



Recurso nº 1550/2021

Resolución nº 1768/2021

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

VISTA la reclamación interpuesta por D. A.G.N., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS, contra el Pliego de Cláusulas Particulares de la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A. para contratar “*AT DE PM (Asistencia Técnica de Project Management) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para los aeropuertos de la red de AENA Lote Norte y Este*”, expediente DIN-380/2021; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 27 de septiembre de 2021, la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de servicios consistentes en la “*AT DE PM (Asistencia Técnica de Project Management) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para los aeropuertos de la red de AENA Lote Norte y Este*”, expediente DIN-380/2021, dividido en dos lotes, y con un valor estimado de 49.750.524,00 euros (IVA excluido).

Segundo. Con fecha de 18 de octubre de 2021, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (en los sucesivos, TECNIBERIA) presentó en el registro de este Tribunal reclamación en materia de contratación contra el Pliego de Condiciones Particulares (en adelante, PCP).



Solicita la asociación en su reclamación que se anule el PCP, y que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la aprobación del referido pliego, anulándose, en su caso, los contratos que eventualmente se hubiesen adjudicado en el seno del mismo.

Tercero. Con fecha de 22 de octubre de 2021, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La reclamación ha sido debidamente interpuesta ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), en relación con el artículo 120 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; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RD-Ley 3/2020).

Segundo. Conforme a lo establecido en el artículo 119.2 a) del RD-Ley 3/2020, la reclamación se ha planteado contra un acto susceptible de ser impugnado por esta vía toda vez que se trata de los pliegos que rigen la licitación de un contrato sujeto a dicha norma.

Tercero. En lo que se refiere al plazo de interposición, cabe recordar lo establecido en la letra b), del apartado 1, del artículo 50, de la LCSP:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)



b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

En el presente procedimiento se publicó el día 27 de septiembre de 2021, en el DOUE, un anuncio de licitación en el que los interesados podían consultar los pliegos; por consiguiente, la reclamación, cuya fecha de presentación en el registro de este Tribunal es el 18 de octubre de 2021, se ha presentado dentro de plazo.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, debe reconocerse a TECNIBERIA en aplicación de los artículos 48 de la LCSP y 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), en la medida en que la asociación recurrente



actúa en defensa del interés colectivo de sus asociados. Se reitera así el criterio expresado por este Tribunal en anteriores Resoluciones; por todas, la nº 964/2017, de 19 de octubre, en la que se afirma (énfasis añadido):

“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”.

Quinto. Los motivos de impugnación planteados por la entidad recurrente se pueden resumir de este modo:



- a) El único criterio determinante la adjudicación del contrato es –virtualmente– el precio, lo cual no resulta legalmente posible en los contratos que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual como los de ingeniería.

El PCP parece incluir la valoración de aspectos tanto técnicos como económicos para la adjudicación del contrato, sin embargo, una revisión pormenorizada del documento permite apreciar que, de hecho, el menor precio se erigirá como el criterio único, último y determinante para la selección del contratista.

La primera ilegalidad que se desprende de esta configuración de la metodología de valoración de las ofertas es que la puntuación de los criterios técnicos de calidad no queda integrada con la valoración económica de las ofertas, siendo esta última la que, por sí sola y con independencia de la puntuación técnica, determinará la adjudicación.

Por otra parte, al no integrar la valoración final de las ofertas la mayor puntuación de calidad técnica que, sobre setenta (70) puntos, hubiese obtenido una oferta, se permite que las técnicamente inferiores resulten adjudicatarias por el mero hecho de presentar un precio más reducido, lo cual favorece la adquisición de los servicios de menor calidad, que serán precisamente los que resultarán competitivos por presentar una calidad más baja con un precio reducido proporcional. Ello contradice lo establecido en el artículo 66 del Real Decreto-Ley 3/2020, que en su apartado 4 obliga especialmente a los órganos de contratación a establecer criterios de adjudicación que permitan obtener servicios, no solo de calidad, sino de “gran calidad”.

El objeto del contrato que nos ocupa, por ser de ingeniería, es un servicio intelectual, y lo es “*ex lege*”. El reconocimiento de intelectualidad de los servicios de ingeniería y arquitectura se ha incluido, de forma expresa y sin excepciones, en la Disposición Adicional 41ª de la LCSP, para el ámbito de la contratación pública general, y en la Disposición Adicional 17ª del RD-Ley 3/2020.

A pesar de ello, el único criterio de adjudicación que en la presente licitación puede tildarse como “*determinante*”, y no meramente condicionante de la adjudicación, es el del precio. Tal y como está configurada en el PCP la valoración de las ofertas, resulta



imposible afirmar que los criterios de calidad técnica establecidos en el PCAP representan al menos el cincuenta y uno por ciento de la puntuación asignable.

