



Recurso nº 251/2013

Resolución nº 220/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.P.G., en representación de la empresa Santa Bárbara Sistema S.A contra la resolución de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército, por la que se aprueban los pliegos del expediente 2 0911 2013 0016 00 (AM-0016/13-8) cuyo objeto es "Apoyo al mantenimiento familia VCI/VCPC Pizarro", publicado en la plataforma de contratación con el número 209062091113001600, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El expediente objeto del presente recurso versa sobre un contrato de suministro cuyo objeto es el "Apoyo al mantenimiento familia VCI/VCPC Pizarro", de vehículos de combate.

La Orden de inicio del procedimiento se produjo con fecha 15 de enero de 2013, habiéndose seleccionado el procedimiento abierto para la licitación por un importe total de 2.479.338,84 €.

Segundo. Mediante resolución de 1 de marzo de 2013 se aprueba el expediente de contratación, que incluye los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

Tercero. El 22 de marzo de 2013 se publica en el perfil del contratante de la plataforma de contratación del Estado el anuncio de licitación del procedimiento y los pliegos del expediente 2 0911 2013 0016 00 (AM-0016/13-8) cuyo objeto es "Apoyo al mantenimiento familia VCI/VCPC Pizarro ", publicado en la plataforma con el número 209062091113001600.

Cuarto. Según reconoce el propio órgano de contratación en su informe, se produjo un error en la publicación, por lo que los datos del expediente que figuraban en el anuncio no guardaban relación con el expediente y con los pliegos aprobados. Pero este error fue corregido mediante una resolución de error material del órgano de Contratación, y se procedió a rectificar el anuncio, con fecha 5 de Abril de 2013, dando nuevo plazo de presentación de ofertas.

Quinto. Con fecha 13 de mayo de 2013 el Ministerio de Defensa recibe el escrito de anuncio del presente recurso presentado por D. A.P.G., en representación de la empresa Santa Bárbara Sistema S.A, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas.

Sexto. Con fecha 20 del mismo mes el recurso tiene entrada en este Tribunal, quien procedió a dar traslado, a través de su Secretaría, a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La empresa Fluidmecánica Sur S.L. ha presentado sus alegaciones en el plazo indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al ser un contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 5 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS).

El recurso se interpone frente a los Pliegos, que son actos susceptibles de ser impugnados a través del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con los apartados 1 y 4 del artículo 59 de la LCSPDS por remisión al artículo 40.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, según el cual "podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación".

Segundo. El recurso se interpone por persona legitimada ya que el licitador manifiesta su intención de presentarse a la licitación del Acuerdo Marco, así como por versar el recurso sobre sus derechos legítimos.

Tercero. El recurso se interpone dentro del plazo establecido por el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. La parte recurrente plantea en primer lugar que los precios máximos unitarios de algunos de los repuestos que deberán suministrarse de acuerdo con la cláusula cuatro del Pliego De Cláusulas Administrativas Particulares son inferiores a los precios de mercado, lo que a su juicio, supondría la infracción del artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector de la Defensa por remisión al artículo 88.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del artículo 87 de la misma norma. En este sentido se invocan diversas sentencias que manifiestan la obligación del órgano de contratación de ajustarse al valor de mercado y que reconocen la posible infracción de la Ley de Contratos si esta circunstancia no se produce. Añade que sería de aplicación al presente caso la doctrina sentada por este Tribunal en su resolución de 28 de septiembre 2011, subrayando que corresponde al órgano de contratación cuidar de que el presupuesto de licitación sea adecuado al de mercado y que, en caso de no hacerse así, procedería la declaración de nulidad del pliego que no se ajustase a esta condición. Cita igualmente otras referencias normativas, como por ejemplo la Ley de Ordenación del Comercio Minorista o la legislación sobre competencia desleal en las que se prohíben las ventas a pérdidas.

En segundo lugar, sostiene el recurrente que en los pliegos del contrato tampoco respetan el derecho de propiedad intelectual e industrial que le corresponde. Argumenta en este sentido que para la ejecución del contrato será necesario poner a disposición del contratista los manuales de mantenimiento de los vehículos, y sostiene que dichos manuales son de su exclusiva propiedad y que no pueden ser utilizados por el Ministerio de Defensa sino para su propio uso. En este sentido invoca la posibilidad de acudir al artículo 170 del texto refundido para adjudicar mediante procedimiento negociado los contratos cuando por razones técnicas artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado, que en su opinión, sólo podría ser el propio recurrente.

Quinto. El órgano de contratación señala, en primer lugar, que la presunta valoración del precio de determinados suministros por debajo del valor de mercado tendría lugar respecto de tres artículos cuyo valor representaría una cantidad insignificante en relación con el resto del contrato. Estos repuestos no afectarían a ningún sistema esencial ni serían objetos de singularidad especial que no pudieran ser ofertados por varias empresas. Sobre esta cuestión se acompaña un informe técnico según el cual los precios han sido estimados de acuerdo con el precio de mercado, pero ha de puntualizarse, siempre según el citado informe, que los precios referidos a los asientos deben entenderse como a un único asiento y que el elemento de apoyo debe referirse a cada rueda, y no a la totalidad de las correspondientes al vehículo.

Sobre esta cuestión expone también el órgano de contratación que, en realidad, el recurrente no ha aportado prueba alguna de que los precios respecto de los cuales considera que están por debajo del valor de mercado verdaderamente lo estén. En este sentido cita resoluciones anteriores de este Tribunal como la 185/2012 y la 83/2013, en las cuales se establece que no se impone a la Administración un suelo consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino al contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un suelo nos encontramos con un techo indicativo. Cita también la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que considera aplicable a este caso y establece, en último lugar, que en el presente procedimiento se han presentado seis ofertas, por lo que resulta razonable pensar que los cálculos realizados por el órgano de contratación fueron los correctos.

En cuanto a la segunda cuestión el órgano de contratación trae a colación el Real Decreto 1767/81 y los contratos que ligaban al Ministerio de Defensa con la Empresa Nacional Santa Bárbara de industrias militares, entidad que dejó de pertenecer al sector público para integrarse en el sector privado. Expone que en la cláusula 39 del Pliego De Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al contrato de 2008 se establecía que la Administración (Ejército de Tierra) tiene derecho al uso total o parcial, directamente o a través de terceros, de las tecnologías y propiedades industriales que se generen con cargo al presente contrato.

Sobre esta cuestión se añade igualmente el contenido del informe técnico incluido en el expediente de contratación según el cual los manuales técnicos son documentos de referencia, lo que no significa que se vayan a proporcionar a un tercero. Por otro lado, el Ministerio es propietario de todas las PMET y además el recurrente reconoce la propiedad industrial e intelectual del Ejército, como se desprende de la carta que se adjunta y que se incluye en el expediente de contratación.

Opina el órgano de contratación que la verdadera intención del recurrente es mantener una supuesta posición de privilegio, sobre la base de una supuesta exclusividad al ser titular de la propiedad industrial, sin aportar documento alguno que así lo acredite.

Sexto. En el trámite de alegaciones la entidad mercantil Fluidmecánica Sur S.L. expone cómo en su opinión el procedimiento elegido por la Administración contratante es una muestra patente de que no procede reconocer ningún derecho de preferencia o exclusiva a favor del recurrente. Expone también que la delimitación de los precios del contrato es correcta porque el órgano de contratación dispone del adecuado estudio para realizarla, porque la fijación de precios en un mercado es libre de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal y porque en este caso se ha favorecido la concurrencia entre las entidades del sector, quienes han podido hacer sus ofertas atendiendo a precios razonablemente fijados.

En cuanto a la presunta vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial de la recurrente se expone que la estimación de la tesis sostenida en el recurso supondría una patente indefensión para los demás licitadores, quienes no han podido conocer el contenido del contrato que ligaba originariamente al Ministerio de Defensa y a la recurrente. Se expone igualmente que la recurrente lo que pretende es tener una exclusividad perpetua sobre los vehículos de la familia Pizarro, lo cual casaría muy mal con los principios rectores de la contratación pública y, particularmente, con el principio de concurrencia. Expone también que la adquisición de los vehículos supuso también la de los elementos anexos, e invoca el artículo 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el que se establece que a menos que se prevea otra cosa, 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 han de llevar aparejada la cesión de éste a la administración contratante.

Séptimo. Sobre la existencia de precios inferiores a los de mercado surge la discrepancia entre las partes, pues mientras el órgano de contratación sostiene que sus precios no son inferiores a los de mercado, aportando un informe a este respecto, la recurrente afirma que sí lo son. Estamos ante una cuestión de prueba, que es anterior a cualquier otra que se pueda plantear respecto de los efectos jurídicos de la fijación del precio por debajo del valor de mercado. Para poder valorar las consecuencias que ello tendría, primero debemos saber si, en efecto, se ha producido esa valoración por debajo del precio de mercado.

Al tratarse de una cuestión probatoria debe regir el principio de que este Tribunal ha de revisar esta cuestión según lo que las partes hayan alegado y probado, pues es este un principio esencial en nuestro ordenamiento jurídico. Tanto en el proceso jurisdiccional como en el procedimiento administrativo, incluyendo la vía del recurso, las partes intervinientes pueden alegar y probar lo que tengan por conveniente, de modo que quien alega un hecho debe probarlo.

La recurrente se limita en el presente caso a señalar dónde a su juicio se ha producido la incorrecta determinación del precio y a invocar genéricamente la doctrina de los Tribunales acerca de la importancia de la valoración de mercado en cuanto a la fijación del precio.

