

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Les prestacions de caràcter intel·lectual a la Llei de contractes del sector públic

07-06-2021

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), es refereix en diversos preceptes als contractes que tenen per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, sense fer una definició concreta de quines característiques ha de tenir un servei per ser qualificat d'"intel·lectual" més enllà de la disposició addicional 41, que estableix que es reconeix la naturalesa de prestacions de caràcter intel·lectual als serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme.

Per licitar aquest tipus de prestacions, la LCSP estableix una sèrie de requeriments específics:

- Prohibició d'utilitzar la subhasta electrònica (art. 143).
- Obliga a aplicar més d'un criteri d'adjudicació (art. 145).
- Els criteris relacionats amb la qualitat han de representar, com a mínim, el 51% de la puntuació assignable en la valoració de les ofertes (art. 145).
- En el supòsit que el contracte es liciti pel procediment obert simplificat, els criteris subjectius no poden tenir una ponderació superior al 45% del total, en comptes del 25% que es disposa per a la resta de prestacions (art. 159.1.b).
- Els contractes que tinguin per objecte prestacions de caràcter intel·lectual no es poden adjudicar mitjançant el procediment obert simplificat abreujat (art. 159.6).
- Recomanació d'utilitzar el procediment restringit en aquests tipus de contracte quan siguin serveis intel·lectuals complexos.

La concisa redacció de la disposició addicional 41 ha comportat que els òrgans de contractació moltes vegades tinguin dubtes per qualificar determinats serveis com a prestació de caràcter intel·lectual, que ha donat lloc a diversos pronunciaments doctrinals i de diferents tribunals sobre aquest aspecte.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la Resolució 964/2017, de 19 d'octubre, i en altres de posteriors en relació amb recursos similars (Resolució 544/2018, d'1 de juny, i Resolució 111/2018, de 30 de novembre), la Sentència del Tribunal Suprem 253/2017, de

26 d'abril, i la Sentència de 25 de juny de 2019 de l'Audiència Nacional, juntament amb l'Informe 1/2019, de 29 de gener de 2020, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, són exemples de resolucions, sentències i doctrina que confirmen un mateix criteri: consideren que en el concepte de "prestació intel·lectual" ha de prevaldre una conceptualització objectiva de l'originalitat que comporta l'exigència d'una activitat creativa que atorga al producte examinat un caràcter innovador i que permet diferenciar-la d'altres de preexistents. Aquests pronunciaments consideren que no es pot concloure que totes les feines d'enginyeria, arquitectura i consultoria sempre siguin prestacions de caràcter intel·lectual, sinó que perquè ho siguin hi han de concórrer elements d'innovació i creativitat susceptibles de ser emparats per la Llei de propietat intel·lectual.

Així doncs, aquests posicionaments el que fan és establir uns requisits addicionals al que diu la LCSP per determinar quan s'està davant d'una prestació de caràcter intel·lectual, i porten a mantenir l'afavoriment del paper rellevant del preu en les adjudicacions d'un tipus de prestació que hauria de buscar més qualitat i no un servei més barat.

Amb caràcter general, l'objectiu que s'ha de tenir quan es dissenyen les licitacions no és només proveir sinó assolir com més qualitat millor, per això la LCSP deixa de manera residual la possibilitat d'establir un únic criteri d'adjudicació (preu) i fomenta la utilització d'una pluralitat de criteris.

Al meu parer, si la LCSP inclou aquest concepte de prestacions de caràcter intel·lectual i disposa per a aquestes prestacions unes determinades especificitats en el procediment d'adjudicació, entenc que ho fa amb la finalitat clara d'anteposar la qualitat davant el preu en un tipus de prestacions en què, per les seves característiques, la qualitat ha de ser el més important, i en aquest sentit estableix uns requisits a tenir en compte per aconseguir que els licitadors ens ofereixin serveis de més qualitat atès que la qualitat té un preu, i conseqüentment el preu no pot ser el criteri rellevant en l'adjudicació.

Si seguim la línia d'alguns tribunals i relacionem les prestacions de caràcter intel·lectual únicament amb l'originalitat, la innovació i altres conceptes de la Llei de propietat intel·lectual que no han estat exigits per la LCSP, estarem interpretant de forma restrictiva la disposició addicional 41 i posant obstacles a una redacció clara que considero que no admet interpretacions ni requeriments addicionals. Per tant, tots els serveis mencionats en la disposició addicional 41 d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme, s'han de considerar prestacions de caràcter intel·lectual, sense necessitat d'entrar a valorar res més.

En aquest mateix sentit es va pronunciar el Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals de Biscaia, en data 9 de setembre de 2020, dient que "la nueva regulación contenida en la LCSP precisamente lo que permite es superar el debate interpretativo del concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos contemplados en la propia LCSP cuando se trata de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, evitando así la necesidad de entrar a examinar de forma casuística si se dan o no en ese tipo de contratos las notas de creatividad, innovación y originalidad, que sí se requieren a los efectos de la protección del derecho a la propiedad intelectual [...]. Si el poder legislativo no ha establecido ninguna limitación ni requisito y el tenor literal del precepto es claro y no ofrece oscuridad ni existe laguna alguna,

entiende este Tribunal que no puede establecerse en los pliegos que ha de regir el contrato condicionantes o limitaciones añadidas que no tienen amparo legal, siendo la LCSP la *lex specialis* a estos concretos efectos".

Com veiem, aquesta Resolució s'aparta de les resolucions abans esmentades, en què es relacionaven els treballs intel·lectuals exclusivament amb allò que mereix una protecció de propietat intel·lectual i amb les més altes facultats intel·lectives humanes, i passa a considerar que si la LCSP no imposa aquestes condicions per considerar la prestació de caràcter intel·lectual estaria fora de lloc que ho fes un tribunal.

Al meu entendre, no només poden tenir la consideració de prestació de caràcter intel·lectual els serveis que menciona la disposició addicional 41, ja que la relació de serveis que inclou no és un *numerus clausus*. Es reconeix la condició de prestació de caràcter intel·lectual als contractes de serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme, però no s'ha d'entendre que només aquests serveis són prestacions de caràcter intel·lectual, sinó que n'hi ha d'altres que també ho poden ser, i per aquest motiu en cada cas concret valorarem quina és la prestació per determinar si estem davant d'un servei que requereixi una aportació intel·lectual fent una interpretació àmplia per abastar altres sectors i no només els establerts en la disposició addicional 41.

En conclusió, la consideració per part de la LCSP de prestacions amb caràcter intel·lectual té la finalitat d'assolir serveis de més qualitat, i per aquest motiu estableix particularitats a l'hora de licitar aquests contractes, encaminades a obtenir més qualitat i a apartar-se de la possibilitat d'atorgar més ponderació al criteri preu.

Si seguíssim la interpretació restrictiva que han fet alguns tribunals i la doctrina, la finalitat pretesa per la LCSP a l'hora de licitar aquest tipus de prestacions es perdria i estaríem incomplint l'obligació que tenim de contractar aquestes prestacions buscant no només l'abastiment sinó la qualitat.

En definitiva, per determinar si estem davant d'una prestació de caràcter intel·lectual, s'hauria de fer una interpretació finalista i àmplia de la LCSP, sense restringir allò que la norma jurídica no limita en el seu redactat.



## **Èlia Vilaseca Arquès**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública