

INFORME JUSTIFICATIVO DE LA CONTRATACIÓN DE LA LICENCIA DEL SOFTWARE ORCAFLEX A LA COMPAÑÍA ORCINA LIMITED A TRAVÉS DE UN PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN CONVOCATORIA DE LICITACIÓN

El objeto del presente informe es justificar la contratación por parte de la Fundación CENER (en lo sucesivo, “**CENER**”) a ORCINA LIMITED, compañía con sede en Daltongate, Ulverston Cumbria, LA12 7ª, United Kindom(en adelante, “**ORCINA**”), de la licencia del software denominado OrcaFlex (en adelante, el “**Software**”). La contratación de ORCINA se ha efectuado mediante un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por las razones que se expresan en el presente documento.

El presente informe jurídico se basa en las informaciones técnicas manifestadas por el Servicio de Análisis y Diseño de Aerogeneradores perteneciente al Departamento de Energía Eólica de CENER.

I. ANTECEDENTES.

La Fundación CENER (en adelante “**CENER**”) es un centro tecnológico nacional dedicado a la investigación, experimentación, desarrollo y fomento de las energía renovables en España. CENER es una fundación privada constituida conforme a las disposiciones de la *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, perteneciente al sector público como consecuencia de la composición de su dotación fundacional y del patronato del que forman parte el Gobierno de Navarra y la Administración General del Estado, e inscrita en el Registro de Fundaciones del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra con el nº 115. Por ello, esta fundación se encuentra dentro del ámbito de aplicación la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (En adelante “**LFCP**”).

II. JUSTIFICACIÓN

El Software OrcaFlex es un software de simulación hidrodinámica que permite simular cualquier cuerpo sumergido en un fluido, mediante técnicas de modelización de complejidad media, permitiendo unos tiempos de simulación eficientes tanto en precisión como en coste computacional.

El Software OrcaFlex es el único software conocido en CENER que proporciona estas capacidades técnicas, unidas a la posibilidad de conectarse con un código de simulación de aerogeneradores de acceso libre y gratuito llamado OpenFAST, además de ser el software más extendido entre los cliente de CENER que se dedican al diseño, desarrollo y promoción de plataformas flotantes.

La innegable ventaja de que esta herramienta se pueda acoplar directamente con OpenFAST permitirá a CENER hacer uso de todos sus desarrollos de los últimos 10 años en esta herramienta. Estos desarrollos incluyen desde desarrollo de modelos aerodinámicos de gran precisión, que solventan problemas que no hacen los software tradicionales, especialmente orientados a los grandes aerogeneradores, cada vez más flexibles. También permitirá acoplar con otros desarrollos como MUST, único software comercial conocido y desarrollado por CENER, que permite simular plataformas flotantes con múltiples aerogeneradores sobre una misma estructura flotante, cuya hidrodinámica será simulada por OrcaFlex. Con todas estas capacidades, CENER estará en disposición de dotar a la industria de la mayor capacidad de simulación, siendo capaces de simular con la precisión necesaria para la certificación, cualquier plataforma eólica marina existente en el mercado.

A la vista de lo expuesto, se hace necesario contratar el suministro del software a la empresa ORCINA, ya que no resulta viable desde el punto de vista técnico acudir a otros proveedores con otro tipo de software.

A mayor abundamiento, interesa destacar que el Software objeto de licencia está protegido por derechos exclusivos de propiedad intelectual que pertenecen a ORCINA, por lo que se hace necesario la contratación de dicho suministro a dicha empresa por ser el único proveedor capaz de suministrarlo.

En este orden de cosas, interesa traer a colación el art. 75.1.c) de la LFCP que contempla la posibilidad de utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación *“Cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos, el contrato solo pueda ser ejecutado por una empresa o profesional determinados.”*

Esta posibilidad está también prevista tanto en el artículo 32.2.b) iii) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública como en el artículo 168.a.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Son numerosos los pronunciamientos de la Junta de Contratación Administrativa admitiendo el empleo de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por razones de exclusividad técnica que abocan al órgano contratante a encomendar el objeto del contrato a un único empresario y que sea innecesaria la licitación del contrato, ya que no existe posibilidad de promover la concurrencia. Por su evidente paralelismo con el supuesto que nos ocupa, pasamos a reproducir a continuación el Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) que dispone lo siguiente:

“El artículo 170 d del TRLCSP habilita la utilización del procedimiento negociado sin publicidad “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”. Esta causa tiene su origen en el derecho comunitario en materia de contratación pública, en concreto, en el artículo 31.1 b de la Directiva

2004/18/CE y en el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE –que mantiene la previsión y la regula con más concreción.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que estas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado, entre otros, en el Informe 11/04, de 7 de junio, en el cual indica que el precepto que la prevé “no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad” de adjudicar el contrato directamente a un empresario sino que, tajantemente, dispone que procederá cuando “sólo se pueda encomendar a un único empresario”; y en el Informe 52/06, de 11 de diciembre, en el cual señala que lo decisivo es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, “siendo motivo indirecto y remoto que eso sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva”.

Por lo tanto, la circunstancia esencial para aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d del TRLCSP es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica, artística o de derechos de exclusividad, de manera que sea innecesaria la licitación del contrato, ya que no existe posibilidad de promover la concurrencia.

(...)

En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; que las excepciones se tienen que limitar a los casos en que la publicación no sea posible, dado que “no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato”; y que este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del mismo objeto artístico. Asimismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que “únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación”, y siempre que “no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”; y que “los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en

consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional”

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones “hay que citar la práctica imposibilidad técnica que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a la disposición de un único operador económico”, y que “pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.

Por su parte, el pronunciamiento de la Junta de Contratación Administrativa en su informe de 30 de octubre de 2006 pone de manifiesto que:

“La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en realizar una adecuada interpretación de la causa de utilización del procedimiento negociado cuando solo exista un contratista que pueda realizar el objeto del contrato, dado que si esto es así carece de sentido convocar una concurrencia imposible de producirse.

Con similar formula los artículos 141 b), 182 b) y 210 b) admiten la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario.”

En definitiva, CENER sólo puede optar por contratar el suministro a ORCINA, ya que no existe otro proveedor que suministre un software con la calidad y resolución necesaria tanto para los cálculos necesarios y la compatibilidad con los desarrollos propios de CENER basados en OpenFAST, y que permitan dar soporte en diseño y certificación de todas las plataformas eólicas flotantes conocidas. Por esta razón y con la finalidad de asegurar la garantía técnica de los trabajos a ejecutar por CENER en la digitalización de la eólica flotante marina, se ha decidido contratar a ORCINA, que es el titular de los derechos de propiedad intelectual que protegen dicho Software, por lo que es la única legitimada para otorgar la licencia objeto de contratación, lo que encaja en la excepción contemplada en el apartado 75.1.c) de la LFCP, y consecuentemente, procede tramitar tal contratación mediante la aplicación de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación.

III. SOBRE EL IMPORTE DEL CONTRATO.

El importe del software suministrado por ORCINA asciende a 25.400 € (IVA excluido), con lo que no se supera el umbral comunitario, y en consecuencia, no procede la publicación de un anuncio en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 LFCP.

IV. CONCLUSIONES.

En definitiva, entendemos que, desde un punto de vista normativo y conforme a la información técnica proporcionada por el Departamento de Análisis y Diseño de Aerogeneradores de CENER, resulta posible y ajustado a Derecho dirigirse exclusivamente a ORCINA para la contratación objeto del presente informe, mediante un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación al amparo del art. 75.1.c) de la LFCP.

En Sarriguren, a 23 de marzo de 2022

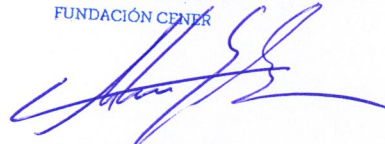


Elena Arbizu Jimeno
Directora Financiera



CENER

CENTRO NACIONAL DE
ENERGÍAS RENOVABLES
FUNDACIÓN CENER



Don Antonio Ugarte
Director del Departamento de Energía Eólica

