

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (en adelante Tecniberia) contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del acuerdo marco de servicios de “ Dirección facultativa de obra nueva, ampliación, mejora y demolición de centros educativos no universitarios y otros edificios dependientes de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades” número de expediente A/SER-004658/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el día 5 de septiembre de 2024 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día anterior, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 6 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 3.404.170,20 euros y su plazo de

duración será de dos años.

El plazo de licitación término el 10 de octubre.

Segundo. - Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP:

...Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios [personales] y/o [materiales]:

Los licitadores deberán incluir, acompañando a los documentos acreditativos de la solvencia exigida, un compromiso firmado por el representante legal de la empresa, de que destinará a la ejecución del acuerdo marco los medios personales exigidos en la cláusula 4.2.2. del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

Los medios mínimos asignados serán:

Lote 1:

- *Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico).*
- *2 Técnicos Directores de obra (arquitecto o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*
- *2 Técnicos Directores de ejecución de obra (arquitecto técnico o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

Lote 2 Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico).

- *Técnico Director de obra (arquitecto o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

Lote 3:

- *Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico). - Técnico Director de ejecución de obra (arquitecto técnico o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

Lote 4:

- *Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico). - 2 Técnicos Directores de obra (arquitecto o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*
- *2 Técnicos Directores de ejecución de obra (arquitecto técnico o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

Lote 5:

- *Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico). - Técnico Director de obra (arquitecto o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

Lote 6:

- *Un interlocutor (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero superior o ingeniero técnico).*
- *Técnico Director de ejecución de obra (arquitecto técnico o equivalente) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los de este contrato.*

El número mínimo de técnicos a adscribir al contrato se indica en el apartado anterior.

En los casos en los que la figura del interlocutor y del Técnico director o director de ejecución recaigan sobre la misma persona, esta deberá cumplir todos los requisitos exigidos al interlocutor y, además, disponer de la formación requerida según se establece en la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (arquitecto o arquitecto técnico) con una experiencia mínima de cinco años demostrable en trabajos similares a los del contrato.

La función de Director de obra y Director de ejecución de obra no podrá coincidir en la misma persona. La experiencia exigida en todos los casos se acreditará mediante la presentación de certificado de vida laboral, certificado de colegiación y currículum vitae firmado por el correspondiente trabajador.

Este compromiso de adscripción es obligación contractual esencial, de acuerdo con el artículo 76.2 de la LCSP....

Asimismo, el acuerdo marco utiliza los siguientes códigos CPV:

- 71247000-1 Servicios de supervisión de trabajos de construcción
- 71317200-5 Servicios de seguridad y salud.

Tercero. - El 26 de septiembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de TECNIBERIA en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones por no contener los criterios de valoración exigidos en el artículo 145.4.

El 2 de octubre de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos

en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación profesional del mismo sector que el contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el 5 de septiembre de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 26 de septiembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones que regirán un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, este se basa en la mala formulación, a juicio de la Asociación recurrente, de los criterios de adjudicación, pues tratándose de un contrato de servicios de ingeniería, de carácter intelectual, como establece la D.A. 41ª de la LCSP, no se cumple la regla del artículo 145.4 conforme a la cual los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación total.

Para ello destaca el perfil de los técnicos que ejecutaran cada contrato basado y que son arquitectos e ingenieros. En base a lo cual e invocando la Disposición Adicional 41 de la LCSP, se consideran de carácter intelectual.

Los pliegos aprobados establecen un criterio económico, precio, con un peso del 70 % del total, lo que aleja a estos pliegos del cumplimiento de la legalidad establecida.

Toma como referencia la Resolución de este Tribunal 136/2024, de 4 de abril y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2024 (rec. 4379/2021).

El órgano de contratación defiende su postura de priorizar el precio entre todos los criterios de adjudicación en la medida del ahorro que puede suponer y la suficiente puntuación a utilizar para lograr una oferta de calidad.

Invoca el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 6/2019, donde se analiza la Disposición Adicional 1 de la LCSP, así mismo invoca distintas Resoluciones de distintos Tribunales de Contratación donde se trata tanto el carácter intelectual como concepto jurídico como la negación de esta naturaleza a los contratos de coordinación de seguridad y salud en las obras.

