



Recurso nº 872/2021

Resolución nº 1300/2021

Sección 1ª

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de septiembre de 2021.

**VISTA** la reclamación interpuesta por D. A. G. N., en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), contra los pliegos de la licitación del contrato de los “servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para actuaciones descentralizadas en aeropuertos de AENA Fase IV. Zona Este y Sur”, expediente con referencia DIN-156/2021, convocada por AENA, S.A., S.M.E., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** AENA, S.A., S.M.E ha tramitado el procedimiento para la contratación de los servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para actuaciones descentralizadas en aeropuertos de AENA Fase IV. Zona Este y Sur., (Expediente número DIN-156/2021).

**Segundo.** El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el perfil del contratante el 13 de mayo de 2021 y en el DOUE 18 de mayo de 2021.

**Tercero.** El escrito de recurso se presentó el día 7 de junio de 2021. El recurrente impugna en su recurso los pliegos que rigen la licitación. Concretamente, impugna el PCAP, por la previsión de subasta electrónica como procedimiento para la valoración de mejoras en el precio, que se recoge en la Cláusula 10 del Cuadro de Características del Pliego de



Cláusulas Particulares, y en la Cláusula 31 del propio PCAP, así como el Anexo II del mismo documento que recoge el formulario para participar en la subasta.

Afirma el recurrente que la oferta técnica solo se tiene en cuenta a efectos de alcanzar un determinado umbral mínimo (puntuación técnica mínima de 70 puntos sobre un máximo de 100). Por ello, entiende el recurrente que el elemento técnico opera como un verdadero requisito de solvencia, quedando el económico, valorado mediante subasta, como el único criterio real de adjudicación del contrato.

Entiende el recurrente que el sistema de subasta vulnera el artículo 97.2 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores. Argumenta el recurso que la ley excluye expresamente la aplicación de la subasta electrónica cuando se trate de contratar servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura, por considerarlos, sin excepción alguna, servicios de carácter intelectual. Señala además que ese precepto de la ley de contratos de sectores excluidos resulta equivalente al artículo 143.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Igualmente se centra el recurrente en citar varios preceptos, tanto del Decreto-Ley del ámbito de sectores excluidos como de la Ley 9/2017, que citan de forma ejemplificativa los servicios de ingeniería o consultoría como contratos de prestaciones intelectuales. Y, subraya a estos efectos, el contenido de la Disposición Adicional Decimoséptima del Decreto-ley 3/2020, idéntica a la Disposición Adicional Cuadragésima primera de la LCSP, en cuanto reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo.

A continuación, se refiere el recurrente a la polémica y discusión en torno al concepto de los contratos de prestaciones intelectuales, haciendo expresa referencia a algunas resoluciones judiciales y de órganos administrativos sobre la cuestión. En las cuales se acoge el criterio restrictivo de considerar solamente de carácter intelectual a aquellas prestaciones innovadoras, creativas y amparadas por la legislación de propiedad



intelectual. Por el contrario, también cita resoluciones que mantienen la postura de que los servicios enumerados en la Disposición Adicional Cuadragésima primera de la LCSP (y equivalente de la ley de sectores excluidos) deben considerarse en todo caso como prestaciones de carácter intelectual. Es el caso del Informe nº 21/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de Resoluciones nº 122/2018 y 124/2018 de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi y de la Resolución nº 71/2019, de 1 de abril, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias. Ésta última señala que “un servicio de ingeniería, el mismo tiene la naturaleza de prestación intelectual, en virtud de lo dispuesto en la antedicha disposición adicional cuadragésimo primera de la LCSP, sin que quepa realizar otra consideración sobre la misma, pues donde la ley no distingue, no es posible hacer diferenciación alguna”. Igualmente destaca el recurrente el Acuerdo de 9 de septiembre de 2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Vizcaya.

