



Recurso nº 428 y 435/2018

Resolución nº 544/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 01 de junio de 2018.

VISTAS las reclamaciones interpuestas por D. A. Z. G. en nombre y representación de TECNIBERIA, Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos, y por D. L. S. S., en nombre y representación de la AEDIP, Asociación Española de Dirección Integrada de Proyecto, contra el pliego de cláusulas particulares del contrato de “*Asistencia técnica de project management del proyecto de remodelación y ampliación del edificio dique sur del aeropuerto de Barcelona-El Prat*”, convocado por AENA, S.M.E., S.A., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 21 de marzo de 2018 se aprobó inicio del expediente de contratación por la Comisión Ejecutiva de Contratación de AENA para la asistencia técnica de project management del proyecto de remodelación y ampliación del edificio dique sur del aeropuerto de Barcelona-El Prat.

Segundo. La licitación se publicó el 11 de abril de 2018 en el BOE.

Tercero. Disconfomes con el contenido del pliego, en lo que se refiere a la aplicación de la subasta electrónica, TECNIBERIA y AEDIP presentaron la reclamación prevista en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE). El órgano de contratación ha emitido informe solicitando la desestimación de la reclamación.



Cuarto. Con fecha 11 de mayo de 2018 se dio traslado de ambas reclamaciones a los restantes interesados en el procedimiento a fin de que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguno de ellos haya hecho uso de su derecho.

Quinto. Solicitada por los reclamantes la suspensión del procedimiento de adjudicación, aplazando el acto de apertura de las ofertas económicas, el 8 de mayo de 2018 la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver las presentes reclamaciones corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1.a) de la LCSE.

Segundo. La reclamación ha sido interpuesta en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.2 de la LCSE.

Tercero. En cuanto a si concurre o no la legitimación exigida por el artículo 102 LCSE, no debe en este punto confundirse la legitimación como tales de las asociaciones para recurrir, con la facultad de representar en su caso a un concreto asociado. Desde la primera perspectiva, hemos recordado, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 739/2017, que debe examinarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC).

Así, el artículo 24.1 del RPERMC 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 de la reclamación 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.

Cuarto. Los recurrentes en sus breves escritos de reclamación señalan que el anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares establece que se trata de un procedimiento negociado con previa convocatoria de licitación y la mera aplicación del artículo 49 de la LCSE a este supuesto impide la subasta electrónica porque la limita al caso de los negociados sin previa convocatoria de licitación.

Añaden que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública ha sido traspuesta por la LCSP. La aplicación combinada del artículo 143.2 de esa norma y su disposición adicional cuadragésima primera determina que no podrá emplearse la subasta electrónica en las actividades de ingeniería, consultoría y arquitectura que son prestaciones propias de este contrato.



Quinto. El órgano de contratación en su informe manifiesta que los recurrentes no han tenido en cuenta las normas más relevantes del bloque de legalidad aplicable, considerando que sólo lo son de forma directa y sin ningún matiz las previsiones de la LCSP.

Por la fecha del anuncio de licitación resultaban aplicables la LCSE y la Directiva 2014/25/UE, pues habiendo transcurrido el plazo concedido para su trasposición, tiene efecto directo, en aquellos preceptos que reúnan las condiciones para ello, es decir, los que sean suficientemente claros y precisos y establezcan una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción o condición.

En relación con la LCSP señala que la disposición adicional octava, apartado 2, le es plenamente aplicable a AENA y, por tanto, los contratos que adjudique se registrarán por la LCSE y no por la LCSP. Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución 6/2016 que señaló que no se puede acudir sin más de forma directa y como supletoria a la regulación contenida en el TRLCSP dado el carácter especial de la LCSE respecto de aquél y que no cabe obviar las especialidades contenidas en la LCSE, so pena de conculcar precisamente la finalidad para la que se aprobaron dos directivas y dos leyes de trasposición diferentes.

