



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 28 de juliol de 2020

Informe 1/2020, de 28 de juliol de 2020, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. Qualificació jurídica dels contractes de renovació i actualització de llicències informàtiques

Antecedents

1. En data 25 de maig de 2020 va tenir entrada una sol·licitud d'informe de l'interventor general de la Comunitat Autònoma en relació amb la qualificació jurídica dels contractes de renovació i actualització de llicències informàtiques.

En la sol·licitud s'exposa que resulta força habitual que es presentin a fiscalitzar expedients que tenen per objecte la renovació de llicències de productes informàtics que comporten una garantia de suport ja inclosa en el cost de renovació. Aquesta garantia de suport té per finalitat mantenir actualitzats els esmentats productes o rebre pegats que resolguin possibles errors. En els plecs es preveu el pagament del 100% del preu d'adjudicació un cop renovada la llicència i expedients solen ser qualificats de contractes de subministrament. En la majoria dels casos, el preu ofert per les empreses inclou el subministrament i el manteniment, i el pagament del preu es sol·licita en la seva totalitat en el moment del lliurament del subministrament.

A la Intervenció General li preocupa la correcta qualificació de l'objecte del contracte, principalment en la fase d'execució i pagament, ja que si la qualificació correcta d'aquests contractes és la de contractes mixtes, per contenir subministraments i serveis, el règim jurídic dels seus efectes i extinció s'haurà d'establir en els plecs atenint-se a les normes aplicables a les diferents prestacions fusionades i el pagament del servei s'haurà de tramitar de acord amb el que s'estableix en l'article 198 de la LCSP i en el 199 del RGLCAP, a la vista de les tasques realment executades i en els venciments estipulats. Això implica la obligatorietat de pressupostar les distintes prestacions i desglossar les diferents anualitats, present i futures, a les que

s'haurà d'imputar la despesa derivada del contracte, atès que el període de garantia de suport abasta més d'una anualitat.

Per tot això, la Intervenció General planteja les qüestions següents:

1. Com determinar si la inclusió de les tasques del servei de garantia de suport a l'objecte del contracte implica la qualificació com a de subministrament simple o com a contracte mixt de subministrament i serveis?
 2. En el cas que ens trobem davant d'un contracte mixt, com es pot resoldre el pagament del preu que exigeix el mercat? És possible entendre que el servei de garantia de suports és a preu zero?
 3. Si la resposta que es doni a les preguntes anteriors es pot estendre als supòsits en el que l'objecte del contracte sigui l'adquisició de llicències i no l'actualització, però s'inclogui igualment el servei de garantia de suport.
2. El dia 12 de maig de 2020 es va emetre l'informe jurídic preceptiu exigint en l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. En aquest informe, el cap del Servei del Sector Públic Instrumental, adscrit al Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, va fer un estudi detallat dels conceptes i de les prestacions pròpies dels contractes de *software* i conclou, en resum, que les pautes a tenir en compte per determinar la qualificació jurídica dels contractes objecte de consulta estan relacionades amb si la garantia de suport té o no prou autonomia com a prestació de serveis i si és o no intrínseca a la renovació de llicència.

Consideracions jurídiques

1. L'article 65 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, disposa que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa és l'òrgan consultiu específic de l'Administració de la Comunitat Autònoma i de la seva Administració instrumental en matèria de contractació.

Segons l'article 12 del text consolidat del Decret 3/2016, de 29 de gener, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes (modificat pel Decret 26/2017), la Junta emetrà els informes a petició, entre d'altres, dels secretaris generals de les diferents conselleries, de l'interventor general, del tresorer general i de la Direcció de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma.

2. L'informe el sol·licita l'interventor general, que es troba legitimat de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 3/2016, de 29 de gener ja esmentat.
3. La sol·licitud compleix els requisits que exigeix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, ja que ve acompanyada d'un informe jurídic i de la documentació necessària per emetre'l.
4. Per poder donar resposta a les preguntes concretes que planteja la sol·licitud d'informe, cal revisar, en primer lloc, els tipus contractuals que preveu la legislació de contractes en els quals encaixarien les renovacions i actualitzacions de llicències.

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), delimita els tipus contractuals en la Secció 1a del Capítol II (articles 12 a 18).

