



INFORME JURÍDIC RELATIU A LA NECESSITAT D'ADJUDICAR A L'INSTITUT DE TECNOLOGIA DE LA CONSTRUCCIÓ DE CATALUNYA EL CONTRACTE RELATIU AL SERVEI D'ESTUDI DE PROJECTES D'EDIFICACIÓ DE BIMSA PER LA DETERMINACIÓ D'UN COEFICIENT ESPECÍFIC PER PROJECTE/OBRA, MITJANÇANT PROCEDIMENT DE NEGOCIAT SENSE PUBLICITAT

Antecedents

Mitjançant sol·licitud d'inici d'expedient de data 10 d'agost de 2023, el departament tècnic d'Edificació de BIMSA sol·licita la contractació del Servei d'estudi de projectes d'Edificació de BIMSA per la determinació d'un coeficient específic per projecte/obra, amb un pressupost base de licitació de 33.885,28 euros (IVA exclòs) i un Valor Estimat de Contracte de 33.885,28 euros (IVA exclòs).

Atesa la situació de baixa concurrència de les licitacions en els concursos d'obres d'edificació de BIMSA en el darrer temps, és d'interès per part de la societat analitzar les possibles causes i obtenir uns factors correctors que permetin adequar els imports de licitació a la realitat del mercat, motiu pel qual BIMSA ha de contractar un servei que consisteixi en l'estudi de projectes d'Edificació de BIMSA per la determinació d'un coeficient específic per projecte/obra.

El banc de preus que actualment utilitza BIMSA va ser elaborat per l'Institut de Tecnologia de la Construcció de Catalunya (ITeC), específicament pel tipus d'obres que executa BIMSA així com la resta dels bancs de preus municipals (IMU, PARCS I JARDINS, etc.) i és l'ITeC qui, de forma periòdica, l'ha actualitzat.

Aquest banc de preus utilitza com a base i model el seu propi Banc Construcció (BEDEC), però adaptant-lo a les necessitats de les obres que executa BIMSA. El banc de preus de BIMSA està elaborat sobre el Banc Construcció de forma que aquell deriva d'aquest. No es pot entendre el banc de preus de BIMSA sense el Banc Construcció de l'ITeC. El BEDEC (Banc Estructurat de Dades d'Elements Constructius) és una col·lecció de bases de dades que inclou tot el cicle de vida d'una construcció. El BEDEC s'actualitza permanentment, tant en la seva estructura com en el seu contingut.

Una de les bases de dades d'aquesta col·lecció és el Banc Construcció, que és un banc estructurat de dades d'elements constructius que conté elements d'obra nova i manteniment sobre edificació, urbanització, enginyeria civil, rehabilitació i restauració, seguretat i salut, assaigs de control i despeses indirectes, amb preus de referència, plecs de condicions tècniques, integració de productes comercials de les principals empreses del sector, dades mediambientals (residus d'obra i d'embalatge, cost energètic, emissió de CO₂, % matèria primera, % material reciclat i Cost Total per a l'Usuari), directori de normativa vigent, directori d'empreses i directori de productes comercials amb els seus certificats, característiques i



imatges. Permet tant la visualització del seu contingut com la utilització de la informació mitjançant programes informàtics d'elaboració de pressupostos que llegeixin el format FIEBDC.

El 22 de juny de 2021, l'ITeC va atorgar escriptura pública d'Acta de Dipòsit autoritzada pel Notari de Barcelona, Sr. Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, amb el número 1.594 de protocol. L'objecte d'aquest dipòsit es deixar constància de l'estat actual de l'estructura de la Base de Dades BEDEC així com de l'estat actual del seu contingut. En aquesta escriptura l'ITeC manifesta:

"QUART.- Que en mèrits d'allò que disposa el vigent Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual, aprovat per Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, "ITeC" es l'única titular dels drets de Propietat Intel·lectual de l'obra continguda en els materials esmentats al punt Segon anterior, facultant la Llei esmentada a les Persones Jurídiques autores de creacions literàries, artístiques i científiques, incloses les Bases de Dades regulades al seu art. 12, per a exercir els seus drets d'autor sense necessitat de la seva inscripció al Registre de la Propietat Intel·lectual.-----

Que la Base de Dades BEDEC constitueix una creació intel·lectual original, creada per la iniciativa i sota la coordinació de l'ITeC, que n'és l'autor, consistint en una estructura original d'una base de dades del sector de la construcció amb disposició sistemàtica, metòdica i interconnectada d'elements individualitzats, ordenats ocasionalment en diversos bancs de dades i accessibles electrònicament, essent tant la selecció com la disposició d'elements de BEDEC una creació intel·lectual original en el sentit de l'art. 12 esmentat.

