



Recurso nº 1482/2022

Resolución nº 103/2023

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de febrero de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. A. G. N., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGENIERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), en su calidad de apoderada y Secretaria General de la Asociación, contra los pliegos de la licitación del servicio *denominado: "Servicio para el desarrollo, implementación y seguimiento de la Metodología BIM (Building Information Modeling) Fase II"* (expediente DIN 438/2022), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La sociedad mercantil estatal AENA S.A., por Resolución de fecha 10 de octubre de 2022 de su Directora de Contratación, acuerda promover la licitación del *"Servicio para el desarrollo, implementación y seguimiento de la Metodología BIM (Building Information Modeling) Fase II" (expediente DIN 438/2022)*, por medio de un procedimiento abierto, con varios criterios, con un valor estimado del contrato de 2.000.000 € euros, IVA excluido y un plazo de duración de tres años sin prórroga. Dicha licitación se publica, en el DOUE 2022/S 199-567162, el 14 de octubre de 2022, así como en la página WEB de AENA, S.A., SME, (Portal de Contratación de Proveedores de Aena), el 11 de octubre de 2022.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el 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 concreto por su libro primero que transpone la 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, y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, (en adelante RD-Ley 3/2020). En cuanto a sus efectos y extinción el contrato se regirá por lo dispuesto al efecto en el Título VI del Libro primero de la citada norma siendo de aplicación en todo lo no previsto en dicho Título VI el Derecho privado.

Tercero. Mediante escrito presentado el 4 de noviembre de 2022 en el Registro General de este Tribunal, D. A. G. N., en nombre y representación de TECNIBERIA, interpone reclamación en materia de contratación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas en lo que se refiere a i) la utilización de la subasta electrónica como procedimiento de selección de las ofertas económicas, ii) que el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación, y al incumplimiento de que los criterios relacionados con la calidad representen al menos el 51 por ciento de la puntuación total asignable a las ofertas, iii) la falta de regulación en los Pliegos de la fórmula de valoración de las propuestas económicas y iv) a la ausencia de previsión de los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas, en el ámbito de la contratación del *“Servicio para el desarrollo, implementación y seguimiento de la Metodología BIM (Building Information Modeling) Fase II” (expediente DIN 438/2022)*”.

Cuarto. Se ha remitido al Tribunal el expediente administrativo con fecha 8 de noviembre de 2022 y acompañado el 17 de noviembre de 2022 del correspondiente informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, (en adelante LCSP), en el que se indica que procede la desestimación de la reclamación.

Quinto. Consta un acta de 18 de noviembre de 2022 con el listado de seis empresas que se han presentado a la licitación.

Sexto. No se han presentado alegaciones al recurso.

Séptimo. No se han solicitado, ni adoptado, medidas cautelares.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado primero del artículo 45 de la LCSP al ser AENA, S.A., S.M.E. un poder adjudicador perteneciente al Sector Público Estatal.

Segundo. La recurrente, es la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGENIERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA). La cuestión de la legitimación de asociaciones como la recurrente se ha planteado en diversas ocasiones por este Tribunal, pudiendo citar la Resolución nº 1300/2021 de 29 de septiembre (Recurso nº 872/2021), que cita y reproduce a su vez el criterio seguido 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, por lo que debe reconocérsele el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso son el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas. De conformidad con el art. 119 1 y 2 b) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero: *1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.*

2. Podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación los siguientes actos y documentos: .../...

a) Los anuncios que sirvan como medio de convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

Cuarto. La reclamación cumple todos los requisitos previstos en el artículo 51 de la LCSP, por remisión del art. 121 del Real Decreto-ley 3/2020, ya que presentada la reclamación el 4 de noviembre de 2022 en el Registro de este Tribunal, consta en el expediente la publicación de la licitación el DOUE 2022/S 199-567162, el 14 de octubre de 2022, así como en la página WEB de AENA, S.A., S.M.E., (Portal de Contratación de Proveedores de Aena), el 11 de octubre de 2022, por lo que el recurso contra los pliegos se interpone dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.apartado b) LCSP.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la reclamación impugna las cláusulas 10 y 31.b) del PCAP, así como los apartados 9 y 10 del Cuadro de Características del PCAP, cuyo contenido considera ilegal por: i) la utilización de la subasta electrónica como procedimiento de selección de las ofertas económicas entre las cuatro ofertas más económicas, más aquellas ofertas cuyo importe no supere el 1,1 del importe de la oferta más económica, en