Por tanto, afirma AENA, es necesario un análisis minucioso y pormenorizado para dilucidar la posible aplicación de la LCSP a este caso. Parte de la base de que tanto la LCSE como la Directiva 2014/25/UE dejan más libertad al órgano de contratación para fijar sus criterios de selección que la LCSP. Así se reconoce en la exposición de motivos de la LCSE. El único nexo que liga la licitación recurrida a la LCSP es la remisión a cómo tiene que llevarse a cabo la subasta electrónica. Lo que señala el pliego es que si se considera oportuno se celebrará una subasta electrónica de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de la Directiva UE 24/2014. La remisión no lo es a los efectos de determinar el procedimiento de contratación o los criterios de adjudicación sino a los efectos de dar seguridad jurídica a la forma de llevarse a cabo la subasta electrónica. Otra interpretación entraría en contradicción con el carácter especial de la LCSE y la Directiva 2014/25/UE. Adicionalmente, ninguna de estas dos normas contiene un precepto análogo a la disposición adicional cuadragésimo primera de la LCSP y en el caso de que hubiera querido vedar la subasta electrónica para los servicios a los que se refiere la licitación impugnada lo hubiera hecho constar expresamente. Insiste en que si se



optase por una aplicación automática de la LCSP se estaría desvirtuando la esencia del sistema de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En el proyecto de Ley que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE no contiene un precepto análogo.

Cita en apoyo de sus tesis la resolución nº 964/2017 de este Tribunal (por error el número que aparece en el informe es 946), respecto de la naturaleza de la subasta electrónica en relación con los artículos 2.6, 51, 54 y 57 de la LCSE y 53 de la Directiva 2014/25/UE: “la “subasta electrónica”, pues, no es un procedimiento de adjudicación de los contratos diferente de los previstos, sino una regulación que prevé el uso de un dispositivo electrónico que gestiona la presentación de mejoras en las ofertas y reclasifica automáticamente las mismas. La decisión de su uso queda en manos del contratante, con el límite del art. 2.6 LCSE (...), que sigue lo dispuesto en la Directiva”.

Tras reproducir las prestaciones objeto del contrato que se recogen en el punto 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, concluye que las mismas coinciden totalmente con las del expediente analizado en la resolución 964/2017 citada, que concluyó que su objeto no tiene carácter intelectual. Esa misma resolución considera que un adecuado entendimiento del artículo 2.6 de la LCSE en relación con su contexto y finalidad, no excluye de la subasta electrónica un contrato, aun cuando pudiera considerarse de objeto intelectual, si la subasta sólo opera sobre la parte de la oferta relativa al precio, como prevé el pliego en nuestro caso.

Considera el órgano de contratación que sí se puede celebrar una subasta electrónica en un procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación, cuanto más en un procedimiento negociado con previa convocatoria de licitación cuya publicidad es superior. Optar por la publicidad no puede justificar una prohibición del sistema de subasta electrónica. Además, la LCSE permite aún en los supuestos de procedimiento negociado sin convocatoria de publicidad que se pueda optar por la publicidad. El artículo 53 de la Directiva 2014/25/UE admite la subasta en los negocios con convocatoria de licitación. De acuerdo con los requisitos para la aplicación directa de una directiva, el citado precepto los cumple y, por tanto, resulta aplicable aquí.

Sexto. Las reclamaciones se fundamentan en que no procede la subasta electrónica para el expediente de contratación porque la misma sólo cabe en los procedimientos negociados con



previa convocatoria de licitación y éste lo es sin previa convocatoria y porque el objeto de contratación comprende actividades de ingeniería, de consultoría y de arquitectura.

La segunda cuestión ya fue resuelta en la Resolución 964/2017 de un recurso interpuesto por idénticos recurrentes y en relación con un contrato similar: *“Debemos analizar si, efectivamente, el objeto del contrato “tiene por objeto prestaciones intelectuales”, y si ello determina la imposibilidad de utilizar este método.*

*En nuestra opinión, debe realizarse una interpretación del texto según su sentido y finalidad. Y, en este punto, es de especial interés el Considerando 76 de la Directiva citada, puesto que la norma española trae causa de la trasposición del Derecho de la UE, teniendo en cuenta que su plazo de trasposición había vencido en el momento de redacción de los pliegos y que en este punto la redacción de la Directiva precedente, en su texto, era similar. Tal Considerando dice: “76) Debe señalarse que las subastas electrónicas **no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras y contratos de servicios cuyo contenido implica el desempeño de funciones de carácter intelectual**, como la elaboración de proyectos de obras, **ya que solo los elementos que pueden ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación de la entidad adjudicadora, es decir, solo los elementos que son cuantificables, de modo que pueden expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica.**”*

Por tanto, “a priori”, el elemento distintivo de una prestación intelectual está ligado a la existencia de elementos no cuantificables, como sujetos a criterios subjetivos por la propia naturaleza de la prestación.

