Informe 23/10, de 24 de noviembre de 2010. «Contratos para el mantenimiento de aplicaciones informáticas, aplicación del procedimiento negociado en supuestos de exclusividad y duración de los contratos».

Clasificación de los informes: 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.3. Cuestiones relativas a la duración de los contratos, plazos, prórrogas e impuestos. 14. Procedimientos de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Concello de Pontevedra se formula la siguiente consulta:

"Este Ayuntamiento ha adquirido, en su día y de la misma empresa, diferentes aplicaciones informáticas destinadas a su contabilidad, registro general, recaudación, gestión tributaria, etc. Las adaptaciones a las necesidades municipales, o a las cambiantes normativas en cada caso aplicables, así como la resolución de errores o defectos de los programas adquiridos, hacen indispensable contratar su mantenimiento.

Por los servicios gestores municipales se pone de manifiesto, y esta conclusión es aseverada por el servicio de informática, que solo cabría acudir, por procedimiento negociado al amparo del art. 154.1 d) de la Ley 30/2007 (LCSP en adelante), a la contratación directa de la empresa suministradora de los programas, sea por razones jurídicas (al ser titular de los derechos de explotación en exclusiva), como materiales (al ser la única que conoce los códigos fuente de los programas).

Pero, por otra parte, estas mismas razones suponen que, conceptuado el contrato de mantenimiento como de servicios, se prolongará sine die en tanto se mantengan los programas adquiridos, con lo que se produciría, de facto, una contratación directa indefinida.

Contratar cada rectificación, modernización o adaptación como contratos menores, por separado, podría suponer un fraccionamiento indebido del objeto del contrato, amén de resultar antieconómica.

La adquisición de programas de software libre, o desarrollados a medida para el Ayuntamiento, en cuyo caso se adquiriría asimismo la titularidad del derecho de propiedad intelectual o comercial, se revela, según los técnicos municipales, como de extraordinario coste en comparación con los existentes en el mercado y a disposición de todas las entidades locales.

Por la misma razón la elaboración de programas de este estilo por el propio Ayuntamiento, presenta una inversión tal que solo se compensaría mediante economías de escala, es decir, si se utilizase por una gran pluralidad de entidades locales.

Así, quizá la mejor de las soluciones sería la elaboración de programas tipo para todas las entidades locales por el Estado, las Comunidades Autónomas o las propias Diputaciones Provinciales, que respondan adecuadamente a sus necesidades. Sin embargo, no se tiene constancia de su existencia, y de las posibilidades de acceso del Ayuntamiento de Pontevedra, dadas sus características, a los mismos.

Es más, la única solución parece ser la que se está señalando, es decir, acudir a los programas existentes en el mercado y, consecuentemente, a la adjudicación de su mantenimiento por la vía expuesta, como prueba el hecho de reiterarse en multitud de Ayuntamientos, incluso de mucha mayor entidad que el propio.

Considerando que la consulta se incardina en las competencias propias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, afectando la contestación que se adopte a multitud de casos similares y al proceder futuro de este Ayuntamiento, se insta la emisión del correspondiente informe en el que se señale, bajo la autorizada perspectiva de esa Junta, cuál sería el proceder correcto, conforme a Derecho, en estos casos y, especialmente, sobre la posibilidad, a la vista de las circunstancias concurrentes, de acudir al procedimiento negociado al amparo del art. 154.1 d) de la LCSP aún reiterándose, en principio indefinidamente, en el tiempo".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta se limita a plantear la cuestión relativa a si es posible contratar al amparo del artículo 154.1, d) de la ley de Contratos del Sector Público el mantenimiento de diferentes aplicaciones informáticas contratadas por el Ayuntamiento.

2. El artículo 154.1, d) de la Ley mencionada dispone que "los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes

casos: …d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado"

Se trata, así pues, de determinar si el contrato a que se alude en la consulta se encuentra incluido dentro de alguno de los supuestos mencionados en el precepto transcrito.

Un somero análisis del problema pone de manifiesto con toda claridad que no es competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resolver una tal cuestión. En efecto, reducida la consulta a los términos expresados, es evidente que no versa sobre una cuestión de derecho por lo que no puede ser objeto de dictamen.

Por el contrario, serán los equipos técnicos del Ayuntamiento los que deberán informar acerca de si existe o no la posibilidad de contratar los servicios de mantenimiento de las citadas aplicaciones con varias empresas o si, por concurrir alguna de las circunstancias indicadas no cabe convocar la concurrencia debiendo celebrarse el contrato necesariamente con la suministradora. De ser así, está claro que la contratación debería hacerse de conformidad con el precepto mencionado.