En l'article 16 de la LCSP es defineixen com a contractes de subministrament aquells que tenen per objecte l'adquisició, l'arrendament financer, o l'arrendament, amb opció de compra o sense, de productes o béns mobles. I més concretament, en relació amb els productes informàtics, la lletra *b*) de l'apartat 3 considera que, en tot cas, són contractes de subministrament:

b) Els que tinguin per objecte l'adquisició i l'arrendament d'equips i sistemes de telecomunicacions o per al tractament de la informació, els seus dispositius i programes, i la cessió del dret d'ús d'aquests últims, en qualsevol de les seves modalitats de posada a disposició, a excepció dels contractes d'adquisició de programes d'ordinador desenvolupats a mida, que es consideren contractes de serveis.

L'article 17 de la LCSP, defineix els contractes de serveis com aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o subministrament, inclosos aquells en què l'adjudicatari s'obligui a executar el servei de manera successiva i per un preu unitari.

L'article 18 LCPS, defineix els contractes mixtes com aquells que continguin prestacions corresponents a un altre o altres d'una classe diferent, i estableix que es podran subscriure, únicament i d'acord amb l'article 34.2 LCSP, quan es puguin fusionar prestacions corresponents a diferents contractes, quan aquestes prestacions estiguin vinculades directament entre si i mantinguin relacions de complementarietat que n'exigeixin la consideració i el tractament

com una unitat funcional dirigida a la satisfacció d'una necessitat determinada o a la consecució d'un fi institucional propi de l'entitat contractant.

A diferència de la legislació anterior, l'actual LCSP regula el règim jurídic dels contractes mixtes de manera més detallada i completa, distingint, en l'article 18 el règim jurídic d'aplicació en funció de la naturalesa del contracte predominant en cada cas.

Concretament, l'apartat 1 de l'article 18 disposa que quan es tracti de contractes composts en part per serveis, —que en el cas consultat correspondria a la garantia de suport—, i en part per subministraments, — que en el cas consultat correspondria a la renovació de la llicència—, el règim jurídic aplicable és el següent:

- Per determinar el règim jurídic de la preparació i adjudicació, cal atènyer-se al caràcter de la prestació principal, que es determinarà en funció de quin sigui el més alt dels valors estimats dels respectius serveis o subministraments.
 - El règim jurídic aplicable als efectes, compliment i extinció es determinarà en els plecs de clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP), que l'hauran de detallar, tenint en compte les normes aplicables a les diferents prestacions que s'hi fonen, tal com disposa l'article 122.2. LCSP.
5. Si s'analitzen amb detall les referències que conté l'article 16.3 b) LCSP en relació amb els productes informàtics, es desprèn, d'una banda, que el subministraments informàtics poden tenir per objecte diferent tipus de productes: ja siguin equips, sistemes, dispositius o programes; i de l'altra, que aquests productes es poden transmetre o alienar de diferents maneres: ja sigui mitjançant adquisició, arrendament o cessió del dret d'ús, en qualsevol de les seves modalitats de posada a disposició.

Atès que la sol·licitud d'informe fa referència a les llicències informàtiques, més concretament a les renovacions i actualitzacions d'aquestes, resulta adient, en aquest punt, aclarir els conceptes de llicència i de programa informàtic.

El Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola (RAE) no recull el concepte de programa informàtic, però sí inclou la veu anglesa *software* que es defineix com el "*conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora*". Aquest concepte es diferencia del *hardware*, que és l'equip o "*conjunto de aparatos de una computadora*", segons el mateix Diccionari. Per tant, el software fa referència al conjunt de programes d'una computadora o d'un ordinador, de tal manera que els

conceptes de *software* i programa informàtic són sinònims, i a l'efecte d'aquest informe, s'empren de manera indistinta.

El diccionari de la RAE tampoc recull el concepte de llicència informàtica, però segons la "*Guía para la redacción y negociación de contratos de software*" de l'any 2018 de l'Associació Espanyola de Dret de l'Entreteniment (DENA), els contractes de *software* que es poden subscriure entre un proveïdor i un client són de tres tipus:

