

Recurso nº 252/2021
Resolución nº 273/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 18 de junio de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción (en lo sucesivo ISSCO) contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el servicio de asistencia técnica en materia de seguridad y salud de proyectos de obras de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios de la Consejería de Educación y Juventud” número de expediente A/SER-010376/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 14 de mayo de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en cinco lotes.



El valor estimado del contrato asciende a 619.834,7 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

Segundo.- El 3 de junio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ISSCO en el que alega irregularidades en los pliegos que constituyen infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público. Adicionalmente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 9 de junio de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) en el que solicita la desestimación del recurso y se opone a la suspensión del procedimiento.

Tercero- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 10 de junio de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, ya que la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa estaba prevista para el 14 de junio.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP), y encontrarse entre sus fines según los estatutos.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados en 14 de mayo de 2021 en el perfil del contratante, e interpuesto el recurso el 3 de junio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, el recurrente alega que el código CPV del contrato es 71317200-5 que hace referencia a los servicios de salud y seguridad y que la cláusula 10 de los PCAP que estable los criterios de valoración de ofertas y adjudicación asigna el 100 % del peso al criterio precio, vulnerando el artículo 145.4



de la LCSP que establece *“En los contratos de servicios del Anexo IV, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”*.

Así, considera que estos contratos tienen el carácter de naturaleza intelectual de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional (41ª). *“Disposición adicional cuadragésima primera. Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. 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”*.

Al respecto añade que el contrato objeto de licitación se encuentra en la Categoría 12 (Servicios de arquitectura, servicios de ingeniería y servicios conexos en consultores en ciencia y tecnología, Servicios de Ensayos y análisis clínicos) y que el propio artículo 145.3 de la LCSP, contiene una referencia al carácter intelectual de los servicios de ingeniería y arquitectura.

En apoyo de sus pretensiones hace una descripción de las tareas a desarrollar por la empresa que resulte adjudicataria (redacción de estudios o estudios básicos de seguridad y salud, supervisión de estudios o estudios básicos de seguridad y salud, análisis, revisión e informe para la aprobación de los planes de seguridad y salud de los contratistas, coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y seguridad. Coordinar la actividad de la obra para garantizar que se apliquen los principios que se recogen en la Ley de prevención de riesgos laborales).



Al margen de lo anterior, manifiesta que los pliegos establecen unos requisitos mínimos que deben cumplir todos los licitadores que pese a no ser objeto de valoración, sí que contribuyen a evidenciar que la calidad y condiciones técnicas con las que se preste el servicio resulta esenciales y deben ser objeto de valoración.

A su juicio el análisis de las funciones transcritas y de los contenidos exigidos a la oferta técnica pone de manifiesto la evidente connotación de intelectual que revisten las prestaciones objeto del contrato y, entre ellas, cabe destacar la redacción del estudio de Seguridad y Salud, documento que, conforme al artículo 4 Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, forma parte del proyecto de construcción.

En definitiva, la naturaleza de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato que se licita determina que, por aplicación de la regla prevista en el artículo 145.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, de manera que los pliegos deben ser anulados por contravenir lo dispuesto en la norma rectora de los mismos.

En defensa de sus pretensiones cita varias resoluciones de los tribunales administrativos de contratación pública.

Asimismo, alega que los pliegos contravienen los principios rectores de la LCSP al no incorporar criterios sociales y medioambientales.

Por su parte el órgano de contratación alega que el hecho de que la LCSP reconozca, en su disposición adicional cuadragésima primera, la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería,



consultoría y urbanismo, no ha de llevar a la conclusión de que, cualquier prestación de un servicio relacionado con una obra (como puede ser la asistencia técnica en materia de seguridad y salud de proyectos y obras) goza del mismo carácter intelectual que, por ejemplo, la redacción de un proyecto de obra.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta el criterio manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 544/2018:

«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».

Así, considera el órgano de contratación que los trabajos de seguridad y salud establecidas en los pliegos, son labores muy acotadas, perfectamente definidas técnicamente, que se desarrollan bajo el amparo del proyecto básico y de ejecución, ya realizado por otro técnico. Por otro lado, teniendo en cuenta que los trabajos de seguridad y salud se deben acomodar a lo definido en un proyecto previo y, en su caso, a las mejoras que la empresa adjudicataria del contrato de obras oferte en esta materia, es manifiesta la dificultad de medir la calidad de un trabajo que está supeditado a otros que no están dentro de su objeto y que pueden no estar finalizados a la fecha de licitación del acuerdo marco de servicios. Esto es, a la fecha de licitación del acuerdo marco de servicios, puede que no se disponga de algunos proyectos de obras, o puede que se desconozca quiénes son los adjudicatarios de las obras sobre las que se va a realizar la referida asistencia técnica. Es importante recalcar que el hecho de que un técnico redacte el estudio de seguridad y salud dentro de un proyecto de obras no lo convierte en coautor del mismo.

Añade que, si bien el precio es el único criterio de adjudicación, la empresa propuesta adjudicataria deberá acreditar entre otras cosas su solvencia técnica, así como un compromiso de adscripción de medios personales, recogidos en la cláusula 1.9. del PCAP y que en la cláusula 1.20 se establece como condición especial y esencial de la ejecución del contrato, la adopción de medidas concretas para favorecer la formación de los trabajadores que van a ejecutar los trabajos objeto del contrato en el lugar de trabajo, a cuyo fin, la empresa propuesta como adjudicataria presentará un plan detallado de formación del personal de la empresa adscrito a estos trabajos (artículo 202.2 LCSP).