No es admisible sostener que las puntuaciones técnicas tienen en este caso un peso del setenta (70) por ciento de la valoración de las ofertas. Ello podría admitirse si lo que hiciera el PCAP fuese valorar técnicamente las ofertas con una puntuación máxima de setenta (70) puntos, distribuyendo los treinta (30) puntos restantes en proporción de la baja económica ofrecida por los licitadores. También si lo que estableciese fuera un umbral, en virtud del artículo 66.10 del RD-Ley 3/2020, por el que solo se valoraran económicamente las ofertas que alcanzasen una puntuación técnica mínima de setenta (70) puntos, pero, a los efectos de valoración final, se sumasen también todos los puntos adicionales hasta cien (100) obtenidos por la valoración cualitativa a una puntuación determinada asignable a la oferta económica, que en ningún caso podría ser más de cuarenta y nueve (49) puntos.

b) Ausencia de previsión de criterios objetivos para la identificación de ofertas presuntamente anormales o temerarias.

No se han incluido en el PCP los parámetros objetivos que deberían permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, pese a que el artículo 69.2 del RD-Ley 3/2020 establece dicha previsión, no como una potestad, sino como una obligación de la entidad contratante. Esta omisión ha sido calificada por la Resolución nº 1187/2018, de 28 de diciembre, de este Tribunal como vicio de anulabilidad de los pliegos en los que, como los de servicios intelectuales, han de establecerse una pluralidad de criterios de adjudicación.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido, defiende –en síntesis– lo siguiente:

Los criterios de adjudicación del PCP se desarrollan a través de un modelo bifásico en el que primero se valoran los criterios cualitativos para, después, hacer lo mismo con los económicos. Para la primera valoración, los pliegos prevén una puntuación máxima sobre 100 puntos, exigiendo que los licitadores obtengan, al menos, 70. Los licitadores que



alcancen o superen esta puntuación pasan a la siguiente fase, adjudicándose el contrato a la oferta económica más baja.

La posibilidad de articular la valoración de los criterios de adjudicación por fases sucesivas se prevé expresamente por el artículo 66.10 del RD-Ley 3/2020. Esta norma, además, contiene su propia exigencia respecto a cómo deben definirse los criterios de calidad en tales casos, estableciendo una ponderación mínima del 50% para continuar en el proceso selectivo, porcentaje que se supera holgadamente en los pliegos objeto de impugnación.

En la presente licitación, basta con acudir a la literalidad del PCP para verificar hasta que medida se exigen de los licitadores unos altísimos estándares cualitativos en sus propuestas como condición previa a la valoración de sus ofertas económicas. En concreto, en el apartado 16 del Cuadro de características del PCP, se aprecia con claridad cómo los criterios cualitativos de adjudicación se han desarrollado de forma extremadamente minuciosa y detallada, asignando una puntuación ponderada a cada subcriterio, según las necesidades del contrato.

No es posible sostener que los pliegos puedan ser contrarios a la ponderación de calidad que exige el RD-Ley 3/2020 en contratos con prestaciones de naturaleza intelectual. El sistema por el que ha optado AENA es mucho más respetuoso con la calidad de los servicios que uno ordinario de distribución de puntuación entre criterios de calidad y no de calidad por el que, aparentemente, aboga la recurrente. Repárese en que, en un sistema de puntuación como el que solicita que se le aplique, una baja puntuación en la calidad de la propuesta puede compensarse con una más alta en la oferta económica. Al mismo tiempo, unos criterios redactados en estos términos no permitirían la exclusión de propuestas técnicamente pobres. Los pliegos que se han aprobado por AENA exigen que los licitadores superen unas condiciones muy rigurosas de calidad, imponiendo que sólo las propuestas que igualen o excedan una puntuación de 70 sobre 100 puedan ser consideradas aptas para continuar en el proceso de contratación.

Por otro lado, TECNIBERIA, en su reclamación, basa su argumentación en que las prestaciones del contrato de referencia son de carácter intelectual por ser su objeto un servicio de ingeniería. La recurrente consiguió que se incluyese, vía enmienda del



Senado, la Disposición Adicional 41ª de la LCSP –que luego se replicaría en la Disposición Adicional 17ª del RD-Ley 3/2020–. La principal consecuencia de ambos preceptos es la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una regla (‘anomalía’ a decir de AENA), a modo de presunción “*iuris et de iure*”, según la cual todos los contratos que tengan por objeto servicios de consultoría, ingeniería o arquitectura deben considerarse como de naturaleza “*intelectual*” con independencia de que, “*de facto*”, lo sean.

