

RE 88/2022

Acuerdo 93/2022, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la “TECNOSYLVA, S.L.”, frente al anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Desarrollo de una plataforma unificada para la gestión y planificación de los incendios forestales en Aragón.», promovido por Aragonesa de Servicios Telemáticos, Entidad de Derecho Público del Gobierno de Aragón.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de junio de 2022 se envió al Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), para su publicación en el mismo, anuncio de licitación relativo al procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 26 de junio siguiente, donde también se publicaron los Pliegos que rigen la licitación, al día siguiente. Según figura en los mismos, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 28 de julio de 2022.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 521 475,97 euros, IVA no incluido. Dicho contrato está financiado con cargo a fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea, *NextGeneration EU*.

Segundo.- Con fecha 18 de julio de 2022 se interpuso –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón-, recurso especial en materia de contratación por don V.A.D.L.P., en nombre y representación de la mercantil “TECNOSYLVA, S.L.”, contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación de referencia.

Tercero.- El Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y le requirió con fecha 20 de julio de 2022, para que remitiera el expediente de contratación completo y el informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

El expediente e informe fueron remitidos el día 22 de julio siguiente. En su informe, el órgano de contratación manifiesta que el recurso debe ser inadmitido por haber sido interpuesto fuera de plazo.

Cuarto.- Con fecha 20 de julio de 2022, este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que acompaña al escrito de recurso en lo concerniente a la acreditación de la representación de la persona firmante del mismo, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. En el plazo concedido al efecto, el requerimiento ha sido debidamente atendido.

Quinto.- El día 31 de agosto de 2022 el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de audiencia, notificó la interposición del recurso a los licitadores del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, otorgando un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones. Finalizado el plazo de presentación, ha presentado alegaciones la mercantil “VEXIZA, S.L.”, licitadora del procedimiento, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil “TECNOSYLVA, S.L.”, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP.

SEGUNDO.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el órgano de contratación señala que el presente recurso ha sido presentado fuera de plazo, dado que nos encontramos ante un contrato financiado con cargo a fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea y resultan de aplicación las especialidades que en materia del recurso especial establece el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en cuya letra a) viene a establecerse una reducción del plazo para la interposición del recurso especial, de la siguiente forma:

«1. En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:

a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre».

Sin embargo, ese plazo especial reducido de diez días para la interposición del recurso especial está previsto únicamente para el caso de impugnarse la adjudicación y por tanto no para el presente caso, que tiene por objeto la impugnación del anuncio y los pliegos que han de regir la licitación, de manera que al regir el plazo ordinario del recurso, el presente no puede reputarse extemporáneo.

TERCERO.- Queda acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000,00 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos rectores de la licitación de referencia, actuación susceptible de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

CUARTO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión del recurso procede entrar a examinar el fondo del mismo.

En el primer motivo del recurso, la recurrente manifiesta –literalmente- lo siguiente:

*«1ª.- **Ilicitud del objeto del contrato.-** A la vista del contenido del pliego se llega a la conclusión inequívoca que el mismo está utilizando como modelo de gestión y desarrollo del software que se trata de implementar en la Comunidad Autónoma de Aragón del modelo que, previamente, TECNOSILVA había estado desarrollando en el anterior contrato público del que fue adjudicataria y que ejecutó de 2008 a 2014; de tal modo que utiliza un modelo de gestión realizado por esta entidad y que se ha venido implantando en otras Comunidades Autónomas, causándole daños y perjuicios, toda vez que una vez que han prescindido de sus servicios en la actualización y mantenimiento de dicho*

software pretenden que un tercero lo desarrolle partiendo de la idea y del “how know” de nuestro modelo, enrocado con el derecho a la propiedad intelectual recogido en la Constitución y en particular la protección que tienen los derechos de autor de los programas de ordenadores en los artículos 95 y siguientes y que desarrolla el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, fundamentalmente los artículos(..)»

Frente a ello el órgano de contratación señala lo siguiente:

«En el recurso interpuesto por empresa TECNOSYLVA, S.L se solicita la ilicitud del objeto del contrato porque considera que vulnera su derecho a la propiedad intelectual consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española de 1978, debido a que el modelo de gestión y desarrollo de software que se trata de implementar en la Comunidad Autónoma de Aragón se trata de un modelo que, previamente por la empresa TECNOSYLVA, S.L había desarrollado en un anterior contrato público del que fue adjudicataria durante los años 2008 a 2014.

En relación con esta cuestión, el contrato público tiene por objeto el desarrollo de una Plataforma Única de Gestión y Planificación de los Incendios Forestales en Aragón, que esté preparada para absorber de forma eficiente el crecimiento y permita una mayor eficacia en la gestión de la información y en la ejecución de los procesos relacionados con la gestión de los incendios forestales en Aragón. Ésta entidad considera que, tal plataforma ha de cumplir con unos requisitos funciones, técnicos y de negocio que se pueden cubrir con diferentes soluciones técnicas, y no únicamente con el modelo de gestión y desarrollo de software implementado por la empresa TECNOSYLVA, S.L, cuyo desarrollo fue finalizado en 2014 y evidentemente se ha podido quedar desfasado tanto funcional como técnicamente, no existiendo además obligación de contratarlo con la misma empresa desarrolladora de un contrato público semejante.

Por consiguiente, la licitación parte de un análisis funcional, de las necesidades y requisitos que la Plataforma única de Gestión y Planificación de los Incendios Forestales ha de cumplir, debiendo el fabricante o desarrollador producir una solución técnica, partiendo del conocimiento de la materia de la unidad administrativa en cuestión y no al contrario. Además, esa adquisición de conocimientos es lo que les sirve a los operadores económicos como experiencia para poder concurrir a procesos similares.»

Planteados los términos del debate, hay que poner de manifiesto –tal y como también señala la alegante en su escrito- que la recurrente desarrolla el motivo de recurso partiendo de una afirmación que no acredita ni lo más mínimo y por tanto, no ha atendido la carga de la prueba que sobre ella pesa tendente a acreditar cuanto sostiene a favor de sus pretensiones, de tal manera que se trata de una mera apreciación subjetiva no acreditada por lo que el motivo sobre el que la misma se sustenta debe decaer.

QUINTO.- En el segundo y último motivo del recurso se impugna la cláusula 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPT), bajo la siguiente argumentación:

«2ª.- En el punto 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares para la contratación del desarrollo de una plataforma unificada para la gestión y planificación de los incendios forestales en Aragón, cesión de derecho de propiedad industrial se establece “10. propiedad intelectual y confidencialidad. La empresa adjudicataria acepta expresamente que el código fuente y los derechos de explotación de la aplicación informática y de los programas desarrollados al amparo del presente contrato corresponden, con exclusividad y a todos los efectos, únicamente a AST.”

La indicada cláusula vulnera el derecho exclusivo de explotación del autor que preconiza el artículo 17 LPI, así tenemos que apuntar que los derechos

enumerados en el artículo 14 LPI son irrenunciables e inalienables para el autor. Reproducimos el artículo 17: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. Los mencionados derechos de contenido moral suponen un límite con respecto al poder de disposición sobre los derechos de contenido patrimonial que al autor de una obra concede el artículo 43 Ley Propiedad Intelectual. Todo ello en relación con la protección a programas de ordenador dispensada en dicha norma a que antes se ha hecho referencia.»

Frente a ello, el órgano de contratación en su informe sobre el recurso señala lo siguiente:

«En relación con esta cuestión, el artículo 308 de la LCSP prevé que “los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público”.

En línea con lo que señaló en el Informe 58/2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, la regla general es que los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro, con una excepción: que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida (como en el caso que nos ocupa), en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y a los que serían de aplicación las previsiones señaladas del artículo 308. Este razonamiento es, además, aplicable a cualquier tipo de servicio

o puesta a disposición de software informático, incluido, como recientemente recordaba la Informe 13/2021 la Junta Consultiva de Contratación del Estado, respecto de los contratos de prestación de servicios en la nube.

En relación con esta alegación, queremos manifestar al Tribunal que, punto 10º del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares está totalmente justificada y es conforme a derecho.»

La alegante en el escrito presentado en este procedimiento, afirma lo siguiente:

«El artículo 308.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece que, por defecto, la propiedad de los derechos de propiedad intelectual en los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo de productos protegidos por derechos de propiedad intelectual corresponderá a la Administración contratante. La literalidad del artículo establece que:

“Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público”.

Ninguna duda subyace sobre el hecho de que se trate de un contrato de servicios y respecto de que, en virtud del referido artículo 308.1, los derechos de propiedad intelectual correspondan a la Administración. Así lo ha expresado el Informe 58/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública, de 15 de julio:

“Los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro con una excepción, que se trate de programas de

ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

En consecuencia, siendo el presente un contrato cuyo objeto consiste en desarrollar un sistema o plataforma para la gestión y planificación de los incendios forestales en Aragón, no cabe duda de que nos hallamos ante un contrato de servicios y de que, por defecto, los derechos de propiedad intelectual sobre dicho programa corresponderán a la Administración contratante y no al licitador.

A mayores, la jurisprudencia –véanse la Sentencia del Tribunal Supremo 492/2003, de 17 de mayo y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 164/2006, de 13 de marzo- ha afirmado que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados del desarrollo de un software ad hoc recae sobre quien encarga el desarrollo del mismo.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 696/2007, de 21 de junio, también resulta muy ilustrativa:

“A continuación se añade que, si bien es cierto que las ideas o instrucciones sobre la estructura y el objeto del programa, dadas por personal de la empresa y en horas de trabajo no gozan de la protección que la LPI otorga a los programas de ordenador, no es menos cierto que, admitida dicha colaboración, no puede dejar de aplicarse el art. 97.4 de dicha Ley. Y finalmente se concluye que, a diferencia de la Ley de Patentes, la Ley de Propiedad Intelectual otorga la paternidad de la obra siempre al empresario cuando el programa de ordenador se haya realizado por el trabajador por cuenta y encargo del empresario, aún cuando no se enmarque dentro de las funciones específicas de su puesto de trabajo”.