Vistas las posturas de las partes, no podemos más que invocar nuestra resolución 136/2024, de 4 de abril que además establece la doctrina de este Tribunal sobre la materia y donde se establece:

“Vistas las alegaciones de las partes, la discusión se circunscribe, en primer término, al carácter que debe otorgarse a la prestación objeto del contrato, pues a juicio de la asociación recurrente los servicios de ingeniería, per se, se reconocen en la LCSP como servicios de carácter intelectual; mientras que para el órgano de contratación debe analizarse la innovación o creatividad para entender un trabajo de los definidos en la Ley como de carácter intelectual, elemento que no se da en el caso que nos ocupa pues la prestación del adjudicatario no otorga valor añadido al estar ajustada a parámetros de obligado cumplimiento.

La condición de intelectualidad de los servicios de ingeniería y arquitectura se reconoce en la LCSP en la Disposición Adicional 41ª de la LCSP a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en la propia Ley, entre las que está la del artículo 145.4

En la Resolución de este Tribunal 294/2021, de 21 de junio, señalábamos que esta adicional cuadragésima primera de LCSP no identifica como “prestaciones de carácter intelectual” a “todos” los servicios que puedan prestar los titulados en arquitectura o ingeniería, porque prima la previa valoración como prestación de naturaleza intelectual, que conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta requiere de los elementos de originalidad y creatividad, que los hace acreedores de la protección por la normativa reguladora de la propiedad intelectual.

La doctrina utilizada en aquella resolución era la del TACRC en su Resolución nº 1111/2018, de 30 de noviembre, que citaba: “señalamos en nuestras resoluciones 946/2017 y 544/2018 que siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de

obras; es decir, que impliquen una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad . En este caso, se prevé la prestación de actividades complejas que son un apoyo a los funcionarios, pero en las que no predomina su carácter innovativo u original, por lo que cabe concluir que el objeto del contrato no tiene el carácter "intelectual al que se refiere el artículo 145.4 de la LCSP".

En nuestra Resolución de 2021 referíamos que “según afirma el TACRC ese criterio ha sido confirmado por la Audiencia Nacional, en la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de junio de 2019, recaída en el Recurso nº 700/2018, interpuesto contra la resolución de este TACRC nº 544/2018, confirmó la resolución recurrida y desestimó el recurso, que determina lo siguiente: “Resulta así que como se indica por la Administración es innegable que en toda prestación de servicios interviene en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, por lo que la interpretación de la Directiva objeto de debate debe ser, como señala el TACRC, referida a contratos en los que haya una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos. A esto debe sumarse la concurrencia de los señalados de innovación y creatividad”.

Tanto las resoluciones del TACRC, como la Sentencia de la Audiencia Nacional han sido citadas por el órgano de contratación en defensa de sus pretensiones.

Ahora bien, precisa matizar ese Tribunal que la doctrina del TACRC ha sido modificada con posterioridad, pues ese Tribunal, en las resoluciones citadas por la recurrente, confirma la intelectualidad de los servicios de ingeniería, arquitectura, consultoría y urbanismo por disposición “ex lege”.

Así, en Resolución nº 1300/2021, de 29 de septiembre, en la que se revisaban unos pliegos impugnados por la misma Asociación que impugna los pliegos que nos ocupan, llega ese Tribunal a la conclusión de que los recursos previos en los que ese Tribunal trató la cuestión no aplicaron la nueva ley de contratos de 2017, resultando esencial tener en consideración las novedades legislativas que introdujo en la materia esa Ley, no pudiendo mantenerse la doctrina establecida hasta entonces, pues la LCSP no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual, pero sí reconoce expresamente tal naturaleza a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Es más, insiste el legislador en su decisión en otros lugares del articulado, utilizando este tipo de servicios como ejemplo de prestaciones intelectuales a los efectos correspondientes contemplados en diversos artículos (143, 145, 159, y 97.2 LCSP), y se determina que "A la vista de lo anterior, pocas dudas pueden caber y pocos matices o interpretaciones resulta necesario hacer: son prestaciones de carácter intelectual los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Y lo son por decisión legislativa, lo son "ex lege".