De esta forma, un contrato como el aquí analizado, de project management y seguimiento de unas obras, que siempre se había calificado por este Tribunal y por la Audiencia Nacional como carente de contenido intelectual en la medida en que supone el seguimiento del desarrollo de unos trabajos previamente definidos, sin dar lugar a un producto original fruto del intelecto, pasa ahora a tenerlo.

La consecuencia más evidente de este cambio de criterio es que TECNIBERIA fundamenta todas sus pretensiones sobre la base de que el contrato es de naturaleza intelectual, aunque, realmente, no lo sea. Contra esta doctrina, AENA sigue sosteniendo que existen interpretaciones más acordes con las directivas comunitarias que permiten considerar que las presunciones de las citadas Disposiciones Adicionales 17ª y 41ª son “*iuris tantum*”, y no una atribución “*ex lege*” de una concreta naturaleza que, como en el presente caso, nunca puede inferirse de su contenido.

Las Directivas, siguiendo una premisa elemental de sentido común, nunca vinculan –a juicio de la entidad licitante– la naturaleza intelectual del contrato al ámbito subjetivo de la contratación –siendo indiferente el sector al que pertenecen los licitadores– sino al contenido del contrato. En cambio, la Disposición Adicional 17ª, y la Disposición 41ª, invierten su sentido: ya no es el elemento objetivo del contrato el que define el contrato, sino el elemento subjetivo. Es decir, ya no es su contenido, sino la identidad de los contratistas, o el sector al que pertenecen.

Así, no es posible cuestionar –concluye dicha entidad en su informe– que la consideración de todos los contratos que se celebren con entidades del ámbito de la consultoría, ingeniería y arquitectura, cualquiera que sea su contenido, como de



naturaleza intelectual supone la adopción de un régimen jurídico más favorable y del que no se benefician otras entidades de sectores asimilables.

El segundo motivo de impugnación consiste en que los pliegos no introducen ninguna previsión relativa a presunciones de anormalidad de las ofertas defendiendo que este Tribunal ha considerado que la decisión de incluir criterios para valorar la anormalidad de las ofertas es potestativa.

En la medida en que el establecimiento de criterios para definir la anormalidad se considera una potestad del órgano de contratación, su no inclusión no produce otro efecto que la imposibilidad de que AENA pueda apreciar la anormalidad de las ofertas económicas, pero, en ningún caso, se configura como motivo de nulidad de los pliegos como pretende la recurrente.

Repárese en que de la dicción literal del artículo 69 del RD-Ley 3/2020 no se infiere, en ningún caso, la obligatoriedad del establecimiento de criterios para la identificación de ofertas en situación de anormalidad en los pliegos. Los pliegos ya introducen suficientes mecanismos de aseguramiento de la correcta ejecución del contrato.

Séptimo. Corresponde analizar el primer motivo de impugnación en el que razona la recurrente que el único criterio determinante para la adjudicación del contrato es el precio, lo cual no resulta legalmente posible en los contratos que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual como los de ingeniería. Para ello, cabe partir de lo establecido en la cláusula 31 del PCP en la que se regula el proceso de evaluación de las ofertas:

“A.- Enumeración de los criterios de evaluación técnica

Los criterios de evaluación técnica se puntuarán de conformidad con lo previsto en el Cuadro de Características del presente Pliego.

B.- Metodología de selección de la oferta



Aena seleccionará como adjudicatario al licitador que, en su conjunto realice la oferta más ventajosa en función de sus aspectos técnicos y económicos, de acuerdo con lo que a continuación se indica.

Para la evaluación técnica de este expediente se tendrán en cuenta los criterios y subcriterios técnicos que se indican en el cuadro de características con la ponderación que se señale.

Se procederá a la apertura de las ofertas económicas, únicamente, de aquellas proposiciones cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicada en el cuadro de características (Con arreglo al apartado 17 del Cuadro de Características, 70 puntos).

Realizada la apertura de ofertas económicas, igualmente, Aena solicitará mejoras económicas de su oferta mediante subasta electrónica, a las cuatro (4) ofertas más económicas más aquellas ofertas cuyo importe no supere el 1,1 del importe de la oferta más económica.

No se realizará subasta electrónica si las ofertas que hayan superado la calidad técnica mínima exigida en el Cuadro de Características de este pliego son tres (3) o menos.

En este caso se propondrá como potencial adjudicatario a la oferta más económica resultante de la apertura de ofertas económicas. (...)

Asimismo, el apartado 10 del Cuadro de Características del PCP establece lo siguiente:

“SUBASTA ELECTRÓNICA

Se procederá a la misma siempre que haya 4 o más ofertas que hayan superado la calidad técnica mínima exigida según lo indicado en la cláusula 31 de este pliego”.