Ahora bien, por una parte, la Directiva no se refiere en esta exclusión a todos los contratos de servicios que impliquen prestaciones intelectuales (“normalmente” ...” determinados” ...); y, por otra, ha de otorgársele alguna eficacia al ejemplo utilizado por la propia Directiva, referido al proyecto de obras.

Este, como destaca el órgano de contratación, coincide con un producto del intelecto que, según el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), puede ser objeto de propiedad intelectual (art. 10).



Debemos recordar, a estos efectos, que la Jurisprudencia civil (como recuerda la STS de 26-4-2017, cas. 2012/2014), considera presupuesto del concepto de obra susceptible de esta propiedad intelectual que esté dotada de originalidad (ya que el art. 10 de tal norma exige que se trate de una “creación original”), desde “una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes.”

Quiere ello decir 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.

Y, en nuestro caso, entendemos que la prestación compleja objeto del contrato, tal y como se describe en nuestros antecedentes (Dirección técnica de los proyectos, asistencia técnica y control y vigilancia, incluyendo dirección de obras, coordinación de seguridad y salud, vigilancia de obras, etc), constituye la coordinación de un conjunto de proyectos constructivos dentro del proyecto principal; y, por tanto, trata de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista. En tal caso, si bien no pueden negarse los aspectos intelectuales de la prestación, no predomina su carácter innovativo u original. Podría aducirse que el mismo se da en las diversas actividades de planificación (diseño de una estructura de funciones y responsabilidades, definición de una Matriz de Responsabilidades, de un Plan Ejecutivo o de un Programa General, la elaboración del Plan de Gestión de Riesgos, etc.), pero estas vienen justificadas por razón de tal coordinación de la ejecución de un proyecto.

De lo que se deduce, en principio, que el objeto del contrato no tiene el carácter “intelectual” al que se refiere el art. 2.6 de la LCSE, a la luz de la Directiva aplicable. Sin que pueda utilizarse para resolver esta cuestión la Ley que traspone la Directiva, por no ser de aplicación



“ratione temporis” y no responder en los artículos destacados por el recurrente al tenor de la propia Directiva, sino a decisión del Legislador español.

Ahora bien, entendemos que la “ratio decidendi” en nuestro caso no está tanto en el carácter intelectual o no de la prestación objeto del contrato, sino en el modo en que está configurada la subasta electrónica en el pliego, en una interpretación teleológica del sentido y finalidad de tal exclusión, necesaria conforme al art. 3 de nuestro Código Civil.

*Como hemos visto, el Considerando 76 de la Directiva, que explicita la “voluntas legislatoris”, y, por tanto, es de gran importancia interpretativa, (...) implica, por una parte, que no está considerando una prohibición absoluta para los contratos cuyo contenido implica funciones de carácter intelectual (“no son normalmente adecuadas”); y, por otra parte, que la razón de ser de esta prohibición (“ya que”) está en que “solo los elementos que pueden ser sometidos a una **evaluación automática** por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación de la entidad adjudicadora, es decir, solo los elementos que son **cuantificables**, de modo que pueden expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica.” Lo cual es, ciertamente, lógico, pues el método de subasta electrónica, de evaluación automática, resulta imposible de aplicar para valorar aspectos de la oferta evaluables mediante criterios subjetivos.”*

*Destaquemos adicionalmente que el considerando 22 de la Directiva precedente, 2004/17/CE, era similar, pero incluso más restrictivo: “(...) Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica **los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención o evaluación por parte de la entidad adjudicadora, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. Por el contrario, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras.**”*



Por tanto, aunque “normalmente” la subasta electrónica no sea propia de contratos con objeto intelectual, la interpretación finalista del precepto de nuestra Ley permite admitir excepciones, y esta excepción, entendemos, concurre si se aplica la subasta electrónica a elementos de la oferta cuantificables, es decir, que puedan expresarse en cifras o porcentajes. Y aunque en un contrato que tenga por objeto una prestación con contenido intelectual podría resultar abierto a discusión qué aspectos de la oferta podrían ser cuantificables, un aspecto inequívoco y sobre el que no puede haber discusión alguna en cuanto a su carácter cuantificable y sujeto a valoración automática -es decir, idóneo para una subasta electrónica-, es el precio.

