

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 301/2016

Recurso nº 195/2016

Resolución nº 301/2016

En Madrid, a 22 de abril de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. F.L.L. en nombre y representación de EVERIS SPAIN, S.L.U. (en adelante EVERIS) contra al acuerdo de 29 de febrero de 2016 adoptado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del ejército de Tierra (en adelante JAEMALE) por el que se excluye a dicha entidad del procedimiento de licitación del contrato de “Mantenimiento de equipos de simulación del carro de combate Leopard 2E” (expediente 2 0911 15 0230 00), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación acordó el inicio del procedimiento de licitación del contrato para el mantenimiento de los equipos de simulación del carro de combate Leopard 2E por orden de 3 de noviembre de 2011. El acuerdo se publicó el 19 de noviembre de 2015 en el DOUE y el 1 de diciembre de 2015 en el BOE.

Segundo. El procedimiento se rige por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante LCSPDS) y se siguió por los trámites del procedimiento negociado con publicidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y siguientes de dicha ley.

Tercero. El 30 de diciembre se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre nº1 correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 19 de enero de 2016 se inicia el acto público de apertura de las ofertas que contienen los criterios de valoración automática, al no haber previsto el pliego criterios sujetos a juicio de valor, procediéndose a remitir el mismo a los servicios técnicos del órgano de contratación para que proceda a su valoración.

Cuarto. Emitido informe por parte de los servicios técnicos, por acuerdo de 10 de febrero se aprueba por la mesa de contratación la propuesta de adjudicación a la entidad EVERIS, al haber resultado la oferta económicamente más ventajosa, tras la negociación efectuada con las dos licitadoras que concurrieron a la convocatoria, quedando INDRA SISTEMAS, S.A. (en adelante INDRA) clasificada en segundo lugar.

Quinto. El 17 de febrero de 2016 se notifica a EVERIS el citado acuerdo, requiriendo la aportación de la documentación exigida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LCSPDS, y entre dicha documentación “los acuerdos de cesión de uso de la propiedad intelectual de los manuales y código fuente del simuladores suscritos con el propietario de la misma”. EVERIS, en cumplimiento de lo anterior, presentó la documentación exigida, excepto la relativa a los acuerdos de cesión de uso al considerar que la misma no era necesaria, por tratarse de documentación que se encuentra ya a disposición del Ejército y no estar exigida en el PCAP ni en el PPT.

Sexto. El 29 de febrero de 2016 se dicta por el órgano de contratación acuerdo por el que se tiene por desistida a la licitadora en el procedimiento, por no haber cumplido adecuadamente lo exigido, procediéndose a notificar el oportuno requerimiento a la licitadora clasificada en segundo lugar, INDRA, la cual, por ser la propietaria de la documentación técnica exigida, sí presenta la documentación a efectos de la adjudicación del contrato.

Séptimo. El 17 de marzo de 2016 EVERIS formuló recurso contra dicho acuerdo. Recibido en este Tribunal el expediente completo, acompañado del informe del órgano de contratación.

Octavo. El 29 de marzo, la Secretaria dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, trámite que evacúa la adjudicataria, INDRA, mediante escrito que tiene entrada en este Tribunal el 4 de abril de 2016.

Noveno. El 31 de marzo de 2016, la Secretaria del Tribunal -por delegación de éste-acordó conceder la solicitud de medidas cautelares formulada por el recurrente, suspendiendo el procedimiento de licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), al que se remite expresamente el artículo 59 de la LCSPDS.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LCSPDS y 41.1 TRLCSP.

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LCSPDS y 40.2 b) TRLCSP, por tratarse del acto de exclusión y en relación con un procedimiento de licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 5 LCSPDS.

Tercero. El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, pues fue el licitador que quedó clasificado en primer lugar, por lo que la estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación del contrato a su favor, de lo que se deriva un concreto beneficio para el recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 TRLCSP, por remisión del artículo 59 LCSPDS.

Cuarto. El recurrente centra sus alegaciones en cuestionar la necesidad de que se aporte por el licitador el acuerdo de cesión de uso exigido en el requerimiento de 11 de febrero y ello por las siguientes razones:

- a) No se estableció con claridad tal exigencia en los pliegos.
- b) En todo caso, se trata de documentación que se encuentra en poder del propio órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en la Orden de Ejecución INV-98/B, suscrito con la empresa SBS, la cual es precedente del contrato de suministro de los carros de combate Leopard 2E que fue ejecutado por INDRA como subcontratista, por lo que la exigencia de aportación de dicho acuerdo de cesión vulnera el principio de libre concurrencia, al ser de imposible cumplimiento por parte de ningún otro licitador que no sea INDRA.
- c) Si efectivamente existiera un derecho de exclusiva por la propiedad intelectual o industrial sobre la documentación técnica a que se refiere el PPT por parte de la entidad INDRA, entonces el procedimiento utilizado debió haber sido el negociado sin publicidad.

Quinto. El informe del órgano de contratación da respuesta a las anteriores alegaciones señalando, en síntesis, lo siguiente:

- a) La exigencia de aportación de la documentación requerida el 11 de febrero de 2016 por la mesa de contratación estaba claramente señalada en el PCAP y sobre todo en el PPT, en cuya cláusula 1.4 se establecía el listado de la documentación técnica necesaria para ejecutar el contrato y se señalaba que el contratista “dispondrá del software, las herramientas, utillaje general y equipos necesarios para la realización de los trabajos”.

- b) Además, el 18 de diciembre de 2015 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado indicando cuales de los documentos recogidos en el PPT eran propiedad del Ejército y por tanto serían suministrados por éste, de donde se deduce que el resto debían ser obtenidos por el contratista.
- c) Considera que INDRA ostenta un derecho de propiedad intelectual o industrial sobre dicha documentación en virtud de la modificación nº1 de la Adenda 6 de la OE INV/1/1998-B, lo que no puede por sí mismo considerarse una ventaja que otorgue el órgano de contratación, sino las leyes que protegen tales derechos.
- d) Finalmente, en informe remitido el 11 de abril de 2016 a requerimiento de este Tribunal, señala que: “el Ejército de Tierra no está en posesión del Software ni en disposición de transmitir conocimiento alguno, ya que desde su adquisición el mantenimiento siempre ha sido llevado a cabo por la empresa INDRA la cual es la propietaria intelectual del sistema de simulación del CC Leopardo 2E, si bien no se cumplen los requisitos expresados en la Orden no comunicada del SEDEF que se emplean a la hora de determinar la exclusividad de una empresa para realizar un contrato negociado sin publicidad”.

En cuanto a las alegaciones establecidas por INDRA, vienen a profundizar sobre lo ya señalado por parte del órgano de contratación.

Sexto. Tal y como señala el órgano de contratación y la adjudicataria, la cláusula 11 del PCAP señalaba entre la documentación a aportar por los licitadores el siguiente compromiso de adscripción:

“Un compromiso escrito de los medios materiales y humanos que se comprometen a ser empleados en la ejecución del contrato, cuya suficiencia, para la ejecución satisfactoria del contrato, se valorará por la Administración (Ejército de Tierra), indicando el nombre y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación, lo cual tendrá la consideración de obligación contractual esencial y su incumplimiento podrá constituir causa de resolución del contrato, según lo previsto en los artículos 212 y 223 del TRLCSP y la cláusula 30 del presente PCAP o ser causa de imposición de penalidades.”

Por su parte, en la cláusula 1.2 del PPT se incluye un listado con la documentación técnica de los distintos equipos de simulación, necesaria para la ejecución del contrato, señalando la cláusula 1.4 del mismo:

“El contratista o subcontratista autorizado dispondrá del software, las herramientas, utillaje general y equipos necesarios para la realización de los trabajos objeto de este PPT.

[EI] Ejército no suministrará ningún herramental ni equipo para la prestación del servicio objeto del presente expediente; salvo excepciones establecidas por causa de interés de ET en la propuesta de reparación una vez valorada y aprobada por la COMSE

En el caso de que para alguno de los trabajos solicitados al Contratista fuese necesario un herramental, maquinaria o utillaje específico y éste no dispusiera de él y sí [el] Ejército, este herramental o utillaje podrá ser cedido al Contratista, si así lo solicita y la COMSE lo aprueba, esto no supondrá motivo de retraso en el servicio por lo que el Contratista tendrá que planificar con suficiente antelación dichas peticiones.

(...)

La documentación que sea propiedad del Ejército y se haya facilitado al Contratista para la correcta ejecución del contrato, será tratada con el grado de protección adecuado, no permitiéndose en ningún caso su utilización, para otros fines que no sean la consecución del Contrato. Los manuales del fabricante, tarifarios y demás documentación que no sean propiedad del Ejército tendrán que ser obtenidos por parte del Contratista. El Ejército no suministrará en ningún caso documentación que no sea de su propiedad.”

Mediante publicación del 18 de diciembre de 2015, el órgano de contratación aclaró que la única documentación propiedad del ejército era el texto de la Orden de Ejecución 01/2007, dando a entender que el resto de la documentación contenida en el listado de la cláusula 1.2 no era propiedad del Ejército y por tanto no sería suministrada por éste.