el marco de un procedimiento abierto ordinario, de un contrato de servicios de ingeniería con naturaleza de prestación de carácter intelectual; ii) que el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación, y al incumplimiento de que los criterios relacionados con la calidad representen al menos el 51 por ciento de la puntuación total asignable a las ofertas, iii) la falta de regulación en los Pliegos de la fórmula de valoración de las propuestas económicas y iv) la ausencia de previsión de los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas.

Empezando por el primer motivo de recurso, la prohibición de utilizar la subasta electrónica en los servicios de carácter intelectual, la reclamación invoca la infracción del art. 97.2 del RDL 3/2020, en relación con su Disposición Adicional 17ª.

TECNIBERIA afirma que el presente es un contrato de servicios de ingeniería de asistencia técnica, con código CPV 71356200-0 *Servicios de asistencia técnica*.

La reclamación cita a favor de la estimación de su pretensión de anulación, el criterio mantenido por este Tribunal en la Resolución nº 1300/2021, de 29 de septiembre de 2021, (Recurso nº 872/2021), en la que se revisaron los pliegos de otra licitación promovida por AENA, e impugnada por TECNIBERIA, 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*”. En dicha Resolución este Tribunal, a diferencia de otras resoluciones anteriores en las que se plantearon pretensiones similares relacionadas con la valoración de ofertas en licitaciones de trabajos de carácter intelectual, se tiene en consideración las novedades legislativas que introdujo en la materia la Ley 9/2017, y que también ha recogido literalmente el R.D. Ley 3/2020, llegando a la conclusión de que la doctrina establecida por el Tribunal bajo la vigencia de la normativa anterior a la actual LCSP no puede mantenerse en la actualidad. Por el contrario, se razonó que: “*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)", y se estableció el siguiente criterio : "A la vista de lo anterior, pocas dudas pueden haber 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."

La consecuencia de dicha declaración fue la improcedencia de emplear el método de subasta electrónica para la adjudicación de contratos de servicios de ingeniería, por ser intelectuales en todo caso, por aplicación de lo previsto en el artículo 97.2 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que regula las subastas electrónicas y dispone 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"*.

La Entidad Contratante en el informe remitido a este Tribunal es consciente del criterio que se acaba de exponer, mantenido en la citada Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre, así como de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico, de una presunción *iuris et de iure*, (aunque la califica como anomalía jurídica), 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. Sin embargo, argumenta como primer motivo a favor de la desestimación de la reclamación que *"en este caso concreto, ni siquiera resulta de aplicación la discutida presunción, dado que el objeto de este expediente no es un servicio de ingeniería. Es por ello por lo que la recurrente no hace alusión al objeto del contrato ni a los concretos servicios requeridos, sino que únicamente se limita a afirmar de manera genérica que el objeto del contrato incluye servicios intelectuales"*.

Esta cuestión debe abordarse con carácter preliminar, pues la conclusión a que se llegue determina los razonamientos posteriores.

¿El contrato cuyos pliegos se impugnan tiene por objeto servicios de ingeniería?



La Entidad contratante afirma que no cabe considerar la naturaleza intelectual, a modo de presunción iuris et de iure, en toda prestación de servicios realizada por arquitectos o ingenieros. Es decir, parece dar por supuesto que los arquitectos e ingenieros realizan en ocasiones servicios de ingeniería (o arquitectura), pero en otras ocasiones sus servicios profesionales, no son de ingeniería, (o arquitectura). Para salvar esta aparente paradoja, la entidad contratante reconduce la argumentación a la caracterización de los servicios con prestaciones intelectuales como servicios en los que esencialmente se produce un proceso creativo e innovador, algo que no ocurre en el presente caso en el que el objeto del contrato consiste en una asistencia técnica para continuar con el desarrollo, implementación y seguimiento de una metodología BIM (acrónimo de Building Information Modeling o "Modelado de Información de la Construcción", considerando el concepto construcción aplicado tanto a edificios como a infraestructuras), para su aplicación tanto en la ejecución de inversiones (proyecto y obra) como en la operación y el mantenimiento.