Más allá de las anteriores consideraciones, el recurrente analiza también el contenido del contrato, para justificar el carácter intelectual de sus prestaciones, de acuerdo con el detalle del pliego de prescripciones técnicas. Además, argumenta que el propio PCAP reconoce ese carácter intelectual en su cláusula 13. Y que, en el mismo sentido, la cláusula 37 del PCAP, establece un reconocimiento expreso en favor del órgano de contratación de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre los productos, resultados y trabajos que se realicen en ejecución del contrato.

Concluye el recurrente afirmando que el uso de la subasta, al ser ilícita de acuerdo con lo expuesto, produce un motivo de anulabilidad de los pliegos de acuerdo con el art. 116 del Decreto-Ley 3/2020. Lo que, en su caso, produciría igualmente la anulación de la adjudicación del contrato.

Por ello, solicita el recurrente que se dicte resolución en la que se acuerde anular el PCAP y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la aprobación del pliego.



**Cuarto.** El órgano de contratación emitió informe con fecha de 15 de junio de 2021. En dicho informe se defiende la legalidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Se argumenta que el uso de la subasta no está excluido en todo caso en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual. Analiza el derecho comunitario aplicable y concluye que no prohíbe la subasta en estos contratos, que son únicamente mencionados de forma ejemplificativa al ir normalmente vinculados a criterios subjetivos que no son susceptibles de subasta.

A continuación, el órgano de contratación trae a colación la Resolución de este Tribunal nº 964/2017 y la nº 544/2018. Defiende el órgano de contratación que no existe inconveniente en utilizar la subasta en contratos intelectuales si se aplica a criterios cuantificables. Y que, en este caso, así se configura en el pliego, aplicándose la subasta únicamente tras superar los criterios técnicos y solamente al precio. También trae a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2019, que confirmó la Resolución de este Tribunal de 2017 antes mencionada.

Seguidamente, el recurso analiza el Decreto-Ley 3/2020, a la luz de las Directivas comunitarias en la materia.

Viene a defender el órgano de contratación que la Disposición Adicional Cuadragésima primera de la LCSP y su equivalente del Decreto-Ley 3/2020 no resultan conformes con las Directivas comunitarias de contratación. Y que favorecen al colectivo de los sectores de dicha disposición adicional, siendo una excepción nacional a la norma europea. Cita igualmente resoluciones judiciales y administrativas que asumen la postura de que la regla de la mencionada Disposición Adicional Cuadragésima primera de la LCSP debe entenderse como presunción *iuris tantum*, y que hay que analizar cada caso concreto. Afirma que lo contrario, entendiendo que es una presunción *iuris et de iure*, supone un “traje a medida” para las entidades de los sectores incluidos en la Disposición Adicional Cuadragésima primera de la LCSP, lo que es contrario al derecho comunitario y supone un trato más favorable injustificado. Y que, de entenderlo así este Tribunal, debe inaplicar el precepto legal por ser contrario a la norma comunitaria o plantear una cuestión prejudicial al TJUE.



Por último, concluye el órgano de contratación defendiendo la licitud del sistema de adjudicación basado en la obtención del mínimo exigido de criterios técnicos y posterior valoración de la oferta económica, mediante subasta en su caso, citando jurisprudencia comunitaria.

Por todo ello, solicita que el recurso sea desestimado.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Competencia, acto recurrible, plazo.**

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP, en relación con el art. 120 del Decreto-Ley 3/2020.

De acuerdo con el artículo 119.2.a) del Decreto-Ley 3/2020, los pliegos son susceptibles de recurso especial.

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para la interposición de quince días hábiles del artículo 50.1.d) LCSP.