Que addicionalment a la Base de Dades BEDEC en tant que estructura original, són igualment titularitat única d'ITeC les dades o elements individualitzats que conformen el contingut de la Base de Dades, titularitat exclusiva sobre els drets "sui generis" sobre la Base de Dades en el sentit de l'art. 133 de la Llei de Propietat Intel·lectual, per conformar una recopilació de dades duta a terme per ITeC mitjançant la inversió continuada de recursos humans i econòmics en la recerca i recopilació dels elements individualitzats periòdicament afegits a les dades preexistents havent representat per a ITeC, en tant que fabricant del contingut de la base de dades, una inversió substancial quantitativa i qualitativa de recursos la periòdica obtenció, verificació i presentació dels elements independents o dades contingudes a BEDEC.-----"

Segons l'anterior, l'ITeC disposa de drets d'autor sobre el BEDEC, que li confereixen una exclusivitat.



Fonamentació jurídica

Aquesta necessitat de BIMSA (estudi de projectes d'Edificació de BIMSA per la determinació d'un coeficient específic per projecte/obra), s'ha de realitzar de forma exclusiva per part de l'Institut de Tecnologia de la Construcció de Catalunya (en endavant l'ITEC), per la qual cosa, a efectes de contractar els serveis de referència, s'ha d'articular un procediment negociat sense publicitat, de conformitat amb els següents fonaments jurídics.

1.- Regulació legal del procediment negociat sense publicitat a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP).

La LCSP estableix els principis rectors de la contractació pública, articulant l'adjudicació dels contractes públics sota els principis de publicitat, lliure concurrència, igualtat de tracte i no discriminació, entre d'altres. No obstant això, la Llei estableix una excepció als principis de la contractació, el procediment negociat sense publicitat regulat a l'article 168 de la LCSP. Aquest procediment, en tant que suposa una limitació dels principis de la contractació pública, la doctrina ha establert que la seva aplicació té caràcter excepcional i només resulta procedent quan concorren les causes taxades previstes a la Llei.

Als efectes que ara interessa, estableix l'article 168 de la LCSP que:

“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Aquest procediment que deriva de la normativa europea¹, es configura com una excepció dels principis de publicitat, lliure concurrència i igualtat de tracte i no discriminació, que s'ha

¹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE. Considerant 50:



d'utilitzar amb caràcter excepcional. Derivat d'aquesta excepcionalitat, cal que l'òrgan de contractació justifiqui i acrediti que és impossible promoure la concurrència perquè objectivament només existeix una empresa que pugui encarregar-se de l'execució del contracte, i no es pot considerar que concorri una raó tècnica determinant de l'exclusivitat quan, a més d'existir alternatives o substituïts raonables en el mercat, l'exclusivitat sigui conseqüència d'una restricció artificial dels paràmetres de la contractació, exigint en els plecs uns requisits tècnics que només pot complir una empresa determinada. Així, en quant a la necessitat de motivació d'aquesta exclusivitat, s'ha pronunciat la **Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 14 de setembre de 2004, a l'assumpte Comissió/Itàlia, C-385/02**, segons la qual:

“el artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva autoriza el recurso al procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo puede encomendarse a un empresario determinado. Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de la Directiva que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). De ello se desprende que las autoridades italianas deben probar que existían razones técnicas que hacían necesaria la adjudicación de los contratos públicos controvertidos al empresario encargado del contrato inicial”.

