

16 de junio de 2021

## **Los acuerdos de IaaS+ 2021 – 2024: información sobre los métodos de adjudicación y el papel desempeñado por GÉANT como organismo central de compras**

Código del documento: OCRE-21-251a961  
Propietario: Contratación pública de GÉANT  
Autores: Yvonne van den Heuvel / Olaf Verschoor (Asociación GÉANT)  
Clasificación: Pública  
Versión: 1.0 – 16 de junio de 2021

## Índice

|   |  |    |
|---|--|----|
| 1 | Introducción   | 3  |
| 2 | Las directivas de la UE y la Ley de contratación pública holandesa | 3  |
| 3 | Métodos de adjudicación en el acuerdo marco                        | 4  |
| 4 | Legislación relativa a la adjudicación directa                     | 6  |
| 5 | En la práctica:  | 6  |
|   | 5.1 Uso de los motivos excepcionales (ii) y (iii)                  | 7  |
|   | 5.2 Explicación con jurisprudencia                                 | 7  |
| 6 | Conclusiones   | 9  |
|   | Referencias  | 10 |
|   | Glosario   | 10 |

## 1 Introducción

Este documento explica cómo la licitación de servicios en la nube para entornos de investigación, en el ámbito de la iniciativa OCRE de GÉANT cumple la legislación de la Unión Europea (UE) y otras (por ejemplo, la nacional) en materia de contratación pública, poniendo especial énfasis en el uso de un organismo central de compras y las adjudicaciones directas en virtud de acuerdos marco.

La legislación y los procedimientos de contratación pública pueden ser complejos y confusos para quienes no tienen conocimientos o experiencia específicos en este ámbito. Este documento aborda las preguntas más frecuentes de los usuarios de los acuerdos marco sobre OCRE y del personal de las Redes Nacionales de Investigación y Educación (RNIE)

El documento servirá de apoyo a quienes pretendan contratar servicios digitales y en la nube a través del marco de OCRE. Este grupo incluye al personal de apoyo de las Redes Nacionales de Investigación y Educación (RNIE) y a los responsables sobre las decisiones de contratación en sus instituciones miembros. Tanto las RNIE como sus miembros pueden contratar en el marco de OCRE y tendrán que entender su conformidad y legitimidad en lo que atañe a las normas europeas de contratación.

Contiene las siguientes secciones:

- Las directivas de la UE y la ley neerlandesa en materia de contratación pública (sección 2), que explica la relación entre ambos tipos de legislación, y los principios básicos que rigen la licitación de OCRE;
- Métodos de adjudicación en el acuerdo marco (sección 3), que describe las tres opciones de adjudicación de contratos en virtud del acuerdo marco de OCRE;
- La legislación relativa a la adjudicación directa (sección 0), la más delicada jurídicamente de las tres opciones;
- Diferentes prácticas (sección 5), que ofrece directrices prácticas para decidir si la adjudicación directa es apropiada, y ejemplos de lo que se ha considerado o no permisible, en términos de justificación, en el Tribunal de Justicia Europeo y en los tribunales holandeses;
- Conclusiones (sección 6), que ofrece algunos consejos generales para decidir si la adjudicación directa está justificada.

## 2 Las directivas de la UE y la Ley de contratación pública holandesa

Las directivas de la UE son actos legislativos que contienen objetivos de obligado cumplimiento por parte de todos los Estados miembros de la Unión Europea. El resultado previsto es inamovible, pero la forma en que un Estado miembro lo consigue no lo es; los Estados miembros son libres de decidir cómo aplicar la directiva de conformidad con la legislación local. La Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE [[2014/24/UE](#)] se aplicó en la Ley de contratación pública holandesa (Aanbestedingswet 2012) [[NL PPA](#)], lo que significa que esta última debe, como mínimo, cumplir la Directiva europea. GÉANT llevó a cabo la licitación de la infraestructura como servicio plus (IaaS+) de OCRE de conformidad con la Ley de contratación pública holandesa, por las razones que se explican en el siguiente párrafo.