Lo cierto es que esta argumentación de la entidad contratante se encuentra presente en Resoluciones sobre impugnaciones de Pliegos anteriores a la Ley 9/2017, y el R.D. Ley 3/2020, y hace pivotar el carácter intelectual de las prestaciones de un contrato con carácter general en el resultado creativo e innovador, con independencia de que nos encontremos en presencia de prestaciones realizadas por ingenieros y propias de ingenieros, o en las que dicha cualidad subjetiva sea esencial. Por tanto, se desconoce la novedad legislativa que se expuso antes y que permitió a este Tribunal concluir que *"son prestaciones de carácter intelectual los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Y lo son por decisión legislativa, lo son ex lege."*

Pues bien, en el presente caso, es preciso tener en cuenta que los pliegos impugnados exigen esencialmente entre los medios personales que necesariamente han de adscribirse a la ejecución del contrato, perfiles profesionales de ingenieros y arquitectos.

Así, el apartado 1 del cuadro de características del PCAP, califica la categoría del contrato con la clave: *Código CPV: 71356200-0*. Si se acude al Reglamento (CE) Nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento



Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, el código 71356200-0 se refiere a *Servicios de asistencia técnica*, y se engloba en la categoría superior con CPV: 71000000-8, referida a *"Servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección"*.

En el apartado 2 del cuadro de características del PCAP al indicar el desglose de costes para el cálculo del valor estimado resulta que todos los costes directos estimados son costes salariales o laborales, lo que permite explicar la trascendencia para el contrato de las cualidades de los medios personales que se exigen.

El anexo XX del PCAP contiene los perfiles mínimos exigibles de los medios personales a adscribir al contrato:

"1. Jefe proyecto. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 personas con titulación en Ingeniería, Ingeniería Técnica, Graduado en Ingeniería, Arquitectura, Arquitectura Técnica o Graduado en Arquitectura o titulación extranjera equivalente con al menos 7 años de experiencia en la gestión de equipos para el desarrollo de proyectos de implantación de metodología BIM. (Bloques 1,2,3 y 4)

2. Expertos BIM

2.1. Consultor BIM Fase Proyecto. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 persona con titulación en Ingeniería, Ingeniería Técnica, Graduado en Ingeniería, Arquitectura, Arquitectura Técnica o Graduado en Arquitectura o titulación extranjera equivalente con experiencia de al menos 5 años en la definición, gestión, control y coordinación BIM para la redacción de proyectos. (Bloque 1, 2 y 3)

2.2. Consultor BIM Fase Obra. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 persona con titulación en Ingeniería, Ingeniería Técnica, Graduado en Ingeniería, Arquitectura, Arquitectura Técnica o Graduado en Arquitectura o titulación extranjera equivalente con experiencia de al menos 5 años en la definición, gestión, control y coordinación BIM para el desarrollo de obras. (Bloque 1, 2 y 3)



2.3. Consultor BIM Fase Operaciones. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 persona con titulación en Ingeniería Aeronáutica o Ingeniería Técnica Aeronáutica, Máster en Ingeniería Aeronáutica o Grado en Ingeniería Aeroespacial o titulación internacional equivalente con experiencia de al menos 5 años en la coordinación de modelos BIM de infraestructuras aeroportuarias. (Bloque 1, 2 y 3).

3. Coordinadores BIM.

3.1. BIM Manager especialista en Edificación. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 persona con titulación en Arquitectura, Arquitectura Técnica o Graduado en Arquitectura o titulación extranjera equivalente con al menos 3 años de experiencia en la coordinación y gestión de modelos de edificios. (Bloque 4).

3.2. BIM Manager especialista en Obra civil. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 personas con titulación en Ingeniería, Ingeniería Técnica o Grado en Ingeniería, con al menos 3 años de experiencia en la coordinación y gestión de modelos de infraestructura. (Bloque 4).

3.3. BIM Manager especialista en Instalaciones. El perfil profesional mínimo exigido será:

- 1 persona con titulación en Ingeniería, Ingeniería Técnica, Graduado en Ingeniería, titulación extranjera equivalente con al menos 3 años de experiencia en gestión de modelos de instalaciones. (Bloque 4).

