumentación resumida del Fundamento precedente y ; **C)** limitación de la ponderación de la sentencia referida en el apartado h) de dicho fundamento.

Cada una de dichas líneas argumentales quedan al margen de la infracción del art. 101.2 y 8 Ley 30/2007 , que es el vicio apreciado en la sentencia, y por tanto resultan inoperantes para desvirtuar esa fundamentación clave.

La razonabilidad del criterio técnico recogido en la cláusula no fue en realidad cuestionada, y en realidad fue reconocida en la propia sentencia, que, no obstante ello, sostuvo que (1) *«Las razones que constan en vía administrativa y las aportadas en este proceso justifican la conveniencia de la plataforma en cuestión por razones de compatibilidad, pero no porque no sea posible describir la plataforma de otra manera»* ; que (2) *«la imposición se hace sin permitir productos equivalentes como era el que propuso la actora»* , (3) *«que no se puede descartar en absoluto que ...pueda haber ofertas que utilicen plataformas diferentes a la que el pliego de condiciones impone, ofertas que sean igualmente compatibles con los sistemas informáticos de los municipios destinatarios y con el resto de software del Centro de atención y gestión de llamadas»* ; (4) que *«la mayor o menor compatibilidad puede ser un criterio de valoración de ofertas, y hasta una condición indispensable, pero este planteamiento no impone necesariamente marca comercial determinada en la plataforma utilizada»* .

En realidad la línea argumental que analizamos no es sino reiteración de otra similar en la instancia que fue correctamente analizada y rechazada en la sentencia, en términos que resultan irreprochables.

La segunda de las líneas críticas, la de la posibilidad por la actora de hacer su oferta ateniéndose a la cláusula impugnada, es jurídicamente inconsistente, pues la objetividad de la limitación legal es independiente de tal posibilidad; no pudiéndose rechazar que el ofertante, aunque pudiera hacer su oferta, considere más conveniente para él hacerlo sobre la base de un procedimiento técnico distinto como la ley le permite, con el que considere más fácil aventajar a sus competidores, posibilidad de la que se ve privado.

No estimamos, por otra parte, convincente la argumentación de que el plazo para elaborar la plataforma fuera de 6 meses; lo que no desvirtúa la apreciación de la sentencia de la dificultad de poder hacer la oferta en los términos exigidos por la cláusula discutida en 26 días.

Por último la tercera línea crítica a la que se refiere la argumentación referida en el apartado h) del Fundamento anterior resulta carente de virtualidad, pues, para apreciar el vicio que apreció la sentencia no tenían por qué evaluarse aspectos diferentes del pliego, u otras ventajas de la plataforma elegida, de modo que, aunque la sentencia se limitase en sus razonamientos a los términos que el motivo indica, ello resulta inoperante respecto a la correcta apreciación del vicio legal que aprecia.

Por último, aunque ciertamente la referencia en la sentencia a la vulneración del principio de neutralidad tecnológica del art. 4 de la Ley 11/2007 , y a la vulneración de los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007 a que se refiere la parte de la argumentación del motivo recurrida en el apartado k) del Fundamento precedente, pudiera resultar discutible, resulta intranscendente para el negado éxito del motivo, pues en la economía de la sentencia se trata simplemente de una escueta argumentación complementaria de la que constituye la clave esencial no desvirtuada.

Por todo lo expuesto se impone la desestimación del motivo y del recurso.

SEXTO.- No procede en este caso hacer especial imposición de costas, pese a lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA dada la incomparecencia de la parte recurrida, por lo que no existen más costas que las de la recurrente.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación número 3368/2012, interpuesto por el Procurador Don Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de la Generalidad de Cataluña, contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5 de julio de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 316/2010 , sin hacer especial imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