



Recurso nº 1370/2019

Resolución nº 12/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de enero de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D.A.M.G., en representación de la UTE MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA - EDUARDO TALÓN ARQUITECTURA y de la entidad MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, y por D.E.L.T.C., en su propio nombre y representación, contra la adjudicación de la licitación convocada por el Instituto de Salud Carlos III para contratar el *“Servicio de asistencia técnica para la redacción de proyecto y dirección facultativa de las obras de ampliación y reforma de los pabellones 7 y 8 del Campus del ISCIII en Chamartín”*, expediente OM0251/2018, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 21 de julio de 2019, licitación para la contratación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de *“Servicio de asistencia técnica para la redacción de proyecto y dirección facultativa de las obras de ampliación y reforma de los pabellones 7 y 8 del Campus del ISCIII en Chamartín”*, cuyo valor estimado es de 316.000,00 euros.

A dicha licitación concurrieron dos licitadores, la UTE MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA - EDUARDO TALÓN ARQUITECTURA, y D.M.A.P..

Segundo. Previos los trámites procedimentales oportunos, el 15 de octubre de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la resolución de adjudicación del referido contrato a favor de D.M.A.P..



Tercero. El 31 de octubre de 2019, D.A.M.G., en representación de la UTE MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA - EDUARDO TALÓN ARQUITECTURA y de la entidad MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, y D.E.L.T.C., en su propio nombre y representación, interpusieron recurso especial contra la resolución de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto. El 11 de noviembre de 2019 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Quinto. Con fecha de 13 de noviembre de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la licitadora que resultó adjudicataria de la licitación, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (artículo 56.3 de la LCSP), trámite que fue evacuado por D.M.A.P. el 20 de noviembre de 2019 mediante un escrito en el que se opone a la estimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 20 de noviembre de 2019 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

Séptimo. Los días 21 y 22 de noviembre de 2019 la Secretaría del Tribunal solicitó al ISCIII el envío de documentación complementaria, referida al expediente con referencia OM0026/2018, tramitado para la contratación del Anteproyecto de rehabilitación y ampliación de la Escuela Nacional de Sanidad, Campus de Chamartín que sirve de base al contrato impugnado, documentación que fue remitida electrónicamente por el ISCIII el día 22 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP, por ser el órgano de contratación un poder adjudicador del sector público estatal.



Segundo. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. Se recurre la resolución de adjudicación (artículo 44.2.c) de la LCSP) un contrato de servicios susceptible de recurso especial en materia de contratación, por ser su valor estimado superior a 100.000 euros (artículo 44.1.a) de la LCSP).

Cuarto. La UTE recurrente tiene la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, pues ha concurrido a la licitación y tiene interés legítimo en resultar adjudicataria del contrato cuya adjudicación impugna.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1) Como cuestión previa, la UTE recurrente alega que la publicación y notificación de la adjudicación es defectuosa porque, aunque saben, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que, contra dicha resolución cabe recurso especial en materia de contratación, nada se ha hecho constar al respecto en el anuncio de adjudicación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. La UTE recurrente denuncia que la publicación o notificación de la adjudicación es defectuosa porque no contiene el texto íntegro de la resolución, no indica si la misma pone fin a la vía administrativa ni expresa los recursos que proceden, el órgano competente para resolverlos, ni el plazo para recurrir.

Consideran competente a este Tribunal por ser el órgano de contratación (el Instituto de Salud Carlos III) una entidad dependiente del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y señalan que, en caso contrario, el recurso necesariamente deberá considerarse interpuesto en plazo.

2) Como cuestión principal de fondo, la UTE recurrente indica que la adjudicataria, D.M.A.P., debe resultar excluida de la licitación conforme al artículo 70.1 de la LCSP, puesto que ha participado en la elaboración del anteproyecto que sirvió de base al contrato. Entiende la recurrente que se ha falseado la competencia y se ha recibido un trato privilegiado, con infracción del principio de igualdad de trato entre los licitadores.



A los anteriores efectos, la UTE recurrente relata que el 29 de julio de 2019 recibió un correo electrónico del Instituto de Salud Carlos III, concretamente, del responsable del contrato designado en el Cuadro de Características del PCAP, adjuntando el anteproyecto necesario para poder redactar las ofertas, resultando que en la portada y en el apartado 1.2 de dicho anteproyecto figura el nombre de la adjudicataria como redactora del mismo, quien también figura en el cajetín del Anteproyecto como redactora del anteproyecto de rehabilitación y ampliación del pabellón 7 (Escuela Nacional de Sanidad) en el Campus del ISCIII en Chamartín.

Añade la recurrente que los propios criterios de valoración aplicables a la licitación y determinantes de la adjudicación han profundizado y provocado directamente ese falseamiento de la competencia, porque el criterio de adjudicación a.1 (valorado con 35 puntos) se refiere al análisis técnico del anteproyecto en relación con la ejecución de las obras, habiendo obtenido la adjudicataria en ese apartado la máxima puntuación, y la UTE recurrente sólo 14 de los 35 puntos posibles; y el segundo criterio, relativo a la memoria técnica sobre los trabajos de dirección facultativa de las obras, sólo lleva aparejada una puntuación máxima de 10 puntos, que han obtenido ambos licitadores. Considera la recurrente que la obtención por la adjudicataria de la máxima puntuación en el criterio relativo al buen desarrollo del anteproyecto base del concurso se debe a su posición privilegiada, al haber redactado dicho anteproyecto.

3) La UTE recurrente considera que procede igualmente la exclusión de la adjudicataria por aplicación de la cláusula 7 del PCAP, que impide concurrir a la licitación a las empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de adjudicación, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado.

Cita la recurrente resoluciones de Tribunales especiales en materia de contratación que aprecian la incompatibilidad del artículo 70.1 de la LCSP no sólo por participar en la elaboración de documentos preparatorios, sino también cuando esa participación ha generado algún tipo de trato desigual o privilegiado, que entiende que es precisamente lo que ha ocurrido en esta ocasión.



Considera por ello que debe excluirse a la adjudicataria de la licitación, y acordarse la adjudicación a favor de la UTE recurrente, que es la siguiente licitadora clasificada por puntuación.

Sexto. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

1) Para la redacción del anteproyecto de ampliación y reforma de los edificios objeto del contrato el ISCIII ha contado con el apoyo del arquitecto D.E.D.T.T., que fue contratado al efecto mediante el procedimiento relativo al expediente OM0026/2018, sin que en ningún momento anterior o posterior a dicha fecha el ISCIII haya contado con los servicios de la arquitecta D.M.A.P. para ningún tipo de servicio o asistencia técnica de cualquier naturaleza. Dicho anteproyecto fue adjudicado al mencionado arquitecto el 22 de enero de 2018 y fue entregado el mes de mayo de ese año, momento a partir del cual se inició la tramitación del expediente OM0251/2018, cuya adjudicación ha sido objeto de recurso.

2) El hecho anterior no ha sido contrastado ni consultado por la UTE recurrente, que ha interpuesto el recurso sobre la base errónea de que la arquitecta D.M.A.P. es redactora del anteproyecto que forma parte de la documentación contenida en el presente procedimiento de licitación.

Un ingeniero de la UTE recurrente compareció el viernes 18 de octubre en la sede del ISCIII y pudo examinar las ofertas técnicas y el informe de valoración, en el que la UTE obtuvo una puntuación técnica de 24 puntos y la adjudicataria, 45 puntos.

3) La intervención programada de ampliación y reforma de los pabellones 7 y 8 del Campus del ISCIII en Chamartín ha sido concebida por el técnico que suscribe el informe sobre la base del conocimiento de los problemas de los edificios existentes, las necesidades y demandas de funcionamiento y los condicionantes de todo tipo (urbanísticos, topográficos, servidumbres...). Para el desarrollo en detalle de la propuesta del ISCIII se contó con la asistencia del arquitecto contratado al efecto, D.E.D.T.T., que actuó de manera individual y exclusiva, y que en su momento presentó el anteproyecto, compuesto por la Memoria, Planos y Presupuesto de ejecución material estimado. Con base en lo anterior, se redactaron los documentos necesarios para la tramitación del expediente, en particular, el



PCAP, por el técnico que suscribe el informe (único arquitecto de ISCIII), sin contar en ningún momento con la participación del arquitecto redactor del anteproyecto o de cualquier otra persona técnica o no, tanto externa como interna al ISCII.