De la mateixa forma s'ha pronunciat la Sala del Contenciós Administratiu, del **Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la seva Sentència de data 9 de març de 2016**, en la que s'al·ludeix a la idea del caràcter excepcional i taxat del procediment negociat sense publicitat, la qual cosa exigeix que la seva utilització es fonamenti en la concurrència i acreditació, clara i manifesta, de que es dona el supòsit de fet d'exclusivitat o de raons impeditives de la concurrència que duguin a terme l'excepció de licitació oberta o restringida.

“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”.



2.- Respecte de l'exclusivitat de l'ITEC per a la contractació del Servei d'estudi de projectes d'Edificació de BIMSA per la determinació d'un coeficient específic per projecte/obra.

En primer lloc, cal apuntar que, tal i com es desprèn de l'informe tècnic emès per la Direcció Tècnica d'Edificació en data 3 d'octubre de 2023, l'ITEC disposa d'exclusivitat tècnica per a dur a terme les tasques d'estudi de projectes d'Edificació de BIMSA per la determinació d'un coeficient específic per projecte/obra, en la mesura en que el banc de preus que utilitza BIMSA en tots els projectes d'obra executats per l'entitat municipal està elaborat en base al Banc Construcció de l'ITEC (BEDEC), essent l'ITEC l'única titular dels drets de Propietat Intel·lectual sobre la base de dades BEDEC, d'acord amb allò disposat a l'escriptura pública de dipòsit esmentada en els antecedents del present informe.

L'expressada circumstància, doncs, determina la necessitat de BIMSA de contractar l'esmentat servei mitjançant un procediment negociat sense publicitat, a l'empara de l'article 168, a), apartat segon, de la LCSP.

Sobre aquesta qüestió, resulta del tot il·lustrativa la **Resolució 388/2020 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, de 12 de març de 2020 (Rec. 1676/2019)**:

"La recurrente goza de exclusividad, esto es, se tratan de productos amparados en los derechos de propiedad intelectual e industrial, sobre los que ella goza de exclusividad, lo cual conduce a otro procedimiento negociado, esto es, sin publicidad y con su oferta como única candidata posible al amparo del artículo 168, a) 2º de la LCSP."

Així doncs, en la mesura en que el banc de preus que utilitza BIMSA en l'elaboració dels projectes d'obra duu a terme està elaborat en base al Banc Construcció BEDEC – propietat de l'ITEC –, cal que l'estudi el dugui a terme aquesta última entitat.

Sobre aquest extrem, convé recordar que en data 28 de març de 2014 es va signar un Conveni de col·laboració entre Infraestructures de la Generalitat de Catalunya, SAU, Barcelona d'Infraestructures Municipals, SA, l'Ajuntament de Girona, les Diputacions de Barcelona, Lleida i Girona i l'Àrea Metropolitana de Barcelona, per a la contractació, creació i desenvolupament de la Fase I del Programa TCQI per a la regulació de l'explotació i manteniment d'aquesta aplicació; acordant-se entre d'altres aspectes:

"Acord Primer. L'objecte del Conveni és l'establiment de la col·laboració entre les parts signants per a la contractació, creació i desenvolupament de la fase I de la nova aplicació informàtica TCQI que permeti la gestió dels paràmetres de temps, cost, qualitat, impacte ambiental i seguretat i salut, i el seu ús per tot tipus de maquinari –fix i mòbil– que disposi del programa adient, així com la regulació de l'explotació i el manteniment d'aquesta aplicació.

La programació informàtica de la nova aplicació es durà a terme amb la metodologia TCQ d'acord amb el programari dels Annexos I i II amb els criteris que acordin les



administracions i entitats públiques signants atenent a les seves necessitats, les quals seran tractades en la Comissió Tècnica que es crearà amb dita finalitat.

Acord segon. Les parts encarreguen a Infraestructures Cat la licitació i adjudicació, per compte propi i de la resta de parts signants del Conveni, d'un contracte de servei a favor de l'ITEC per dur a terme la creació i desenvolupament de la nova aplicació TCQi.

(...)

Acord tercer. Les Administracions i Entitats Públiques signants del Conveni tindran totes elles consideració de cotitulars de l'aplicació informàtica TCQi. L'ITEC mantindrà els drets d'autor de la metodologia TCQ i els drets d'explotació de l'aplicació informàtica TCQi amb caràcter exclusiu (Acord setè). També s'assignen a l'ITEC la realització de les funcions de manteniment i evolució (Acord vuitè)."

En aquest sentit, l'Institut de Tecnologia de la Construcció de Catalunya és una Fundació Privada sense ànim de lucre que segons l'article 5 dels seus Estatuts *"en tant que entitat de suport a la innovació el seu objectiu és la generació i transferència d'informació i coneixement, i la prestació de serveis tecnològics per la millora de la competitivitat dels agents del sector de la construcció, professionals, empreses i entitats"*. Cal assenyalar que l'ITEC té el dret de propietat en exclusiva de les llicències TCQ2000 i TCQi, així com la metodologia TCQ i de les bases de dades BEDEC.

En definitiva, resulta necessari garantir i mantenir l'estandardització de la informació que ha de regir en l'estudi dels projectes d'edificació executats per BIMSA, per tal d'evitar eventuais dualitats de sistemes d'informació. En aquest sentit, interessa dur a col·lació la **Resolució núm. 454/2019, de 30 d'abril de 2019, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals**, segons la qual:

"Además, en relación con la utilización de un producto diferente, añade que "no consideramos la valoración de la adquisición de otro producto diferente por los siguientes motivos: El cambio a una nueva herramienta informática supondría un incremento del riesgo de error de medicación. La complejidad de la terapia antineoplásica empleada en los pacientes oncológicos hace que cualquier error pueda tener consecuencias fatales para el paciente. Cambiar de aplicación supondría una pérdida de la estandarización conseguida tras 18 años de experiencia utilizando la aplicación Farmis-Oncofarm®. El cambio de aplicación supondría un incremento en los costes de la implantación ya que deben contemplarse los costes de la parametrización de los más de mil protocolos de quimioterapia, la adaptación al nuevo sistema de elaboración de mezclas y la formación de todo el personal implicado en cada uno de los subprocesos de prescripción, validación, administración y gestión".

Incide también el órgano de contratación en los inconvenientes de la existencia de dos programas, como la dualidad de soportes para almacenamiento de la información, los costes y dificultades añadidos en la gestión dual, así como el coste del contrato, para lo que acompaña un cuadro justificativo del incremento que supondría la existencia de dos soluciones, aunque se integre la segunda con la primera.



Por todo ello, atendido que es el órgano de contratación quien define el objeto de contrato, y quien goza de plena discrecionalidad en su cometido, y atendido, asimismo, que las explicaciones ofrecidas están plenamente justificadas en orden al recurso al procedimiento negociado sin publicidad, tanto en relación con la optimización de gastos y recursos humanos, como en la adecuada gestión y dispensa del tratamiento requerido por los ciudadanos, empleando una única solución que enerve eventuales errores en la medicación, así como –y esto es lo más relevante para acordar la desestimación– que el objeto del contrato se refiere a unos módulos de ampliación de un programa informático que solo pueden ser desarrollados por quien es titular del programa o está autorizado por el mismo para ello se impone necesariamente la desestimación del recurso”.

Per tot allò exposat, ens trobem davant d'un contracte que es durà a terme mitjançant l'estudi de dades i informacions contingudes en el Banc de preus BEDEC i de la tecnologia TCQ, que fa necessari que s'executi per l'ITEC i, per tant, sigui adjudicat mitjançant procediment negociat sense publicitat, de conformitat amb l'article 168 de la LCSP.

Per tot l'esmentat, qui subscriu,

INFORMA favorablement l'aplicació del procediment negociat sense publicitat per a la contractació del SERVEI D'ESTUDI DE PROJECTES D'EDIFICACIÓ DE BIMSA PER LA DETERMINACIÓ D'UN COEFICIENT ESPECÍFIC PER PROJECTE/OBRA, a favor de l'Institut de Tecnologia de la Construcció de Catalunya, així com el contingut i prescripcions del Plec de Clàusules Administratives Particulars que regeix la licitació, atès que els mateixos estan conformes amb la legislació de contractes.

Juan Irala Tihista
Cap de Contractació

Barcelona, a en la data de la signatura electrònica.