Dos son las cuestiones que plantea esta cláusula y en especial las dos últimas oraciones del último párrafo de la cláusula 1.4, según el cual el Ejército solo suministrará aquella documentación que sea de su propiedad. Una primera interpretación, que parece ser la sostenida por el órgano de contratación, es considerar que aquella documentación que sea propiedad de terceros en ningún caso será suministrada por el Ejército de Tierra, incluso aunque el mismo ostente un derecho de uso sobre los derechos de propiedad intelectual, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas que rigieron el contrato por el que se adjudicó el suministro de los equipos cuyo mantenimiento constituye el objeto de esta licitación.

Una segunda interpretación, a la que parece apuntar el recurrente, es entender que, tratándose de documentación técnica sobre la cual el Ejército goza de un derecho de uso, el adjudicatario no necesita aportarla por sí mismo, sino que será el propio Ejército quien le permitirá el acceso.

Pues bien, de la literalidad de la cláusula difícilmente puede desprenderse la interpretación que propugna el recurrente, pues en la misma se señala expresamente que los manuales que no sean propiedad del Ejército habrán de ser obtenidos por el contratista, no suministrando el Ejército documentación alguna que no sea de su propiedad. Por si alguna duda hubiera sobre dicha literalidad, la respuesta de 18 de diciembre de 2015 sobre qué documentación era propiedad del Ejército “a los efectos de la cláusula 1.4 del PPT”, deja clara la interpretación que ha de darse a la misma.

La cuestión por tanto debe centrarse en la admisibilidad de una cláusula de facto supone eliminar toda posible concurrencia a quien no sea el propietario de la documentación, es decir INDRA, toda vez que resulta difícil pensar que cualquier otro licitador que no sea éste pueda obtener la cesión de uso de los derechos de propiedad intelectual o industrial, teniendo en cuenta que INDRA es también licitador en el contrato.

Por ello, a juicio de este Tribunal, la cláusula contenida en el PPT no resulta conforme a Derecho en la medida en que constituye una restricción de la competencia que no resulta justificada. Si el Ministerio de Defensa tiene un derecho de uso de la propiedad intelectual o industrial de la documentación técnica necesaria para la ejecución del contrato, no puede exigirle al contratista que éste a su vez la obtenga, pues tal exigencia resultaría de imposible cumplimiento y otorga una evidente ventaja a quien sí tiene acceso a tal documentación por ser el titular original de los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Efectivamente, se trataría de una cláusula restrictiva de la competencia, en la medida en que supone que solo un licitador podrá ser el adjudicatario del contrato, en este caso INDRA, por ser el titular del derecho de propiedad. Pero además, esa restricción no estaría debidamente justificada, ya que si INDRA no tiene esa titularidad en exclusiva, pues precisamente ha cedido el uso al Ministerio de Defensa en virtud de la Orden de Ejecución 01/1998 y la cláusula 20 de la Adenda nº6 de la citada orden, entonces no se atisba motivo alguno por el cual el Ejército, como titular de ese derecho de uso (que no propiedad) no puede dar acceso a la documentación a cualquier adjudicatario que haya acreditado por lo demás las condiciones de solvencia técnicas exigidas en el contrato.

Solo en el caso de que se acreditara la titularidad exclusiva de INDRA sobre el uso (no propiedad) de los derechos de propiedad intelectual e industrial cabría aceptar una cláusula como ésta, aunque en tal caso no se entiende porqué motivo no se acudió al procedimiento negociado sin publicidad al que se refiere el artículo 44.2 e) LCSPDS, evitando así gastos innecesarios al resto de licitadores que, al fin y a la postre, nunca podrían resultar adjudicatarios del contrato.

Pues bien, a la vista de los elementos de juicio obrantes en el expediente no puede afirmarse con claridad que efectivamente la titularidad de INDRA sobre dicho uso sea exclusiva. Así, la cláusula 13 de la Orden de Ejecución INV 01/1998 señala:

“El MINDEF tiene derecho al uso total o parcial, directamente o por transferencia a terceros, de las tecnologías y propiedades industriales que se generen con coste a este Programa.”

A su vez la cláusula 22 de la modificación nº1 a la Adenda nº de la citada Orden de Ejecución señala:

“Todos los derechos, títulos e intereses tanto de propiedad industrial como intelectual del “background” (aquella propiedad generada con anterioridad o fuera del contrato) permanecerán en el subcontratista. No obstante, el subcontratista concede sin coste alguno y libre de royalties al Ministerio de Defensa, una licencia de uso, de carácter no exclusivo e intransferible (salvo autorización previa y expresa del Contratista), para el desarrollo de los trabajos objeto de este contrato.