4. Modeladores BIM. El perfil profesional mínimo exigido será:

*- 3 modeladores BIM con formación BIM y al menos 2 años de experiencia en la creación y desarrollo de modelos BIM. Conocimientos y experiencia en modelado de infraestructuras. (Bloque 4)”.
”*



Resulta evidente que prácticamente en su inmensa mayoría, el perfil profesional exigido está definido por ingenieros y/o arquitectos, lo que es un indicio de que el objeto del contrato es un servicio de ingeniería.

Por otra parte, no existiendo una definición legal de lo que deban entenderse por servicios de ingeniería, cabe acudir a una primera aproximación común, y de esta manera el Diccionario panhispánico del español jurídico define la ingeniería como: *Conjunto de conocimientos y técnicas científicas y empíricas aplicadas a la invención, el diseño, el desarrollo, la construcción, el mantenimiento y el perfeccionamiento de tecnologías, estructuras, máquinas, herramientas, sistemas, materiales y procesos para la resolución de problemas prácticos.*

Por tanto, la ingeniería también se define como el desarrollo *de tecnologías...sistemas... y procesos para la resolución de problemas prácticos.* No solo es ingeniería la invención o el diseño de estructuras, máquinas, o herramientas.

En este sentido, el objeto el contrato al que se refieren los pliegos impugnados, viene en el apartado 4 del PPT, con la definición de los servicios a prestar indicando que *se requerirá la generación nuevas guías y actualización de guías existentes, la monitorización de la implantación mediante indicadores para evaluar la consecución de objetivos y beneficios e identificar nuevas necesidades, el soporte a nivel funcional para la gestión y configuración de herramientas y el establecimiento de una Oficina BIM que participará en los nuevos procesos.* Se justifica el contrato en que a partir de 2018 en AENA se exige el uso del BIM, como criterio general, en proyectos de obra nueva y ampliación; tanto en edificación (terminales de pasajeros, naves de carga, dependencias handling, bloques técnicos, aparcamientos, torres de control...) como en obra civil (plataformas, regeneración pistas, calles de rodaje, urbanización o accesos). El objetivo final de la implantación BIM de AENA es utilizar los modelos BIM para la gestión de las infraestructuras como fuente única de información de sus activos definiendo para ellos una serie de etapas.

En el ámbito de la Unión Europea la Directiva Europea sobre Contratación Pública 2014/24/UE, el artículo 22, indica lo siguiente: *“Para contratos públicos de obra y concursos de proyectos, los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas*



específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares". En aplicación de esta Directiva, es por la que los Organismos y Entidades Públicos pueden requerir el uso de BIM, siendo transpuesta por el apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que indica : *"para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de Modelado Digital de la Información de la Construcción (BIM) o herramientas similares"*.

Del PPT cabe deducir que se trata de desarrollar una metodología de trabajo colaborativa para la elaboración y gestión de proyectos, tanto de edificación como de obra civil, a través de un modelo digital, que permite diseñar, proyectar, organizar y dirigir la construcción de la obra. Es decir, se trata de una actividad identificable con el desarrollo de tecnologías, sistemas y procesos para la resolución de problemas prácticos, en la elaboración y seguimiento de los proyectos de construcción y por tanto propia del ámbito de lo que comúnmente se conoce como ingeniería.

En consecuencia, de todo lo expuesto en el análisis del PCAP y PPT cabe concluir, a diferencia de lo alegado por la Entidad contratante, que el objeto de la licitación son servicios propios de ingeniería y/o arquitectura. Esta conclusión conduce a la necesaria aplicación de la disposición adicional decimoséptima del RD Ley 3/2020 (Normas específicas de contratación de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo), conforme a la cual: *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.*

En cualquier caso, los pliegos califican el presente contrato de asistencia técnica como de *"consultoría"*, al referirse reiteradamente el PPTP a la figura del consultor, siendo igualmente la consultoría un tipo de contrato calificado expresamente por la LCSE como de carácter intelectual. La recurrente TECNIBERIA también representa a las empresas de consultoría.



De esta manera procede en el presente caso mantener el criterio ya apuntado por este Tribunal en la Resolución nº 1300/2021, de 29 de septiembre de 2021, (Recurso nº 872/2021) antes expuesto, sin necesidad de valorar si los servicios que van a prestarse en ejecución del contrato implican un proceso creativo e innovador, restringiendo solo a dicho supuesto las prestaciones de carácter intelectual relevantes para la LCSP, en contra de lo que su propio articulado dice literalmente, siendo de aplicación el criterio interpretativo resumido en el aforismo *“in claris no fit interpretatio”*, que recoge el artículo 3.1 del Código civil cuando se refiere al sentido propio de sus palabras en la interpretación de las normas. Pero además cabe tener en cuenta la finalidad de la norma, (criterio teleológico también recogido en el art. 3.1 del Código civil), que es la preferencia del legislador por establecer criterios de calidad en la adjudicación de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, finalidad que queda desvirtuada si se interpreta que por tales servicios solo hay que comprender los que conlleven una creación original, creativa o innovadora o solo con resultados susceptibles de protección por medio de derechos de propiedad intelectual.

La conclusión alcanzada conlleva la estimación del primero de los motivos de la reclamación y la anulación de la cláusula 31. B) del PCAP, y el apartado 10 de Cuadro de características por regular la subasta electrónica entre una serie de las ofertas más económicas, como criterio que decide la adjudicación del contrato, siendo un modo de seleccionar al adjudicatario excluido por la Ley para contratos de la DA 17ª en relación con el artículo 97.2 ambos del RD Ley 3/2020.

Sexto. En siguiente lugar, considera la recurrente que los pliegos vulneran los artículos 66 g) párrafo segundo, y 66 apartado cuarto del RD Ley 3/2020, y que no concretan la fórmula de valoración de las ofertas económicas.

El tenor de estos artículos es el siguiente:

Artículo 66 g) párrafo segundo: *“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. Igualmente, en el caso*



de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación”.

Artículo 66. 4: *“Las entidades contratantes velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.*

En los contratos de servicios del anexo I, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”.

En efecto, el PCAP analizado establece un sistema para la selección de adjudicatario en el que establece un umbral mínimo de puntuación en los criterios distintos al del precio que identifica bajo los siguientes apartados: A) Medios Humanos (65 puntos), B) Organización del equipo (10 puntos), C) Metodología propuesta para el desarrollo del servicio (20 puntos), D) Medios materiales (5 puntos). El umbral mínimo que se requiere según el apartado 17 del cuadro de características del PCAP son 70 puntos.

Una vez superado ese umbral, y entre las ofertas que lo superen, se prevé en la cláusula 31 b) del PCAP la apertura de las ofertas económicas, y una vez realizada esta apertura de las ofertas económicas, la Entidad contratante 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.

Se prevé además que *“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”.*

Resulta evidente que en este caso (tres o menos de tres ofertas que superen el umbral mínimo), el precio es el factor determinante de la adjudicación, pues se puede adjudicar



con independencia de los puntos obtenidos en el resto de los criterios de adjudicación, con tal de que presente la oferta más barata. Es decir, no se ha establecido ningún sistema que permita sumar la puntuación obtenida en todos los criterios de adjudicación, tanto técnicos como económicos, lo que imposibilita aplicar la previsión contenida en el artículo 66.4 del RD Ley 3/2020 y ponderar si los criterios relacionados con la calidad representan, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Para el caso de que se celebre la subasta electrónica, la cláusula 31 B) del PCAP, prevé que se invite a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles, es decir superado el umbral de 70 puntos, y siendo alguna de las cuatro ofertas económicas más baratas aquellas ofertas cuyo importe no supere el 1,1 del importe de la oferta más económica (con independencia de la puntuación técnica) a que presenten precios revisados a la baja. Es decir, pueden quedar excluidos de la subasta y por tanto de la posibilidad de ser adjudicatario, licitadores que hayan obtenido una puntuación técnica superior a otros licitadores. No va a existir una suma entre puntuación técnica y puntuación económica, sino que entre los seleccionados será adjudicatario el que presente en la subasta la oferta económica más baja. Como indica el PCAP: 31 B) e) *“El formato del evento será el de subasta inversa (o a la baja), es decir, un licitador no podrá enviar una puja mayor a la puja anteriormente enviada. La primera posición corresponderá al licitador cuya puja presente el importe total más bajo”*.