Al lanzar la licitación de IaaS+ de OCRE, GÉANT desempeñó el papel de organismo central de

compras (OCC) en nombre de sus miembros (las RNIE). El artículo 39, apartado 3 (art. 39.3) de la Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE establece que las actividades de compra centralizada llevadas a cabo por un OCC deben realizarse de conformidad con la normativa del Estado miembro en el que se encuentre el OCC ya que GÉANT es una asociación de los Países Bajos que actúa como OCC. Su prestación de actividades de compra centralizada debe realizarse, por tanto, de conformidad con la Ley de contratación pública holandesa.

GÉANT celebró acuerdos marco que cumplían la normativa establecida en la Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE y la Ley de contratación pública holandesa. Tal y como establece el art. 39.3 de la Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE y habida cuenta de que GÉANT desempeñó el papel de organismo central de compras, las entregas sucesivas en virtud de este acuerdo marco deben acatar la legislación de contratación según la cual se ejecutó la licitación original; en este caso, la Ley de contratación pública holandesa.

Tal y como establece el art. 39.2 de la Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE un Estado miembro no puede impedir que se solicite la suspensión de la legislación de otro Estado miembro.

Se proporciona un ejemplo para ilustrar este principio.

*Si un instituto francés organiza un miniconcurso entre los titulares del marco francés de OCRE (proveedores a los que se les ha adjudicado un acuerdo de prestación de servicios en Francia) la legislación sobre contratación pública de los Países Bajos será la que rija dicho proceso de contratación, no la legislación de contratación de Francia.*

No hay actividades formales necesarias para que un poder adjudicador se establezca como OCC; basta con indicar en la publicación formal de la licitación que un poder adjudicador actúa como OCC en nombre de otros poderes adjudicadores.

Al inicio de la licitación de OCRE se preguntó a todas las RNIE si querían participar en la próxima licitación. Todas las RNIE que respondieron afirmativamente se han mencionado en el anuncio de licitación formal que fue publicado por GÉANT el 14 de mayo de 2020<sup>1</sup>.

En los propios documentos de licitación publicados se incluye una lista detallada de todos los institutos y organizaciones elegibles para contratar según el marco. Las RNIE dieron a conocer los nombres de los institutos y organizaciones a GÉANT.

### 3 Métodos de adjudicación en el acuerdo marco

En los documentos de licitación (concretamente, el volumen 2, anexo D), que forman parte del acuerdo marco para la licitación de IaaS+ de OCRE (los documentos de licitación están disponibles a través de la página web de las nubes de GÉANT)<sup>2</sup>, se describen tres opciones para adjudicar un contrato de entrega sucesiva:

1. Adjudicación directa, sin reabrir el concurso;
2. Miniconcurso, basado en los criterios de adjudicación de la licitación y en las ofertas de los proveedores;
3. Miniconcurso ordinario, que requiere una mayor aportación de los proveedores.

<sup>1</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:230240-2020:PDF:ES:HTML>

<sup>2</sup> <https://clouds.geant.org/resources/>

El método de adjudicación 1 no implica ninguna forma de competencia, ya que no tiene lugar un (mini)concurso. Los métodos de adjudicación 2 y 3 ofrecen procedimientos en los que los proveedores del marco -en mayor o menor medida vuelven a competir. Los procedimientos en los que los proveedores compiten directamente entre sí pueden considerarse como la aplicación definitiva de la Directiva europea de contratación pública 2014/24/UE.

En el pliego de contratación no se ha especificado ningún criterio objetivo por el que se permita automáticamente el método de adjudicación 1. Para determinar qué método de adjudicación es el más adecuado en una situación concreta, hay que tener en cuenta la legislación europea (holandesa) sobre contratación pública, la jurisprudencia y las políticas de los usuarios (resumidas en las secciones 0 y 5). Al igual que con el método de adjudicación 1, no hay competencia adicional y este método se permite, únicamente, en determinadas condiciones.

Lo que significa que, en principio, deberían aplicarse los métodos de adjudicación 2 y 3, a menos que existan algunas condiciones excepcionales definidas de forma restrictiva.

