



Recurso nº 329/2012 C.A. Cantabria 01/2012

Resolución nº 23/2012

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

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. P. P. S.en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, en lo sucesivo COAM, contra el Pliego de Cláusulas Económicas-Administrativas Particulares que han de regir el procedimiento abierto convocado por el Ayuntamiento de Torrelavega para la contratación mediante concurso de proyectos con intervención de Jurado la selección del Proyecto correspondiente al de: "Redacción del proyecto básico y de ejecución, así como dirección de obras y ejecución de las obras del centro de emprendedores del Barrio de la Inmobiliaria" (expediente de contratación 000079/2012), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Torrelavega convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 28 de noviembre de 2012 y en el Boletín Oficial de Cantabria del día 12 de diciembre de 2012, la convocatoria del concurso de proyectos con intervención de Jurado para la selección del Proyecto para la Redacción del proyecto básico y de ejecución de las obras del centro de emprendedores del Barrio de la Inmobiliaria, con un valor estimado que cifra en 281.150 euros.

Al procedimiento de referencia conforme certifica el Secretario del Ayuntamiento de Torrelavega, no se ha presentado ningún licitador.

Segundo. El recurso se ha interpuesto por la representación del COAM ante el órgano de contratación con fecha 18 de diciembre de 2012, quien ha remitido el informe del artículo 46.2 del TRLCSP a este Tribunal.

Tercero. Este Tribunal dictó resolución el 28 de diciembre de 2.012, por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - en adelante TRLCSP - y en el Convenio de Colaboración suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 299 de fecha 13 de diciembre de 2012.

Segundo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP entendemos que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto.

El recurso se interpone por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y la titulación de arquitecto es una de las que puede reunir el proyectista conforme resulta del artículo 10.1 a) de la Ley 38/1999, al que remite la Base 2ª del Pliego.

Conforme este Tribunal ha desarrollado más extensamente en su resolución 29/2011, la noción de interés legítimo que habilita para interponer el recurso especial en materia de contratación exige analizar los intereses que representa y defiende la recurrente. En el caso que nos ocupa, la recurrente tiene entre otras finalidades la representación de intereses colectivos de los arquitectos. Por ello, parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia, representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos.

En el presente caso existe esa relación unívoca y concreta de la entidad recurrente con el objeto del recurso. En consecuencia, el Colegio profesional recurrente sí que dispone de legitimación para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Tercero. El acto recurrido es el pliego que constituye las bases de un concurso de proyectos que servirá para la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, al encontrarse su objeto incluido en la categoría 12 del Anexo II y ser su valor estimado superior a 193.000 euros - artículos 184.4 y 16.1b) del TRLCSP -. Por ello cabe concluir que el Pliego puede ser objeto del presente recurso conforme resulta de lo dispuesto en el artículo 40.1 b) y 40.2 a) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso no ha sido anunciado con carácter previo a su interposición, la cual se formalizó el 18 de diciembre de 2.012 ante el propio órgano de contratación.

Sobre la falta de anuncio previo. Sobre este extremo ha tenido ocasión reiteradamente de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en resoluciones 7/2011, 265/2011 y 85/2012, indicando que el anuncio referido tiene como finalidad que el órgano de contratación tenga conocimiento de que una resolución que ha dictado va a ser impugnada. Este anuncio resulta innecesario en el caso de que la interposición se realice ante el propio órgano de contratación, como ha sido el caso, pues entonces la propia interposición del recurso asegura el cumplimiento de la finalidad pretendida por el legislador al establecer el previo anuncio de la interposición del recurso, al ser ésta conocida por el órgano autor del acto recurrido.

El recurso se ha interpuesto en plazo conforme la interpretación que ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones - entre otras, 261/2011 y 73/2010 -, pues la fecha límite para obtención de documentos e información, al igual que la fecha límite de presentación de ofertas era el 11 de febrero de 2.013.

Quinto. Con carácter previo a analizar el fondo del presente recurso, resulta indispensable partir de una mínima reflexión sobre el procedimiento de contratación que nos ocupa.

En el marco de un contrato de servicios y con carácter previo a su adjudicación mediante procedimiento abierto, se ha convocado un concurso de proyectos para, con base en el que resulte ganador, proceder a la adjudicación del contrato para la redacción del proyecto básico y ejecución así como dirección de obras y ejecución de las obras del centro de emprendedores del Barrio de la Inmobiliaria.

