Recurso 278/2022
Resolución 407/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 28 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación" (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de octubre de 2021 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 24 de octubre de 2021.

Tras la anulación de dichos pliegos por este Tribunal mediante Resolución 107/2022, de 11 de febrero, se publica nuevo anuncio de licitación, el 21 y el 24 de junio de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea respectivamente. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 23 de junio de 2022.

Mediante la citada rectificación, se da publicidad en el perfil a una resolución del órgano de contratación por la que se acuerda corregir diversos errores advertidos en los pliegos rectores de esta licitación. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 217.048,64 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 12 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VALLE PESQUERA CONSULTORES, S.L. (en adelante la recurrente) contra los pliegos, que había sido presentado el 11 de julio de 2022 en el servicio de correos y comunicado por correo electrónico a este Tribunal en idéntica fecha.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 18 de julio de 2022.

El 21 de julio de 2022 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Cártama (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Según la documentación que obra en el expediente de contratación, la recurrente no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación pudiéndose cuestionar su legitimación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando la insuficiencia del presupuesto base de licitación para ejecutar la prestación que se licita y el incumplimiento del artículo 145.4 de la LCSP, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad.

Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 23 de junio de 2022, por lo que el recurso presentado el 11 de julio de 2022 en una oficina de correos de Málaga y recibido el 12 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: Sobre el cálculo del presupuesto de licitación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, *"sea dictada resolución en la que se resuelva anular la forma de cálculos de los costes directos, indirecto y beneficio y, así como a anular los criterios de adjudicación por ser contrarios a la LCSP, y por lo anterior, se anulen los pliegos que rigen el concurso al afectar a un elemento esencial como es el Precio de la Licitación y los criterios de adjudicación, ordenándose aprobar unos nuevos pliegos donde se incluyan correctamente todos los costes directos e indirectos que afectan al servicio licitado permitiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales y, se proceda a establecer unos criterios de adjudicación que hagan prevalecer la calidad frente al precio conforme exige el art. 145.4 LCSP y la normativa Europea".*

La recurrente funda su pretensión en diversos motivos que serán analizados en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, es motivo de recurso el cálculo del presupuesto de licitación y por tanto todos los apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) relacionados con el mismo.

La recurrente tras reproducir el contenido de los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP y parte de la Resolución 1379/2019, de 2 de diciembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que *"se omite uno de los conceptos obligatorios de cotización de toda empresa, esto es, el coste de CONTINGENCIAS PROFESIONALES que supone nada más y menos que un 2,05% mayor coste".*

Además, alega que *"existe un* error *en la consideración como titulado medio a los efectos retributivos del graduado en relaciones laborales",* que como titulado superior debe cotizar y cobrar como tal por exigencia legal.

Por último, entiende que se ha vulnerado la Resolución 107/2022, de 11 de febrero que estimaba parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos por la misma recurrente, denunciando que *"por el órgano de contratación se ha procedido a variar los porcentajes para, dejando IDENTICO valor al contrato anulado por el TRCJA, hacer que le cuadren los cálculos por esta parte denunciados en nuestro anterior recurso".* Al respecto observa que el 15% que estimó necesario en la anterior licitación para cubrir *"posibles retribuciones superiores a convenio, incentivos y posibles bajas laborales y permisos de los empleados"* ha sido eliminado en los nuevos pliegos, y que considera debe mantenerse.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En relación al motivo de recurso que venimos analizando, el órgano de contratación en su informe al recurso admite que no ha incluido el coste de las contingencias comunes y el incorrecto cálculo de los costes del salario bruto del Graduado en Relaciones Laborales, considerando que procede la estimación del recurso respecto a ambos conceptos.

En cambio, nada alega para rebatir la supresión del 15% que estimó necesario en la anterior licitación para cubrir *"posibles retribuciones superiores a convenio, incentivos y posibles bajas laborales y permisos de los empleados",* privando a este Tribunal de los argumentos de oposición al recurso.

3. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, en lo relativo a los costes de las contingencias profesionales y al coste salarial del Graduado en Relaciones Laborales, el propio órgano de contratación reconoce en su informe al recurso que los previstos en los pliegos son incorrectos, como se constata en la documentación obrante en el expediente.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la primera parte de la pretensión del recurso.

No obstante, no puede apreciarse incumplimiento de la Resolución 107/2022 en cuanto al incremento en el presupuesto de licitación del 15% para cubrir *"posibles retribuciones superiores a convenio, incentivos y posibles bajas laborales y permisos de los empleados",* pues dicho coste no fue objeto de análisis en la misma al no haber sido alegado por la recurrente. La citada resolución alude a dicho concepto cuando afirma *"En efecto, en lo que aquí interesa, los costes de personal previstos en la licitación ascienden a un total de 42.525,21 euros, incluido el citado tantas veces 15% [36.978,44 + 5.546,77 (15% de 36.978,44)]. Y los calculados por el propio órgano de contratación en el informe al recurso ascienden a 38.743,88 + 3.781,33 (9,7598% de 38.743,88), lo que no hace más que evidenciar el error cometido en la elaboración del presupuesto base de licitación conformado en los pliegos, sin que puedan los alegatos vertidos en el informe al recurso enervar el hecho incuestionable del error en la configuración en los pliegos del presupuesto base de licitación",* sin pronunciarse sobre si el porcentaje a aplicar debe ser el 15% previsto en los anteriores pliegos o el 9,75 % que el órgano de contratación entiende correcto en su informe, y que ha aplicado al calcular el presupuesto de licitación en los pliegos que ahora se recurren.

Se han de desestimar las alegaciones de la recurrente en cuanto al incumplimiento de la resolución de este Tribunal que resolvía el anterior recurso contra los pliegos, sin que ello suponga prejuzgar la corrección de dicho porcentaje, estimándose conveniente que por el órgano de contratación se plasme en la documentación del expediente la motivación del cálculo del porcentaje destinado a *"posibles retribuciones superiores a convenio, incentivos y posibles bajas laborales y permisos de los empleados",* del 15% al 9,75 %.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre el incumplimiento del artículo 145.4 y del anexo IV de la LCSP.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente denuncia la modificación de los criterios de valoración contenidos en el anexo V del PCAP, con respecto a los pliegos que fueron recurridos con anterioridad, considerando que *"Estos criterios de adjudicación han sido, nuevamente con falta de explicación, variados aprovechando la resolución del TRCJA -que nada dijo sobre los mismos- pero dicha variación no ha sido de una manera estudiada y conforme a normativa, sino que, se ha*

procedido a eliminar hasta 30 puntos de uno de los criterios de calidad que recogían los anteriores pliegos y, como resultado de lo anterior, nos encontramos con que el pliego tendrá como criterios de adjudicación una puntuación máxima de 70 puntos y de dichos 70 puntos máximos 40 puntos serán de precio"; lo que considera una infracción del artículo 145.4 de la LCSP.

Y ello lo relaciona con el incumplimiento del anexo IV de la misma norma, al afirmar que *"la codificación del contrato sería incorrecta o, por lo menos, incompleta ya que se indica cómo:*
• 79211110-Servicios de gestión de nóminas.
Debiendo añadirse igualmente el código 79100000-5 de Servicios Jurídico ya que es evidente que están abarcados servicios jurídicos de asesoramiento que pueden ser prestado perfectamente (al ser propio de su trabajo) por Graduados Sociales o en Relaciones Laborales".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso el órgano de contratación expone, en respuesta a las alegaciones de la recurrente respecto al motivo de recurso que estamos analizando:

- Que el CPV 792111110-0 "Servicio Gestión Nóminas" ha sido el utilizado en todos los pliegos impugnados por la recurrente sin que en ninguno de sus recursos se haya opuesto al mismo, y lo entiende más adecuado al objeto principal del contrato.

- Que los nuevos pliegos han suprimido un criterio de adjudicación, que valoraba la experiencia de las empresas en la prestación del servicio a Administraciones Públicas, al advertir el informe jurídico previo a la aprobación de los nuevos pliegos que vulneraba el artículo 40 b) de la LCSP dado que puede otorgar ventajas a dichas empresas frente al resto, sin que ello vulnere el artículo 145.4 de la LCSP por no tratarse de un contrato incluido en el anexo IV de la misma y la elaboración de nóminas no se asemeja a los servicios de ingeniería o arquitectura citados por la ley como ejemplos.

3. Consideraciones del Tribunal.

Respecto a la adecuación del CPV utilizado en la licitación, en la documentación obrante en este Tribunal se puede comprobar que el CPV 792111110 "Servicio Gestión Nóminas", es el mismo en los anteriores pliegos que fueron recurridos por la misma recurrente sin atacarlo ni oponer objeción alguna sobre su adecuación al objeto del contrato que no ha variado.

Es doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre, 94/2016, de 6 de mayo, 151/2016, de 1 de julio, 125/2018, de 4 de mayo y 414/2020, de 26 de noviembre, entre otras) que no es posible impugnar las cláusulas de un pliego cuyo contenido resulta idéntico al de las cláusulas de un pliego anterior recurrido por el mismo interesado -y anulado por el Tribunal- pero por otros motivos y atacando otras cláusulas diferentes.

Así, en nuestra Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, señalábamos que:

> *«(…) no cabe pasar por alto que los pliegos ahora impugnados traen causa de otros anteriores con el mismo objeto y similar clausulado, donde el contrato se calificaba igualmente como servicio y no como concesión de servicios.*

Esos pliegos -de los que traen causa los ahora recurridos- fueron anulados por este Tribunal en su Resolución 49/2020, estimatoria del recurso interpuesto por la misma recurrente; no obstante, en aquel caso CEMEDI no cuestionó la calificación jurídica del contrato asumiendo la naturaleza de la prestación como propia de un contrato de servicios, impugnándola ahora cuando nada ha cambiado en unos y otros pliegos en este particular extremo.

Así las cosas, es obvio que, bien invocando la doctrina del acto firme y consentido apreciada por este Tribunal en supuestos similares al planteado (v.g: Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, entre otras), bien la denominada doctrina de los actos propios consistente en la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, el motivo debe ser inadmitido.

La argumentación de las Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, de este Tribunal ha sido, en síntesis, la siguiente:

1. Si un licitador pudo impugnar determinadas cláusulas de un pliego y no lo hizo, no puede hacerlo con ocasión del nuevo pliego que se apruebe como consecuencia de haber sido anulado el primero, pues el contenido de aquellas cláusulas quedó ya firme.

2. Si fuese permitido el anterior proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en un primer recurso contra el pliego y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

3. No es admisible el recurso especial frente a cláusulas de un nuevo pliego que no fueron impugnadas con ocasión del recurso contra el anterior pliego anulado, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa : "No es admisible el recurso contencioso- administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma".

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, resulta ilustrativa al respecto y zanja cualquier duda sobre esta materia al señalar que "los actos confirmatorios –al igual que ocurre con los reproductorios a los que se refiere también el precepto legal que estamos examinando– no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso. En definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. (…) dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado."

En el supuesto enjuiciado, aplicando la doctrina expuesta en estas resoluciones del Tribunal, no puede CEMEDI impugnar la calificación jurídica del contrato en los nuevos pliegos cuando consintió tal calificación jurídica en los anteriores de los que aquellos traen causa y sin haberse alterado en modo alguno las condiciones de la primera licitación en este particular extremo. El clausulado que conforma la prestación como de servicios quedó firme al no ser combatido en el primer recurso de CEMEDI, sin que ahora pueda ser cuestionado por esta. Ello determina la inadmisión del recurso respecto al motivo analizado en este fundamento».

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sostenido el criterio expuesto. En concreto, en su Resolución 462/2013, de 23 de octubre, señalaba que *«procede también inadmitir el resto de motivos de impugnación que ahora incluye (nuevas cuestiones relacionadas con el IVA, insuficiencia del presupuesto del contrato, no diferenciación económica de las partidas del pliego lo que ocasiona indefensión y perjuicio económico para su empresa si se da por finalizado el contrato) en la medida que no fueron alegados en su día por la recurrente cuando impugnó el anuncio de licitación publicado en el BOP de Alicante el 31 de julio, pudiendo perfectamente haberlo hecho, por lo que debe considerarse que, en lo referente a los mismos, en cuanto que se trata de aspectos del anuncio y del PCAP que no han sido objeto de ninguna variación, tanto uno como otro quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de un mera reproducción de los anteriores anuncio y pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como, respecto de los recursos jurisdiccionales, establece el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que declara inadmisible el recurso "respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma"».*

Y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 53/2020, de 10 de marzo, también comparte este criterio al manifestar que *«Contrastados ambos pliegos, se observa que, si bien con una sistemática ligeramente diferente y con una variación en la redacción del primer punto del criterio "Medidas de carácter social" que se analizará posteriormente, los criterios de adjudicación que ahora se impugnan ya existían en el PCAP que rigió el procedimiento de adjudicación cancelado por la Resolución 034/2019 de este OARC / KEAO. Consecuentemente, la base fáctica sobre la que se sustenta el recurso que ahora se analiza ya existía y podía ser conocida cuando se publicó el primer procedimiento de adjudicación. El actual recurrente no lo hizo así, y su pretensión de hacerlo ahora no puede ser aceptada, ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en la LCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (ver Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe, C- 470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo referido a cláusulas nuevas o actuaciones propias del nuevo procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 112/2014 y 26/2015 del OARC / KAO)»*.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, nos encontramos con que por razones elementales de seguridad jurídica y preclusividad de los plazos, que el citado CPV que figura en el anuncio y en los pliegos de la licitación es firme y consentido, no pudiendo ser objeto de nueva impugnación bajo la apariencia formal de que estamos ante un nuevo pliego distinto al anulado; pues dicho pliego es reproducción parcial del anterior que ya quedó firme y consentido en todos los aspectos que no fueron denunciados y combatidos.

Por otra parte, en cuanto al incumplimiento del artículo 145.4 de la LCSP, se ha de partir de lo dispuesto en el mismo respecto a los requisitos y clases de criterios de adjudicación de los contratos:

"Los órganos de contratación 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 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.".

Los pliegos ahora recurridos han suprimido del anexo número 5 el criterio de adjudicación que valoraba la "*EXPERIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE GESTIÓN DE NÓMINAS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (máximo 30 puntos)". Así los criterios de adjudicación* de la presente licitación son los siguientes:

1º Reducción del precio (máximo 40 puntos).
2º Consultores adicionales (máximo 20 puntos).
3º Formación adicional del personal adscrito al presente contrato (máximo 10 puntos).

Si bien los criterios relacionados con la calidad no alcanzan el 51% de la puntuación asignable a los mismos, una vez que, a la vista de lo expuesto anteriormente, se ha concluido que el CPV del contrato es el 792111110-0 "Servicio Gestión Nóminas", no incluido en el anexo IV de la LCSP, se ha de determinar si el objeto del contrato es una prestación de carácter intelectual, como mantiene la recurrente.

En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado sobre el particular, entre otras, en su Resolución 388/2019, de 14 de noviembre, con cita de las Resoluciones del TACRC 964/2017, de 19 de octubre, 544/2018, de 1 de junio y 625/2019, de 6 de junio, señalando que aun cuando en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva 2014/24/UE, cuando usa expresiones como algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería o determinados contratos cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, se está refiriendo a aquellos contratos con prestaciones 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; de forma destacada, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad.

La citada Resolución 544/2018, de 1 de junio, del citado TACRC, que desestimó las pretensiones de la recurrente, fue recurrida por esta ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que por Sentencia 2708/2019, de 25 de junio de 2019, confirmó dicha resolución del TACRC al desestimar el recurso interpuesto. En lo que aquí interesa, dicha sentencia dispone en su fundamento cuarto que:

«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" (…).

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en interpretación de los distintos apartados de este precepto [Sentencia de 26 de abril de 2017] ha señalado que debe prevalecer una conceptuación 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 (…).

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 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.

A la vista del expediente administrativo se comprueba que el contrato es, en primer lugar, de asistencia técnica, y el objeto de la asistencia es un proyecto de remodelación y ampliación de un edificio del aeropuerto del Prat (…).

Como se señala por la Administración es claramente objeto del contrato una prestación compleja que tiene el objetivo de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista, en el que hay aspectos intelectuales, pero en estos no predomina el carácter de obra original en los términos entendidos por la jurisprudencia. Y como igualmente alega la codemandada, no cabe confundir creación intelectual, que es objeto de protección, con mera actividad intelectiva: "la protección intelectual tiene como objeto el producto generado por la actividad intelectual, y no la simple actividad intelectual. Lo contrario nos llevaría a proteger cualquier actividad intelectiva, con independencia de que genere una creación innovadora ". 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 (pag. 16 de la demanda in fine) y así lo ha señalado el Tribunal Supremo por ejemplo en la citada sentencia de 26 de abril de 2017 indicando que "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 esté destinado a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual " (…).».

En definitiva, las notas de innovación o de cierto grado de creatividad son las distintivas para poder catalogar una prestación como intelectual a los efectos previstos en la normativa contractual.

En este sentido, en el encabezamiento de esta Resolución el contrato se denomina *"Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación".*

*E*n el cuadro resumen del PCAP se define el objeto del contrato como *"la prestación del servicio de asesoría laboral y fiscal de todo el personal del Ayuntamiento de Cártama a efectos de la elaboración de las nóminas, seguros sociales, gestión de las relaciones de este Ayuntamiento con la Seguridad Social y cuanta documentación se especifique en el pliego de prescripciones técnicas, así como asesoría fiscal y laboral genérica."*

En el apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) dispone que *"El objeto del presente procedimiento es la contratación para la prestación del servicio de gestión de las nóminas municipales, gestión de las relaciones del Ayuntamiento con la Seguridad social, así como las labores de asesoría fiscal y laboral que constan en este pliego."*

Los servicios objeto del contrato se detallan en el apartado 3 del PPT dedicado al "CONTENIDO DE LOS TRABAJOS", a su vez subdividido en cinco subapartados: gestión de las nóminas municipales, gestión fiscal, gestión con la Seguridad social, otros servicios de gestoría laboral y fiscal y ficheros de intercambio de datos.

De cuanto se ha expuesto queda de manifiesto que las prestaciones objeto del presente contrato son principalmente tareas de gestión administrativa en el que hay aspectos intelectuales, pero sin predominio del carácter de producción original en los términos entendidos por la jurisprudencia, no debiendo confundirse creación intelectual, que es objeto de protección, con mera actividad intelectiva.

En definitiva, no existiendo en el contrato que se licita prestaciones de carácter intelectual, en el sentido analizado anteriormente, no es necesario aplicar lo previsto en el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP.

Procede pues desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación de la primera parte de la pretensión del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dicho fundamento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación" (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga) y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 21 de julio de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.