La cláusula 31 finaliza indicando en su último párrafo que: *“Finalizado el proceso anterior, será considerada como más ventajosa de las recibidas la oferta más económica de las que hayan obtenido en su evaluación técnica una puntuación igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado 17 que figura en el Cuadro de Características de este Pliego”*.

En consecuencia y al igual que en el caso antes expuesto, no se ha establecido ningún sistema que permita sumar la puntuación obtenida en todos los criterios de adjudicación, tanto técnicos como económicos, lo que imposibilita aplicar la previsión contenida en el artículo 66.4 del RD Ley 3/2020 y ponderar si los criterios relacionados con la calidad representan, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.



Las conclusiones a las que se han llegado tienen como efecto necesario que, para valorar la oferta económica, deberá preverse en el pliego su peso en el total de la puntuación de todos los criterios, respetando el porcentaje previsto en el artículo 66.4 del RD Ley 3/2020 para los criterios relacionados con la calidad, así como cumplir con el resto de normas preceptivas explicando la fórmula de valoración de cada una de las ofertas económicas que resulten, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 66.5 b) del RD Ley 3/2020, invocado por la reclamante y según el cual: *5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de condiciones y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos: .../... b) Deberán ser formulados de manera clara y objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán a la entidad contratante una libertad de decisión ilimitada”.*

En este sentido se pronunció, igualmente, la Resolución de este Tribunal nº 1768/2021.

Se estima este motivo de recurso, declarando que el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación del contrato, por lo que debe constar en el pliego la ponderación que representa, en relación con el resto de criterios, así como la fórmula a emplear para su valoración. La oferta económicamente más ventajosa debe resultar de la suma de la puntuación obtenida en todos los criterios de adjudicación, ya que, de otra manera, no se puede determinar que los criterios relacionados con la calidad representen, al menos, el 51% del total.

Séptimo. Por último, la reclamación alega como motivo de impugnación, no solo la ausencia en el PCAP de parámetros objetivos para identificar ofertas presuntamente anormales, sino incluso la previsión expresa en el apartado 9 del cuadro de características del PCAP de no considerar ninguna de las ofertas incursas en presunción de temeridad, lo que a su juicio vulnera lo dispuesto en el artículo 69.2 del RD Ley 3/2020: *“2. 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”.*



El Tribunal ha venido considerando, tanto en el ámbito de la LCSP como en el de la LCSE, que el hecho de que estas leyes establezcan que *“En los casos en que la entidad contratante presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo”*, permitía interpretar que era posible que el órgano de contratación no estableciese parámetro alguno para apreciar la presunción de anormalidad de las ofertas en los pliegos, si no tenía intención de excluir a ninguna de las empresas licitadoras por este motivo.

No obstante, esta doctrina debe ser revisada a la luz de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 1 de diciembre de 2021, Asunto T-546/20, que dice lo siguiente:

42 En este contexto, el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero (Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión) *establece que, “si, para un contrato determinado, el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s], el órgano de contratación solicitará por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio o el coste que considere oportunos y concederá al licitador la oportunidad de presentar sus observaciones”*.

43 De conformidad con el punto 23.2 del anexo I del Reglamento financiero, el órgano de contratación «solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos». Además, «rechazará la oferta si se ha comprobado que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral».

44 El concepto de «oferta anormalmente baja» no está definido en las disposiciones del Reglamento financiero. No obstante, se ha declarado que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse con relación a la composición de la oferta y con relación a la prestación de que se trata (véase la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics



Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 83 y jurisprudencia citada).

45 La obligación de un órgano de contratación de comprobar la formalidad de una oferta implica la existencia previa de dudas sobre su fiabilidad, habida cuenta de que el objetivo principal del punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero es evitar que un licitador quede excluido de un procedimiento de licitación sin haber tenido la posibilidad de justificar el contenido de una oferta que parecía anormalmente baja. Por tanto, el comité de evaluación únicamente está obligado a solicitar las precisiones oportunas sobre la composición de una oferta antes de rechazarla, en su caso, cuando existan tales dudas, de conformidad con el punto 23.2 de dicho anexo. Por el contrario, el citado punto 23.1 no se aplica a menos que una oferta parezca anormalmente baja [véanse, en este sentido y por analogía, las sentencias de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, EU:T:2005:274, apartados 49 y 50; de 5 de noviembre de 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Comisión, T-422/11, EU:T:2014:927, apartado 57, y de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 85].