Incluso bajo la interpretación del Considerando de la Directiva precedente, que limitaba estas subastas a “a contratos para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa”, la especificación de la oferta sujeta a subasta, si se trata del precio, es idónea en cuanto a su precisión

Pues bien, como puede comprobarse de nuestros Antecedentes, y si bien tanto la Ley como la norma europea permiten que esta subasta se base sobre la parte económica de la oferta o sobre otros aspectos de la oferta no económicos, en nuestro caso, solo se someterían a subasta electrónica los elementos puramente económicos de la oferta.

*Así, se dice –como hemos transcrito en los Antecedentes- que “Realizada la apertura de ofertas económicas, Aena S.A. podrá solicitar **mejoras económicas** de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de este Pliego.” Y “Antes de proceder a la ejecución de la subasta electrónica, el Órgano de Contratación efectuará una primera clasificación de las ofertas, por orden creciente, de acuerdo con los criterios definidos en el Pliego. A continuación, se invitará simultáneamente, por medios electrónicos a todos los licitadores, que hayan presentado ofertas admisibles, a que presenten **precios** revisados a la baja.”*

En definitiva, un adecuado entendimiento del art. 2.6 de la LCSE en relación con su contexto y finalidad, no excluye de la subasta electrónica un contrato, aun cuando pudiera considerarse de objeto intelectual, si la subasta electrónica sólo opera sobre la parte de la oferta relativa al precio, como prevé el pliego en nuestro caso.”



El hecho de que haya entrado en vigor la LCSP en nada modifica el criterio anterior, en tanto en cuanto no resulta de aplicación al caso, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional octava, apartado 2, de dicha norma. La única referencia que se hace en el pliego a la Directiva 2014/24 es al artículo 35 y se refiere exclusivamente al desarrollo de la subasta.

Séptimo. En la resolución 964/2017 no se resuelve, sin embargo, la objeción relativa a que la subasta electrónica no procede en procedimientos negociados sin previa convocatoria de licitación y en este caso sí ha existido convocatoria. Esta alegación se basa en lo establecido en el artículo 49 de la LCSE. Sin embargo, el artículo 53.2 de la Directiva 2014/25 establece que, en los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con convocatoria de licitación previa, las entidades adjudicadoras podrán decidir que se efectúe una subasta electrónica previa a la adjudicación de un contrato cuando los pliegos de la contratación, en particular las especificaciones técnicas, puedan establecerse de manera precisa. Este Tribunal considera que se dan los requisitos para la aplicación directa del precepto. El contenido de la norma es claro, preciso e incondicionado y su efecto directo no implica que se le otorgue al órgano de contratación ninguna facultad que contradiga las finalidades perseguidas por la Directiva, ni restringe la competencia, la igualdad entre licitadores ni la transparencia.

La consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario.

Se comparten, además, los argumentos del órgano de contratación de que:

- Tanto la LCSE como la Directiva 2014/25/UE dejan más libertad al órgano de contratación para fijar sus criterios de selección que la LCSP, y
- Que ninguna de las mencionadas LCSE y Directiva 2014/25/UE contienen un precepto análogo a la disposición cuadragésimo primera de la LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar las reclamaciones interpuestas por D. A. Z. G. en nombre y representación de TECNIBERIA, Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos, y por D. L. S. S., en nombre y representación de la AEDIP, Asociación Española de Dirección Integrada de Proyecto, contra, el pliego de cláusulas particulares del contrato de *“Asistencia técnica de project management del proyecto de remodelación y ampliación del edificio dique sur del aeropuerto de Barcelona-El Prat”*, convocado por AENA, S.M.E., S.A.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de las reclamaciones por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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.