- Contracte de llicència d'ús de software, per mitjà del qual s'autoritza l'ús d'un programa d'ordinador, protegit per drets d'autor, d'acord amb el Text refós de la Llei de propietat intel·lectual, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, a favor d'un tercer a canvi d'un preu determinat.
- Contracte de desenvolupament de software, per mitjà del qual el proveïdor, a canvi d'un preu pactat amb el client, elabora un programa d'ordinador que s'ajusta a les característiques funcionals i tècniques acordades amb el client.
- Contracte de manteniment de software, dins del qual es poden diferenciar tres formes habituals de manteniment:
 - Manteniment preventiu, que comprèn les operacions destinades a mantenir el correcte funcionament del software i que es fa abans que puguin sorgir errors en el sistema. Per tant, aquest manteniment està destinat a prevenir errors o incidències.
 - Manteniment correctiu, que inclou operacions per corregir o reparar els errors del software.
 - Manteniment evolutiu, que comprèn operacions per actualitzar i adaptar el software a les necessitats del client, a noves tecnologies o a canvis legislatius. Així, aquest manteniment evolutiu serveix per dotar de continuïtat al software mitjançant millores i noves versions.

Atesos els tipus contractuals de *software* i allò que preveu l'article 16 de la LCSP, es pot afirmar que l'adquisició, l'arrendament o la cessió del dret d'ús, en qualsevol de les seves modalitats de posada a disposició, d'una llicència de software es regirà pel règim jurídic aplicable als contractes de subministrament; mentre que l'adquisició, l'arrendament o la cessió del dret d'ús, en qualsevol de les seves modalitats de posada a disposició, d'un desenvolupament de *software* es regiran pel règim jurídic aplicable als contractes de serveis.

De fet, així ho ha entès tradicionalment la doctrina; per exemple, la *Junta Consultiva de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública* (en endavant, JCCAMEH) en el seu Informe 58/2018, disposa que:

Por tanto, no cabe ninguna duda de que conforme a la Ley de Contratos del Sector Público la adquisición, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de programas necesarios para el uso de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información e incluso la cesión del derecho de uso de los mismos debe considerarse como un contrato de suministro, sujeto a las prescripciones de la normativa contractual pública referentes a este tipo de contrato.

La excepción a la anterior regla viene representada por el supuesto de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios al tener un componente que los cualifica por causa de su carácter individualizado y exclusivo para el cliente público y, en consecuencia, no susceptible de venta masiva. Lógicamente, en este caso también estamos en presencia de contratos públicos y la normativa propia del contrato de servicios será la aplicable a estos contratos. No puede caber duda de la consideración de estas actividades como contratos de servicios ya que incluso cuentan con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

També cal fer referència a l'Informe 4/16, de 30 de juny de 2016, de la mateixa JCCAMEH, que va diferenciar els programes d'ordinador fets a mida, dels programes estandaritzats en el sentit següent:

La diferencia fundamental entre un programa a medida y un programa estandarizado es que en el primero se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa así como, en la medida en que se adquiere también el código fuente del mismo, poder modificar ese programa con cualquier finalidad.

Por el contrario, en un programa estandarizado, el órgano de contratación no adquiere la propiedad, sino únicamente la licencia de uso del mismo. Tampoco tiene derecho a modificarlo, incluso en el caso de que pudiera hacerlo sin el código fuente del mismo, ni a enajenarlo.

El inciso final de este precepto — fent referència a l'article 9.3 b de l'anterior Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant TRLCSP), que equival a l'actual 16.3 b LCSP —, indica clarament que si el programa que se adquiere o arrenda es un programa a medida estaremos ante un contrato de servicios, mientras que si se trata de un programa estandarizado el contrato será de suministros.

D'aquesta manera, en un contracte de llicència de *software* el que es posa a disposició és un programa estandaritzat, mentre que en un contracte de desenvolupament de *software*, el que es posa a disposició és un programa fet a mida.

No obstant, la LCSP no preveu expressament el règim jurídic aplicable als manteniments de *software*. Aquests manteniments comporten, necessàriament, la realització, per part de les empreses d'informàtica, d'una activitat successiva dirigida a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o d'un subministrament, que encaixa perfectament en la definició i característiques pròpies d'un servei.

Ara bé, resulta molt habitual en la pràctica, que el manteniment de *software* l'ofereixin les empreses a través d'una garantia de suport i ho facin com a servei addicional al subministrament d'una llicència informàtica estandaritzada. La

garantia de suport sol tenir per finalitat mantenir actualitzats els productes als últims avanços o rebre pegats de seguretat que resolguin possibles errors i problemes de l'aplicació. Aquesta manera d'actuar, complica als poders adjudicadors la decisió del règim jurídic aplicable al contracte, ja que podria encaixar en el que preveu l'article 18 pels contractes mixtes, per contenir prestacions d'ambdós tipus.

La doctrina, en aquest cas, no ha resolt la qüestió perquè ens trobam opinions dispars:

D'una banda, la *Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía* en el seu informe 10/2009, va considerar que:

"La adquisición del derecho de actualizaciones y soporte software de las licencias del producto, y la entrega y acceso a los parches y correcciones de errores relativas a dicho software así como el acceso a las nuevas versiones liberadas, entrarían dentro del concepto de suministro, mientras que, por otro lado, la atención y resolución de incidencias vía telefónica y por correo electrónico constituirían prestaciones propias de un contrato de servicios (...)"

D'altra banda, la JCCAMEH, en el seu Informe 4/16, fent referència a les prestacions que es solen incloure en el servei de garantia de suport va considerar el següent:

(...) la actualización de un programa estandarizado no conlleva ningún tipo de actuación compleja sino tan sólo la mejora, el parcheado o la corrección de fallos (*bugs fixing*) en el mismo. Esto forma parte del desarrollo normal de cualquier programa estandarizado del que se venden licencias de uso tales como sistemas operativos, paquetes de procesamiento de textos, tablas de cálculo, etc.

En este supuesto, resulta difícil sostener la calificación como contrato de servicios puesto que el contratista únicamente suministra una nueva versión del programa ya adquirido.

En segundo lugar, encontramos el supuesto en el que la actualización del programa implica tareas complejas como la incorporación de nuevas funcionalidades al mismo, la instalación o adaptación de los equipos o sistemas que emplean los programas o incluso la formación del personal destinado a su utilización. En este caso se podría argumentar la calificación de la actualización como contrato de servicios en la medida en que no solamente se entrega el programa sino que también se desarrollan actividades complejas destinadas a la utilización del mismo. En este supuesto podríamos considerar que este contrato tiene elementos propios del contrato de servicios ya que no implica únicamente la actualización del software sino también una serie de actuaciones adicionales a la misma.

(...)

6. Per tot això, en contestació a les preguntes plantejades, aquesta Junta Consultiva de Contractació és del parer següent:

6.1. En relació amb la primera pregunta, que planteja com determinar si la inclusió de les tasques del servei de garantia de suport a l'objecte del contracte no desvirtua la qualificació com a de subministrament simple o, si per al contrari, el contracte s'ha de qualificar de contracte mixt de

subministrament i serveis, resulta evident que l'actualització o el manteniment d'un programa informàtic comporta, per regla general, la prestació d'un servei per part de l'empresa, ara bé, quan es presenta juntament amb el subministrament d'un programa estandarditzat serà necessari realitzar un exercici interpretatiu de l'objecte del contracte per determinar la seva qualificació jurídica i no en tots els casos es tractarà d'un subministrament.

Aquesta Junta Consultiva comparteix l'opinió de la JCCAMEH (Informe 4/16), i considera que quan els serveis que s'inclouen en el subministrament no comportin actuacions complexes o siguin necessàries pel desenvolupament normal del programa, el contracte conservarà la qualificació de subministraments; en canvi, quan l'actualització o el manteniment impliquin actuacions complexes que excedeixin del desenvolupament normal del programa subministrat, el servei podria tenir autonomia suficient com per poder qualificar el contracte com a contracte mixt.

Però el que des del punt de vista d'aquesta Junta Consultiva resulta més significatiu per poder determinar, si la inclusió del servei de manteniment en el subministrament d'un software, comporta la qualificació del contracte com a mixt, és quina de les dues parts contractants té la iniciativa d'incloure la prestació del servei en el contracte. És a dir, la iniciativa permet considerar que:

- El contracte conservarà la qualificació de subministrament quan els serveis que s'hi incloguin (millores, pegats o correcció d'errades) siguin a iniciativa del proveïdor i aquesta es correspongui amb la forma habitual d'actuar en el mercat.
- El contracte s'haurà de qualificar de contracte mixt, quan la iniciativa d'incloure serveis sigui del poder adjudicador. En aquest cas, en l'expedient de contractació s'hauran de concretar amb claredat el subministraments i el serveis a contractar i és necessari, igualment, que els plecs especifiquin l'import o preu que correspongui per a cada una de les prestacions integrades en el contracte, tal com s'exigeix en l'article 2.1 Reglament General de la Llei de contractes de les Administracions Públiques (RD 1998/2011) que disposa que:

“Podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás.”

El contingut obligacional que el poder adjudicador detalli en el plec de prescripcions tècniques (PPT) determinarà la naturalesa mixta del

contracte, i d'acord amb l'article 18.1 LCSP, el règim jurídic de la preparació i adjudicació s'atendrà al caràcter de la prestació principal, que es determinarà en funció de quin sigui el més alt dels valors estimats dels respectius serveis o subministraments.

6.2. En relació amb la segona pregunta, que planteja si ens trobem davant un contracte mixt, com es pot resoldre el pagament del preu que exigeix el mercat i si és possible entendre que el servei de garantia de suport és a preu zero:

Si ens trobam davant d'un contracte mixt que preveu subministraments i serveis informàtics complexos i inclosos en el contracte a iniciativa del poder adjudicador, aquesta Junta Consultiva considera que aquests serveis no poden ser a preu zero. Si els serveis s'han inclòs en el contracte, és perquè són complexos, tenen prou importància econòmica i autonomia i no poden quedar subsumits en el subministrament. I des del moment en què en la fase de preparació del contracte s'hauran d'haver pressupostat, fixant un preu màxim de licitació ajustats al mercat, en la fase d'adjudicació del contracte, quedarà fixat el preu en concepte de la contraprestació al contractista pels serveis prestats.

De conformitat amb l'article 18.1 LCSP, el règim jurídic dels efectes, compliment i extinció es determinarà en el PCAP, que l'hauran de detallar, tenint en compte les normes aplicables a les diferents prestacions que s'hi fonen, tal com disposa l'article 122.2. LCSP. Per tant, la forma de pagament del preu de les diferents prestacions també haurà de trobar-se definida en el PCAP, d'acord amb l'article 198, –amb caràcter general–, l'article 301 –específicament, per la part del subministrament– i els articles 308.3 i 309 de la LCSP – específicament, per la prestació del servei –.

6.3. I finalment, amb relació amb la darrera pregunta, que planteja si el règim jurídic aplicable als contractes d'adquisició de llicències (no de renovació o l'actualització), que incloguin igualment el servei de garantia de suport, serà el mateix que el dels contractes de renovació o actualització que inclogui igualment aquell servei, la opinió d'aquesta Junta Consultiva és que:

Sens dubte, la contestació a aquesta pregunta ha de ser afirmativa. Tal com s'ha indicat en la consideració jurídica cinquena, l'article 16.3 b) LCSP considera que els productes informàtics es poden transmetre o alienar mitjançant adquisició, arrendament o cessió del dret d'ús, «en qualsevol de les seves modalitats de posada a disposició», per tant, sigui quina sigui la manera en que es transmeti la llicència, una primera versió o una renovació o actualització d'aquesta, el règim jurídic d'aplicació serà el mateix.

I des del moment en que, a iniciativa del poder adjudicador s'inclougui en el contracte de subministrament un servei de manteniment o garantia de suport complex, tal com s'ha exposat en la contestació a la primera pregunta, el règim jurídic aplicable serà el que preveu la LCPS pels contractes mixtes.

Conclusions

Atesos els arguments exposats, l'opinió de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa és la següent:

1. Els contractes de renovació i actualització de llicències informàtiques conservaran la qualificació jurídica de subministraments, quan en el contracte s'hi incloguin serveis de manteniment o garantia de suport, a iniciativa del proveïdor sense que comportin actuacions complexes o siguin necessàries pel desenvolupament normal del programa i aquesta iniciativa sigui la forma habitual d'actuar en el mercat. En canvi, s'hauran de qualificar de contractes mixtes, quan la iniciativa d'incloure serveis en el contracte sigui del poder adjudicador.
2. En els contractes de renovació i actualització de llicències informàtiques que incloguin serveis de manteniment o garantia de suport que s'haguin considerat mixtes d'acord amb la conclusió anterior, el pagament del preu del servei no podrà ser zero. En la preparació del contracte s'haurà d'haver pressupostat i fixat el preu màxim de licitació ajustat al mercat; amb l'adjudicació quedarà fixat el preu que correspongui en concepte de contraprestació al contractista.
3. El règim jurídic exposat en aquest informe en relació amb els contractes de renovació o actualització de les llicències també resultarà d'aplicació als contractes d'adquisició de llicències informàtiques, incloguin o no el servei de manteniment o garantia de suport.