

VALORACIÓN QUE REALIZA JUNTA DE CONCERTACIÓN DE LA UE Nº 27 BOLUETA RESPECTO AL INFORME EMITIDO POR LA OFICINA DE CONCURSOS DEL COAVN RELATIVO AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICO PARA LA CONTRATACIÓN DE LA DIRECCIÓN FACULTATIVA DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN CORESPONDIENTES A LA FASE B DEL PROYECTO DE URBANIZACIÓN DE BOLUETA

I.- OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar las consideraciones que se han recibido por esta Junta de Concertación del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (COAVN) en relación con la licitación que esta entidad urbanística ha publicado para la contratación de la Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de la Fase B de la Unidad de Ejecución 27 suelo urbano residencial no consolidado de Bolueta.

II.- RESUMEN DE LAS CONSIDERACIONES DEL COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO NAVARRO

Con fecha 24 de marzo de 2020 se ha puesto en conocimiento de esta Junta de Concertación el Informe emitido por la Oficina de Concursos del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (COAVN) en relación con el procedimiento de licitación antes indicado y en cuyo escrito se recogen las consideraciones que, a continuación, se señalan:

- 1) Sobre el criterio de adjudicación. Expone que el contrato licitado consiste en la contratación de servicios englobados dentro del ámbito de la arquitectura y, por ende, tiene carácter intelectual conforme se recoge en la Disposición Adicional 41ª de la LCSP.

Por este motivo, considera que no solo el precio debe ser el único criterio de adjudicación y debe incluirse en la valoración de las ofertas criterios no ponderables económicamente relacionados con la calidad (artículo 145 de la LCSP).

- 2) Sobre la solvencia. Expone que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.4 de la LCSP que, las empresas cuya fecha de creación se sitúen dentro del periodo temporal indicado en el citado artículo, podrán acreditar su solvencia, no en la realización de trabajos previos, sino mediante los medios de acreditación regulados en las letras b) a i) del referido artículo.

En el siguiente punto se analizan jurídicamente las cuestiones planteadas.

III.- ANÁLISIS JURÍDICO

1.- Sobre el criterio de adjudicación.-

Sobre esta cuestión, hemos de decir que, en el informe comentado, únicamente se recoge como referencia argumental la reproducción del texto normativo, sin desarrollo explicativo ninguno.

Para analizar jurídicamente este punto debemos tener en cuenta, a juicio de esta Junta de Concertación, no sólo lo dispuesto en la LCSP, que traspone la Directiva 2014/24/UE, sino la interpretación que, en este aspecto, han ido efectuando los tribunales judiciales y organismos administrativos competentes en materia de contratación pública, dado que, ni la LCSP ni la indicada Directiva, se concretan cuáles son las prestaciones que deben considerarse de “*carácter intelectual*” y/o “*cuáles son los elementos que deben considerarse para concluir con este carácter*”.

Por un lado, la Directiva únicamente indica ejemplos sobre lo que puede considerarse una prestación de carácter intelectual, indicándose en el Considerando 43 “*las obras en edificios no convencionales, que incluyan diseño o soluciones innovadoras, los servicios o suministros que exigen un esfuerzo de adaptación o de diseño, o algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones*”.

La LCSP tampoco clarifica este aspecto y se limita de manera genérica a incluir en su Disposición Adicional 41ª 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*”. Y, por otro lado, tampoco señala la LCSP qué códigos CPV estarían incluidos en la indicada Disposición Adicional.

Ante esta situación, han sido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, junto con los Tribunales Judiciales, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, quienes han desarrollado a través de doctrina jurisprudencial esta laguna no resuelta en la LCSP.

La labor de estos órganos ha sido concretar la naturaleza de las prestaciones de servicios sobre los que puede proyectarse el carácter intelectual. Como podrá comprobarse de la lectura de las resoluciones que se citarán, el carácter intelectual no va asociado a una prestación de servicios concreta o al servicios en sí mismo considerado, sino al contenido y naturaleza de la misma, a la que exigirá determinadas características para poder conceptuarla como intelectual.

Así, podemos destacar la Resolución 964/2017, de 19 de octubre del TACR dictada en relación con la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra los PCAP del contrato del Servicio de asistencia técnica de project management del proyecto de desarrollo de actuaciones del aeropuerto de Palma. En esta resolución, el Tribunal Administrativo desestima el recurso con los siguientes argumentos:

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

Ahora bien, por una parte, la Directiva no se refiere en esta exclusión a todos los contratos de servicios que implican prestaciones intelectuales (“normalmente”... “determinados”...); y, por otra, tiene que otorgársele alguna eficacia al ejemplo utilizado por la propia Directiva, referido al proyecto de obras. Este, como destaca el órgano de contratación, coincide con un producto del intelecto que, según el Real Decreto Legislativo 1/1996, de

Junta de Concertación Unidad de Ejecución 27 suelo urbano residencial no consolidado de Bolueta en Bilbao.

