Asamblea de Madrid
Registro Asesoría Jurídica
ENTRADA 93. 25/03/2022

ILMA. SRA.:

Dando cumplimiento a su oficio de 11 de marzo de 2022, acompañado de documentación (Borrador del Pliego de Cláusulas Particulares específico), por el que se requiere Informe Jurídico en relación al procedimiento abierto simplificado CPASSU/2022/01, provisión de buzones de correo electrónico corporativo y paquete ofimático para los usuarios de la Asamblea de Madrid, tengo el honor de remitir a V.I. el presente:

INFORME JURÍDICO

PRIMERO.- Para la emisión del presente informe se ha recibido, junto con los oficios referidos, el borrador del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares relativo al procedimiento abierto simplificado CPASSU/2022/01, provisión de buzones de correo electrónico corporativo y paquete ofimático para los usuarios de la Asamblea de Madrid.

SEGUNDO.- El citado borrador comprende 72 folios numerados de forma sucesiva, que comprenden:

- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (páginas 1 a 31, ambas inclusive).
- Anexo de formularios (página 32 y 33)
- Anexo de documentos modelo (página 34)
- Declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos previos para contratar con la Administración (páginas 35 a 42, ambas inclusive).
- Modelo de autorización de acceso a sistemas de terceros consentimiento (páginas 43 y 44).
- Modelo de declaración de confidencialidad (páginas 45 y 46)
- Declaración de aspectos confidenciales de la oferta (páginas 47 y 48)
- Consentimiento del titular de los derechos e Información sobre el tratamiento de datos (49 a 50)

Asimismo, se incorpora a la documentación:

- 6 folios numerados relativos al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que rigen la presente contratación de referencia.
- Memoria justificativa, de 4 páginas.
- Propuesta de contratación, de 48 páginas.
- 2 páginas de formularios.

- E mail de la Sra. Jefe de Servicio de Desarrollo y Gestión TIC, 22 de febrero de 2022, a Mercedes Zazo y con copia a Francisco Javier Bodega.
- Informe de la Sra. Jefe del Servicio de Desarrollo y Gestión TIC, de 23 de febrero de 2022 (REDGA núm. 336).

En atención a su requerimiento, examinada la correspondiente documentación, cabe exponer los siguientes,

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- POSIBLE NO CONFORMIDAD A DERECHO DEL PROCEDIMIENTO ELEGIDO: ABIERTO SÚPER SIMPLIFICADO.-

Atendiendo al carácter ejemplificativo de las relaciones de contratos que contienen prestaciones de carácter intelectual contenidas en la LCSP (artículos 143, 145.4 y DA 41 de la LCSP), a la doctrina de los órganos administrativos competentes en materia de contratación acerca de estas prestaciones tanto en la definición dada por el TACRC[1] y la doctrina de la Junta Consultiva Administrativa de Aragón[2], que atiende a la necesidad de atender a la casuística y, en particular, a la definición que se realice del objeto del contrato[3] y, asimismo, en el presente expediente el claro interés que hay en la protección de la propiedad intelectual, tal y como atestigua la exigencia de condición de *partner* (ej. cláusulas 8.5 o 14.5) o la justificación de la prohibición de subcontratar atendiendo a tal protección (cláusula 14.4), podría resultar que nos encontramos ante la existencia de prestaciones de carácter intelectual, por lo que resultaría inadecuado el procedimiento elegido.

A mayor abundamiento, el único procedimiento que se encuentra vedado para el supuesto de concurrencia de prestaciones de carácter intelectual es el abierto súper simplificado.

---

[1] El TACRC se refiere a las prestaciones intelectuales señalando que "*implican una creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo*" [Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre de 2018 (Recurso núm. 1098/2018 C. Valenciana 245/2018), F. 5].

[2] Informe 6/2019, de 29 de octubre de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Consideración jurídica 3.

[3] La prescripción primera del PPT, relativa al objeto del contrato, señala que "constituye el objeto del contrato la dotación de suscripciones (…) o servicios independientes del fabricante (…) con la finalidad de provisionar las cuentas de correo electrónico corporativo de la Asamblea de Madrid, así como las herramientas ofimáticas y de colaboración en los términos que se detallan en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas.

El servicio de correo electrónico tiene carácter crítico, por lo que resulta necesario disponer de la suscripción que habilite su provisión y soporte. (…)".

No obstante, a efectos de la determinación de cuándo procederá la aplicación de las normas relativas a las prestaciones de carácter intelectual se habrá de realizar una ponderación en relación con el todo unitario que constituye el contrato.-

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha referido a esta cuestión, y resume la doctrina del TACRC "*para el Tribunal el contenido de cada prestación debe valorarse por su importancia en relación con el todo unitario que constituye el contrato, de manera que aunque exista una prestación basada en una creación intelectiva y original, si tal prestación no es mayoritaria en el conjunto del contrato, no se puede sostener que estemos en presencia de un contrato suyas prestaciones tengan carácter intelectual a los efectos de la aplicación de las reglas de selección del contratista que establece la ley*"[4].

De ello resulta que **la conformidad a Derecho quedará supeditada a que se determine por parte de los técnicos del órgano de contratación cuál es el volumen de las prestaciones intelectuales en relación con el todo unitario del contrato**.

Esto es, en el supuesto de que las prestaciones intelectuales sean las mayoritarias, no cabrá el empleo del procedimiento abierto súper simplificado, con las consecuencias señaladas con anterioridad, que pasa por realizar las adaptaciones contenidas en el presente Informe jurídico.

En el supuesto de que las prestaciones intelectuales no sean las preponderantes, sería conforme a Derecho el procedimiento elegido, sin perjuicio de lo cual, la conformidad a Derecho del PCAP requerirá las adaptaciones señaladas en el presente Informe Jurídico.

2.- ACERCA DEL RESTO DE DETERMINACIONES DEL BORRADOR DE PLIEGO SOMETIDO A INFORME JURÍDICO.-

Analizado el borrador de PCAP, dejando de lado la posible no conformidad a Derecho por inadecuación de procedimiento.

Se entienden conformes a Derecho las restantes cláusulas con las siguientes salvedades:

Con relación a las restantes cláusulas, se aprecia:

- Cláusula 1.3 del PCAP, parece conforme a Derecho la calificación dada como contrato de suministro, atendiendo a la doctrina de la Junta acerca de contratos relativos a programas de ordenador, véanse, por todos, los Expedientes 4/16, de 30 de junio de 2016 y 13/21.

[4] Expediente 20/19. Materia: Campañas publicitarias y contratos de contenido intelectual. Consideración jurídica 3.

En particular, en este último, la Junta ha señalado que a efectos de determinar cuándo se encuentra el programa desarrollado a medida o bien se trata de un programa estandarizado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha señalado que la diferencia fundamental entre ambos programas es que en el programa a medida "*se adquiere la propiedad del mismo*" mientras que en el estandarizado "*el órgano de contratación no adquiere la propiedad, sino únicamente la licencia de uso del mismo*". Si se trata de un programa a medida, de acuerdo con el inciso final del meritado precepto, el contrato será de servicios y, en caso de que se trate de un programa estandarizado, el contrato será de suministros.

A efectos de despejar cualquier atisbo de duda, se solicita que se aclare esta cuestión.

- La no conformidad de la cláusula 3, en lo que se refiere a la expresión "el presupuesto base conformará tanto el precio máximo como el límite de gasto a efectos de la contratación", al reputarse confusa y, asimismo, se considera necesario la adición de un inciso final en el párrafo relativo a la revisión de precios: El PCAP establece que "en el presente contrato no cabrá la revisión de precios, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 15 del presente Pliego, para los supuestos de variaciones de denominación o fusión de tipologías de subscripción". A efectos de su conformidad a Derecho se considera necesario añadir tras "tipologías de suscripción" ", siempre que no suponga una alteración de la naturaleza global del contrato inicial", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204.2 de la LCSP".

- La cláusula 4 se debe adaptar al nuevo procedimiento, con las exigencias que se derivan de ello, en los términos que se han señalado con anterioridad en el presente Informe Jurídico. Asimismo, no se había justificado la existencia de un único criterio de adjudicación: no se puede reputar, en ningún caso motivado cuando se reproduce la determinación legal sin justificarse el porqué concurre el supuesto que excepciona la regla general de una pluralidad de criterios.

- La cláusula 14.4 no se considera conforme a Derecho al no ser conforme con las determinaciones del propio PCAP, que permiten que el objeto del contrato se realice por un *partner* del fabricante, y en consonancia con la interpretación restrictiva de la prohibición de subcontratación contenida en los artículos 215.1 y en las letras d) y e) del apartado 2 del artículo 215 de la LCSP. No se da una justificación, asimismo, sobre la base de lo dispuesto en los meritados preceptos.

- La cláusula 15 se estima que debería dejarse claro que las modificaciones contenidas en ningún caso pueden alterar la naturaleza global del contrato inicial, *ex* artículo 204.2 de la LCSP.

3.- LA ALTERNATIVA DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO.-

Se ha de tener en cuenta lo siguiente con relación a los contratos que contengan prestaciones de carácter intelectual y se siga el procedimiento abierto simplificado:

- Los criterios evaluables mediante juicio de valor no pueden superar el 45 % del total [artículo 159.1.b) de la LCSP].
- Los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (artículo 145.1 de la LCSP).
- El precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.3.g) de la LCSP.

En definitiva, en caso de que se siga el procedimiento abierto simplificado, se habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 159, apartados 1 a 5. Asimismo, se ha de tener en cuenta que se aplicará en lo no previsto las reglas establecidas para el procedimiento abierto [artículo 159.4.h)].

Apreciándose, fundamentalmente, las siguientes adaptaciones necesarias a introducir en el borrador en el PCAP trasladado a este Letrado para su Informe Jurídico el pasado 11 de marzo de 2022. La propuesta se deberá adaptar a lo dispuesto en el artículo 159, apartados 1 a 5, en caso de que se vaya a seguir este procedimiento.