Vistas las alegaciones de las partes, el fondo del recurso consiste en determinar si la prestación derivada del Acuerdo Marco tiene la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los efectos del artículo 145.4 de la LCSP. Al respecto, existe una profusa doctrina y jurisprudencia sobre las prestaciones que tienen este carácter intelectual pues no es una cuestión exenta de debate puesto que la LCSP no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual.

La Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de junio de 2019 señala que *“No puede concluirse como se pretende por la parte actora que los servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría de cualquier tipo son siempre prestaciones de carácter intelectual”*.

En relación con la cuestión debatida es interesante citar El Informe1/2019, de 29 de enero de 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares que realiza un análisis exhaustivo sobre los contratos de servicios de carácter intelectual *“Esta Junta Consultiva de Contratación, que comparte la interpretación del TACRC y de la Audiencia Nacional, entiende que la lista de las prestaciones intelectuales no puede considerarse una lista tasada, porque entre otras cosas, no es posible acotar ninguna lista; tienen que considerarse de naturaleza intelectual las prestaciones que impliquen una actividad en la que predomine el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos y, además, comporten el uso de las más altas facultades intelectivas humanas, destacando las que supongan innovación o un cierto grado de creatividad, que dé al producto un carácter nuevo y que permita diferenciarlo de otros preexistentes. (...) lo que determina el carácter intelectual de una prestación no es tanto el sector profesional que lo tenga que ejecutar, sino el carácter original, creativo que innovador de la prestación, tal como ha interpretado la jurisprudencia. (...)*



El TS ha reconocido que una gran mayoría de obras de arquitectura tienen carácter funcional y se limitan a dar respuesta al cumplimiento de exigencias técnicas y normativas, lo cual limita la libertad creativa e innovadora del arquitecto. En este mismo sentido, debe admitirse que en otros muchos servicios relacionados con la arquitectura o la ingeniería (como por ejemplo, la coordinación de seguridad y salud), también predomina el carácter funcional y los profesionales que intervienen en ello suelen limitarse a dar cumplimiento a exigencias técnicas y normativas que hacen descartar directamente el carácter intelectual de las prestaciones. En consecuencia, en su contratación, no deberán cumplirse las especialidades que la LCSP prevé para las prestaciones intelectuales”.

También este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las prestaciones que tienen este carácter intelectual en su Resolución 333/2018 que desestima el recurso interpuesto contra los pliegos, por la actual recurrente (ISSCO), por considerar que los trabajos de coordinación de seguridad y salud en obras son contratos de carácter intelectual que exigen pluralidad de criterios. “En cuanto al segundo motivo de recurso, la necesidad de establecer una pluralidad de criterios para adjudicar el contrato a la mejor oferta relación calidad precio, el recurrente pretende que se anulen los PCAP y en su nueva formulación se establezcan criterios valorables mediante juicio de valor que aseguren la calidad de la oferta. Basa su pretensión en la consideración de este tipo de servicio como prestación de carácter intelectual en base a lo establecido en el artículo 145.3 y Disposición Adicional 41 de la LCSP, donde se considera que los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen naturaleza de prestación de carácter intelectual. Una vez catalogados como tales, según se manifiesta en el párrafo segundo del apartado g) del artículo 145.3, el precio no será un factor determinante. (...)

El servicio objeto del contrato estaría excepcionado del establecimiento de pluralidad de criterios de adjudicación en base a lo estipulado en el mismo artículo



145 en su apartado 3 g), toda vez que este servicio está perfectamente definido técnicamente. De conformidad con la cláusula primera de los Pliegos de Prescripciones Técnicas los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores”.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente la prestaciones objeto de este contrato no tienen el carácter intelectual que predica la LCSP, ni siquiera la redacción del estudio básico o estudios básicos de seguridad y salud que forma parte del proyecto, como bien dice el órgano de contratación realizado por otro técnico, y que establece una previsión de los procedimientos, equipos y medios auxiliares a emplear en la obra, exponiendo los riesgos laborales previstos y las medidas a adoptar para evitarlos y/o reducirlos, así como los servicios sanitarios a disponer en la obra de conformidad con el Real Decreto 1627/1997 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras.

Además, como señala la jurisprudencia, los profesionales que intervienen suelen limitarse a dar cumplimiento a exigencias técnicas y normativas que hacer descartar el carácter intelectual de las prestaciones, circunstancia que también se constata en el PPT al describir los trabajos, como son las labores de coordinación de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1627/1997 o en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En relación con la segunda cuestión planteada por la recurrente sobre la no incorporación de criterios sociales y medioambientales, señalar que el artículo 202 de la LCSP establece como obligatorio el establecimiento en los PCAP de al menos una condición especial de ejecución que podrán referirse a condiciones económicas,



relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social, citando entre las de tipo social favorecer la formación en el lugar de trabajo.

Consta en la cláusula 1.20 del PCAP *“Se establece como condición especial y esencial de la ejecución del contrato, la adopción de medidas concretas para favorecer la formación de los trabajadores que van a ejecutar los trabajos objeto del contrato en el lugar de trabajo, a cuyo fin, la empresa propuesta como adjudicataria presentará un plan detallado de formación del personal de la empresa adscrito a estos trabajos (art. 202.2 LCSP). La formación será en las materias propias de las funciones a realizar según su categoría profesional en el trabajo objeto del contrato. El incumplimiento de esta condición será motivo de resolución del contrato según se establece en la cláusula 38 de este pliego”*.

En consecuencia, no se aprecia en los pliegos un incumplimiento de la normativa en materia de contratación, procediendo desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el servicio de



asistencia técnica en materia de seguridad y salud de proyectos de obras de la Dirección General de Infraestructuras u Servicios de la Consejería de Educación y Juventud” número de expediente A/SER-010376/2021.

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

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 10 de junio de 2021.

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

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

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