4) Los conceptos evaluables mediante criterios sujetos a juicios de valor responden exactamente al objeto del contrato, esto es, a la redacción del proyecto básico y de ejecución y a la dirección facultativa de las obras, siendo este último aspecto más reglado por la normativa en vigor (Ley de Ordenación de la Edificación), y en el que ambos licitadores han obtenido la mayor puntuación técnica. Los aspectos técnicos evaluados con mayor puntuación se refieren al desarrollo de algunos aspectos concretos de la actuación (instalaciones, solución técnica de la calle de unión entre ambos pabellones, sistemas constructivos y estructurales) valorándose especialmente, como indica el PCAP, la coherencia de la oferta técnica presentada, que en el caso de la UTE recurrente puede calificarse como deficiente, siendo, además, algo más cara que la de la adjudicataria. Las calificaciones peyorativas de la UTE recurrente delatan, a juicio del órgano de contratación, una valoración subjetiva e interesada del análisis de las ofertas técnicas realizada por el ISCIII.

5) El órgano de contratación considera falsas las afirmaciones que en el recurso se efectúan en cuanto a la participación de D.M.A.P. en la redacción y elaboración de los documentos básicos esenciales del contrato, respecto al trato privilegiado y al falseamiento de la competencia.

Considera el órgano de contratación que el hecho de que D.M.A.P. aparezca en el cajetín del anteproyecto no significa que tenga responsabilidad alguna en la redacción del mismo, y puede significar una colaboración profesional cuyo contenido, amplitud y alcance se desconocen, respondiendo la presentación de una oferta por D.M.A.P. al principio de libertad de concurrencia. Añade el órgano de contratación que en ningún caso se podría certificar que la mencionada arquitecta haya redactado el anteproyecto, ni que haya colaborado en ningún otro documento que forme parte de la preparación de la licitación impugnada.



6) La reclamación de la UTE recurrente esconde, a juicio del órgano de contratación, la mala puntuación técnica (y económica) obtenida por su oferta, y obvia la existencia de un contrato para la redacción del anteproyecto suscrito con otro arquitecto.

Séptimo. Por último, la adjudicataria, D.M.A.P., se opone también a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

1) Relata que visitó el edificio en cuestión y formó un grupo de expertos a fin de poder lograr la máxima puntuación en el criterio subjetivo de “Análisis técnico del anteproyecto en relación con la ejecución de las obras”, elaborando la toda documentación técnica exigida en los pliegos.

2) La adjudicataria afirma que en ningún caso ha participado ni en la elaboración de las especificaciones técnicas ni en los documentos preparatorios del contrato, como tampoco ha asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación.

3) La redacción del anteproyecto la asumió, en virtud de un contrato con el ISCIII, el arquitecto D.E.D.T.T.. El hecho de que aparezca su nombre en el anteproyecto de debe a una mera asesoría gráfica al anteproyecto por él concebido, pero en ningún caso permite atribuir a la adjudicataria su autoría ni el conocimiento de la problemática y características técnicas requeridas en dicho encargo. La razón por la que consta su nombre en el anteproyecto encargado a dicho arquitecto responde a la exigencia de la Universidad Politécnica de Madrid, en la que la adjudicataria presta sus servicios como profesora asociada de la Escuela Superior de Arquitectura de Madrid, de acreditar méritos, por pequeños que sean, en cuanto a su condición de profesional en activo.

4) En ningún caso se ha falseado la competencia ni se le ha dispensado trato de privilegio respecto del resto de empresas licitadoras.

Concluye la adjudicataria que, si bien es cierto que asesoró al arquitecto Enrique de Teresa Trilla en aspectos gráficos que nada tienen que ver con los aspectos técnicos del anteproyecto, dicho asesoramiento previo no supone en sí mismo una discriminación



positiva respecto del resto de futuros licitadores, que deben estudiar y resolver cuestiones técnicas que el propio anteproyecto desarrollaba.

Octavo. Antes de entrar en los motivos de fondo del recurso, procede examinar las alegaciones de la UTE recurrente respecto de los defectos existentes en la notificación de la adjudicación.

No consta en el expediente de contratación remitido la notificación de la adjudicación a la UTE recurrente, sino tan sólo la publicación del anuncio de adjudicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el que, efectivamente, no consta el régimen de recursos procedente frente al acuerdo de adjudicación, tal y como exige el artículo 151.2 de la LCSP.

Ello, no obstante, ese defecto no ha impedido a la UTE recurrente interponer en plazo el recurso pertinente ante el órgano competente, dado que, como la propia recurrente indica, la cláusula 32 del PCAP contempla expresamente el régimen de recursos y la procedencia de recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, contra los acuerdos de adjudicación de los contratos de servicios de valor estimado superior a 100.000,00 euros, como es el caso.

Cabe concluir, por todo ello, que los defectos de notificación invocados por la recurrente no le han generado una indefensión material, y que su derecho a la defensa ha quedado garantizado con la interposición del presente recurso.

Noveno. También con carácter previo se han de efectuar algunas consideraciones sobre el *petitum* del recurso, en el que la UTE recurrente solicita al Tribunal que tenga por presentado el presente recurso y que, en su virtud, se acuerde la exclusión de la licitadora y adjudicataria y, en consecuencia, se proceda a adjudicar el contrato a su favor.

El carácter revisor de este Tribunal le impide adoptar acuerdos que impliquen sustituir la actuación del órgano administrativo competente. Como se indica, por todas, en la Resolución 267/2017, de 10 de mayo:



“conviene dejar sentada que la función de este Tribunal es de carácter revisor, lo cual le impide en todo caso un pronunciamiento como el pretendido por el recurrente. Así, como hemos indicado en reiteradas resoluciones (entre otras 58/2016, 367/2016, 24/2015, 196/2014), ‘nuestro cometido es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación. Así se desprende del artículo 47.2 TRLCSP y, en particular, de su último inciso, en el que se lee:

‘Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151’. Precepto que no hace sino evidenciar que la competencia para dictar el acto de adjudicación corresponde siempre al órgano de contratación’.”

Décimo. Entrando ya en el fondo del asunto, la UTE recurrente considera que procede la exclusión de la adjudicataria por concurrir una infracción del artículo 70.1 de la LCSP y de la cláusula 7 del PCAP que ha generado una vulneración de los principios de concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores.

El artículo 70.1 de la LCSP, bajo la rúbrica “*Condiciones especiales de compatibilidad*”, dispone lo siguiente:

“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

(...)”.

Por su parte, la cláusula 7.1 del PCAP dispone, en su último párrafo, lo siguiente:

“No podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de adjudicación, por sí o mediante unión temporal de empresas, o las empresas a ellas vinculadas, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”.

La aplicación e interpretación de la cláusula 7.1 del PCAP debe efectuarse en consonancia con el precepto legal que le sirve de base, en este caso, el artículo 70.1 de la LCSP.

Pues bien, ni el artículo 70.1 de la LCSP ni la cláusula 7.1 del PCAP establecen una exclusión automática de aquellos licitadores que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, o que hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento, sino que supeditan dicha exclusión a la circunstancia de que tal participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado respecto de las restantes empresas licitadoras.



La redacción del artículo 70.1 de la LCSP difiere del precepto que constituye su precedente inmediato, el artículo 56.1 del derogado TRLCSP, a cuyo tenor:

“... no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, la LCSP contiene, en este punto, una regulación más extensa que la recogida en el artículo 56 del derogado TRLCSP, dirigida a ampliar las actuaciones que necesariamente debe realizar el órgano de contratación para verificar que la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato puede distorsionar los principios de concurrencia e igualdad de trato, de tal forma que sólo deberá acordar la exclusión del licitador cuando quede demostrado que su participación puede falsear la concurrencia y cuando no haya otro modo de garantizar la igualdad de trato. Por tanto, la nueva regulación ya no parte, como regla general, de la imposibilidad de participar en la licitación en los casos descritos, sino que dicha participación se admite, en principio, siendo la exclusión excepcional, y procedente sólo cuando quede demostrado que esa participación o asesoramiento previo del licitador falsea la concurrencia y vulnera el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Bajo la anterior premisa, el artículo 70.1 exige al órgano de contratación la adopción de medidas activas para verificar si procede la exclusión, que solo procede cuando no haya otro modo de garantizar los principios de concurrencia e igualdad de trato. En concreto:

“El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia”; “En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su



participación en la fase preparatoria no puede tener efecto de falsear la competencia o dispensarle un trato privilegiado...”.

Como se ha indicado, la mera participación o el asesoramiento en la preparación del contrato no implica la exclusión del licitador, pues ésta deberá evitarse, si lo permiten los principios de concurrencia e igualdad de trato, mediante la adopción por el órgano de contratación de medidas adecuadas al afecto, entre las que se incluyen *“la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación o en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas”*.