El Texto Refundido vigente regula en la Sección 6ª del Capítulo I del Título I del Libro III (artículos 184 a 188) el concurso de proyectos, supuesto del expediente de referencia, que en lo no previsto en la Sección citada se regirá por las disposiciones reguladoras de la contratación de servicios.

La cuestión aquí discutida se centra en los criterios de selección de la primera fase del concurso pero no debe agotarse en ella, pues la regla general que se desprende de la Base 10ª apartado tercero es que *el primer premio llevará implícito la adjudicación, mediante procedimiento negociado sin publicidad, del contrato de servicios para la redacción de los proyectos recogidos en la cláusula primera de este pliego de condiciones, teniendo la cuantía entregada del premio el concepto de entrega a cuenta de los honorarios de redacción del mismo, por lo que en dicha cuantía se entiende comprometida el IVA correspondiente.*

A tenor de dicha cláusula y conforme a lo dispuesto en el artículo 184.2 del TRLCSP, resulta a nuestro juicio indispensable que el análisis de las bases del concurso se haga también teniendo en cuenta su condición de pliego de cláusulas administrativas particulares que presidirá la selección del contratista en el contrato de servicios, pues el partícipe que resulte ganador será también el adjudicatario del contrato como norma general - pondérese que tanto la renuncia del ganador a la adjudicación como la vacante al primer premio, que abordan las Bases 28 y 10.6, se configuran en términos excepcionales -.

A mayor abundamiento, debe reflexionarse sobre la imposibilidad de establecer en un momento posterior a éste, un mecanismo efectivo de control de legalidad del documento en su dimensión de pliego, que ha de presidir la adjudicación del contrato de servicios. Muestra de ello es el procedimiento establecido en la Base 8ª para la apertura de proposiciones, conforme al cual, el candidato elegido no sólo será el autor del proyecto sino, además, el licitador que tenga capacidad para contratar con la Administración. Un ejemplo más es la redacción dada en la Base 11ª a la forma de proceder en orden a la adjudicación definitiva, conforme a la cual, es el concursante propuesto el que debe aportar los certificados que acreditan encontrarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Tesorería General de la Seguridad Social.

La argumentación anterior nos conduce a analizar el documento frente al que se dirige el recurso, para considerar su legalidad no sólo en orden al cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 170 del TRLCSP sino también como pliego de bases que define, entre otros, los requisitos para poder contratar con la Administración, en el caso de un contrato de servicios.

La reflexión anterior es determinante dado el carácter limitado del artículo 186 del TRLCSP como parámetro de legalidad de las bases de un concurso.

El citado artículo 186 establece lo siguiente: *“En caso de que se decida limitar el número de participantes, la selección de éstos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos, claros y no discriminatorios, sin que el acceso a la participación pueda limitarse a un determinado ámbito territorial, o a personas físicas con exclusión de las jurídicas o a la inversa. En cualquier caso, al fijar el número de candidatos invitados a participar, deberá tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia real”*. Del mismo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los criterios de selección de los participantes en un concurso de proyectos: que es posible limitar el número de participantes, pero garantizando una competencia real; que la selección responda a criterios objetivos, claros y no discriminatorios; y que no exista discriminación por razón de territorialidad, ni de personalidad.

En definitiva, se trata de determinar si los criterios elegidos para la selección de los candidatos, además de cumplir con lo preceptuado en el artículo 186 LCSP, ser objetivos, claros y no discriminatorios, respetan los principios generales de la contratación administrativa consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, especialmente los de publicidad y transparencia, igualdad de trato y no discriminación, así como libre competencia, sin olvidar la necesaria vinculación y proporcionalidad de los mismos atendiendo al objeto del contrato.

Sexto. Partiendo de las premisas establecidas, comenzaremos a analizar cada una de las impugnaciones que se dirigen frente a las Bases del concurso, pliego del contrato, comenzando por la relativa a Base 1ª.

Se impugna la inclusión dentro del objeto del contrato de servicios, de la obligación de redactar los instrumentos urbanísticos que fuesen precisos para la implantación de la solución propuesta, que resulte adjudicataria.

La recurrente considera que dicha cláusula debe ser anulada, al entender que impone al ganador del concurso la asunción de compromisos autónomos sin conocer el alcance de los mismos y sin retribución independiente.

No podemos compartir la impugnación, además de por las razones que ofrece en su informe a este recurso el órgano de contratación, por considerar que la letra del Pliego aclara y limita el alcance de dicho compromiso, además de ser éste una consecuencia posible no necesaria del proyecto presentado por parte del ganador, quien por tanto no podrá alegar desconocimiento y, justo al contrario, podrá tenerlo en cuenta a la hora de fijar el presupuesto.

Las razones que nos llevan a la anterior conclusión son las siguientes y resultan fundamentalmente de la redacción de la Base 6ª, Sobre C, letra e y de los Anexos V y último párrafo del Anexo IV:

- El compromiso de redactar un instrumento de planeamiento urbanístico está limitado en el Pliego, por cuanto dicha modificación sólo puede adoptar forma de Estudio de Detalle, en ningún caso puede afectarse ni requerir modificación del PGOU.
- El compromiso de redactar un Estudio de Detalle es consecuencia de que el proyecto presentado por el ganador supere las alturas autorizadas.
- Atendido el apartado anterior, es obvio que sólo si el concursante presenta un proyecto para un edificio con alturas superiores (número de plantas y altura de cornisa) a las autorizadas, deberá como lógica consecuencia, acompañar un Estudio de Detalle que permita, modificando el vigente, llevar a cabo el proyecto que él mismo presenta. Esto es, conocerá el alcance del compromiso (es responsable del mismo) y lógicamente deberá tenerlo en cuenta en la redacción de la oferta económica que presente.

Por otra parte, el alcance de dicha obligación -la necesidad de redactar el instrumento urbanístico correspondiente- en el muy limitado alcance con el que se plantea en este supuesto, no se considera que sea relevante como para romper la continuidad del concurso con el contrato subsiguiente, al ser las prestaciones de ambos sustancialmente idénticas y existir una relación funcional directa entre el concurso de proyectos y el subsiguiente contrato en terminología empleada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2.004 (TJCE 2004,297).

Séptimo. Impugnación frente a las Bases 2ª y 6ª en las que se establecen los requisitos de solvencia.

Aprecia la recurrente indefinición en la redacción de la Base 6ª y, sin precisar el motivo de impugnación, entiende contrario a la libre competencia exigir al licitador que acredite: antigüedad profesional a un año, encontrarse "cubierto" por un seguro de responsabilidad profesional y la exigencia de que la experiencia técnica, obras realizadas, se acrediten mediante el aval del Colegio Oficial correspondiente.

I. No podemos compartir la impugnación relativa al seguro de responsabilidad civil pues en el contrato que nos ocupa, los participantes normalmente lo tendrán ya concertado pues puede incluso llegar a ser requisito previo para el ejercicio profesional - por poner un ejemplo la Ley de la C.A. de Andalucía 10/2003, de 6 de noviembre, obliga a suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional a todo colegiado y las sociedades profesionales de arquitectura deben tener concertado dicho seguro conforme resulta de la Ley 2/2007, de 15 de marzo -.

Por tanto, a diferencia de lo que hemos sostenido en otras resoluciones, en las que valoramos que dicho requisito - el seguro de responsabilidad civil profesional - se exigía con la misma finalidad que la garantía definitiva, con el fin de incrementar el objeto de ésta - vid Resoluciones de este Tribunal 126/2012 y 130/2011 - y que siendo así, debían considerarse cláusulas contrarias a Derecho, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante un requisito acorde a Derecho, pues no sólo puede ser exigido para el ejercicio profesional del participante en el concurso sino que, además, la redacción de la cláusula es conforme a lo establecido en el artículo 75 del TRLCSP.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que las Bases 2ª y 6ª coinciden en exigir alternativamente declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. Por tanto, no sólo no es necesario que el participante aporte en todo caso un seguro de responsabilidad profesional sino que, además, la redacción de la cláusula es acorde al artículo 75 del TRLCSP. Item más, las incidencias que pudieran plantearse, podrían resolverse sin necesidad de previa modificación del Pliego, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 75.2 del TRLCSP, de aplicación supletoria al caso.

II. Antigüedad superior a un año. Atendido el presupuesto y alcance del proyecto objeto de concurso y posterior licitación, no parece que pueda considerarse contrario al principio de libre competencia, la exigencia de experiencia en los términos que establece la Base 2ª: un año de ejercicio profesional y proyectos arquitectónicos semejantes. Bien es cierto que para valorar la semejanza, deberá tener como referente la relación de obras y servicios que se presente, en los términos de la propia Base 2ª y no otros.