### **Segundo. Legitimación del recurrente.**

A la vista del recurso y de las alegaciones efectuadas por el órgano de contratación, este Tribunal debe examinar en primer lugar la cuestión de la legitimación del recurrente. La misma cuestión se planteó en idénticos términos en la Resolución nº 964/2017 de este Tribunal (FJ Tercero):

*“El art 24.1 del RD 814/2015 establece que: ‘Artículo 24. Casos especiales de legitimación. 1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna*



*exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. (...)*'

*La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 –Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 –Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas).*

*Al amparo de esta disposición, Resoluciones como la 1105/2015 de este Tribunal han admitido la legitimación de asociaciones en defensa de los intereses colectivos.*

*En el presente caso, este Tribunal considera que la estimación del recurso atañe a los intereses colectivos de los asociados de las recurrentes, a los que puede interesar una restricción del uso de un medio novedoso que implica cargas para el administrado y que, en definitiva, quiere favorecer la baja de la oferta, lo cual sin duda no es de interés del contratista”.*

Idénticas consideraciones son aplicables al presente recurso, en el que la asociación recurrente actúa en defensa del interés colectivo de sus asociados, por lo que debe afirmarse la legitimación para la interposición del recurso.

### **Tercero. Fondo del asunto.**

En cuanto al fondo del asunto, plantea el recurrente la ilicitud de los pliegos como consecuencia de haber establecido el método de la subasta de precio como criterio de adjudicación del contrato. Entiende el recurrente que, a pesar de que los pliegos también contemplan como criterios de adjudicación determinados criterios técnicos, en realidad estos últimos actúan como elementos de solvencia. Puesto que lo que se exige a los



licitadores es obtener una determinada puntuación mínima en los criterios técnicos para poder pasar a la fase de subasta de precio. Por lo que, en realidad, es el precio el único criterio determinante para adjudicar el contrato. Además, el recurso se basa en entender que en contratos que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los de ingeniería y consultoría, no resulta posible legalmente aplicar el método de la subasta para adjudicar el contrato. Igualmente insiste el recurrente en que los contratos de ingeniería y consultoría técnica deben considerarse siempre como contratos de carácter intelectual, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima primera de la ley de contratos del sector público.

A la vista del recurso y de las alegaciones del recurrente y del órgano de contratación, hay que partir en primer lugar de un elemento fundamental: los recursos previos en los que este Tribunal trató la cuestión no aplicaron la nueva ley de contratos de 2017, ni, lógicamente, el Real Decreto Ley 3/2020, que es la norma aplicable para resolver la cuestión suscitada. Por ello, resulta esencial tener en consideración las novedades legislativas que introdujo en la materia la Ley 9/2017, que también ha recogido literalmente el R.D. Ley 3/2020.

Comenzaremos analizando los cambios introducidos por la LCSP para, a continuación, analizar cómo han sido acogidos en el Real Decreto Ley 3/2020, al ser esta ley la aplicable a la licitación, cuyos pliegos se impugnan mediante el presente recurso.

Pues bien, la LCSP introdujo una nueva disposición adicional que no existía en el anterior Texto refundido de 2011 (Decreto Legislativo 3/2011). Concretamente se trata de la Disposición adicional cuadragésima primera, relativa a “*Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo*” que dispone: “Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley”.

Por otra parte, en cuanto a los criterios de adjudicación, dispone el art. 143.2 LCSP en materia de subastas electrónicas: “*La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en las licitaciones con negociación, siempre*



*que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura".*

A la vista de tales preceptos, debe analizarse si la respuesta que debemos dar al presente recurso debe ser la misma que la que dimos en anteriores resoluciones, como en la Resolución nº 544/2018 y en la nº 964/2017.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, la doctrina establecida bajo la vigencia de la normativa anterior a la actual LCSP no puede mantenerse en la actualidad.

En efecto, establece la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP que: "Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley". Esta regla es novedosa, pues no existía en la anterior ley de contratos de 2011 (Decreto Legislativo 3/2011), vigente cuando se resolvieron los recursos anteriores aludidos.

La Ley 9/2017, de contratos del sector público, al igual que el Real Decreto Ley 3/2020, no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual, pero sí reconocen 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). Es decir, el legislador no solamente señala expresamente que son prestaciones de carácter intelectual las propias de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, sino que insiste en su decisión, al utilizar dichos servicios a título ejemplificativo en otros lugares del articulado. Igualmente, ya desde la exposición de motivos de la ley se señala lo mismo: "*En la parte correspondiente a los procedimientos de adjudicación, además de los procedimientos existentes hasta la actualidad, como el abierto, el negociado, el dialogo competitivo y el restringido, que es un procedimiento, este*



*último, especialmente apto para la adjudicación de los contratos cuyo objeto tenga prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura”.*

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*.

Las consideraciones anteriores vienen además respaldadas si se analizan los antecedentes legislativos, pues 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 Mixto-PDeCat (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.

Una vez sentada la conclusión anterior, debemos acudir al artículo 97.2 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que regula las subastas electrónicas. Dicho precepto establece que la subasta podrá emplearse *“siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura”.*

El precepto es nuevamente bien claro y no ofrece duda alguna: la subasta no puede utilizarse si las prestaciones objeto del contrato son de carácter intelectual. Subrayando el legislador expresamente que se encuentran en dicha situación los servicios de ingeniería y consultoría.

En este punto debe además descartarse la doctrina que defendimos en las anteriores Resoluciones de que no debía considerarse excluida la utilización de la subasta electrónica en un contrato *“aun cuando pudiera considerarse de objeto intelectual, si la subasta electrónica sólo opera sobre la parte de la oferta relativa al precio”*. No puede mantenerse



esa conclusión, por muy posible o razonable que pueda parecer usar la subasta para el precio, aunque el contrato sea de carácter intelectual. Y es que el tenor literal del art. 97.2 del Real Decreto Ley 3/2020 no deja margen para la duda: dice claramente que solamente se puede usar la subasta cuando *“las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual”*. No excepciona la aplicación de la subasta en tales casos a que se aplique únicamente al precio. De haberlo querido así bien podría haberlo establecido la ley, pero no lo hizo. Por el contrario, prohibió la subasta haciendo una consideración del contrato en su totalidad, de forma global: que su objeto sean prestaciones intelectuales (siéndolo en todo caso los de servicios de ingeniería o consultoría).

La ley no excepciona de la subasta uno u otro criterio de adjudicación: prohíbe la subasta para una determinada categoría de contratos, sean cuales sean los criterios de adjudicación empleados. No ha sido la decisión del legislador limitar la subasta al precio u otros criterios cuantitativos, sino impedirla en determinadas categorías de contratos. Más clara no puede ser en ese sentido la dicción del art. 143 LCSP al hablar de contratos cuyas *“prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual”*. Pretender bordear esta regla legal permitiendo la subasta de precio porque es un criterio cuantificable es absurdo. Evidentemente que la subasta no es utilizable, por naturaleza, en los criterios cualitativos, y que solamente se puede emplear en los cuantitativos como el precio. Pero esta última conclusión es obvia, por derivar de la naturaleza misma de las cosas, no siendo necesario que la ley así lo establezca. Sería superfluo. Y, de hecho, eso no es lo que la ley establece: lo que la ley establece, clara y categóricamente, es la exclusión de la subasta en una determinada categoría de contratos. Y a esa voluntad legislativa debemos atenernos. Pretender que, a pesar de esa disposición legal, se puede de todos modos usar la subasta en el precio o criterios cuantitativos, es tanto como obviar por completo la regla legal, ya que siempre se puede (por naturaleza) usar la subasta para esos criterios (de hecho, solamente se puede usar para tales criterios cuantitativos). Pero el hecho material de que se pueda no quiere decir que ello sea lícito si la ley indica que no se haga, como es el caso. De otro modo, la regla del art. 143 LCSP deviene totalmente inoperativa con esa *“interpretación”*: la situación sería exactamente la misma para todos los contratos (uso posible de la subasta para el precio y criterios cuantitativos).