Pues bien, en el supuesto que se examina, el órgano de contratación considera que no procede la aplicación del artículo 70.1 de la LCSP porque niega la premisa a la que se supedita la aplicación de dicho precepto, esto es, que la adjudicataria haya participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios del contrato o que haya asesorado al órgano de contratación durante su preparación. Procede examinar si concurre o no dicha participación, de la que depende, como se ha indicado, la procedencia de adoptar no la exclusión automática de la adjudicataria, sino las medidas a las que se refiere el artículo 70.1 de la LCSP, tendentes a verificar si su participación falsea la concurrencia o vulnera el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En su informe al recurso, el ISCIII sostiene que la elaboración del anteproyecto que ha servido de base al presente contrato se concertó, mediante un procedimiento de contratación previo, con un arquitecto distinto (D.E.D.T.T.), que lo elaboró de manera individual y exclusiva; que los documentos necesarios para la tramitación del expediente del presente contrato se elaboraron exclusivamente por el arquitecto del ISCIII que suscribe el informe, sin participación o asesoramiento alguno, y que la mención a la arquitecta que ha resultado adjudicataria en el cajetín del anteproyecto puede significar una colaboración cuyo contenido, amplitud y alcance se desconocen.

La adjudicataria, D.M.A.P., manifiesta en sus alegaciones al recurso que no ha participado en la elaboración de las especificaciones técnicas ni en los documentos preparatorios del contrato, ni ha asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación; que la redacción del anteproyecto, en virtud del contrato

suscrito entre el ISCIII y el arquitecto D.E.D.T.T., ha correspondido personal y exclusivamente a dicho arquitecto; que en el hecho de que en el anteproyecto aparezca su nombre se debe a una mera asesoría gráfica, y no implica su autoría ni el conocimiento de las características y problemática técnica requeridas en el encargo; y que la inclusión de su nombre en el anteproyecto responde concretamente a la exigencia de la Universidad en la que presta sus servicios como profesora asociada de la Escuela Superior de Arquitectura de Madrid, de acreditar méritos en cuanto a su condición de profesional en activo.

La UTE recurrente invoca el contenido del anteproyecto que en su día le fue remitido por el ISCIII, en el que figura expresamente como redactora la adjudicataria, y considera que ha existido vulneración de la concurrencia y del principio de igualdad de trato porque el criterio técnico de adjudicación que lleva aparejada una mayor puntuación se vincula, precisamente, al análisis técnico del anteproyecto en cuya redacción participó la adjudicataria.

Del examen del expediente de contratación se desprende lo siguiente:

- 1.- El documento de *“Memoria y Justificación de necesidad e idoneidad del contrato”* (documento nº 3 del expediente), indica que el objeto del contrato es *“la redacción del proyecto básico y de ejecución de la ampliación y reforma de los pabellones 7 y 8 (...) en el campus del ISCIII en Chamartín, de acuerdo con el anteproyecto aportado por el ISCIII”*.
- 2.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) vincula también el objeto del contrato, en su cláusula 1, a la redacción del proyecto básico y de ejecución *“de acuerdo con el anteproyecto aportado por el ISCIII”*, y añade en su cláusula 2 que *“los trabajos antes descritos se realizarán sobre la base de la información a aportar por el Instituto de Salud Carlos III, en particular el anteproyecto, para lo cual los licitadores pueden dirigirse a la siguiente dirección de correo electrónico...”*.

De lo expuesto se desprende que el anteproyecto contiene las especificaciones técnicas que los licitadores han de desarrollar en sus ofertas para redactar el proyecto básico y de ejecución que ha de ser objeto de valoración para la adjudicación del contrato impugnado. Cabe entender, por tanto, que el anteproyecto (al que remite íntegramente el breve PPT, que solo tiene dos páginas de extensión) puede considerarse un documento preparatorio



del presente contrato que el ISCIII se compromete a entregar a los licitadores para que les sirva de base en la redacción del proyecto exigido en los pliegos.

Pues bien, llegados a este punto, el Tribunal constata que, efectivamente, el nombre de D.M.A.P. figura en el anteproyecto en cuestión. Concretamente, el nombre de tres arquitectos (uno de ellos, el que celebró el previo contrato con el ISCIII, D.E.D.T.T., y otro el de D.M.A.P., adjudicataria del contrato objeto de recurso) figura en la portada del anteproyecto, en el punto 1.2, que lleva por título “*Agentes del anteproyecto*”, en la página 15, junto a la indicación del lugar y fecha de realización del documento, y al pie de los planos que se insertan en la parte final del anteproyecto.