En efecto, el recurrente señala *“En consecuencia, el precio del Acuerdo Marco (o de los contratos que se adjudicarán mediante el mismo) se determina a través de los precios unitarios por hora de mano de obra (en relación con el servicio de mantenimiento) y de los precios unitarios de cada repuesto a suministrar, fijado en el Anexo X del PPT, entre los que se incluyen, como se dice, precios de suministros por debajo de su valor real de mercado. En concreto, debemos destacar los siguientes:*

- *Calefacción. Con referencia NOC 2540332010946 se señala como un suministrable la "calefacción" de los Vehículos, debiendo entender por ello el conjunto de elementos que integran el sistema de calefacción, puesto que el Catálogo Ilustrado de Artículos de Abastecimiento (en adelante, el "CIAA") no recoge un artículo tal como "calefacción" sino los distintos elementos que lo componen (tuberías, bombas de calor, etc.). Pues bien, se fija un precio global de "calefacción" de 1.468,22 euros, lo que*

evidentemente no alcanza el precio de mercado del conjunto de elementos que integran el sistema de calefacción de cada uno de los Vehículos cuyo mantenimiento es objeto del Contrato.

- *Asientos. Con referencia NOC: 2540332010948 se contempla como un suministrable los "Asientos", lo que nuevamente debe entenderse referido al conjunto de todos los asientos que lleva cada Vehículo, puesto que el CIAA no recoge tal componente, sino los asientos individualmente considerados. Y también en este caso el precio unitario máximo fijado por el PPT, en 932'20 euros no alcanza el coste del conjunto de asientos de cada Vehículo, debiendo considerar que por tal precio el adjudicatario se obligaría a sustituir todos los asientos de un Vehículo.*
- *Rueda de Apoyo, con referencia NOC: 2530332010941. Nuevamente debe considerarse por tal suministro el conjunto de todas las ruedas que lleva cada Vehículo, por cuanto el CIAA no recoge ese componente, apareciendo en su lugar las ruedas individualmente consideradas. Y de igual forma que en el caso anterior, el precio fijado por el PPT es muy inferior al precio de mercado de este suministro (e incluso a su coste). Así, el precio fijado por el PPT es de 502,46 euros, precio que corresponde prácticamente a una rueda ordinaria de un turismo pero en ningún caso al precio de las ruedas de un Vehículo Pizarro."*

Sin embargo, ninguna prueba de estas circunstancias se acompaña con el recurso, ningún documento, catálogo, declaración de un experto o cualquier otro medio de prueba que identifique los repuestos de manera específica y dé un valor concreto a los mismos.

De este modo su alegación se convierte en una mera declaración subjetiva que este Tribunal no puede comprobar, lo cual veda la posibilidad de que podamos valorar qué efecto puede tener una hipotética fijación incorrecta de los precios unitarios de tres de los suministros.

A todo ello debe añadirse otra circunstancia como es que el órgano de contratación sí que aporta un informe para refutar la afirmación del recurrente. Este Tribunal entiende que el valor de este informe no puede ser el de acreditar que los precios eran correctos, pues su contenido se limita a otra declaración subjetiva, pero sí que aclara algunos

puntos de interés: así, expone que el escrito de recurso parece dar por sentado que, en relación a los asientos y a la rueda de apoyo, el precio fijado incluiría la totalidad de los componentes de este tipo que tenga el vehículo en cuestión, cosa que no es cierta, pues tales precios se referirían a cada rueda o a cada asiento. Sobre este punto, el Tribunal entiende que esta respuesta es razonable y lógica, como también lo es el hecho de que, al ser la primera vez que se adquieren estos suministros, el precio sea una estimación.

Pero lo que para el órgano de contratación es una pura estimación no lo es para los licitadores, que saben cuánto cuesta exactamente cada repuesto. Por eso, la alegación del recurrente no puede tener valor suficiente para lograr la convicción de este Tribunal, porque la prueba de que los precios eran inferiores a los de mercado era perfectamente posible para todos los licitadores y, sin embargo, el recurrente la ha omitido.

Octavo. En cuanto a la violación de los derechos de propiedad intelectual e industrial, hemos de recordar que estos derechos son los que el ordenamiento jurídico atribuye como consecuencia de una creación intelectual o de una invención que pueda llevar aparejadas utilidades de tipo industrial.

Estos derechos se incluirían en las denominadas “*propiedades incorpóreas*” y se despliegan en un conjunto de derechos de diferente signo. Por ejemplo, en el caso de la propiedad intelectual comprende derechos personalísimos e intransmisibles como el derecho moral de autor y un conjunto de derechos de marcado contenido patrimonial, que son susceptibles de valoración económica y que incluirían, por ejemplo, el derecho a la explotación de la obra. Sobre los primeros no cabe realzar negocios jurídicos traslativos. Los segundos son habitualmente objeto de este tipo de negocios, y deben quedar imbricados por su naturaleza en el derecho civil puro.

El TRLCSP se refiere a este tipo de derechos en el artículo 301 que habla del contenido y límites de los contratos de servicios, cuyo párrafo segundo 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 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 a que se refiere el artículo 3.1. “

Este precepto, previsto para el contrato de servicios, viene a modular de alguna manera 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 comprenderán la explotación, pero nunca los personalísimos a que antes aludimos que, por su propia naturaleza, no pueden ser transmitidos conforme a derecho.

Sentada esta doctrina de carácter general podemos acercarnos ya al caso que ahora nos atañe. En primer lugar hay que recordar que estamos en presencia de un contrato mixto que incluye prestaciones propias del contrato de servicios y del de suministro. Y en segundo lugar, que realmente el contrato que nos debe preocupar a los efectos de saber

si existió o no cesión de los derechos económicos derivados de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial es el contrato de suministro de los vehículos afectados en este. Pues bien, como hemos visto, aunque se limite a los contratos de servicios, estos derechos son transmisibles mediante pacto entre las partes aunque se trate de otro tipo de contratos y es lo cierto que, tal como alega el órgano de contratación, en la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al contrato de 2008 se establecía que la Administración (Ejército de Tierra) tiene derecho al uso total o parcial, directamente o por transferencia a terceros, de las tecnologías y propiedades industriales que se generen con cargo al coste del presente contrato.

Esta circunstancia nos hace pensar que existió un pacto de cesión cuyo contenido no está lo suficientemente explicitado, pero que debe comprender la utilización de los elementos de propiedad industrial e intelectual necesarios para el uso de los vehículos. Y todo ello se advierte también por el contenido de la carta que el órgano de contratación ha unido al expediente, documento en el que la recurrente reconoce de manera expresa que la cesión se produjo y que fue consentida por ella. Este consentimiento derivaría pues, no sólo de la aceptación de las condiciones del pliego de aquél contrato, sino también de su posterior firma y del reconocimiento expreso hecho en el documento aportado por el órgano de contratación, donde señala que sería necesaria la autorización del Ejército de Tierra para que una autoridad extranjera pudiese ver los manuales de usuario con el fin de desarrollar un vehículo similar al Pizarro, por pertenecer su propiedad al Estado español, a través del Ejército de Tierra.

Por otro lado, existe un argumento más. La pretensión del recurrente debería en todo caso considerarse excesiva si tenemos en cuenta que la misma supone que la entidad contratante adquiere la propiedad de los manuales técnicos de los vehículos -pues así resulta de la normativa y del contrato que los ligaba- pero no puede utilizarlos más que para reparar los vehículos ella misma. Esta pretensión es excesiva porque vaciaría de contenido cualquier cláusula de cesión de derechos como las que ya hemos analizado, convirtiendo la relación jurídica que liga al recurrente y a la Administración en una relación de servicios permanente durante toda la vida útil de los vehículos objeto del contrato inicial, cosa que no estaba pactada en aquel contrato. De hecho, el ejército ni siquiera podría acudir a una reparación externa en casos de urgencia si el vehículo

estuviese averiado, por ejemplo, en una zona de conflicto armado. Tal interpretación es, a nuestro juicio, completamente ajena a la voluntad de las partes en el contrato inicial y conduce a resultados absurdos.

La razón de que este resultado sea incongruente es que la pretensión del recurrente parte de una premisa equivocada, como es que la consulta de los manuales técnicos de los vehículos con el fin de proceder a su reparación vulnera los derechos de propiedad incorporal de la recurrente, cosa que no es cierta.

Y finalmente este Tribunal debe señalar que la presunta vulneración de los derechos que se pudiese producir no podría ser apriorística en este caso, por las razones que ya hemos expuesto. El objeto del contrato delimita suficientemente que una de las prestaciones es el mantenimiento y la reparación de los vehículos, imponiendo una obligación de reserva y respeto a los derechos del inventor o del autor. El mero acceso al manual no supone una violación de derechos y ese mero acceso es lo que contiene el contrato. Cualquier violación posterior de los derechos del autor o de las patentes del recurrente podrá ser corregida, si se produjese, a través de los medios que establece el ordenamiento jurídico.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.P.G., en representación de la empresa Santa Bárbara Sistema S.A contra la resolución de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército, por la que se aprueban los pliegos del expediente 2 0911 2013 0016 00 (AM-0016/13-8) cuyo objeto es "Apoyo al mantenimiento familia VCI/VCPC Pizarro", confirmando la resolución recurrida por ser conforme a derecho.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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 contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo 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.