Añade la Resolución que "el texto de la actual Disposición adicional cuadragésima primera de la ley de contratos fue introducido expresamente durante la tramitación parlamentaria. Concretamente mediante una enmienda transaccional procedente de las enmiendas 425 del Grupo de Ciudadanos, 794 del Grupo Socialista y 963 del Grupo MixtoPDeCat (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-4, de 02/08/2017). Enmienda que fue promovida justamente por el impulso precisamente de la asociación recurrente TECNIBERIA, siendo esto último un hecho público y notorio."

Este criterio ha sido confirmado en resoluciones posteriores de ese Tribunal, números 1595/2021, de 12 de noviembre; o las más recientes 103/2023, de 9 de febrero y 1504/2023, de 16 de noviembre, que interpretan la Disposición citada en sentido literal.

La propia sentencia del Tribunal Supremo dictada en el año 2017 no se ha dictado en interpretación de lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima primera de la LSCP.

Lo cierto es que tras la aprobación de la LCSP y, pese al cambio de criterio del TACRC, la cuestión no resulta pacífica entre los tribunales de recursos contractuales, habiendo mantenido nuestro Tribunal y otros tribunales de resolución de recursos, como el de la Junta de Andalucía, el criterio de no reconocer “per se” el carácter intelectual de servicios incluidos en la D.A. 41ª LCSP; criterio coincidente con el marcado por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de diversos Tribunales Superiores de Justicia (Sentencia nº 187/2020, de 18 de septiembre, del TSJ de Galicia, dictada en el recurso nº 7415/2019; y Sentencias del TSJ Extremadura, de 26 de abril de 2021, en el recurso nº 558/2020, y de 21 de junio de 2023, en el recurso 92/2023).

Habiendo la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, mediante Auto de 3 de marzo de 2022, admitido a trámite el recurso de casación nº 4379/2021, frente a la mencionada Sentencia del TSJ de 26 de abril de 2021, al objeto de interpretar el artículo 145.4 de la LCSP, en relación con la D.A. 41ª de la citada Ley, por entender que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, estima prudente este Tribunal no modificar el criterio mantenido hasta ahora mientras no exista pronunciamiento al respecto”.

En este contexto, se procede a continuación al análisis del carácter intelectual del objeto de la licitación impugnada. El contrato que nos ocupa, tiene por objeto la prestación de servicios de dirección facultativa de obra nueva, ampliación reforma y demolición de centros educativos no universitarios y otros edificios dependientes de la Consejería de Educación Ciencia y Universidades. A ello hay que añadir la exigencia de un equipo mínimo de trabajo en el que deberán integrarse cuatro arquitectos e ingenieros.

Siguiendo los códigos CPV reflejados en el anuncio de licitación, el trabajo también abarcará labores de coordinación de seguridad y salud y en este punto debemos hacer mención a la esperada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2024 (rec. núm. 4379/2021), ya referidos sus antecedentes anteriormente, por la que el alto Tribunal ha rechazado la interpretación que teníamos muchos Tribunales de no reconocer carácter intelectual a los trabajos de coordinación de seguridad y salud en obras, por lo que este grupo de trabajos se encuentra dentro de los establecidos en la D.A. 41 de la LCSP y en consecuencia afectados por el artículo 145.4 en cuanto a la necesidad de establecer un 51% de criterios de valoración sobre la calidad.

En consecuencia con lo anterior, el carácter intelectual de la prestación puede deducirse directamente de las titulaciones exigidas a los técnicos que ejecutarán los contratos basados.

Determinado el carácter intelectual de la prestación, debe examinarse la aplicación a la licitación de las previsiones de la LCSP para este tipo de contratos, en concreto la de la formulación de los criterios de valoración impugnados.

Impone en este sentido el artículo 145.4 de la LCSP la obligación de considerar criterios de calidad con una ponderación superior al 51 % de la puntuación total en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, obligación que se incumple en la licitación que nos ocupa pues el 70 % de la puntuación viene referida a la oferta económica.

Se estima por tanto el recurso, pues tratándose de un contrato cuyas prestaciones tienen carácter intelectual, se infringe la regla del artículo 145.4 de la LCSP para el establecimiento de criterios de valoración en este tipo de contratos

Habiéndose resuelto el recurso carece de fundamento pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por el recurrente y en oposición por parte del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del acuerdo marco de servicios de “Dirección facultativa de obra nueva, ampliación, mejora y demolición de centros educativos no universitarios y otros edificios dependientes de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades” número de expediente A/SER-004658/2024, anulando el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.