III. Sobre el sentido que debe darse a la expresión *"una relación, avalada por el Colegio Oficial correspondiente, de los principales servicios o trabajos realizados..."*.

El órgano de contratación en su informe precisa la expresión "avalados" en sentido diverso al "visado" y dice: *hay que entenderlo como una acreditación de la personalidad del licitador y de su colegiación.*

Siendo así y teniendo en cuenta que en el apartado tercero de la misma Base 2ª ya se exige al proyectista la competencia técnica exigida en el artículo 10 de la Ley 38/1999 y que dicho requisito se reitera más específicamente en lo relativo a la colegiación en la Cláusula 6ª, Sobre B, letras f y j, resulta razonable proceder a la supresión de la expresión "avalada por el Colegio Oficial correspondiente", pues no responde a lo pretendido por el órgano de contratación, y mantenerla en sus actuales términos conduciría a limitar la libre competencia, excluyendo proyectos realizados a satisfacción de sus destinatarios para cuya ejecución no hubiera sido precisado el previo visado del Colegio Oficial - el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio enumera las actividades que requieren visado colegial, entre las que figura el Proyecto de ejecución de edificación pero no todos los posibles Proyectos -.

Octavo. Impugnación de las Bases 4ª, 5ª y 6ª.

La Base 4ª contempla, contrariamente a lo sostenido por lo recurrente, la presentación de las proposiciones a través de empresas de mensajería diversas al Servicio de Correos y telégrafos. La mera lectura del punto 4 de la misma excusa cualquier otro razonamiento:

"En todo caso no se admitirá al presente concurso las proposiciones cuya documentación sea remitida a través de empresa de mensajería, distinta del Servicio de Correos y telégrafos y la misma sea recibida con posterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación".

La Base 5ª exige efectivamente que las proposiciones se presenten cerradas y lacradas, siendo éste segundo ciertamente obsoleto.

Por su parte el artículo 80 del Real Decreto 1098/2001 se limita a señalar que las proposiciones deberán presentarse cerradas.

El Pliego se convierte en la ley del contrato y su contenido deviene en exigible para las partes, quienes en este caso deberán presentar las proposiciones lacradas, al ser dicho requisito compatible con la forma de presentación y no encontrarse prohibido ni vulnerarse con su exigencia los principios en materia de contratación.

La Base 6ª exige la utilización de un formato específico en la identificación del lema que ha de figurar en el Sobre C que debe contener el proyecto.

Teniendo en cuenta que la utilización de una letra diferente, logos, dibujos, papel y demás elementos, pueden romper el anonimato del candidato y que éste es uno de los elementos esenciales y característicos del concurso de proyectos conforme dispone el artículo 188 apartados 3 y 8 del TRLCSP, se considera conforme a derecho la exigencia establecida.

Noveno. Impugnación de la Base 8ª

Se impugna el procedimiento de valoración establecido en la Base 8ª, más concretamente la posibilidad que introduce su apartado cuarto para resolver un supuesto

de igualdad entre, como máximo, las tres primeras propuestas, en los siguientes términos:

"No obstante, una vez efectuada la valoración provisional derivada de las propuestas contenidas en el Sobre C, y efectuada la apertura del Sobre B, pero antes de la apertura del Sobre A, el jurado de selección podrá decidir convocar, si lo estima oportuno y a la vista de la posible igualdad existente entre, como máximo, las tres primeras propuestas, a los firmantes de las mismas, conforme a la valoración dada y a resultados de la apertura del Sobre A, al objeto de que por los mismos pueda justificarse o ampliar la información en relación con las soluciones presentadas en el Sobre C, sin que en dicha comparecencia se admita la alteración o modificación de la propuesta sino exclusivamente la explicación de la misma".

La recurrente considera que dicha redacción vulnera el anonimato del procedimiento y permitiría la valoración subjetiva de las propuestas. No compartimos dicho juicio y entendemos dicha cláusula acorde a derecho, en primer lugar, porque ni siquiera la legislación de contratos considera el anonimato un valor absoluto y contempla en el apartado sexto del artículo 187 del TRLCSP la posibilidad de que el jurado solicite aclaraciones a los participantes sobre alguno de los aspectos del proyecto.

En segundo lugar, porque el recurso a las explicaciones al proyecto se incorpora en el caso que nos ocupa, como solución ante un supuesto concreto y determinado: igualdad entre tres licitadores como máximo, que ya han sido valorados provisionalmente; necesidad de aclaraciones, que en modo alguno pueden modificar o alterar la solución presentada; y necesidad de justificar la alteración de la propuesta provisional, si ésta finalmente se produce.

Atendido lo anterior, entendemos que la redacción de la Base 8ª.4 es ajustada a Derecho, en particular a lo dispuesto, en el artículo 188.8 del TRLCSP.

Décimo. Impugnación de la Base 10ª

Precedida de valoraciones sobre la ausencia de previsión para atender las ofertas desproporcionadas o anormales - suplida por la aplicación supletoria de la normativa del contrato de servicios conforme dispone el artículo 188.9 del TRLCSP - y sobre el error en

el tipo de IVA aplicable incluido en el Anexo I del sobre A, que sí aparece correctamente indicado en el resto del clausulado, se encuentra la última impugnación realizada al Pliego, en este caso, a su base 10ª, que aborda la adjudicación del contrato de servicios en caso de vacante del primer premio.

Con carácter previo, con ocasión de la alegación vertida por el recurrente sobre el tipo de IVA aplicable, este Tribunal debe señalar la necesidad de que se concrete de forma en las bases/pliego el valor estimado del contrato de servicios, calculado conforme dispone el artículo 184.4 del TRLCSP y que debe excluir el IVA aplicable conforme dispone el artículo 88 del mismo texto legal.

La recurrente cuestiona que conforme dispone el Pliego, en caso de vacante del primer premio, pueda iniciarse procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del contrato de servicios, al que sean invitados quienes no han concurrido al concurso. Sostiene como debida la adjudicación al segundo premiado y nunca a un técnico externo ajeno al desarrollo del concurso.

El Texto refundido vigente, al igual que la Ley 30/2007, configura por su ubicación y sistemática al concurso de proyectos como un procedimiento para la selección del contratista y la adjudicación del contrato de servicios.

Siendo ello así, el concurso se configura como un primer paso para seleccionar el proyecto a ejecutar y, a continuación, adjudicar su ejecución, que en este caso supondría la redacción del proyecto básico y de ejecución, así como la dirección de obras y la ejecución de las obras del centro de emprendedores del Barrio de la Inmobiliaria.

Esta segunda adjudicación, en principio, se encuentra prevista a favor del ganador del concurso, como hemos expuesto con anterioridad. Se trata de un supuesto de adjudicación de contrato de servicios por el procedimiento negociado sin publicidad que es conforme a derecho, con base en lo dispuesto en los artículos 174 c) y 177 del TRLCSP.

Siendo ello así, lo que ahora se cuestiona es la necesidad de acudir, si no hay ganador, a un procedimiento negociado sin publicidad y a que en él concurren terceros ajenos al concurso.

Entendemos que ello no es acorde a la redacción del artículo 174 c) del TRLCSP - el recurso al procedimiento negociado sin publicidad -, que contempla el recurso al procedimiento de adjudicación negociado y sin publicidad como consecuencia de un concurso de proyectos que deba adjudicarse al ganador, de forma que cuando éste renuncie, el concurso quede desierto o sin ganador, la selección del proyecto y su adjudicación no podrá llevarse ya a cabo a través del procedimiento negociado sin publicidad.

Atendido lo anterior, deberá anularse el apartado sexto de la Base 10ª del Pliego frente al que se dirige el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. PPS en representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid contra el Pliego de Cláusulas Económicas-Administrativas Particulares que ha de regir el procedimiento abierto convocado por el Ayuntamiento de Torrelavega para la contratación mediante concurso de proyectos con intervención de Jurado de la selección del Proyecto correspondiente al de: "Redacción del proyecto básico y de ejecución, así como dirección de obras y ejecución de las obras del centro de emprendedores del Barrio de la Inmobiliaria", el cual ha de ser modificados en los términos de lo señalado en los Fundamentos Séptimo punto III y Décimo de esta resolución, acordándose la correspondiente retroacción del procedimiento y, en consecuencia, la nueva publicación del Pliego con las modificaciones incorporadas cumpliendo lo dispuesto en el artículo 142.1 del TRLCSP

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.