A continuación, se detallan las peculiaridades que se han apreciado y que debería de ser objeto de adaptación a los efectos de la conformidad a Derecho del PCAP de referencia siguiendo el procedimiento abierto simplificado. Todo ello, sin perjuicio de que por error se haya podido omitir alguna y por ello, sin ánimo de exhaustividad:

- Cláusula 4, relativa a los criterios de adjudicación.- se ha de adaptar a lo indicado con anterioridad.

- Cláusula 6.- se ha de corregir la no exigencia de requisitos de solvencia económica y financiera y técnica.

- Cláusula 8.- debería de ajustarse al artículo 159.3 y la oferta se ha de ajustar a lo dispuesto en el artículo 159 d).

- Cláusula 10.- se tiene que adaptar la redacción al artículo 159 en los apartados anteriores.

- Cláusula 11.- conforme al procedimiento abierto simplificado ordinario, no se exonera de la presentación de garantía definitiva.

- Cláusula 12.- la formalización se ha de ajustar a las determinaciones del procedimiento abierto simplificado ordinario, no al artículo 159. 6 g).

- Y cuantas otras adaptaciones resulten necesarias a efectos de su adecuación a lo dispuesto en el artículo 159 en sus apartados 1 a 5, referidos al procedimiento abierto simplificado ordinario.

Asimismo, se considera necesario incorporar al PCAP:

- Cláusula 1.3, relativa a la calificación como contrato de suministro.- se solicita se aclare la cuestión, en los términos referidos en el Fundamento 2.

- La cláusula 3.3.- se considera confuso el inciso "el presupuesto base conformará tanto el precio máximo como el límite de gasto a efectos de la contratación".

  El PCAP establece que "en el presente contrato no cabrá la revisión de precios, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 15 del presente Pliego, para los supuestos de variaciones de denominación o fusión de tipologías de subscripción".

  A efectos de su conformidad a Derecho se considera necesario añadir tras "tipologías de suscripción" ", siempre que no suponga una alteración de la naturaleza global del contrato inicial", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204.2 de la LCSP".

- Cláusula 14.4.- de acuerdo con la interpretación restrictiva de los supuestos que prohíben la subcontratación [215.2. d) y e) de la LCSP sobre la base de lo dispuesto en el artículo 215.1 de la misma norma] se considera que la invocada en el PCAP no se ajustaría a lo dispuesto en el artículo 215.2. e) en la medida en que el objeto del contrato se podría realizar por un *partner* del fabricante, no se considera conforme a Derecho esta cláusula. No se da una justificación, asimismo, sobre la base de lo dispuesto en los meritados preceptos.

- La cláusula 15.- se considera que debería añadirse en el tercer párrafo de la cláusula, después de "las actuaciones del fabricante" ", que en ningún caso podrán suponer una alteración global del contrato inicial", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204.2 de la LCSP, (…)".

  Finalmente, esta cláusula se deberá añadir a la cláusula que las modificaciones contenidas en ningún caso "*pueden alterar la naturaleza global del contrato inicial*", *ex* artículo 204.2 de la LCSP.

II.- CONCLUSIÓN.-

Habiendo quedado el presente Informe jurídico circunscrito a los aspectos jurídicos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el procedimiento abierto simplificado CPASSU/2022/01, provisión de buzones de correo electrónico corporativo y paquete ofimático para los usuarios de la Asamblea de Madrid, y entendiendo que la corrección de la redacción de las cláusulas 4 y 6 del mismo y todas aquellas que contienen cuestiones de naturaleza técnica del mismo, a efectos del respeto de las normas en materia de competencia y su no redacción para un licitador en concreto y demás principios establecidos en el artículo 1 de la LCSP, habrán sido verificadas por los servicios técnicos del órgano de contratación, este Letrado concluye que la posible no conformidad a Derecho del procedimiento elegido, cláusula 1 del PCAP, y la necesidad, en tal caso, de realizar totas las adaptaciones necesarias al procedimiento abierto simplificado en los términos previstos en el artículo 159, apartados 1 a 5, y en especial a lo indicado para con las cláusulas 3.3, 4, 6, 8, 10, 11, 12, 14.4 y 15 (además de la 1), en caso de que se elija ese procedimiento, sin perjuicio de cualquier otra adaptación que resulte necesaria a efectos de su conformidad a Derecho sobre la base de las referidas determinaciones legales y de la aplicación en lo no previsto del procedimiento abierto, *ex* artículo 159.4.h), de acuerdo con lo indicado en el Fundamento jurídico 3 del presente Informe Jurídico.

En el supuesto de que el procedimiento elegido sea conforme a Derecho, lo que dependerá del Informe técnico correspondiente acerca de la preponderancia o no de las prestaciones de carácter intelectual, se deberán realizar las adaptaciones señaladas en el Fundamento Jurídico 2 del presente Informe Jurídico.

Es cuanto tiene el honor de informar el Letrado que suscribe el presente Informe Jurídico, sin perjuicio de cualquier mejor opinión fundada en Derecho.

EL LETRADO

[redacted]

ILMA. SRA. SECRETARIA GENERAL DE LA ASAMBLEA