*El Grupo de Gestión de Contratos (GGC) de GÉANT ha diseñado una herramienta que puede ayudarle a evaluar si una adjudicación directa (método de adjudicación 1) es adecuada en su situación.*

*En la herramienta de selección, que se pondrá a disposición de las RNIE y sus instituciones miembros, podrá seleccionar los criterios objetivos que sean pertinentes para sus necesidades específicas. Es posible modificar la herramienta para añadir criterios adicionales en función de las necesidades institucionales y locales. Basándose en los criterios relevantes para sus necesidades, la herramienta le dará una perspectiva general de cuántos proveedores del marco pueden cumplir sus criterios. El hecho de que únicamente un proveedor del marco pueda cumplir los requisitos objetivos para sus necesidades, con arreglo a los datos que haya recabado, será indicativo de que se puede realizar una adjudicación directa.*

*Tenga en cuenta que es posible que una decisión de adjudicación directa basada exclusivamente en el resultado de esta herramienta de selección requiera un mayor refinamiento para cumplir las políticas internas de la institución. Respecto de sus necesidades, es posible que la herramienta no tenga en cuenta ciertas circunstancias y factores específicos que sean relevantes, lo cual puede mitigarse modificando la herramienta como se ha descrito anteriormente. En última instancia, la herramienta es una medida de apoyo y no altera la obligación de la institución de observar las normas de contratación pública.*

Tenga en cuenta que el valor de una adjudicación directa, de un miniconcurso ordinario o de un miniconcurso es irrelevante en esta fase. Tanto las contrataciones de bajo como de (muy) alto valor pueden ejecutarse sin más obligaciones respecto a los umbrales descritos en la legislación sobre contratación de la CE y de los Países Bajos. Los marcos de OCRE se han adjudicado mediante un procedimiento de licitación abierto (en virtud de la directiva de la UE 2014/24/UE).

## 4 Legislación relativa a la adjudicación directa

El artículo 32.2, letra b), de la Directiva europea 2014/24/UE contiene criterios exhaustivos que deben cumplirse para la adjudicación directa (que está comprendida en el "procedimiento negociado sin publicación previa" al que se refiere el art. 32):

- i) El objetivo de la contratación es la creación o adquisición de una obra de arte o un espectáculo artístico único;
- ii) No existe competencia por razones técnicas;
- iii) La protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual; las excepciones establecidas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista ninguna alternativa o sustituto razonable y la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación;

Este artículo ha sido transpuesto al artículo 2.32 apartado 1, letra b), de la Ley de contratación pública holandesa.

Las notas explicativas (conocidas como "considerandos") de la Directiva europea 2014/24/UE (concretamente, el considerando 50) enumeran tres ejemplos en los que se admitirían motivos excepcionales ii) "razones técnicas":

- La casi imposibilidad técnica de que otro operador económico consiga la prestación requerida;
- La necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos de los que solo dispone un operador económico;
- Requisitos específicos de interoperabilidad que deben cumplirse para garantizar el funcionamiento de los servicios que se van a contratar. (¡Tenga en cuenta el principio de proporcionalidad!)

## 5 En la práctica:

En el caso de un nuevo contrato en virtud del acuerdo marco de la licitación de IaaS+ de OCRE, los motivos excepcionales ii) o iii) del artículo 32.2, letra b), de la Directiva europea 2014/24/UE mencionados anteriormente pueden aplicarse potencialmente para adjudicar el contrato de forma directa a una parte sin un miniconcurso.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha determinado que estos motivos excepcionales deben definirse de forma restrictiva. El poder adjudicador que invoque estos motivos debe demostrar que existen las circunstancias excepcionales invocadas.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> TJUE, 10 de abril de 2003, [[ECLI:EU:C:2003:220](#)], p.l. 58.

## 5.1 Uso de los motivos excepcionales (ii) y (iii)

Para poder hacer uso de los motivos excepcionales más relevantes (en relación con GÉANT/OCRE), ha de ser posible responder a las preguntas que figuran a continuación con un "sí", incluso demostrar que se han cumplido los incisos.