12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), puede ser objeto de propiedad intelectual (arte. 10).

Debemos recordar, a estos efectos, que la Jurisprudencia civil (como recuerda la STS de 26-4-2017, caso. 2012/2014), **considera presupuesto del concepto de obra susceptible de esta propiedad intelectual que este dotada de originalidad** (ya que el art. 10 de tal norma exige que se trate de una "creación original"), **desde "una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes."** **Quiere ello decir que, siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de obras; es decir, que implican 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."**

Con este mismo criterio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia 2708/2019 de 25 de junio de 2019 alcanza las siguientes conclusiones remitiéndose a su vez a la Sentencia del Tribunal Supremo 1644/2017, de 26 de abril:

"La Sala considera que para determinar si este concreto contrato tiene o no por objeto prestaciones intelectuales, y para concluir si es o no procedente la aplicación del sistema de subasta electrónica, es preciso previamente concretar cuales son los elementos que identifican a las "prestaciones intelectuales". [... Este Tribunal considera que lo establecido por la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando ese concepto de prestación de carácter intelectual, puede servir de orientación para valorar las conclusiones extraídas por el acto administrativo impugnado.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual regula en su artículo 10 las "Obras y títulos originales".

En este precepto se identifica como "creaciones originales ":

"Artículo 10. Obras y títulos originales.

(...) f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en interpretación de los distintos apartados de este precepto ha señalado que debe prevalecer una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que dé al producto examinado un carácter novedoso y que permita diferenciarla de otras preexistentes.

*En la **sentencia de 26 de abril de 2017** se señala, en un debate sobre obras arquitectónicas, lo siguiente:" Otorgar la protección que la normativa sobre propiedad intelectual concede a los autores, tanto en los derechos morales como en los derechos de explotación económica, **a quienes proyectan edificios ordinarios, sin una mínima singularidad o distintividad, no solo no responde al sentido y finalidad de las normas que regulan la propiedad intelectual sino que además traería consigo consecuencias perturbadoras para el propietario del edificio**, por su carácter de obra funcional, destinada a satisfacer las necesidades que en cada momento tenga su propietario, cuyos derechos deben coexistir con los derechos del autor, como por ejemplo el derecho moral a la integridad de su obra".*

Resulta así que como se indica por la Administración, es innegable que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, por lo que la interpretación de la Directiva objeto de debate debe ser, como

Junta de Concertación Unidad de Ejecución 27 suelo urbano residencial no consolidado de
Bolqueta en Bilbao.

señala el TACRC, referida a contratos en los que haya una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos. A esto debe sumarse la concurrencia de los elementos señalados de innovación y creatividad.”

Y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo a la que alude la Audiencia Nacional cabe añadir a lo anterior lo siguiente:

“Para decidir si una obra arquitectónica es original y, por tanto, está protegida por las normas de la propiedad intelectual, debe tenerse presente que el carácter funcional de la mayoría de las obras arquitectónicas condiciona muchos de sus elementos y restringe en alguna medida la libertad creativa del arquitecto y sus posibilidades de originalidad. Los términos en que está redactado un proyecto arquitectónico responden en buena medida a las exigencias técnicas o funcionales y al cumplimiento de la normativa urbanística. Cuando esto es así, el proyecto o la obra arquitectónica edificada no quedan protegidos por el derecho de autor en la parte impuesta por esas exigencias técnicas, funcionales o normativas (en este sentido, sentencia de esta sala 12/1995, de 28 de enero), salvo que la originalidad se consiga justamente por la singularidad y novedad de las soluciones adoptadas para cumplir esas exigencias funcionales, técnicas o normativas. Pero, con carácter general, las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad que otros tipos de obras plásticas y se requiere en ellas, para ser encuadradas en el art. 10 TRLPI, un grado de singularidad superior al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual. Por esa razón, la afirmación de la sentencia recurrida de que «un proyecto, máxime de esa envergadura, está dotado per se de una creatividad, creatividad que cumple lo dispuesto en los arts. 5.1 y 10 [TRLPI]» no es correcta. Ni todo proyecto arquitectónico está dotado per se de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o este destinado en hotel, presupone esa creatividad. **No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual.”**

Finalmente, cabe resaltar dada su similitud con el caso que nos ocupa, el reciente informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Balear en el que se analiza el carácter o no intelectual de las siguientes prestaciones:

1. Asistencia técnica a la dirección de obra.
2. Coordinación de seguridad y salud en la ejecución de un contrato de obras o servicios.
3. Vigilancia ambiental en la ejecución de un contrato de obras.”

A efectos de evitar reiteraciones, dado que el fundamento jurídico de este informe es el mismo que la jurisprudencia resaltada, esta Comisión considera en este sentido:

“En conclusión, la Junta Consultiva de Contratación, de acuerdo con esta jurisprudencia, entiende que no todas las prestaciones que se detallan en la DA 41a ni en el CPV 71000000-8 (servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección) deben considerarse intelectuales a todos los efectos previstos en la LCSP. Lo que determina tal carácter son los componentes de originalidad, creatividad e innovación de la prestación. No todos los proyectos arquitectónicos ni todas las edificaciones son obras originales, creativas e innovadoras, del mismo modo que no todas las prestaciones que se

Junta de Concertación Unidad de Ejecución 27 suelo urbano residencial no consolidado de Bolueta en Bilbao.

contraten a profesionales liberales, ya sean arquitectos, ingenieros o abogados, deberán considerarse intelectuales. Es innegable que en estas profesiones se llevan a cabo actividades asociadas a procesos mentales propiamente humanos, pero no en todos los casos tendrán como resultado obras originales, creativas o innovadoras. De hecho, según el TS, una gran mayoría de obras de arquitectura tienen carácter funcional y se limitan a dar respuesta al cumplimiento de exigencias técnicas y normativas, por lo que la libertad creativa e innovadora del arquitecto está bastante limitada. Las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad que otros tipos de obras plásticas, por lo cual, para ser encuadradas en el art. 10 TRLPI, se requiere un grado de singularidad superior al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual. En este sentido, puede afirmarse que una gran mayoría de los contratos públicos relacionados con la arquitectura o la ingeniería no deberán considerarse intelectuales.

En el caso que nos ocupa, la Junta de Concertación de la UE nº 27 de Bolueta, tras el detenido y exhaustivo análisis de la cuestión, en su Asamblea General de fecha 12 de febrero de 2020, entendió, por unanimidad de criterio de los miembros que componen esta entidad urbanística colaboradora que, la prestación de la Dirección Facultativa de las obras de urbanización correspondiente a la Fase B del Proyecto de Urbanización de Bolueta no reviste carácter intelectual en el sentido enunciado por las resoluciones anteriormente citadas.

Entendemos que los necesarios e imprescindibles requisitos de innovación o de creatividad, entre otros, para poder calificar una prestación de servicios como de carácter intelectual no se proyecta en la prestación requerida, dado que es una prestación de carácter funcional y que se limita a dar respuesta al cumplimiento de las exigencias técnicas y urbanísticas del Proyecto de Urbanización, por lo que el margen de “innovación o de creatividad” no es que sea limitado es que es totalmente inexistente.

Resulta claro que la Dirección Facultativa exige funciones humanas intelectivas, esta es una característica inescindible a toda prestación, y enfatizamos a toda, pero el desarrollo de una actividad intelectual no convierte la prestación en intelectual, al menos no con el carácter exigido por los organismos competentes en la materia.

Considerar que la emisión de un certificado fin de obra o la inclusión de posibles reajustes durante el curso de la obra como, muchas de las cuales, a su vez, están determinadas por la normativa urbanística, revisten de carácter intelectual, no resulta ajustado a los criterios expuestos.

Al modo de ver de esta Junta, lo que la ley pretende poner en valor no es sólo el componente intelectual del servicio, sino que vaya necesariamente asociada con una de las siguientes características: su originalidad, su singularidad, su creatividad, su ingenio, su valor innovador.

Que eventualmente, puedan introducirse cambios en alguna solución técnica (sin especificar si quiera por quien emite el informe del COAVN la naturaleza de la misma), un cambio de materiales y redactar un fin de obra, carece, a juicio de la Junta de Concertación, de ninguna de las características anteriormente enunciadas.

Junta de Concertación Unidad de Ejecución 27 suelo urbano residencial no consolidado de
Boluetta en Bilbao.

Por todo ello, les traslado que el criterio de la Junta de Concertación es mantener el contenido de los Pliegos en los términos en los que han sido publicados.

2.- Sobre la solvencia.-

En relación con esta cuestión, a juicio de la Junta de Concertación, se trata de un criterio de aplicación “ope legis” con lo que cualquier persona o empresa que reúna los criterios de solvencia expresados en el artículo 90.4 de la LCSP en relación con el supuesto de hecho que dicho artículo plantea, tendrá por acreditada su solvencia a efectos de poder tomar parte en el procedimiento de licitación al efecto convocado.

Para evitar cualquier duda al respecto se publicará una nota aclaratoria en el perfil del contratante a efectos de su general conocimiento.

En Bilbao, a 2 de abril de 2020

Fdo.: Alberto Arzamendi Ceciaga
JUNTA CONCERTACIÓN UE 27 BOLUETA
Secretario