Ahora bien, el Tribunal también constata que el previo expediente OM0026/2018 (que tuvo por objeto la contratación de la redacción del anteproyecto de continua referencia) fue adjudicado única y exclusivamente a D.E.D.T.T., que presentó una oferta en su propio nombre, bien que indicando que su equipo estaba integrado por un arquitecto técnico y por tres arquitectos, uno de los cuales era D.M.A.P..

Se constata, por tanto, que la adjudicataria tuvo una participación indirecta y de alcance incierto en la elaboración del anteproyecto que sirve de base a la presente licitación, si bien el contrato por el que se encargó el anteproyecto no se suscribió con D.M.A.P. sino con otro empresario distinto, que contrató a título individual con el ISCIII, asumiendo con carácter personal y exclusivo la condición de contratista frente al órgano de contratación.

Como ha venido señalando este Tribunal bajo la vigencia del artículo 56 del derogado TRLCSP, dicho precepto (como también el artículo 70.1 de la vigente LCSP) “*exige dos condiciones para impedir la participación de una empresa en una licitación, la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Hay que tener en cuenta que es una norma restrictiva y su interpretación no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados en ella.*” (Resolución 121/2016, de 12 de febrero de 2016).

Procede examinar si concurren en el presente caso los dos requisitos a los que, conforme a lo indicado, se supedita la aplicación de la causa de incompatibilidad del artículo 70.1 de la LCSP, esto es, la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, en el sentido requerido en dicho precepto, y que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado.

En cuanto al primero de los mencionados requisitos, queda acreditado que la elaboración del anteproyecto en cuestión se encargó, a través de un expediente de contratación autónomo, a un empresario distinto en cuyo equipo figuraba la actual adjudicataria, a la que cabe reconocer, por tanto, una participación indirecta, de alcance y contenido incierto, en la redacción de dicho anteproyecto. Siendo el artículo 70.1 de la LCSP una norma restrictiva de derechos que no puede ser objeto de interpretación extensiva, resulta muy discutible que proceda aplicar la incompatibilidad que en dicho precepto se establece respecto de una persona, la actual adjudicataria, que no es, en puridad, *“la empresa que hubiera participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubiera asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación”*, sin que la UTE recurrente haya tampoco alegado ni acreditado que D.M.A.P. sea una empresa vinculada con el adjudicatario del anterior contrato para la redacción del anteproyecto en el sentido exigido por el artículo 70.1 de la LCSP (*“entendiéndose por tales (empresas vinculadas) las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”*).

En el informe 9/2017, de 17 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Valencia, se examinó la aplicación de la incompatibilidad del artículo 70.1 de la LCSP respecto del gerente de un subcontratista del contratista principal, adjudicatario de un contrato de consultoría para elaborar un estudio económico para el proyecto de explotación de un Ayuntamiento, y se afirmó lo siguiente:

“Como bien ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en varias ocasiones, el precepto anterior exige dos condiciones para impedir la participación de una empresa en una licitación, la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los



documentos preparatorios del contrato y que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Hay que tener en cuenta que es una norma restrictiva y su interpretación no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados en ella.” (Resolución 121/2016, de 12 de febrero de 2016).

En el caso sometido a consulta por el Ayuntamiento, una primera conclusión que debe extraerse de dicho precepto es que la participación de una persona en uno de los estudios previos para la contratación sólo causaría su incompatibilidad para participar en la licitación en el supuesto de que dicha circunstancia pueda suponer un trato privilegiado respecto al resto de empresas licitadoras, ya que es imposible o al menos muy improbable que en el contexto descrito en la consulta tal participación pueda por sí sola provocar una restricción de la libre concurrencia. Por otra parte, es necesario advertir que dicho precepto se refiere a que una misma empresa participe en la preparación de la contratación y en su licitación, circunstancia que no se da en el caso sometido a consulta puesto que no es la empresa consultora adjudicataria del estudio previo, ni tampoco el subcontratista que realizó parte del estudio, quienes se presentan a la licitación del contrato. Por tanto, de acuerdo con el criterio del TACRC antes expuesto, según el cual no debe extenderse la aplicación del artículo 56.1 del TRLCSP a supuestos distintos de los expresados en él, ha de advertirse que la situación descrita en la consulta no se corresponde exactamente con la prevista en dicho artículo.”

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos para poder aplicar la incompatibilidad del artículo 70.1 de la LCSP, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la eventual intervención de la adjudicataria en la redacción del anteproyecto no ha tenido como consecuencia un falseamiento de la competencia ni una vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

A estos efectos, el citado informe 9/2017 de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Valencia, tras citar el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE al que se ha hecho antes referencia, y el artículo 70.1 del entonces proyecto de LCSP el informe de referencia, afirma lo siguiente:



“Como puede observarse, las normas anteriores ponen el acento en la obligación que tiene el órgano de contratación de asegurar el principio de igualdad de trato a los licitadores y de impedir que la competencia pueda falsearse, haciendo que todos tengan acceso a la misma información y estableciendo unos plazos suficientes para ofertar, de forma que cualquier conocimiento previo de alguno de ellos no suponga una ventaja relevante o un privilegio. En cambio, la exclusión de un licitador por haber participado de algún modo en los estudios previos o trabajos preparatorios de la contratación ha de utilizarse restrictiva y excepcionalmente cuando no exista otra forma de garantizar la igualdad de trato en la licitación del contrato.

En esta línea traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de (2004) citada por esta Junta en su informe 8/2014, de 24 de noviembre: ‘El texto del artículo 53.3 es claro y explícito: no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos sometidos a la Ley 13/95 para quedar excluido de la licitación; es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor. Y ponderando las circunstancias concurrentes en autos, este Tribunal no ha llegado a dicha conclusión, aceptando, por el contrario, la tesis de la parte recurrente de que, a través de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan’.

En el citado Informe 8/2014, esta Junta indicaba:

‘Es claro en este caso que la formulación de los criterios de adjudicación jugará un papel importante en el otorgamiento de ventajas injustificadas o trato privilegiado o mermar la libre concurrencia, si estos no son objetivos y dirigidos únicamente a la finalidad principal: la ejecución de las obras a la vista del proyecto aprobado. Es decisiva, asimismo, la igualdad en la entrega de toda la información a los licitadores, a todos y cada uno de ellos (Vid. en este sentido la Resolución 607/2013, de 4 de diciembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). También hay que indicar, como señala el Tribunal Supremo en la citada Sentencia,



la importancia que reviste dar un plazo suficiente (razonable en terminología utilizada por el Tribunal) a la presentación de proposiciones u ofertas’.”

Como se ha señalado, la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato no constituye una circunstancia que determine, *per se*, la exclusión de la licitación. El órgano de contratación debe adoptar las medidas a las que se refiere el artículo 70.1 de la LCSP para determinar si dicha participación puede falsear la concurrencia o implicar un trato de favor contrario al principio de igualdad entre los licitadores.

Pues bien, sin perjuicio de que el artículo 70.1 de la LCSP, como norma restrictiva de derechos, no pueda ser objeto de una interpretación extensiva, ocurre, además, que no puede afirmarse que la participación de la adjudicataria en la redacción del anteproyecto haya ocasionado perjuicios en los principios de concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores que determinen la necesidad de acordar su exclusión de la licitación, pues el resultado de esa participación previa en la elaboración de la documentación preparatoria del contrato se ha plasmado en un anteproyecto que, como documento anexo al PPT, se ha puesto a disposición de todos los licitadores para la elaboración de sus ofertas.

A este respecto, procede invocar la doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal 527/2013, de 20 de noviembre y 1184/2019, de 21 de octubre, en las que se citaba el informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Cataluña 12/2013, de 23 de julio, que a su vez invocaba la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013, para afirmar lo siguiente:

“La Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013 considera, interpretando el supuesto de hecho del artículo 45 de la LCSP, que si bien, la previa adjudicación a una empresa de un contrato que constituye un claro precedente de la licitación litigiosa otorga a dicha empresa una situación de conocimiento privilegiado frente a las demás licitadoras, dicha situación de privilegio desaparecería si se pudiese a disposición del resto de licitadoras la documentación elaborada por dicha empresa, pues ‘de este modo desaparecería la denunciada situación de privilegio y se evitaría que, por haber sido adjudicataria de un contrato (la empresa en cuestión) quedase automáticamente impedida de participar en



cualquier otra contratación pública relativa al mismo bien, finalidad no buscada por la norma y que produciría una discriminación en contra de la demandada’.