1. ¿Existe alguna razón técnica o de protección de derechos exclusivos que haga que solo un proveedor concreto pueda ejecutar el contrato?
2. ¿Es cierto que no existen alternativas o sustitutos razonables?
  - a. ¿Es necesario adjudicar el contrato a ese proveedor concreto por estos motivos?
  - b. ¿Puede el contrato en cuestión ser ejecutado por un solo proveedor? (Ocurre así, por ejemplo, si no hay competencia en el mercado para el producto en cuestión).
3. ¿Es cierto que no existe una restricción artificial de la competencia? (En otras palabras: el poder adjudicador no impone requisitos innecesarios (elevados) que garanticen que solo un proveedor pueda optar al contrato).

## 5.2 Explicación con jurisprudencia

La aplicación de los motivos excepcionales descritos en el apartado 5.1 se ha explicado en la jurisprudencia. A continuación, se presentan algunos ejemplos en los que los tribunales han explicado la aplicación justificada o injustificada de estos motivos excepcionales.

### Asunto n.º 1 – "razón técnica o protección de derechos exclusivos"

SE ADMITE:

- En el asunto de la construcción de una autopista en Italia, el Tribunal Europeo consideró plausible la existencia de "razones técnicas" para llevar a cabo estudios adicionales (adjudicación directa) debido a la "estrecha conexión técnica" y a la "estrecha conexión de las estructuras de cimentación" con las obras ya realizadas y los estudios previamente efectuados. Sin embargo, Italia no había demostrado la "absoluta necesidad" de que este proveedor concreto realizara los estudios complementarios<sup>4</sup>.

### Asunto n.º 2a – "necesidad absoluta/estricta"

NO SE ADMITE:

- El Tribunal Europeo consideró que una ley española, que excluía la aplicación de la Directiva europea de contratación pública a la compra de productos farmacéuticos (y, por tanto, permitía indebidamente las adjudicaciones directas), infringía el Derecho de la UE. No era suficiente que estos productos estuvieran protegidos por derechos exclusivos. España no demostró que los productos en cuestión solamente podían ser fabricados o suministrados

por un proveedor concreto.<sup>3</sup>

- El Tribunal Europeo dictaminó en un contrato de gestión de residuos que no se había demostrado la "estricta necesidad". Alemania había adjudicado directamente un contrato a un proveedor de servicios con una instalación de tratamiento de residuos cercana. No había pruebas de que el transporte de residuos a una distancia mayor supusiera un riesgo (inaceptable) para el medio ambiente o la salud pública.<sup>4</sup>
- En un asunto relativo al suministro de helicópteros, el Tribunal Europeo dictaminó que Italia no había demostrado que un cambio de proveedor le fuera a obligar a comprar equipos producidos de forma diferente y que, por tanto, fueran a ser incompatibles con el producto que se estaba utilizando. Según el Tribunal Europeo, no se había demostrado la "estricta necesidad".<sup>5</sup>

SE ADMITE:

- El organismo holandés de ejecución de los planes de seguros de los trabajadores, UWV, quiso adjudicar directamente un contrato de servicios de archivo mediante un anuncio *ex ante*, es decir, un anuncio basado en resultados supuestos/previstos/previsibles. Invocó "razones técnicas" y se refirió a los elevados costes de transacción (transferencia de archivos) en caso de transferencia a un nuevo proveedor. El juez falló en contra de UWV, ya que no pudo demostrar que el nivel de los costes de transacción se fundamentaba en una tarifa correcta, razonable y basada en el mercado. Sin embargo, el juez no descartó la posibilidad de que los costes de transición pudieran ser un factor a la hora de evaluar la presencia de razones técnicas, ya que estos costes podrían significar que no había una alternativa o sustituto razonable.<sup>6</sup> Tenga en cuenta: se requiere un cálculo/justificación "correcto, razonable y basado en el mercado".

## Asunto n.º 2b – "realizado por un solo proveedor"

SE ADMITE:

- El juez dictaminó que el municipio holandés de Zwolle había demostrado con suficiente verosimilitud que, debido a la retención del código fuente, solo podía actualizar los parquímetros con los equipos de actualización del proveedor original. No se trataba de sustituir el software/sistemas de los parquímetros.<sup>7</sup>

- Una división de la empresa pública holandesa de transporte ferroviario, NS, adjudicó directamente al proveedor del sistema de diagnóstico la modificación de un sistema de diagnóstico para supervisar la propulsión del material rodante. El informe pericial señala que es plausible que el código fuente del software sea necesario para modificar el sistema de diagnóstico. El tribunal adoptó este punto de vista y dictaminó que es plausible que el proveedor, como titular de los derechos de autor, sea la única parte autorizada

<sup>3</sup> TJUE, 3 de mayo de 1994, [ECLI:EU:C:1994:178], p.l. 17.

<sup>4</sup> TJUE, 10 de abril de 2003, [ECLI:EU:C:2003:220], p.l. 65-66.

<sup>5</sup> TJUE, 8 de abril de 2008, [ECLI:EU:C:2008:203], p.l. 59.

<sup>6</sup> Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 16 de abril de 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:1332].

<sup>7</sup> Tribunal de medidas cautelares de Overijssel, 16 de junio de 2015, [ECLI:NL:RBOVE:2015:5829].

Para utilizar el software (y ejercer los derechos conexos). Además, el tribunal consideró que la sustitución completa del sistema no era una alternativa "razonable".<sup>8</sup>

## 6 Conclusiones

La jurisprudencia citada en la sección 5 es muy específica para cada caso y dista mucho de estar consolidada. Como muestran estas sentencias, el tribunal dictamina más a menudo que la adjudicación directa no está permitida, en lugar de que el poder adjudicador la haya invocado justificadamente.

A la hora de determinar si es aplicable una excepción que justifique la adjudicación directa de un contrato en virtud del acuerdo marco de OCRE según las notas explicativas de la Directiva europea 2014/24/UE y la Ley de contratación pública holandesa, tenga en cuenta que la aplicación solo se permite en casos restrictivos.

Si decide que la adjudicación directa está justificada en el asunto concreto, deberá demostrarlo fehacientemente con todas las razones pertinentes, que serán evaluadas por el tribunal en caso de procedimiento judicial.

---

<sup>8</sup> Tribunal de Distrito de Ámsterdam, 17 de junio de 2020, [ECLI:NL:RBOVE:2020:2212].

## Referencias

|                           |   |
|---------------------------|---|
| [2014/24/EU]              | <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0024">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0024</a>                             |
| [ECLI:EU:C:1994:178]      | <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0328">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0328</a>                       |
| [ECLI:EU:C:1995:150]      | <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0057">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0057</a>                       |
| [ECLI:EU:C:2003:220]      | <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0328">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0328</a>                       |
| [ECLI:EU:C:2008:203]      | <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0337">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0337</a>                       |
| [ECLI:NL:GHAMS:2019:1332] | <a href="https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2019:1332">https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2019:1332</a>               |
| [ECLI:NL:RBMNE:2020:2212] | <a href="https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBMNE:2020:2212">https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBMNE:2020:2212</a>               |
| [ECLI:NL:RBOVE:2015:5829] | <a href="https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOVE:2015:5829">https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOVE:2015:5829</a>               |
| [GN_CSDR]                 | <a href="https://intranet.geant.org/cloud_services_repository/Documents/Forms/AllItems.aspx">https://intranet.geant.org/cloud_services_repository/Documents/Forms/AllItems.aspx</a> |
| [NL_PPA]                  | <a href="https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2019-04-18">https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2019-04-18</a>   |

## Glosario

|             |   |
|-------------|---|
| <b>GGC</b>  | Grupo de Gestión de Contratos                 |
| <b>TJ</b>   | Tribunal de Justicia                          |
| <b>UE</b>   | Unión Europea                                 |
| <b>ECLI</b> | Identificador europeo de jurisprudencia       |
| <b>laaS</b> | Infraestructura como servicio                 |
| <b>p.l.</b> | párrafo legal                                 |
| <b>RNIE</b> | Redes Nacionales de Investigación y Educación |
| <b>OCRE</b> | Nubes abiertas para entornos de investigación |