Por tanto, cuando quien contrata exija el desarrollo de un programa de ordenador o similares que haya de confeccionarse ad hoc para el contrato concreto, la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre dicho programa – integrando ello su código fuente y sus derechos de explotación- recaerán sobre dicho contratante. La interpretación, en esencia, es análoga a la aplicada a los trabajadores asalariados en virtud del artículo 97.4 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual).

Pero es que aún es más. Aunque la citada disposición no existiese, lo cierto es que, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual, se permite la transmisión inter vivos de los derechos de propiedad intelectual derivados de una obra.

En consecuencia, la cláusula décima del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares no puede ser considerada de ningún modo nula.»

Planteados los términos de la controversia jurídica suscitada, la misma cabe resolverse a la luz del precepto citado tanto por el órgano de contratación como por la alegante, esto es, el artículo 308 de la LCSP -reproducido al transcribir sus escritos- el cual, como norma especial, ampara y permite la atribución de la propiedad del código fuente y los derechos de explotación de la aplicación informática y de los programas desarrollados, al órgano de contratación, sin que ello suponga una vulneración del derecho de autor de la adjudicataria, que por otro lado no tiene el alcance absoluto que pretende la recurrente, a la vista del propio tenor literal del precepto legal que lo establece. Por tanto, este Tribunal concluye que, a los solos efectos del recurso especial, no existe vulneración en el ámbito de los derechos de autor.

En apoyo de esta conclusión cabe reproducir lo que este Tribunal señaló en su Acuerdo 88/2019, de 5 de julio:

«Resulta claro, por un lado, la cesión de la propiedad de todos los trabajos que se desarrollen a consecuencia de la ejecución del presente contrato; y ello, a tenor de la meritada cláusula que igualmente prescribe la exclusividad de tal cesión, junto con su alcance y limitaciones. Y, por otro lado, la actora aduce que la cesión de tales derechos ha de producirse sólo para todos aquellos que no se encuentren protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual o industrial, en virtud de la exclusividad que ésta le garantiza en su favor.

A este respecto, resulta igualmente de aplicación el artículo 308.1 de la LCSP, que dispone que “(s)alvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público”.

Acerca del precepto correlativo –el artículo 301.2– del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que contenía una regulación idéntica a la transcrita en el párrafo anterior, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 183/2014, de 3 de octubre, con cita –a su vez– de la Resolución 220/2013 del TACRC invocada por la alegante, vino a afirmar lo siguiente: “(a) la luz del citado precepto, la cesión de los derechos de propiedad intelectual o industrial opera, sin ningún tipo de limitación, como regla general y sin necesidad de tenerse que prever de modo expreso· en los pliegos.

En definitiva, para que dicha cesión no se produzca habrá de excluirse expresamente en los documentos de la contratación.

Como señala la Resolución 220/2013, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el citado artículo 301 del TRLCSP "viene a modular las disposiciones generales de las leyes que regulan la propiedad intelectual e industrial, que suelen establecer que la cesión del derecho de explotación debe hacerse de manera expresa y que establecen límites a la cesión en cuanto a su duración y extensión a falta de mención expresa en el pacto de cesión.

La razón por la cual la ley contractual española establece este cambio es el interés público. Existiría un claro riesgo de que los contratos de servicios amparados por este precepto devinieran ineficaces, como consecuencia de la imposibilidad de ejecutarlos, al no haberse contemplado todos los aspectos de la cesión de las propiedades industrial e intelectual y, por ello, el legislador opta por señalar que si hubiera dudas acerca del contenido de la cesión, esta deberá entenderse tan amplia que permita a la entidad contratante usar de los derechos necesarios para el buen fin del contrato. E incluso, en caso de exclusión expresa de la cesión, cabría la autorización del uso a otras entidades del sector público.

Este sistema va a ser previsiblemente objeto de revisión en el futuro por las autoridades comunitarias, con el fin de adaptar las directivas a la necesidad de obtener una mayor flexibilidad que dinamice sectores tales como el de la investigación y desarrollo, como ocurre en los ordenamientos jurídicos de corte anglosajón, en que es posible mantener la titularidad íntegra de estos derechos en la empresa contratista o su participación con el organismo contratante.

Pero mientras esta circunstancia no se produzca, la norma aplicable establece claramente la necesidad de la cesión en los términos que sean necesarios para que el servicio no devenga inútil. Obviamente, los derechos cedidos



Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

comprenderán la explotación, pero nunca los personalísimos a que antes aludimos que, por su propia naturaleza, no pueden ser transmitidos conforme a derecho”».

Por todo ello, procede desestimar el presente motivo y con él, el presente recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por la mercantil “TECNOSYLVA, S.L.”, frente al anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Desarrollo de una plataforma unificada para la gestión y planificación de los incendios forestales en Aragón», promovido por Aragonesa de Servicios Telemáticos, entidad de derecho público del Gobierno de Aragón,.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.