De acuerdo con la doctrina recogida en la citada sentencia (...), el hecho de que el informe elaborado por (la empresa excluida) se haya publicado y puesto a disposición de todos los licitadores como parte del PPT excluiría, en principio, la situación de ventaja competitiva de la reclamante. Parece lógico entender que la situación de privilegio de la que disfruta la empresa que ha participado en la redacción de los documentos preparatorios de un contrato desaparece si se ponen a disposición de todos los demás licitadores los documentos elaborados por la empresa en cuestión, de tal forma que una (la empresa que ha participado directa o indirectamente en la redacción de tales documentos preparatorios) y otros (el resto de licitadores) compartan el mismo grado de conocimiento sobre el objeto del posterior contrato. En otras palabras, dicha doctrina tiene pleno sentido cuando la situación de conocimiento privilegiado de la empresa que ha participado en la elaboración de la documentación preparatoria del contrato se agota en dichos documentos.”

Así las cosas, dado que la participación de la adjudicataria en la redacción de los documentos preparatorios del contrato impugnado se circunscribe a una intervención (acreditada, aunque indirecta y de alcance incierto) en la elaboración del anteproyecto al que remite expresamente el PPT, y que dicho anteproyecto se ha distribuido a todos los licitadores para permitirles redactar sus ofertas, en el plazo común de un mes (ajustado a lo dispuesto en el artículo 156. 3 c) de la LCSP), conforme al criterio de la citada sentencia de la Audiencia Nacional no cabe entender que exista una situación de ventaja competitiva derivada de esa participación en la elaboración de la documentación previa, por lo que no procedería, por tal motivo, la exclusión de D.M.A.P. de la licitación.

En definitiva, aunque el órgano de contratación no haya considerado aplicable el artículo 70.1 de la LCSP, lo cierto es que, *de facto*, facilitó a todos los licitadores el resultado de la participación de la adjudicataria en la preparación de la documentación preparatoria del contrato, al distribuir el anteproyecto en cuestión a los licitadores para la redacción de las

ofertas, con lo que aplicó, materialmente, una de las medidas previstas en el artículo 70.1, párrafo tercero, de la LCSP.

Es cierto que, como indica la UTE recurrente, se atribuye un peso importante (35 puntos) al criterio de adjudicación a) del Anexo 7 del PCAP (*“Análisis técnico del anteproyecto en relación con la ejecución de las obras”*), pero también lo es que dicho criterio se formula de forma objetiva y está vinculado al objeto del contrato (artículo 145 de la LCSP), y que, conforme a la referida cláusula, *“en la evaluación de la documentación técnica exigida se tendrá especial atención en comprobar que la oferta técnica se ajusta a las condiciones específicas del proyecto a redactar y de la dirección de obra a realizar, así como la coherencia interna de la oferta”*, de donde se desprende que, aunque el punto de partida es el anteproyecto, que define las necesidades básicas a las que responde la contratación, se valorará en el presente contrato el contenido técnico y la coherencia interna del propio proyecto elaborado por los licitadores.

Se constata también que los concretos aspectos objeto de valoración en este criterio de adjudicación (memoria y desarrollo de esquemas de las principales instalaciones del edificio, con propuesta de ubicación de las mismas, desarrollo de detalle de la conexión entre los dos pabellones 7 y 8 sobre la base de la propuesta planteada en el anteproyecto aprobado, y memoria constructiva basada en la documentación del anteproyecto de ejecución), exigen, a partir de la información común recogida en el anteproyecto, la elaboración de propuestas técnicas creativas por los licitadores cuyo contenido y coherencia interna constituye el concreto objeto de valoración en este contrato.

Por lo demás, el informe técnico de valoración pone de manifiesto deficiencias en el proyecto de la UTE recurrente que justifican, desde un punto de vista técnico, la puntuación asignada, sin que el Tribunal aprecia la existencia de error material, arbitrariedad o discriminación en la valoración que justifiquen cuestionar la discrecionalidad técnica en la que se fundamenta, siendo también determinante que la oferta de la UTE recurrente, en un contrato en el que se asignaban 55 puntos al precio, fuese más cara que la de la adjudicataria.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.A.M.G., en representación de la UTE MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA - EDUARDO TALÓN ARQUITECTURA y de la entidad MASTER S.A. DE INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, y por D.E.L.T.C., en su propio nombre y representación, contra la adjudicación de la licitación convocada por el Instituto de Salud Carlos III para contratar el *“Servicio de asistencia técnica para la redacción de proyecto y dirección facultativa de las obras de ampliación y reforma de los pabellones 7 y 8 del Campus del ISCIII en Chamartín”*, expediente OM0251/2018.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.