Una cuestión prácticamente idéntica a la planteada en este reclamación ha sido analizada recientemente por este Tribunal en su Resolución nº 1300/2021, de 29 de



septiembre, referida a la reclamación de 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*”. Transcribimos a continuación parte del fundamento jurídico tercero (énfasis añadido):

“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 diálogo 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 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.

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 atenemos. 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”.

Las prestaciones del contrato objeto del presente análisis son de carácter intelectual por constituir su objeto un servicio de ingeniería; por consiguiente, no puede ser adjudicado mediante subasta de precio, como se establece en esas cláusulas, aun cuando sólo sea posible la apertura de las ofertas económicas cuya puntuación técnica, asignada en una fase previa del procedimiento de adjudicación, sea igual o superior a 70 puntos sobre 100.

La existencia de una fase previa de carácter selectivo, analizando criterios técnicos, sólo sirve para pasar de fase. La adjudicación se decide exclusivamente con sujeción a precio, tras la subasta, sin tener en cuenta mínimamente la puntuación alcanzada en esa fase previa. Sucede así que dos licitadoras que superen esa fase previa con una diferencia notable de puntuación, la adjudicación se decida a favor de la peor clasificada en ella, tomando como referencia solo el precio. Paradójicamente con ello, la entidad contratante



puede obtener un resultado contrario al pretendido, que la adjudicación se resuelva en favor de la mejor oferta económica, que al tiempo sea con diferencia la peor técnica.

Las consideraciones expuestas en la Resolución citada deben llevar a la estimación del primer motivo de impugnación y, consiguientemente, a la anulación de los pliegos en los puntos afectados: apartado 10 del Cuadro de Características del PCP, Cláusula 31 del propio pliego, y Anexo II del mismo documento (FORMULARIO DE PARTICIPANTES EN SUBASTA ELECTRÓNICA), retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a su aprobación.

Octavo. En su segundo motivo de impugnación considera TECNIBERIA que la omisión en los pliegos de previsiones sobre la presunción de anormalidad de las ofertas es causa de anulación de los pliegos por concurrir en este contrato más de un criterio de adjudicación.

A este respecto, el artículo 69.2 del RD-Ley 3/2020 establece que:

“La entidad contratante deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos de condiciones, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”.

Por su parte, el artículo 149.2 de la LCSP dispone:

“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los



parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

En el presente caso, el apartado 9 del Cuadro de Características del PCP señala que:

“En atención al objeto de este expediente, AENA no considera ninguna de las ofertas presentadas incurso en presunción de anormalidad”.

En la Resolución nº 1187/2018 de este Tribunal, ya citada e invocada por la parte actora, se ha analizado la obligación de establecer en los pliegos criterios para determinar las ofertas incurso en presunción de anormalidad. En dicha Resolución se afirma lo siguiente (énfasis añadido):

“La nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que, de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.



Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio”.

Ahora bien, el criterio de este Tribunal en lo que respecta a esta cuestión controvertida ha evolucionado, de modo que en la más reciente Resolución nº 345/2020, de 5 de marzo, tuvo ocasión de razonarse lo siguiente (énfasis añadido):

“En nuestro caso estamos de acuerdo con el órgano de contratación en que tal precepto, en principio, no impone el establecimiento en el pliego de criterios para determinar la anormalidad, salvo que el órgano de contratación pretenda excluir aquellas ofertas que se pudieran considerar anormalmente bajas.

Es decir, la Ley pretende la introducción de garantías en el caso de que quieran excluirse determinadas ofertas por anormalidad; de modo que, en principio, si el órgano de contratación decide, dentro de su margen de discrecionalidad técnica para juzgar las necesidades que ha de satisfacer la licitación, que en la misma no procederá excluir a ningún licitador por tal causa, puede omitir su previsión”.

En el caso aquí analizado, debe ratificarse el criterio último de este Tribunal; en efecto, los artículos 69.2 del RD-Ley 3/2020 y 149.2 de la LCSP no imponen al órgano de contratación la obligación de establecer en los pliegos los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal. Se trata de una potestad de aquel que queda dentro del ámbito de su discrecionalidad técnica. Según se infiere de dichos preceptos, si tales parámetros se establecen en los pliegos, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad a tenor de los mismos.

Partiendo de estas consideraciones, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Único. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por D. A.G.N., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS, contra el Pliego de Cláusulas Particulares de la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A. para contratar “*AT DE PM (Asistencia Técnica de Project Management) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la Dirección de Obra) para los aeropuertos de la red de AENA Lote Norte y Este*”, expediente DIN-380/2021, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

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