Si se entiende excepcionada la prohibición de usar la subasta siempre que se use solamente para el precio, en realidad se estaría levantando la prohibición en la práctica en todos los casos, pues las subastas del art. 143 siempre se establecen en relación al precio u otro criterio cuantitativo. Es más, aquí hay otro elemento legislativo que impide seguir manteniendo la afirmación de que, aunque el contrato sea intelectual, se puede usar la subasta para el precio, y es lo establecido en el propio art. 143 en su apartado tercero. Señala el art. 143.3 LCSP: *“La subasta electrónica se basará en uno de los siguientes criterios:*

*a) únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio;*

*b) o bien en los precios y en nuevos valores de los elementos objetivos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o en porcentajes, cuando el contrato se adjudique basándose en varios criterios de adjudicación”.*

Resulta que la aplicación e interpretación sistemática de dicho precepto con lo dispuesto en el art. 145.3.g) LCSP impide en todo caso mantener que se pueda usar la subasta de precio en un contrato de prestaciones intelectuales. Dispone el art. 145.3.g) LCSP que: *“En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (...) el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”.* Si el precio no puede ser el único criterio de la adjudicación, ello implica que, a efectos del art. 143.3 LCSP, la subasta no puede ser únicamente de precios, pues ello solamente está permitido por dicho precepto si *“el contrato se adjudica atendiendo exclusivamente al precio”*, lo cual está expresamente prohibido por el art. 145.4.g) LCSP. Por el contrario, la subasta en este caso tendría que ser la prevista en la letra b) de ese art. 143.3 LCSP: de precios y de *“nuevos valores de los elementos objetivos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o en porcentajes”.* Lo cual no es el caso en los pliegos objeto de este recurso, que prevén únicamente subasta de precio, vulnerando así de forma directa el art. 143.3 LCSP.



En cualquier caso, la anterior consideración es a mayor abundamiento, puesto que, como ya se ha explicado, la actual ley impide utilizar la subasta cuando el contrato tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual. Siendo prestaciones de tal carácter, en todo caso y por expresa voluntad legislativa, las propias de los servicios mencionados en la Disposición adicional cuadragésima primera de la ley de contratos. Pero resulta necesario subrayar que, incluso en el caso en que se optase por considerar que puede continuar aplicándose la subasta a pesar del tenor de la Disposición adicional cuadragésima primera y del art. 143 LCSP, no se podría nunca aplicar únicamente para el precio, de acuerdo con lo expuesto. Por lo que en cualquier caso los pliegos impugnados en este recurso estarían de todos modos incurso en ilegalidad en este punto.

Por otra parte, las consideraciones anteriores en relación a los preceptos indicados de la LCSP son perfectamente trasladables al ámbito de los contratos incluidos en el ámbito de los sectores excluidos. Actualmente la regulación de la contratación de dichos sectores se encuentra en el Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores. Concretamente, la Disposición adicional decimoséptima de dicho Decreto-Ley reproduce en idénticos términos lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP: *“Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en este real decreto-ley”*. Por su parte, el art. 66.3.g) del Decreto-Ley reproduce igualmente lo establecido en el art. 145.3.g) LCSP: *“En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, (...), el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”*. En cuanto a las subastas, el art. 97.2 del Decreto-Ley reproduce lo establecido en el art. 143 LCSP: *“La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en los de licitación con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos de condiciones y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura”*. Finalmente, el apartado tercero del art. 97 del Decreto-Ley reproduce exactamente el art. 143.3 LCSP.



Por lo tanto, ninguna diferencia existe entre la LCSP y el Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, en cuanto a las reglas legales aplicables que aquí interesan.

Por otra parte, las consideraciones que se incluyen en el informe del órgano de contratación de que se está dispensando un tratamiento más favorable al colectivo de operadores de los sectores enumerados en las disposiciones adicionales cuadragésimo primera de la LCSP, y decimoséptima del Real Decreto Ley 3/2020, no son compartidas por este Tribunal. El hecho de no ser aplicable la subasta en determinados contratos es una decisión legislativa válida como cualquier otra, sin que existan aparentemente motivos para calificar como más o menos favorable el que los contratos se adjudiquen de tal o cual manera en base a uno u otro criterio.

En cuanto a las alegaciones que también formula el órgano de contratación de no ser la regulación de la ley española conforme a las Directivas comunitarias, este Tribunal no observa contradicción alguna al respecto entre la ley española y las mismas.

La solución o decisión del legislador español no atenta a la regulación comunitaria, pues ésta no obliga a permitir la subasta de precios en los contratos cuyo objeto sean prestaciones intelectuales, ni tampoco impide que los Estados Miembros decidan considerar *ex lege* como prestaciones intelectuales determinados tipos de servicios.

El hecho de que el legislador europeo no haya previsto, como alega el órgano de contratación, la regulación por la que ha optado el legislador español, no convierte a ésta última en inválida, siempre que no sea contraria a las Directivas.

En este caso, el Considerando 76 Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, no señala que se deban permitir en todo caso por los Estados Miembros las subastas en todos los casos de contratos intelectuales. Sencillamente lo único que dice ese Considerando es que *“solamente los elementos que son cuantificables, de modo que pueden expresarse en*



*cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica*". Es decir, se refiere a una constatación material evidente: para subastar hay que poder cuantificar. Pero no significa que, necesaria y obligadamente para los Estados Miembros, esos elementos cuantificables tengan que poder ser objeto de subasta.

La misma conclusión se alcanza si se analiza el art. 53 de la Directiva: se habla de la utilización de la subasta en términos potestativos. Y se establece que "*Dado que determinados contratos de servicios y determinados contratos de obras que tienen por objeto prestaciones intelectuales, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automáticos, no podrán ser objeto de subastas electrónicas*". Este inciso se refiere al contrato en su conjunto, en global, como un todo, sin diferenciar que en esos contratos se pueda usar la subasta solo para el precio. Es evidente que la subasta siempre se puede usar para el precio. Sin embargo, el art. 53 de la Directiva establece que los contratos intelectuales no podrán ser objeto de subasta, en global y en general, sin excepcionar que se pueda usar la subasta para el precio. Excepción que por otra parte haría innecesaria e inútil la regla transcrita. Por otra parte, la propia Directiva establece en el apartado tercero del mismo art. 53 exactamente la misma regla del art. 143.3 LCSP.

Además, hay que hacer una consideración adicional: justamente, lo que se pretende con el uso del mecanismo de las Directivas y su transposición posterior a los derechos internos nacionales es permitir a los Estados Miembros el adaptar o desarrollar el mínimo común denominador constituido por las Directivas. No siendo en modo alguno ilícito el establecer requisitos o limitaciones propias en la legislación nacional, aunque no estén previstas en las Directivas, si ello no es contrario a éstas últimas. En este caso, antes al contrario de lo que alega el órgano de contratación, el objetivo de las reglas legales españolas antes analizadas es que la adjudicación de los contratos de servicios intelectuales se base en criterios de calidad y no en el precio (o no únicamente en el precio). Por lo que prohibir las subastas a la baja de precios en ese tipo de contratos no solamente no es contrario a las Directivas, sino que va en la línea de su plena efectividad. Pero es que incluso, en este caso, en realidad el art. 53 de la Directiva va más allá de lo establecido en la ley española. Pues establece directamente que "*determinados contratos de servicios y determinados*



*contratos de obras que tienen por objeto prestaciones intelectuales*” no pueden ser objeto de subasta. Directa y expresamente y sin matices o excepciones. Por lo que ninguna vulneración de la Directiva comete la ley española al limitar el uso de la subasta a los contratos que no tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

Todo lo anterior nos lleva necesariamente a la estimación del recurso, pues bajo la actual legislación en materia de contratación pública, los contratos de servicios de ingeniería o consultoría no pueden ser adjudicados mediante subasta de precio. Deben por lo tanto ser anulados los pliegos en los puntos afectados: Cláusula 10 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Particulares, Cláusula 31 del propio PCAP, y Anexo II del mismo documento.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

**Único.** Estimar la reclamación interpuesta por D. A. G. N., en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), contra los pliegos de la licitación del contrato de los “*servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para actuaciones descentralizadas en aeropuertos de AENA Fase IV. Zona Este y Sur*”, expediente con referencia DIN-156/2021, convocada por AENA, S.A., S.M.E., y anular los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los puntos afectados: Cláusula 10 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Particulares, Cláusula 31 del propio PCAP, y Anexo II del mismo documento, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la



recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.