3. Al hilo de lo anterior y de manera incidental, la consulta plantea otra cuestión: la referida a la posibilidad de que la duración del contrato de mantenimiento supere el límite que para la duración de los de servicios establece la Ley. A este respecto debe traerse a colación aquí el artículo 279.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de conformidad con el cual el plazo máximo para la duración de los contratos de servicios es de cuatro años, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga en los términos previstos en el mismo. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo dispone que *"no obstante lo dispuesto anteriormente, los contratos regulados en este Título que sean complementarios de contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal".*

Pues bien, puesto que el contrato principal en este caso debe ser calificado a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.3 b) de la Ley citada como contrato de suministro, el de mantenimiento complementario del mismo deberá una duración coincidente con la del contrato principal.

La cuestión a plantear a este respecto, sin embargo, va más allá habida cuenta de que los contratos de suministro frecuentemente son contratos que agotan su duración en un solo acto, de tal forma que una vez entregado el objeto del suministro el contrato se extingue (esta afirmación debe entenderse sin perjuicio de los efectos que el contrato pueda producir con posterioridad en relación con la garantía de los productos suministrados por vicios o defectos en los mismos).

En el caso presente no se aportan datos en relación con la duración de las licencias adquiridas para la utilización de las aplicaciones a que se refiere la consulta, si bien cabe deducir de los términos de la misma que lo han sido con carácter indefinido. En tal caso, la duración del contrato de mantenimiento no podría coincidir con la del contrato principal de suministro toda vez que éste agotó sus efectos en el acto de entrega, por lo que en el momento de contratarse el mantenimiento, el contrato principal ya se habría extinguido.

Así las cosas, dos son las opciones que pueden plantearse a efectos de dar solución a la cuestión planteada. De una parte entender que el contrato de mantenimiento debe tener una duración máxima de cuatro años, más las prórrogas admisibles de conformidad con el tenor del aparatado 1 del artículo 279, o, de otra, considerar que si bien es cierto que el contrato se extinguió en el mismo acto de su cumplimiento, sin embargo los efectos del mismo se perpetúan en el tiempo y, en consecuencia, cabe admitir que la duración del contrato complementario de servicios se prolongue mientras subsista la utilización de las aplicaciones suministradas.

A juicio de esta Junta, la primera de las opciones se ajusta más al mandato legal que restringe, salvo excepción, la duración de los contratos de servicios a los cuatro años más un máximo de dos de prórroga. Y ello porque la norma de excepción que contiene el apartado 2 del artículo mencionado tiene por objeto contratos complementarios de otros cuya prestación se dilata en el tiempo, y no aquellos en ésta, como en el caso presente, se agota en un solo acto. Puesto que el legislador, pudiendo haber incluido el supuesto analizado entre los previstos en el citado apartado dos, no lo ha hecho debe entenderse que ha sido su voluntad excluirlos.

Pudiera considerarse que es poco razonable y nada eficiente establecer una duración máxima de seis años para un contrato de mantenimiento cuando se es consciente de que éste una vez extinguido deberá volver a celebrarse con la misma empresa. Sin embargo, esta afirmación debe tomarse en sus justos términos, toda vez que el propósito del legislador al establecer un

plazo máximo para la duración de los contratos de servicios es evitar que la ejecución de éstos, cuando son o pueden ser de larga duración, quede definitivamente sustraída a la posibilidad de someterlos a la concurrencia. Ello unido al hecho de que no es descartable en ningún momento la posibilidad de que las circunstancias del mercado se alteren y sea posible contratar el mantenimiento con otros operadores económicos.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1º. La determinación de si un contrato puede ser adjudicado mediante el procedimiento negociado en base a lo previsto en el artículo 154.1 d) de la Ley de Contratos del Sector Público no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de la Junta Consultiva, debiendo ser los servicios técnicos del Ayuntamiento consultante los que proporcionen al órgano de contratación los datos precisos para decidir sobre esta cuestión.

2º. La duración de un contrato de servicios que tiene por objeto el mantenimiento de unas aplicaciones informáticas está sometido al plazo máximo de duración establecido en el artículo 279.1 de la Ley de contratos del Sector Público, lo que supone que no podrá celebrarse por más de cuatro años más dos de posibles prórrogas.