(...)

La titularidad de la propiedad industrial del “foreground” (aquella propiedad generada por primera vez bajo el estudio y con el coste pagado por el Ministerio de Defensa), conforme a la legislación aplicable corresponde

al CP-SP (INDRA) y a los demás subcontratistas con los que se hayan establecido los acuerdos de cooperación industrial tanto nacionales como extranjeros, los cuales conceden sobre la misma, libre de toda carga, una licencia de uso al Ministerio de Defensa sin limitación alguna.”

A la vista de tal dicción surge al menos la duda sobre el alcance de esa licencia de uso, más aún si se tiene en cuenta que el propio órgano de contratación reconoce que no se dan las condiciones para realizar un contrato negociado sin publicidad, de lo que parece deducirse que entiende que no existe un derecho en exclusiva por parte de INDRA.

Siendo esto así, ha de concluirse en la nulidad de pleno derecho de los pliegos y en particular de la cláusula 1.4 del PPT (in fine), en la medida en que establece una exigencia que en la práctica elimina toda competencia de forma no justificada. Es cierto, como dice el órgano de contratación, que la existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial no constituye una ventaja que otorgue el órgano de contratación, sino que es consecuencia de la aplicación de la normativa que protege ese tipo de propiedad. Ahora bien, si el órgano de contratación tiene un derecho de uso sobre esa propiedad intelectual o industrial y está por tanto en disposición de permitir al eventual adjudicatario utilizarlos, entonces exigir a ese licitador que logre la cesión del uso por sus propios medios sí constituye una restricción de la libre concurrencia que no se encuentra justificada.

Y si el Ministerio de Defensa considera que no era titular de derecho de uso alguno sobre esa documentación técnica, o que en todo caso, por razones técnicas, solo INDRA estaba en condiciones de ejecutar el mismo, entonces debió haber acudido al procedimiento negociado sin publicidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 e) LCSPDS: “Cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda adjudicarse a un empresario determinado”, evitando como se ha dicho gastos innecesarios al resto de licitadores.

Por todo ello, ha de declararse la nulidad de pleno derecho de la cláusula 1.4 del PPT in fine, nulidad que, de conformidad con constante doctrina de este Tribunal puede ser declarada con ocasión del recurso formulado contra el acuerdo de exclusión o adjudicación, por tratarse de un vicio de nulidad radical, apreciable de oficio.

Séptimo. Declarada la nulidad de pleno derecho del PPT, este Tribunal ha de concluir en la nulidad del procedimiento en su conjunto, siguiendo el criterio sentado en otras resoluciones (baste citar al respecto la resolución nº 181/2016 y las que en ella se citan). En este caso, además, la nulidad del procedimiento resulta palmaria, puesto que si la cláusula 1.4 se considera restrictiva de la competencia, necesariamente habrá de anularse el procedimiento ante la posibilidad de que otras empresas hubieran decidido concurrir de no haberse incluido, lo que impide la estimación total del recurso que pretendía la retroacción del procedimiento para lograr la adjudicación a favor del recurrente.

Dicho todo lo anterior, debe precisarse que no es competencia de este Tribunal determinar cuál es el alcance de la cesión de derechos contenida en la cláusula 13 de la Orden de Ejecución IVT 01/1998 y en la cláusula 20 de la Adenda nº6 de la citada Orden.

Por ello, será el Ministerio de Defensa quien habrá de examinar dicho alcance: si entiende que existe ese derecho de uso sobre la documentación técnica, no podrá exigir en los pliegos que sean los licitadores quienes lo obtengan por sus propios medios; si considera que no tiene tal derecho de uso, sino que la titularidad corresponde en exclusiva a INDRA, lo procedente será acudir al procedimiento negociado sin publicidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.2 e) de la LCSPDS, contratando directamente con el titular de tales derechos, evitando gastos innecesarios al resto de licitadores.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar en parte el recurso formulado por D. F.L.L. en nombre y representación de EVERIS SPAIN, S.L.U. (en adelante EVERIS) contra al acuerdo de 29 de febrero de 2016 adoptado por la JAEMALE por el que se excluye a dicha entidad del procedimiento de licitación del contrato de “Mantenimiento de equipos de simulación del carro de combate Leopard 2E” (expediente 2 0911 15 0230 00), declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula 1.4 del PPT in fine, y con ella la del procedimiento en su conjunto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