46 De la jurisprudencia se desprende que tales dudas pueden existir, en particular, si parece incierto, por una parte, que una oferta respete la normativa del país en el que los servicios deberían ejecutarse, en materia de remuneración del personal, de aportaciones al régimen de seguridad social y de respeto de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de ventas a pérdida, y, por otra parte, que el precio propuesto integre todos los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta (véase la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 86 y jurisprudencia citada).

47 De cuanto precede se desprende que la apreciación, por el órgano de contratación, de la existencia de ofertas anormalmente bajas se realiza en dos tiempos.

48 En un primer momento, el órgano de contratación aprecia si «el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s]». El uso del verbo «parecer» en el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero implica que el órgano de contratación



*procede a una apreciación prima facie del carácter anormalmente bajo de una oferta, y no que procede de oficio a un análisis detallado de la composición de cada oferta para determinar que no constituye una oferta anormalmente baja. Así, en esta primera fase, el órgano de contratación debe determinar únicamente si las ofertas presentadas contienen un indicio que pueda suscitar la sospecha de que podrían ser anormalmente bajas. Ese es el caso, en particular, cuando el precio propuesto en una oferta presentada es considerablemente inferior al de las demás ofertas presentadas o al precio de mercado usual. Si las ofertas presentadas no contienen dicho indicio y, por tanto, no parecen anormalmente bajas, el órgano de contratación puede continuar su evaluación y el procedimiento de adjudicación del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea*, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 88).*

*49 En un segundo tiempo, si existen indicios que puedan suscitar la sospecha de que una oferta pudiera ser anormalmente baja, el órgano de contratación debe proceder, por el contrario, a verificar la composición de la oferta para cerciorarse de que no es anormalmente baja. Al llevar a cabo esta verificación, aquel tiene la obligación de dar al licitador en cuestión la posibilidad de exponer por qué razones considera que su oferta no es anormalmente baja. Debe seguidamente examinar las explicaciones aportadas y determinar si la oferta de que se trata presenta un carácter anormalmente bajo, en cuyo caso tiene la obligación de rechazarla (sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea*, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 89).*

En el mismo sentido se expresaba la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de fecha 19 de octubre de 2017, Asunto C-198/16 P:

51 De este modo, esa disposición (el artículo 139, apartado 1, del Reglamento nº 2342/2002) supone la obligación del poder adjudicador de, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a los licitadores afectados la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas”.



Por tanto, es una obligación del órgano de contratación identificar las ofertas que pueden ser sospechosas de haber ofertado precios anormalmente bajos, que pueden hacer inviable la prestación objeto del contrato.

El sistema que establecen la LCSP y el Real Decreto Ley 3/2020 para determinar las ofertas sospechosas de inviabilidad se basa en parámetros objetivos, y no en la apreciación discrecional del órgano de contratación. Por ello, es necesario que se fijen en el PCAP dichos parámetros, ya que, de otro modo, ante ofertas por precios considerablemente inferiores a los del resto de licitadores, o al precio usual del mercado, no se podría verificar su composición, para cerciorarse de que no son anormalmente bajas.

Procede, en consecuencia, estimar también este motivo de la reclamación, y anular el párrafo del apartado 9 del Cuadro de Características del PCAP que indica que *“En atención al objeto de este expediente, Aena no considera ninguna de las ofertas presentadas incurso en presunción de anormalidad”*, debiendo establecerse en el PCAP los parámetros para identificar las ofertas inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

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 nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), en su calidad de apoderada y Secretaria General de la Asociación, contra los pliegos de la licitación del servicio *denominado: “Servicio para el desarrollo, implementación y seguimiento de la Metodología BIM (Building Information Modeling) Fase II”* (expediente DIN 438/2022), anular del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la cláusula 31.b), así como los apartados 9 y 10 del Cuadro de Características del PCAP, en los términos indicados en los fundamentos de derechos quinto a séptimo de esta Resolución, 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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP y los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES