



CONSULTA 077/2024, de 04 de septiembre de 2024. Procedimiento de adjudicación de licencias de una determinada marca.

1

CONSULTA (discurso directo)

“Necesitamos aclaración sobre el siguiente tema relacionado con licencias de Software:

La XX tiene un software para filtrado de correos denominado IRONPORT (esta es la empresa).

Esta empresa no vende directamente las licencias sino que lo hace a través de distribuidores a los que les da precio.

Necesitamos renovar las licencias de Ironport que cuestan en el entorno de los 10.000€ anuales.

La pregunta es si podemos sacar un concurso abierto (insisto al que no se va a presentar Ironport, sino sus distribuidores) en el que pidamos "LICENCIAS IRONPORT PARA PROTECCIÓN DEL CORREO"

RESPUESTA

La adjudicación de los contratos debe respetar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante: LCSP), los principios de *“libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Asimismo, debe “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*



Por su parte, el artículo 28 de la LCSP, en su apartado primero, especifica que el órgano de contratación solo puede celebrar aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, debiendo justificar que lo que contrata (objeto del contrato) es idóneo para aquello:

Artículo 28.1. “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

2

El artículo 126 de la LCSP, regula cómo deben establecerse las prescripciones técnicas del contrato:, e indica que:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.

Por su parte, el apartado 6, del propio artículo 126, señala que:

“6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”.



Así pues, y salvo que lo justifique el objeto del contrato, no se puede contratar una marca determinada. Sobre esta cuestión el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) se ha pronunciado en diversas ocasiones; así, en la Resolución 143/2018, de 9 de febrero, indica:

“(…) Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen.”

Asimismo, en la Resolución nº 1127/2022, el TACRC señaló:

“(…) Para analizar la cuestión planteada es necesario recordar que el órgano de contratación posee un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos exigidos en las licitaciones públicas a fin de garantizar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos. Así lo hemos señalado en numerosas resoluciones entre las que podemos citar a modo de ejemplo la Resolución 27/2022, en la que señalamos lo siguiente:

«Conviene recordar así, por último, que esta discrecionalidad técnica reconocida en favor del órgano de contratación viene siendo reiterada por este Tribunal. Al efecto puede citarse la Resolución nº 263/2019, de 25 de marzo del mismo año, y las que en ella se citan: «El artículo 1.1 de la LCSP establece, en similares términos al artículo 1 del



derogado TRLCSP, que ‘La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa’.

Es por ello que continúa siendo totalmente válido el criterio seguido por este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirma que ‘pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. (...)’.

Y en la Resolución nº 874/2019, el Tribunal estableció:

“(...) A este respecto conviene matizar que este Tribunal ha admitido la posibilidad de establecer requisitos relacionados con una determinada tecnología cuando ello sea necesario para la ejecución del contrato,

(...)

Este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, por referencia a la doctrina emitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como de otras Juntas Consultivas en la materia, que será válida la exigencia de que se utilicen determinadas marcas o productos cuando existan especialidades en el objeto del contrato que lo justifiquen, salvo que existan en el mercado productos similares, con idéntica o similar funcionalidad.



(...)”

En el caso que nos ocupa, la consultante indica que se pretenden adquirir licencias de una determinada marca, IRONPORT, que es un software de seguridad para correo electrónico, por lo que **deberá quedar justificado en el expediente que únicamente son este tipo de licencias las que satisfarían las necesidades del órgano de contratación.**

Indica la consultante que **si el procedimiento abierto podría utilizarse como procedimiento de adjudicación del contrato** (de suministro, entendemos) de "LICENCIAS IRONPORT PARA PROTECCIÓN DEL CORREO". Señala, asimismo, que al citado procedimiento no se presentaría el fabricante, sino los distribuidores de la marca.

Respecto del procedimiento de adjudicación, el artículo 131 de la LCSP señala que:

“1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas de la presente sección.

2. La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

(...)”.

El artículo 131 de la LCSP prevé que **la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando el procedimiento abierto** o el procedimiento restringido; es decir, cualquier contrato podrá adjudicarse mediante uno de estos procedimientos, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante procedimiento restringido.



De acuerdo con lo expuesto, el procedimiento abierto, con la salvedad indicada, puede utilizarse en todo tipo de contratos, independientemente de su cuantía; es decir, un contrato que, por su escaso importe económico, podría adjudicarse como un contrato menor, también podría licitarse mediante el procedimiento abierto. Además, este tipo de procedimiento respeta los principios de libre concurrencia, publicidad y transparencia que deben estar presentes en toda contratación; así, el artículo 156.1 de la LCSP establece que *“En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores”*. Sería, además, el que permitiría a todos los distribuidores de IRONPORT presentarse a la licitación que se convoque.

Como **conclusión**, y en respuesta a la consulta, es necesario señalar lo siguiente:

- En primer lugar, deberá quedar justificado en el expediente que las licencias que se solicitan, para satisfacer adecuadamente las necesidades del órgano de contratación, solo pueden ser de un determinado fabricante (IRONPORT).
- Una vez justificado lo anterior, el contrato podrá adjudicarse por el procedimiento abierto para que, tal y como señala el consultante, puedan presentarse a la licitación los distribuidores de la marca.

Finalmente, indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN