

Nota Legal: Contratación Pública

Noviembre 2021

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava) nº 4412/2021, de 4 de octubre.

¿Realmente la Justicia ha avalado que AENA elija la oferta más barata en trabajos de ingeniería y arquitectura?



En octubre de 2021, se ha publicado una información en medios de comunicación por la que se afirma que la Justicia ha avalado que AENA elija la oferta más barata en trabajos de ingeniería y arquitectura.

En la presente nota legal, analizamos la **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava) núm. 4412/2021, de 4 de octubre**, a la que se refiere dicha información, con el fin de aclarar su contenido y poner de manifiesto su inaplicabilidad a la configuración de los actuales procedimientos de licitación de AENA.

El pasado 29 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) publicó su Resolución nº 1300/2021 al Recurso nº 872/2021, en la que el Tribunal reconoció la intelectualidad de todos los servicios de ingeniería y arquitectura, admitiendo finalmente dicho carácter sin excepción y sin consideración alguna sobre la tipología o el contenido más o menos creativo del servicio de que se trate.

A la luz de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero (RD-L 3/2020), de este reconocimiento se desprenden importantes consecuencias para la licitación de este tipo de servicios. Entre ellas:

- La imposibilidad de su adjudicación por el procedimiento de subasta electrónica.
- La obligación de establecer múltiples criterios de adjudicación, sin que el único determinante pueda ser el precio.
- La obligación de realizar una ponderación entre los criterios de adjudicación que favorezca la calidad sobre el precio, debiendo darse un peso mínimo del 51% de la puntuación total a los criterios cualitativos.
- La obligación de establecer criterios que garanticen la adquisición de servicios de gran calidad.

Tras la gran repercusión mediática que ha obtenido esta Resolución, dado el importante espaldarazo jurídico que supone para la defensa de los intereses legítimos del sector de la ingeniería en el ámbito de la contratación pública, en octubre de este mismo año, determinados medios de comunicación han publicado una información por la que sostienen que *“La Justicia avala que Aena elija la oferta más barata en trabajos de ingeniería y arquitectura”*¹.

¹ [La Justicia avala que Aena elija la oferta más barata en trabajos de ingeniería y arquitectura \(elconfidencial.com\)](https://www.elconfidencial.com)

En dicha información, se afirma que *“El operador aeroportuario acaba de recibir el respaldo de la Audiencia Nacional a su política de adjudicar contratos de ingeniería y arquitectura sobre la base de la mejor oferta económica, un fallo que llega en un momento crítico, ya que justo ahora se están sentando las bases del nuevo modelo de contratación de servicios del operador aeroportuario”*. Sin embargo, a la fecha de la publicación de la correspondiente nota de prensa, aún no se había publicado el pronunciamiento judicial al que la misma hacía referencia.

En 5 de noviembre de 2021, ha sido publicado el referido pronunciamiento judicial, tratándose de la **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava) núm. 4412/2021, de 4 de octubre**, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España (CSCAE) contra la Resolución del TACRC, de 4 de julio de 2019, que resuelve la reclamación interpuesta contra los Pliegos de la licitación convocada por AENA para contratar la "A.T. para redacción de proyecto y A.T.A. de nuevo edificio satélite, plataforma, reconfiguración T1 Y modificaciones en campo de vuelos-aeropuerto".

Revisado el contenido de esta Sentencia, puede comprobarse que la misma analiza una cláusula que ya resulta típica y generalmente introducida en los pliegos de contratación de AENA para servicios técnicos, consistente en establecer la valoración de las ofertas en dos fases, una primera en la que se criban aquellas proposiciones que no alcancen un umbral mínimo de calidad consistente en la obtención de 70 puntos cualitativos para después, en una segunda fase posterior, adjudicar el contrato a la oferta más barata de las que cumplan este requisito.

Cierto es que, en su Fundamento Jurídico Sexto, la Sentencia valida esta cláusula, e incluso la tilda de respetuosa con el principio de mejor relación calidad-precio proveniente de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014.

Así, la Audiencia Nacional afirma que *“lo primero que se valora es la capacidad técnica o profesional y económica-financiera de los solicitantes y solo entre los que superen los umbrales de calidad establecidos se aplica el criterio económico”*.

Sin embargo, debe señalarse, por un lado, que este pronunciamiento de la Audiencia Nacional no constituye jurisprudencia alguna, por su carácter aislado y no reiterado, y por provenir de un órgano judicial distinto del Tribunal Supremo, por lo que su autoridad ha de reconocerse, pero con reservas de su carácter vinculante y extensible a otros supuestos.

Por otro lado, a efectos interpretativos, resulta esencial tener en cuenta que el supuesto que enjuicia la Sentencia es el de una licitación publicada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y el RD-L 3/2020, que por razones temporales se regía por la ya derogada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), y por aplicación directa de la Directiva 2014/25/UE por su entonces falta de transposición.

Consecuentemente, incluso omitiendo que este pronunciamiento aún puede resultar casado por el Tribunal Supremo o incluso matizado o revertido por su propio Tribunal autor, lo que está claro es que su sentido no puede ser extensible sin más a los contratos que AENA licita en la actualidad, ya que estos se rigen por una normativa distinta a la que la Audiencia Nacional valoró y aplicó al supuesto de autos.

En la actualidad, los contratos de AENA son objeto de aplicación del RD-L 3/2020, que transpuso la Directiva 2014/25/UE, y que establece obligaciones para la valoración de ofertas en licitaciones de servicios intelectuales que no existían en la normativa legal interna anterior, e incluso más precisas y fuertemente garantistas de la mayor calidad de estos servicios que las que se desprendían de la propia Directiva por aquélla transpuesta.

En concreto, no solamente su artículo 66 prohíbe expresamente que, para la adjudicación de servicios intelectuales, el único criterio determinante sea el precio, sino que, como regla novedosa y absolutamente genuina de la normativa vigente, el mismo precepto establece que en este tipo de servicios, *“los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”*.

A la vista de esa regla, resulta imposible considerar que la misma se cumpliría en un pliego que establezca una metodología de valoración como la prevista en el Pliego de AENA que fue objeto de la Sentencia de la Audiencia Nacional y que dicho órgano aún incluye en sus pliegos actuales, ya que, para que ello tuviese lugar, resultaría esencial que la puntuación relativa a los criterios cualitativos y la correspondiente a los criterios económicos se integrase en una puntuación total final que permitiese ponderar el peso que en ella ha tenido cada uno de los referidos criterios.

En lugar de ello, lo que la metodología seguida por AENA consigue es convertir a la calidad técnica en un verdadero requisito de solvencia mínima, como la propia Audiencia Nacional reconoce cuando señala que *“lo primero que se valora es la capacidad técnica o profesional y económica-financiera de los solicitantes”*, para posteriormente adjudicar atendiendo al único criterio determinante del precio.

Sobre ello, debe también advertirse que, el RD-L 3/2020, siguiendo la propia Directiva 2014/25/UE, impone a los órganos de contratación el deber de establecer criterios que busquen la obtención de servicios de “gran calidad”, y no de una mera calidad mínima, en especial cuando se trate de servicios intelectuales, lo que constituye una obligación reforzada que no ha sido tenida en cuenta por la Audiencia Nacional en su pronunciamiento y resulta más clara y diferencial en la actualidad bajo la nueva normativa aplicable a los contratos de AENA.

Por todo ello, no puede compartirse la opinión mediática que otorga relevancia a la Sentencia de la Audiencia Nacional analizada para la configuración del nuevo modelo de contratación de servicios de AENA, sino que en ello habrán de observarse las nuevas y específicas obligaciones establecidas en la legislación vigente y para cuyo estricto cumplimiento el sector de la ingeniería viene ejercitando las actuaciones legales pertinentes.

Esperando que el contenido de la presente nota legal resulte aclaratorio; para mayor información, no dude en ponerse en contacto con nosotros.